

PRIMER MÓDULO

ASPECTOS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ASEGURAMIENTO EN EL SECTOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR (DELIMITACIÓN, DEFINICIÓN Y DETALLE DE LOS ASPECTOS QUE IMPLIQUEN INCONVENIENTES, GASTOS Y SOBRECOSTOS SUBSANABLES, RESPECTO DE LOS CUALES SE PRESENTAN PROPUESTAS)

2

1 LA DECISIÓN DE TOMAR UN SEGURO Y LAS NORMAS LEGALES

2

1.1 DISPOSICIONES QUE DETERMINAN LA DECISIÓN

3

Autorización legal

3

1.1.1 Exigencia normativa para habilitación

4

1.1.2 Exigencia normativa para movilización

6

1.2 AUTONOMÍA Y RESTRICCIONES NORMATIVAS PARA LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS EN SPTTA

8

2 LAS DECISIONES JUDICIALES EN LA DECISIÓN DE ASEGURAMIENTO

9

2.1 RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

9

3 ESQUENA PRELIMINAR DE CUESTIONAMIENTOS AL ASEGURAMIENTO DEL SPTTA

10

3.1 INCOHERENCIAS ESTRUCTURALES Y CONCEPTUALES

10

3.2 INEFICIENCIAS OPERATIVAS

12

3.3 INEFICACIAS DEL ASEGURAMIENTO

12

SITUACIÓN ACTUAL DEL ASEGURAMIENTO EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE Y ALTERNATIVAS DE MEJORAMIENTO, TENDIENTES A LOGRAR MECANISMOS ÓPTIMOS, QUE ESTÉN CONFORMES CON LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA, CIVIL COMERCIAL Y OTRAS DISPOSICIONES APLICABLES (DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN EN TÉRMINOS DE NORMATIVIDAD, REGULACIÓN Y CONTROL DEL ASEGURAMIENTO EN EL SECTOR TRANSPORTE)

14

1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SEGUROS DEL TRANSPORTE PÚBLICO

15

1.1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO	15
1.1.1. Intervención normativa	15
1.1.1.1. Modelo económico	15
1.1.1.1.1 Sistema de libre mercado	16
1.1.1.2 Derechos económicos: Libertad económica y libre iniciativa privada	17
1.1.1.2.1 Concepto general de libertad de empresa	18
1.1.1.2.2 Las excepciones: Limitaciones a la libre empresa	19
1.1.1.2.2.1 <i>Facetas con capacidad de ser intervenidas</i>	20
1.1.1.2.2.2 <i>Requisitos de la intervención</i>	21
1.1.1.2.2.3 <i>Esquema constitucional de competencias</i>	24
1.1.2. Control y supervisión	27
1.1.2.1. Regla general de atribución al ejecutivo como suprema autoridad administrativa	27
1.1.2.2. La inspección y vigilancia se ejerce conforme a la ley	28
1.1.2.3. Autorización constitucional de delegación – Las Superintendencias	29
1.2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES PARTICULARES	31
1.2.1. Sector Seguros	32
1.2.1.1. Actividad de interés público	32
1.2.1.2. Intervención e Inspección y vigilancia	32
1.2.1.2.1. Autorización previa	32

1.2.1.2.2.	Sujeción de la actividad a regulación	32
1.2.1.2.3.	Finalidades y criterios de la intervención	33
1.2.1.2.4.	Sujeción a Inspección y vigilancia	34
1.2.1.2.5.	Facultades del Congreso de la República	34
1.2.1.2.6.	Facultades del Ejecutivo	35
1.2.2.	Sector Transporte	36
1.2.2.1.	Noción de Estado social de derecho	36
1.2.2.2.	Derecho fundamental por conexidad	37
1.2.2.3.	El Estado como garante de los servicios públicos	40
1.3.	DESARROLLO LEGAL	44
1.3.1.	Sector Seguros	44
1.3.1.1.	Concepto legal de actividad aseguradora	45
1.3.1.1.1.	Superintendencia Bancaria	46
1.3.1.1.2.	Corte Constitucional: Cubrimiento de riesgos que no corresponde a actividad aseguradora	47
1.3.1.2.	Funciones y facultades del Gobierno Nacional	53
1.3.1.2.1.	Los objetivos y criterios para la regulación	53
1.3.1.2.2.	Instrumentos para la intervención	54
	Respecto de las operaciones	54
	Respecto de la solvencia	55

Información y transparencia	55
1.3.1.2.3. Aspectos específicos del esquema normativo de intervención	56
Respecto de las operaciones:	56
Respecto de la solvencia	60
- <i>Capitales mínimos</i>	61
- <i>Capitales por ramo.</i>	62
- <i>Patrimonio técnico, patrimonio adecuado – margen de solvencia y fondo de garantía de las entidades aseguradoras</i>	62
- <i>Reservas técnicas</i>	64
- <i>Régimen de inversión de las reservas</i>	65
- <i>Límites máximos de retención y cesión de cartera.</i>	65
1.3.1.3. Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria	67
1.3.1.3.1. Tipos de funciones y facultades	68
1.3.1.3.2. Aspectos específicos en relación con la actividad aseguradora de algunas facultades y funciones	68
1.3.2. Sector Transporte	75
1.3.2.1. Calificación legal como Servicio Público	76
1.3.2.1.1. El servicio público de transporte terrestre automotor	78
Habilitación	79
Condiciones del servicio	80
1.3.2.1.2. Tipos de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor	82

1.3.2.2. Ministerio de Transporte	83
1.3.2.3. Autoridades territoriales	86
1.3.2.4. Superintendencia de Puertos y Transporte	88
1.3.2.5. Decisiones del Acuerdo de Cartagena	91
1.3.3. Fondos de Responsabilidad de Empresas Transportadora	98
1.3.3.1. Antecedentes	98
1.3.3.2. Autorización legal	98
1.3.3.3. Caracterización	100
2. SEGUROS ACTUALES	107
2.1. SEGURO OBLIGATORIO DE DAÑOS CORPORALES CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO	108
2.1.1. Características del SOAT	109
2.2. SEGURO DE TRANSPORTE	115
2.3. SEGURO DE RESPONSABILIDAD	121
2.3.1. Seguro de daños	121
2.3.2. Responsabilidad del asegurador y comienzo de la prescripción	121
2.3.2.1. La norma	122
2.3.2.2. Determinación de la suma a pagar	122
2.3.3. Ocurrencia o descubrimiento	124
2.3.4. En favor de terceros	124

2.4. SEGURO POR TERRORISMO	126
2.4.1. Origen de la necesidad	126
2.4.2. Coberturas a cargo del Estado	127
2.5. AUTOMÓVILES - TODO RIESGO	130
2.5.1. Descripción	130
2.5.2. Naturaleza	130
2.5.3. Bancaseguros	130
2.5.4. Nota anticipada	131
3. ASPECTOS PROCESALES	132
3.1. MEDIDAS CAUTELARES: EMBARGO Y SECUESTRO DE BIEN DESTINADO A LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL	132
3.1.1. La preocupación	132
3.1.2. El origen normativo del problema	133
3.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ASEGURADORA	135
3.2.1. La preocupación	135
3.2.2. El origen normativo del problema	136
3.2.2.1. Reclamación objeción y pago	136
3.2.2.2. Prescripción	138
4 INTERMEDIACIÓN Y COLOCACIÓN DE LOS SEGUROS PARA EL SECTOR TRANSPORTE	140

ESCENARIOS DE SOLUCIÓN Y PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL ASEGURAMIENTO EN EL SECTOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR (ESCENARIOS DE SOLUCIÓN Y PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL ASEGURAMIENTO EN EL SECTOR DE SPTTA) **143**

PARTE I - PROPUESTAS **144**

1 PRESENTACIÓN **144**

1.1 ALCANCE DEL DOCUMENTO **144**

2 ASPECTOS RELACIONADOS CON LA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR **146**

2.1 NO SE OBTIENEN PÓLIZAS CON COBERTURAS Y MONTOS QUE CUBRAN EN FORMA SUFICIENTE LOS RIESGOS DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS **146**

2.1.1 El problema **146**

2.1.2 Carácter del problema **146**

2.1.2.1 Enfoque normativo: **146**

2.1.2.2 Enfoque operativo: **146**

2.1.3 La norma **146**

2.1.4 Propuesta **147**

2.1.4.1 Enfoque normativo: **147**

2.1.4.2 Enfoque operativo: **147**

2.1.5 Mecanismos normativos a aplicar: **147**

2.1.5.1 Plazo **148**

2.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes **148**

2.2	EL ESQUEMA DE REGULACIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR ATENTA CONTRA LA ESTABILIDAD DE LAS EMPRESAS.	148
2.2.1	<i>El problema</i>	148
2.2.2	<i>Carácter del problema</i>	148
2.2.3	<i>La norma</i>	148
2.2.4	<i>Propuesta</i>	148
2.2.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	148
2.2.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	149
2.3	LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE LA EMPRESA DE SPTTA, EL PROPIETARIO Y EL CONDUCTOR.	149
2.3.1	<i>El problema</i>	149
2.3.2	<i>Carácter del problema</i>	149
2.3.3	<i>La norma</i>	149
2.3.4	<i>Propuesta</i>	149
2.3.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	150
2.3.5.1	<i>Plazo:</i>	150
2.3.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	150
3	ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA	150
3.1	IDENTIDAD DE AMPAROS DE LOS SEGUROS DE RCC Y RCE	150
3.1.1	<i>El problema</i>	150
3.1.2	<i>Carácter del problema</i>	150

3.1.3	<i>La norma</i>	151
3.1.4	<i>Propuesta</i>	151
3.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	152
3.1.5.1	<i>Plazo:</i>	152
3.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	152
3.2	COINCIDENCIA DE COBERTURAS DE LOS SEGUROS DE RCC Y RCE CON EL SOAT	152
3.2.1	<i>El problema</i>	152
3.2.2	<i>Carácter del problema</i>	153
3.2.3	<i>La norma</i>	153
3.2.4	<i>Propuesta</i>	153
3.2.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	154
3.2.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	154
3.3	NO OBLIGATORIEDAD DE LA EXPEDICIÓN DE LOS SEGUROS DE RCC Y RCE	154
3.3.1	<i>El problema</i>	154
3.3.2	<i>Carácter del problema</i>	154
3.3.3	<i>La norma</i>	154
3.3.4	<i>Propuesta</i>	155
3.3.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	155
3.3.5.1	<i>Plazo:</i>	155
3.3.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	155

3.4	COBERTURAS INSUFICIENTES E INADECUADAS DE LAS PÓLIZAS DE RCC Y RCE	155
3.4.1	<i>El problema</i>	155
3.4.2	<i>Carácter del problema</i>	156
3.4.3	<i>La norma</i>	156
3.4.4	<i>Propuesta</i>	156
3.4.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	156
3.4.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	156
3.5	EL CONTRATO DE VINCULACIÓN A UNA EMPRESA DEL SPTTA IMPLICA QUE ÉSTA CONTRATE EL SEGURO	157
3.5.1	<i>El problema</i>	157
3.5.2	<i>Carácter del problema</i>	157
3.5.3	<i>La norma</i>	157
3.5.4	<i>Propuesta</i>	158
3.5.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	158
3.5.6	<i>Plazo:</i>	159
3.5.7	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	159
3.6	DESFASE DE LOS TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN	159
3.6.1	<i>El problema</i>	159
3.6.2	<i>Carácter del problema</i>	159
3.6.3	<i>La norma</i>	159

3.6.4	<i>Propuesta</i>	160
3.6.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar</i>	160
3.6.5.1	<i>Plazos</i>	161
3.6.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	161
3.7	DUPLICIDAD DE COBERTURA EN CASO DE PÓLIZA DE TODO RIESGO TOMADA PARA LA ADQUISICIÓN DEL VEHÍCULO Y LOS SEGUROS DE RCE	161
3.7.1	<i>El problema</i>	161
3.7.2	<i>Carácter del problema</i>	161
3.7.3	<i>La norma</i>	161
3.7.4	<i>Propuesta</i>	161
3.7.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	162
3.7.5.1	<i>Plazo:</i>	162
3.7.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	162
4	ASPECTOS RELACIONADOS CON EL SOAT	162
4.1	ANTISELECCIÓN DE LOS VEHÍCULOS DE SPTTA EN LA COMERCIALIZACIÓN DEL SOAT	162
4.1.1	<i>El problema</i>	162
4.1.2	<i>Carácter del problema</i>	162
4.1.3	<i>La norma</i>	163
4.1.4	<i>Propuestas:</i>	164
4.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	164

4.1.5.1	<i>Plazo:</i>	165
4.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	165
4.2	NO SE DESCUENTAN DE LAS INDEMNIZACIONES POR RCC Y RCE LOS PAGOS DE CARÁCTER INDEMNIZATORIO EFECTUADOS CON CARGO AL SOAT	165
4.2.1	<i>El problema</i>	165
4.2.2	<i>Carácter del problema:</i>	165
4.2.3	<i>La norma</i>	165
4.2.4	<i>Propuesta:</i>	165
4.2.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	166
4.2.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	166
4.3	INSUFICIENCIAS DEL SOAT	166
4.3.1	<i>El problema:</i>	166
4.3.2	<i>Carácter del problema:</i>	166
4.3.3	<i>La norma</i>	166
4.3.4	<i>Propuesta:</i>	167
4.3.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	168
4.3.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	168
5	ASPECTOS RELACIONADOS CON EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LAS ASEGURADORAS, EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INDEMNIZACIONES.	168
5.1	NEGATIVA A ACCEDER DIRECTAMENTE AL PAGO DEL SEGURO	168
5.1.1	<i>El problema</i>	168

5.1.2	<i>Carácter del problema</i>	168
5.1.3	<i>La norma</i>	168
5.1.4	<i>Propuestas:</i>	170
5.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	170
5.1.5.1	<i>Plazos:</i>	170
5.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	170
6	ASPECTOS RELACIONADOS CON EL ASEGURAMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SPTTA DE CARGA	170
6.1	EL PROBLEMA DEL ASEGURAMIENTO DE CARGA ES QUE LA CONFUSIÓN RESPECTO AL INTERÉS ASEGURABLE DERIVA EN SITUACIONES DE IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DEL SEGURO	170
6.1.1	<i>El problema</i>	171
6.1.2	<i>Carácter del problema</i>	171
6.1.3	<i>La norma</i>	171
6.1.4	<i>Propuestas:</i>	171
6.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	171
6.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	171
7	ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS EMPRESAS DE SPTTA	171
7.1	LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD NO SON UN MECANISMO ADECUADO PARA CUBRIR ADECUADAMENTE EL PATRIMONIO DEL TRANSPORTADOR	171
7.1.1	<i>El problema</i>	171
7.1.2	<i>Carácter del problema</i>	171
7.1.3	<i>La norma</i>	172

7.1.4	<i>Propuestas:</i>	172
7.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	172
7.1.5.1	<i>Plazo:</i>	172
7.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	172
8	ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS PÓLIZAS CONTRA TERRORISMO, CONTRATADAS POR EL ESTADO	172
8.1	EL VALOR QUE SE RECONOCE POR PÉRDIDA DEL VEHÍCULO Y DAÑO EMERGENTE NO ES EL REAL	172
8.1.1	<i>El problema</i>	172
8.1.2	<i>Carácter del problema</i>	173
8.1.3	<i>La norma</i>	173
8.1.4	<i>Propuesta</i>	173
8.1.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	173
8.1.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes.</i>	173
8.2	EL SEGURO DE TERRORISMO NO CUBRE EL VALOR DE LAS MERCANCÍAS AVERIADAS, PÉRDIDAS Y/O SAQUEOS, LESIONES INFRINGIDAS A LAS TRIPULACIONES DE LOS VEHÍCULOS	174
8.2.1	<i>El problema</i>	174
8.2.2	<i>Carácter del problema</i>	174
8.2.3	<i>La norma</i>	174
8.2.4	<i>Propuestas:</i>	174
8.2.5	<i>Mecanismos normativos a aplicar:</i>	174
8.2.6	<i>Mecanismos técnicos – económicos concurrentes</i>	174

PARTE II - DOCUMENTO SUSTENTO	175
1 REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR	175
1.2 MARCO DEL ANÁLISIS	178
1.3 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	179
1.4 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	184
1.5 PERSPECTIVA DE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR	187
1.6 CRITERIOS BÁSICOS PARA LA EVALUACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR Y SU ASEGURAMIENTO	188
2 SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ACTIVIDAD TRANSPORTADORA	190
2.1 OBLIGATORIEDAD DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	190
2.2 OBLIGATORIEDAD DE LA EXPEDICIÓN DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBLIGATORIOS	192
2.3 SUSCRIPCIÓN DE COBERTURAS SUFICIENTES Y ADECUADAS DEL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	193
2.3.1 Régimen de pólizas y tarifas	193
2.3.3 Acceso a la información	196
2.3.4 Costos de intermediación	201
2.4 EL CONTRATO DE VINCULACIÓN A LA EMPRESA DE TRANSPORTE Y EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR	202
3 FONDOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TRANSPORTADORES	206
4 MECANISMOS PARA LOGRAR EL CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES VIGENTES, POR PARTE DE LAS ASEGURADORAS, EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INDEMNIZACIONES	210

5	EL SISTEMA DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO SOAT	213
5.1	ASEGURAR LA EFECTIVA COLOCACIÓN DEL SOAT	214
5.1.1	<i>Operación del SOAT por un pool de compañías de seguros</i>	214
5.1.2	<i>Distribución del SOAT para el SPTTA a través de un intermediario obligatorio</i>	215
5.1.3	<i>Sistema de información</i>	216
5.2	UNIFICACIÓN CON LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBLIGATORIOS PARA EL SPTTA	217
6	PROYECTAR LA CREACIÓN Y OPERACIÓN DE UN RAMO ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR BAJO LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE DAÑOS	219

Aspectos de la situación actual del aseguramiento en el sector del servicio público de transporte terrestre automotor

(Delimitación, definición y detalle de los aspectos que impliquen inconvenientes, gastos y sobrecostos subsanables, respecto de los cuales se presentan propuestas)

Aspectos de la situación actual del aseguramiento en el sector del servicio público de transporte terrestre automotor (Delimitación, definición y detalle de los aspectos que impliquen inconvenientes, gastos y sobrecostos subsanables, respecto de los cuales se presentan propuestas)

En primera instancia se señalan las normas legales, reglamentarias y administrativas en las que se han adoptado disposiciones que inciden directamente en la **decisión por parte de los transportadores de contratar un seguro**; en segundo término las disposiciones que **limitan la autonomía contractual** para acordar las condiciones de dichos seguros, en cuanto definan impositivamente cualquiera de las cláusulas o cualquier tópicos del contratos: partes, objeto, riesgo, sumas aseguradas, etc.; posteriormente la **percepción o evaluación** de estos seguros, desde la perspectiva del sector transportador.

La información proviene principalmente de los documentos preparados por gremios y empresas y de sesiones realizadas con empresas transportadoras en Medellín y en Bogotá y con representantes gremiales en Bogotá, dirigidas a evidenciar las situaciones concretas de conflicto y/o de insatisfacción de los transportadores en relación con el aseguramiento.

1 La decisión de tomar un seguro y las normas legales

El sentido económico del aseguramiento

Dentro de los parámetros de comportamiento racional de cualquier agente económico, la decisión de tomar un seguro debe obedecer al criterio de utilidad y/o satisfacción frente a la necesidad de protección y preservación de su patrimonio, tanto de los activos que lo integran, como frente a las eventuales afectaciones por el surgimiento de pasivos no planeados¹.

Así, la adquisición de un seguro se producirá “lógica y espontáneamente” en la medida en que el aseguramiento, como servicio contratado, responda adecuadamente a las expectativas de la demanda en cuanto a calidad² y precio³.

Decisión económica determinada impositivamente

Sin embargo, no siempre las actividades económicas y sus mercados presentan las características y condiciones que permitan el normal y simple funcionamiento de la oferta y la demanda. Circunstancias en las que además puede mediar el cumplimiento intereses colectivos superiores que requieran la realización de relaciones comerciales y jurídicas, que dentro de la libre lógica y dinámica del mercado no se producirán.

¹ Joseph Stiglitz. Principios de Microeconomía.

² Entendida integralmente como amparos, coberturas y oportunidad. índices etc.

En tales casos, y dentro de parámetros constitucionales y legales ya comentados en este trabajo, se habilita la intervención Estatal para imponer a los agentes comportamientos específicos aún en contra de su interés, expectativa particular o análisis de racionalidad en cada caso.

1.1 Disposiciones que determinan la decisión

En nuestra Constitución Política, no se ha incorporado disposición expresa sobre la actividad del transporte, ni sobre el servicio público de transporte terrestre específicamente; circunstancia que no ha sido óbice para que se hayan presentado desarrollos legales que han regulado esta actividad, no solo con posterioridad a la constitución de 1991, sino también bajo la vigencia de la anterior Constitución.

En efecto, bajo las previsiones de nuestra anterior Constitución, llamada de 1886, especialmente bajo el precepto de intervención en la economía plasmado en el artículo 32⁴ de esa Constitución, se expidió la ley 15 de 1959 que dispuso la intervención del Estado para reglamentar las empresas de transporte y la prestación de sus servicios, entre otros objetos de intervención. Sobre ese mandato legal se sustentó la intervención, tanto en lo regulatorio como en la supervisión, de la actividad del transporte.

Bajo la vigencia de la nueva Constitución se expidió la ley 105 de 1993, por medio de la cual se dictaron disposiciones básicas sobre la intervención del Estado en la actividad del transporte, se adoptan los principios fundamentales del transporte en general y del transporte público en particular; se establecieron competencias, se reglamentó la planeación en el sector transporte y, entre otras disposiciones, se prevé la expedición de normas vertebrales de la intervención estatal en el sector, tales como un Estatuto Nacional de Transporte y un Código Nacional de Tránsito.

El Estatuto Nacional de Transporte fue adoptado mediante la ley 336 de 1996 y el Código Nacional de Tránsito mediante la ley 769 de 2002.

Autorización legal

Este contexto normativo, que corresponde principalmente al ámbito del ejercicio de competencias públicas de intervención en el sector, se complementa con la regulación legal sobre las relaciones entre las empresas y sus usuarios, principalmente el contrato de transporte, institución contractual regulada en el código de comercio con las modificaciones introducidas por el decreto extraordinario 1 de 1990.

⁴ “Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

“Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular” (Conforme con el texto del artículo del Acto Legislativo No 1 de 1968).

Sin embargo, las disposiciones del código de comercio no son solamente contractuales. También se consagra expresamente la autorización legal de intervención del Estado, a través del Ejecutivo, en la prestación del servicio público de transporte y en las empresas que lo prestan⁵.

Así mismo, se contiene en ese código una autorización legal que habilitaría directamente al Ejecutivo para disponer imperativamente la obligación de *“tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte”*⁶.

1.1.1 Exigencia normativa para habilitación

En ejercicio de la facultad reglamentaria⁷ y de las previstas en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, el Gobierno Nacional expidió los decretos 170 a 175 de 2001, mediante los cuales reglamentó los diferentes tipos de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor (SPTTA):

- Colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros: decreto 170 de 2001;
- Pasajeros por carretera: decreto 171 de 2001;
- Individual de pasajeros en vehículos taxi: decreto 172 de 2001;
- Especial: decreto 174 de 2001;
- Carga: decreto 173 de 2001; y
- Mixto: decreto 175 de 2001.

En dichos decretos, a los que en conjunto nos referiremos como los decretos de la serie 170, a excepción de las empresas de carga, se condiciona la habilitación de una empresa para prestar el

⁵ Código de Comercio, Artículo 983, modificado por el artículo 3 del decreto extraordinario 01 de 1990: “Las empresas de transporte son de servicio público o de servicio particular. El Gobierno fijará las características de las empresas de servicio público y reglamentará las condiciones de su creación y funcionamiento. Las empresas de servicio público someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, si no prestan el servicio en vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación, conforme a las normas reglamentarias del transporte”.

⁶ Código de Comercio, Artículo 994, modificado por el artículo 12 del decreto extraordinario 01 de 1990:

“Cuando el Gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

“El Gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas”.

⁷ Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

tipo de SPTTA de que se trate en cada caso⁸, a la vigencia de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En el caso del SPTTA de **carga**, no está vigente el condicionamiento legal de la habilitación de las empresas que lo presten a la vigencia de pólizas de seguros. No obstante se dispone⁹ que las empresas deben, obligatoriamente, tomar por cuenta propia o por cuenta del propietario de la carga, un seguro que cubra las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte. La vigencia del seguro operará como presupuesto legal de la habilitación¹⁰, sólo cuando el gobierno reglamente sus requisitos, condiciones, amparos y cuantías.

El esquema de aseguramiento previsto en los decretos de la serie 170, en términos generales se estructura así:

- Obligatoriedad, como condición de habilitación.
- Otorgado por una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia
- *Riesgos inherentes a la actividad transportadora*¹¹, comprendiendo por tales la responsabilidad civil contractual y extracontractual.
- Póliza de responsabilidad civil contractual que cubra al menos:
 - Muerte;
 - Incapacidad permanente;
 - Incapacidad temporal;
 - Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.
 - El monto asegurado por cada riesgo no inferior a 60 smmlv por persona.
- Póliza de responsabilidad civil extracontractual que cubra al menos:
 - Muerte o lesiones a una persona;
 - Daños a bienes de terceros;
 - Muerte o lesiones a dos o más personas.
 - El monto asegurado por cada riesgo no inferior a 60 smmlv, por persona.
- Prima a cargo del propietario del vehículo: empresa transportadora o vinculado.

⁸ 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 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.

⁹ Artículo 17 del decreto 173 de 2001.

¹⁰ Ídem, inciso segundo: “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”.

¹¹ Expresión utilizada por el artículo 994 del código de comercio: “un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte”.

- Vigencia de los seguros como condición para la operación de los vehículos legalmente vinculados a las empresas.
- Deber de la Aseguradora de informar a la autoridad de transporte competente sobre la terminación o revocación del seguro.

1.1.2 Exigencia normativa para movilización

Las empresas habilitadas para la prestación del SPTTA de pasajeros en cualquiera de sus modalidades, sólo podrán hacerlo con equipos **registrados** para dicho servicio y oficialmente **vinculados** a la empresa respectiva¹².

La vinculación de un vehículo a una empresa de transporte público es la incorporación de este al parque automotor de la misma¹³. Se formaliza con la celebración de un contrato¹⁴ que se ha denominado de vinculación celebrado entre el propietario del vehículo y la empresa; que se oficializa con la expedición de **la tarjeta de operación**¹⁵ por parte de la **autoridad de transporte competente**.

Así, además de las condiciones de aseguramiento en función de la habilitación para prestar el SPTTA en alguna de sus modalidades, en la legislación nacional se han consagrado también condiciones para que cualquier vehículo pueda transitar en el territorio nacional y para que, además, un vehículo pueda legalmente operar en la prestación del SPTTA mediante su vinculación a una empresa habilitada.

¹² Artículos: 46 del decreto 170 de 2001; 52 del decreto 171 de 2001; 26 del decreto 172 de 2001; 36 del decreto 174 de 2001; y, 37 del decreto 175 de 2001.

¹³ Artículos: 47 del decreto 170 de 2001; 53 del decreto 171 de 2001; 27 del decreto 172 de 2001; 37 del decreto 174 de 2001; y 38 del decreto 175 de 2001.

¹⁴ Artículo 48 del decreto 170 de 2001 “El contrato de vinculación del equipo se regirá por las normas del derecho privado debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

“Igualmente el clausulado del contrato deberá contener en forma detallada los ítems que conformarán los cobros y pagos a que se comprometen las partes y su periodicidad. De acuerdo con esta, la empresa expedirá al propietario del vehículo un extracto que contenga en forma discriminada los rubros y montos cobrados y pagados, por cada concepto”. Igual texto corresponde a los artículos 54 del decreto 171 de 2001; 38 del decreto 174 de 2001; y 39 del decreto 175 de 2001.

Para el caso del transporte individual de pasajeros en vehículos taxi, en el artículo 28 del decreto 172 de 2001, se establecen las condiciones del contrato de vinculación.

¹⁵ Artículos: 55 del decreto 170 de 2001; 61 del decreto 171 de 2001; 39 del decreto 172 de 2001; 46 del decreto 174 de 2001; y 46 del decreto 175 de 2001.

Para obtener o renovar la tarjeta de operación, la empresa, que es la responsable de adelantar el trámite en relación con la totalidad de los vehículos a ella vinculados, debe acreditar ante la mencionada autoridad de transporte competente, entre otros¹⁶:

- fotocopia de las pólizas vigentes del **Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT**, de cada vehículo; y
- certificación expedida por la compañía de seguros en la que conste que el vehículo está amparado por las **pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual** de la empresa solicitante.

En relación con la vigencia de pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual previstas en los decretos de la serie 170, como condicionamiento de la operación de los vehículos vinculados a una empresa de transporte público, ya nos referimos en el aparte anterior.

En lo que hace al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT¹⁷, la obligación legal de su suscripción respecto cualquier vehículo como presupuesto para que éste pueda transitar en el territorio nacional, está prevista en el Código Nacional de Tránsito Terrestre¹⁸ y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁹.

El SOAT tiene principalmente el objeto de lograr la atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito y cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad

¹⁶ Artículos: 59 (numerales 4 y 6) del decreto 170 de 2001; 65 (numerales 4 y 6) decreto 171 de 2001; 43 (numerales 4 y 6) del decreto 172 de 2001; 50 (numerales 4 y 6) del decreto 174 de 2001; y 50 (numerales 4 y 6) del decreto 175 de 2001.

¹⁷ Inicialmente previsto en la ley 33 de 1986 y reglamentado en el decreto 2544 de 1987, el SOAT se encuentra regulado en los capítulos IV y V de la Parte Sexta del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que incorporan principalmente la estructura básica establecida en el decreto 1032 de 1991, expedido con base en facultades extraordinarias conferidas por la ley 45 de 1990, y la regulación adoptada en la ley 100 de 1993. En lo no previsto en el EOSF el SOAT se rige por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio.

¹⁸ Código expedido mediante la ley 769 de 2002: Artículo 42. Seguros obligatorios. “Para poder transitar en el territorio nacional todos los vehículos deben estar amparados por un seguro obligatorio vigente. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, se regirá por las normas actualmente vigentes o aquellas que la modifiquen o sustituyan”.

¹⁹ Decreto 663 de 1993: Artículo 192. “**1. Obligatoriedad.** Para transitar por el territorio nacional todo vehículo automotor debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito.

“Quedan comprendidos dentro de lo previsto por este numeral los automotores extranjeros en tránsito por el territorio nacional.

“Las entidades aseguradoras a que se refiere el artículo 196 numeral 1 del presente Estatuto estarán obligadas a otorgar este seguro”.

permanente; y los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud.

El SOAT incorpora las siguientes coberturas, con lo montos que se indican:

- 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.
- Incapacidad permanente, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, en cuantía equivalente a seiscientas (600) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Gastos funerarios, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Gastos de transporte y movilización de las víctimas para su atención, en cuantía equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

El valor de estas coberturas se entiende fijado para cada víctima; por lo tanto, se aplican con prescindencia del número de víctimas resultantes de un mismo accidente.

Las coberturas del seguro obligatorio son exclusivas del mismo y por ello no podrán incluirse en otras pólizas. Las entidades aseguradoras deben adecuar pólizas y tarifas en las cuales exista coincidencia con las coberturas propias del seguro obligatorio, a fin de evitar duplicidad de amparos y del pago de primas²⁰.

1.2 Autonomía y restricciones normativas para la contratación de seguros en SPTTA

Como ya se vio en el aparte 1.1, en los decretos de la serie 170 se establecen contenidos mínimos de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual en cuanto a coberturas y cuantías.

Los seguros de responsabilidad son de carácter patrimonial y están diseñados para proteger al asegurado por las pérdidas que pueda sufrir con ocasión del surgimiento, en el desarrollo de su actividad, de pasivos no previstos, de los cuales deba responder en acciones ejercidas contra él por terceros en razón del perjuicio que ha podido causarles y que compromete su responsabilidad²¹.

²⁰ Artículo 193 EOSF.

²¹ Efrén Ossa G.

En el caso en examen, la ley señala un mínimo de esa cobertura patrimonial, expresada en función del tipo perjuicio y de una cuantía por víctima.

Respecto del término o plazo del seguro, la disposición no lleva a conclusión diferente a la del carácter de permanente durante el lapso en que la empresa y sus vehículos vinculados estén en operación, en cuanto la vigencia del mismo es presupuesto de la vigencia de la habilitación legal.

En este sentido, la autonomía de la voluntad de las partes, especialmente en la óptica del transportador (empresa o propietario) se encuentra limitada por los mínimos que deben cumplir la póliza señalados en las disposiciones de los decretos de la serie 170 de 2001, presupuestos de la habilitación. En cuanto se respeten dichos mínimos las partes se encuentran en el ámbito de la autonomía de la libertad para las demás condiciones contractuales que quieran, y legalmente puedan, acordar.

En cuanto al SOAT, por su especial perfil como institución jurídica y económica de objetivo social expreso y definido, en relación con la atención de víctimas de accidentes de tránsito y su alcance y sentido desde la perspectiva del sistema integral de seguridad social en salud; la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a sus condiciones, plazos, coberturas y montos, se encuentra en la actualidad totalmente subordinada a las disposiciones legales.

2 Las decisiones judiciales en la decisión de aseguramiento

2.1 Responsabilidad del transportador

Desde la perspectiva de los transportadores se identifican ciertos puntos críticos en los pronunciamientos jurisprudenciales, con obvio reflejo en el plano normativo, que estarían generando situaciones de desequilibrio o asimetría contra el prestador del SPTTA. Los puntos, que se examinarán en detalle en su oportunidad, son:

- Presunción de culpa del transportador, en materia contractual con base en lo señalado en el artículo 1003 del código de comercio.
- Presunción de culpa en materia extracontractual - carácter de actividad peligrosa del transporte
- Responsabilidad solidaria del empresario por daños ocasionados por sus vehículos afiliados.
- Reconocimiento y valoración de perjuicios morales.
- Lucro cesante – Requerimiento de acuerdo expreso.

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.

3 Esquema preliminar de cuestionamientos al aseguramiento del SPTTA

Con base en lo anterior, así como en la información obtenida de escritos y reuniones con participantes en la prestación del SPTTA, los diferentes aspectos involucrados en la percepción y comportamiento por parte de aquellos frente al aseguramiento en cuestión, pueden clasificarse esquemáticamente en: incoherencias estructurales y conceptuales, en la previsión normativa y en la aplicación práctica; ineficiencias operativas en relación con la posibilidad de lograr el reconocimiento y pago de las coberturas; e, ineficacia institucional del aseguramiento en cuanto al cumplimiento de finalidades legales y sociales.

3.1 Incoherencias estructurales y conceptuales

Se presenta inicialmente un desfase entre las expectativas de los tomadores del seguro, la forma en que se encuentran definidas las condiciones mínimas que son exigidas normativamente y la función propia del seguro.

La expectativa del transportador como tomador, es la indemnidad de su patrimonio; es decir, que los seguros de responsabilidad civil que contrata lo cubran contra pérdidas en su patrimonio que puedan derivarse como efecto de hechos acaecidos en la prestación del servicio público, que causen daños a terceros, por los cuales deba responder²². Sin embargo:

- La estructuración normativa de mínimos de montos y coberturas, se define en función de la protección de las víctimas, no en función de la preservación del patrimonio del asegurado.
- Existe un desfase entre las cuantías mínimas previstas normativamente para el seguro y la cuantía máxima que la ley²³ autoriza al juez para señalar como indemnización en relación con el daño derivado de conductas punibles.
- Las definiciones normativas de las condiciones mínimas para el aseguramiento en el SPTTA de pasajeros solo contemplan el daño emergente, ámbito al que se limitan las coberturas que ofrecen los aseguradores, dejando de lado el lucro cesante y el daño moral; conceptos éstos último incluido en las condenas judiciales por responsabilidad de los transportadores.
- Las aseguradoras presentan resistencia a asegurar a los transportadores no solo por encima de los mínimos señalados normativamente, sino incluso dentro de dicho mínimo.

²² Para efectos del análisis, el énfasis en este aparte recae en el aseguramiento en el SPTTA de pasajeros; no obstante que las consideraciones expuestas corresponden en su mayoría a zonas comunes con el aseguramiento en el SPTTA de carga.

²³ Código Penal Artículo 97. Una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, si el seguro no cumple la función de proteger efectivamente el patrimonio del asegurado, sino que se limita a garantizar una respuesta mínima a las víctimas en caso de daños ocasionados por la actividad de transporte; ello, de una manera muy simple y rápida, lleva a la percepción de duplicidad de seguros de protección a víctimas de accidentes de tránsito:

- Los daños a las víctimas se encuentran cubiertos por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, cuya vigencia es presupuesto para que cualquier vehículo pueda circular en el territorio nacional.
- Algunos transportadores insisten en que en muchas ocasiones las aseguradoras los toman como excluyentes. Posición de acuerdo con la cual, no se tomarían como parte de las indemnizaciones a su cargo en un caso dado, los pagos realizados con cargo al SOAT.
- Las coberturas previstas normativamente por responsabilidad civil extracontractual y contractual, son idénticas. Sin embargo procede tomar cada seguro en forma separada, con “doble” costo.
- Las coberturas del SOAT, se identifican²⁴ con las de las condiciones mínimas los seguros de responsabilidad civil extracontractual y contractual.

Otro de los aspectos que generarían inconsistencias en la comprensión del aseguramiento en el SPTTA, es el relativo a los sujetos que intervienen y las delimitaciones de sus responsabilidades:

- Los seguros de responsabilidad civil los toma la empresa de SPTTA, empero la prima está a cargo del propietario del vehículo en función de la inclusión de cada uno de sus vehículos dentro de las pólizas de responsabilidad de la empresa.
- El SOAT lo toma el propietario y por cada vehículo.
- Esquema de solidaridad empresa – propietario – conductor.
- Protección patrimonial de la empresa de SPTTA versus la protección patrimonial del propietario de vehículos

Finalmente, se identifican otros aspectos de carácter conceptual que pueden ser catalogados de falacias, dada su generalidad y tratamiento y que requerirán de las aclaraciones pertinentes:

- Aseguramiento de la culpa. – El seguro debe preservar mi patrimonio aún en los casos en que la pérdida se debe por mi culpa

²⁴ Salvo gastos funerarios e incapacidad temporal.

- El alcance de la responsabilidad. - Los límites de la responsabilidad del transportador deben ser especiales y corresponder a los previstos en las condiciones mínimas de aseguramiento en las normas sobre transporte.
- Identificación de la responsabilidad contractual y con la extracontractual - Como de acuerdo con las previsiones normativa las coberturas en responsabilidad civil extracontractual y contractual son idénticas; entonces, esas dos clases de responsabilidad serían situaciones asegurables idénticas.
- El monto asegurado debe corresponder al monto de la indemnización. En otras palabras el valor de las indemnizaciones debería estar cubierto en un 100% por póliza.

3.2 Ineficiencias Operativas

En este ámbito se identifican dos facetas principales de ineficiencias en relación con las condiciones para lograr el reconocimiento y pago de los seguros en le SPTTA:

Ineficiencias en el cobro directo: se identifica la conducta de las aseguradoras como una regla general de negativa a acceder voluntariamente al pago del seguro; que se manifiesta en: requerimientos formales de las reclamaciones; objeciones a la reclamación por exclusiones (daños morales, lucro cesante, etc.); mantenimiento de las condiciones de asegurabilidad; las exigencias respecto al requerimiento de sentencia condenatoria, entre otros.

Ineficiencias procesales, directamente relacionadas con los mecanismos y procedimientos para obtener la efectividad del pago de las indemnizaciones. Tanto en las instancias de conciliación como en las jurisdiccionales. Se identifican las referentes a la falta de “facultades” de los conciliadores frente a los aseguradores; las circunstancias de tiempos y costos en los trámites jurisdiccionales, y los supuestos “prejuicios” de las posiciones jurisprudenciales frente a las empresas de SPTTA.

3.3 Ineficacias del Aseguramiento

En este aparte procederá examinar los aspectos relacionados con los elementos estructurales, conceptuales y operativos de definición legal, requeridos para que un esquema de aseguramiento en el SPTTA cumpla efectivamente las finalidades sociales y/o económicas que le correspondan como institución. Bajo esa óptica se considerarán:

- La perspectiva de la actividad del SPTTA como actividad de **interés público**, con los enfoques de efectividad de derechos de usuarios, continuidad del servicio público y de las empresas prestadoras y de salud pública.
- La segunda perspectiva es la del **interés particular y legítimo de los prestadores del servicio:** con los enfoques del seguro como “valor agregado”, la protección del patrimonio de los prestadores del servicio (empresas y propietarios) mediante amparos, coberturas y tarifas suficientes y adecuadas.

- Papel y alcance de las pólizas de terrorismo y de peajes en el SPTTA.

Situación actual del aseguramiento en el sector del transporte público terrestre y alternativas de mejoramiento, tendientes a lograr mecanismos óptimos, que estén conformes con la regulación administrativa, civil comercial y otras disposiciones aplicables
(Descripción de la situación en términos de normatividad, regulación y control del aseguramiento en el sector transporte)

1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SEGUROS DEL TRANSPORTE PÚBLICO

1.1. Intervención del estado

1.1.1. Intervención normativa

1.1.1.1. Modelo económico

Existen tres posiciones acerca de un posible modelo económico impuesto en la Constitución Política.

La primera de ellas, aduce a que en la Constitución Política se consagró el sistema capitalista que la función del estado consiste en garantizar dicha economía²⁵.

Una segunda posición hace referencia a que, aún cuando en la Constitución se contemplan esas funciones del estado, dicho señalamiento no corresponde a un modelo económico²⁶.

La tercera posición considera que el carácter de Estado Social de Derecho implica en si mismo un modelo económico, donde el Estado tiene, además de otras funciones, la de lograr la redistribución de la riqueza y la protección de los más débiles²⁷.

²⁵ Sentencia C - 265 del 2 de junio de 1994. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. “La Constitución colombiana, al consagrar un Estado social de derecho en su artículo 1, combina el intervencionismo económico –lo cual supone una permanente posibilidad de restricción estatal de las libertades económicas- con el radical respeto de los derechos civiles y políticos- por lo cual la restricción de estos últimos debe tener fundamento expreso y específico. En efecto, de un lado, la Constitución consagra una economía social de mercado dirigida, puesto que reconoce genéricamente que la iniciativa privada y la actividad económicas son libres (artículo 332) pero establece, también de manera global, que ‘la dirección general de la economía estará a cargo del Estado’ (artículo 333).”

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. “Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.

“Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (C.N., arts. 333, 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.

²⁷ En la misma sentencia C-398, 7 de septiembre de 1995, dice la Corte: “En un Estado social de derecho, dentro del cual el poder público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (C.N., art. 334). La libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Ésta

1.1.1.1.1 Sistema de libre mercado

Sin perjuicio de la discusión sobre si en la Constitución se consagró o no un sistema económico, la Corte Constitucional ha reiterado²⁸ que el libre mercado si está reconocido y amparado por nuestra Constitución.

En desarrollo de ese reconocimiento, se ha enfatizado que, dentro del libre mercado se garantiza la libre empresa en sus manifestaciones de la libre actividad económica y la iniciativa privada.

Como contrapartida, dentro de un Estado Social de Derecho, se ha precisado que esa libertad de empresa debe practicarse dentro de los límites del bien común.

Concordantemente, se instituyó la libre competencia, no como una prerrogativa puramente individual, sino como un derecho de todos, que, además supone responsabilidades.

Desde la óptica orgánica, se le asignó al Estado la dirección general de la economía y se le dieron facultades para intervenir, por mandato de la ley, en los temas y para los fines consagrados en el artículo 334 de la misma Carta²⁹.

se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.N., preámbulo y art. 2º), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (C.N., art. 334).

“A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución”.

En el mismo sentido ver: ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de fa Competencia. Edil. Legis, 1998. Pg. 57 - 63.

“El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas”.

Y, continua, “El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción. libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social”.

²⁸ Corte Constitucional; sentencia C-368 de 1995.

²⁹ Artículo 334 de la Carta política. 'La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá,

Dentro de ese artículo 334 se redactaron aspectos relevantes para el presente trabajo.

De una parte se señalaron como sujetos de la intervención, la explotación de los recursos naturales, **la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados.**

Como se verá más adelante, el señalamiento de cuales son esos servicios es tarea del Congreso, a nivel de ley, y dentro de ellos se incluyó, por calificación legal expresa, el transporte terrestre automotriz, en adelante SPTTA.

Y, de otra parte, en el artículo 334 se indicó que el objetivo básico de la intervención debe ser la "racionalización de la economía" con los fines y criterios previstos en la disposición constitucional, entre otros, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; así como asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. Fines y criterios dentro de los que se ajustan muchos de los lineamientos del servicio público de transporte terrestre automotor.

Anticipadamente, entonces, concluiríamos que en este primer nivel de análisis, el objetivo pretendido por el Ministerio sería constitucionalmente consistente, en la medida que los propósitos que se buscarían con la intervención son coherentes con los contemplados en la Carta Política.

También que el servicio sobre el que versaría la intervención es de aquellos que se previeron como sujetos de este tipo de medidas en la Constitución Política.

Y, adicionalmente, que si bien no el detalle, por lo menos si la fuente de la intervención tendremos que buscarla en la ley.

1.1.1.2 Derechos económicos: Libertad económica y libre iniciativa privada

La libertad económica es un derecho en si mismo. Es la posibilidad de tomar autónomamente decisiones sin la intervención del Estado, los competidores y demás agentes económicos³⁰.

por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".

³⁰ Sentencia C 1545 del 21 de noviembre de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. "La libertad económica ha sido concebida como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, con la finalidad de crear, mantener o incrementar un patrimonio, Las actividades que conforman

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común³¹. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley y por razones constitucionalmente relevantes³².

Así al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución.

Las tareas que, por virtud de los mandatos constitucionales, debe acometer el Estado, implican la previa fijación de políticas y la selección e implementación de los instrumentos adecuados para llevar a la práctica las orientaciones generales que guían la actuación de la organización³³.

1.1.1.2.1 Concepto general de libertad de empresa

La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización

dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos generales, según la Corte Constitucional, la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales”.

³¹ Artículo 333.- “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

³² En el artículo 333 se prevén el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural. “El bien común, al que se refiere el ya mencionado artículo 333 de la Constitución, debe ser entendido, en su carácter prevalente, como la opción que más conviene, interesa y coadyuva al bienestar de la comunidad. El mismo artículo agrega que, para el ejercicio de toda actividad económica y para el desarrollo de la iniciativa privada, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley”. Sentencia C 997 del 2 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.

³³ Corte Constitucional, sentencia C - 233 del 15 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

institucional que seleccione y dentro de la economía de mercado.

Por libertad de empresa se entiende aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización del mundo económico para la obtención de un beneficio o ganancia.

El término empresa en este contexto cubre dos aspectos, el inicial como la iniciativa o manifestación de la capacidad de emprender y acometer y el instrumental a través de una organización económica típica, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.³⁴

En otros términos, la libertad de empresa implica la seguridad que pueden tener los habitantes de Colombia que, salvo las excepciones que se explican adelante:

- En nuestro país existe libertad de entrada y salida a los mercados;
- Cada partícipe del mercado puede seleccionar la forma más adecuada para organizar su negocio;
- Sólo el empresario tendrá algo que decir respecto de la manera como administra su negocio;
- Las actividades y productos que se ofrezcan para satisfacer a los clientes serán establecidas por el interesado atendiendo sus intereses y motivaciones; y,
- No habrá imposiciones estatales en cuanto a la manera o forma que se le quiera dar a todo lo anterior.

1.1.1.2.2 Las excepciones: Limitaciones a la libre empresa

Como se señaló, la Dirección general de la economía está a cargo del Estado³⁵. En este sentido, el Estado cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger, entre otros, la salud, la salubridad y la seguridad³⁶.

³⁴ Corte constitucional, sentencia C- 233 del 15 de mayo de 1997.

³⁵ Artículo 334 de la Carta Política.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T 028 de 1994 Magistrado Ponente: Or. Vladimiro Naranjo Mesa. "La disposición citada garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada, los cuales, junto con la facultad de los asociados de desarrollarse económicamente a través de la empresa, propenden por el progreso individual y social, dentro de los límites del bien común. En otras palabras, la libertad económica y de empresa son posibles, siempre y cuando no atenten contra las condiciones de la vida social. Por su parte, el artículo 336 superior, establece, como finalidad social primordial del Estado, la de buscar un mejoramiento en las condiciones de vida de la población. Sin embargo, no puede considerarse que esta disposición establezca que las autoridades estatales son las únicas responsables de la obligación de realizar todas las gestiones económicas, políticas y sociales para alcanzar este fin, pues no puede olvidarse que a cada uno de los asociados se le asigna -en aras del equilibrio social- el compromiso de colaborar en el mismo sentido y respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Si bien la libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, esta libertad no es absoluta por cuanto la empresa³⁷, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y supone responsabilidades, facultándose al legislador para limitar o restringir su alcance³⁸.

Para entender adecuadamente esta posibilidad de intervención, vale la pena abordar el tema desde dos ópticas. De un lado en cuanto a cuales son las facetas de la relación actividad aseguradora y servicio público de transporte terrestre automotor expuestas a regulación y, de otro, en cuanto hace a las características que esa intervención debe tener para cumplir con los estándares que se previeron en la Constitución Política.

1.1.1.2.2.1 Facetas con capacidad de ser intervenidas

En lo que respecta a las mencionadas facetas de la relación actividad aseguradora y servicio público de transporte terrestre automotor que pueden ser sujetas a regulación, podemos identificar tres respecto de las cuales podrían versar las recomendaciones:

Regulaciones sobre el “**quien**”: Las relativas a las personas o entidades, o las características de éstas que las habilitarán para prestar los servicios.

Regulaciones sobre el “**qué**”: Las que hacen relación a determinación de objetos sociales exclusivos, inhabilidades o incompatibilidades, Las que se dan, por ejemplo, cuando el estado llega

³⁷ Al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social.

³⁸ Sentencia C 697 del 14 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. “Es el legislador quien debe establecer, con extrema claridad, qué tipo de tareas está sometida a la acreditación de requisitos de idoneidad y qué tipo de requisitos pueden ser exigidos. El mercado de trabajo y, en general, el ejercicio de la libertad económica. sólo pueden ser objeto de limitaciones sustanciales por parte del legislador, cuando ello resulte indispensable y proporcionado para proteger los derechos de los demás o bienes e intereses constitucionales particularmente relevantes. y siempre que la referida intervención precise sus fines y alcances y defina los límites de la libertad económica. La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico. según sus preferencias o habilidades. con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social.”

“En virtud de todo lo anterior esta Corte concluye que las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica.”

a la conclusión que, dado el interés general que se pretende proteger, quien se dedique a prestar servicios de seguros no podrá al mismo tiempo desarrollar otras actividades.

Regulaciones en cuanto al **"cómo"**: Aquellas en las que, para proteger un interés general, se señala una particularidad sobre la forma específica que debe revestir el servicio o las condiciones en que éste debe prestarse o la manera como debe llevarse un negocio.

1.1.1.2.2.2 Requisitos de la intervención

Dado que se trata de una prerrogativa de rango constitucional, las limitaciones que se pretenda introducir a la libertad de empresa, deben cumplir con los requisitos materiales y formales que se contemplan en la misma Carta Política. A continuación haremos una breve descripción de ellos:

A) Igual o superior jerarquía

La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango igual o superior. Cederá frente a las libertades individuales y deberá conciliarse con otros derechos de tipo patrimonial.

Con respecto a las limitaciones que según la Constitución Política se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que *"en el marco de un Estado Social de Derecho (artículo 1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (artículo 334), -tal libertad- está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales, pues como se dejó establecido en pronunciamiento anterior, la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual y, en consecuencia, debe hacerse una interpretación más amplia de las facultades regulatorias del Estado en relación con las libertades económicas, por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias"*³⁹.

Cómo se verá en detalle más adelante en este trabajo, en el caso de los SPTTA existen algunas manifestaciones referidas a derechos fundamentales o libertades individuales, pero en su gran mayoría los aspectos relativos a las medidas que se propondrán tienen que ver con intereses económicos y de racionalidad de la actividad económica.

Así las cosas, podemos concluir que las recomendaciones que se hagan deberán implicar una armonización entre los intereses que se identifiquen, sin que los de los transportadores puedan primar por encima de los demás, de una manera que implicara que se eliminen o desconozcan esos otros.

B) Origen en la ley

³⁹ Corte constitucional, sentencia C-1445 de 2002.

Constitucionalmente, cualquier limitación que se vaya a dar a la libertad de empresa tiene que tener sustento directo en la ley⁴⁰.

De este requisito, naturalmente no podría concluirse que la totalidad de las disposiciones y el detalle que se necesita para que éstas sean aplicables deben estar en la norma legal.

La implicación que tiene es asignarle al Congreso de la República la iniciativa en este campo. Implica que, en ausencia de una ley, no le es dable a los miembros de las otras ramas de poder público, la ejecutiva y la jurisdiccional, ni a las autoridades que no forman parte los poderes públicos tradicionales, decidir si frente a una situación dada es viable o no limitar la libre empresa.

Pero, obviamente, los integrantes de la administración pública y el ejecutivo, mantienen respecto de las leyes de intervención sus deberes y posibilidades, en particular la de reglamentar las normas y las de supervisión para que las leyes de esta naturaleza se llevan adecuadamente a la práctica.

Por lo tanto, si existieren las normas y se concluyere que hace falta su reglamentación para que se corrija alguno de los defectos identificados, no sería preciso acudir al Congreso, sino que se deberá recomendar que se proceda en ese sentido.

Del mismo modo, si lo que aconteciere respecto de alguno de los inconvenientes identificados es que existiendo la norma y siendo adecuada su reglamentación, éstas no se están aplicando o no se están aplicando bien, las autoridades de supervisión, tanto de la actividad aseguradora como de los SPTTA pueden ser la solución.

C) Serias y razonables⁴¹

Las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, deben ser serias y razonables⁴².

⁴⁰ Artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

⁴¹ Corte constitucional, sentencia C 415 del 22 de septiembre de 1994.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-291 de 1994. Las limitaciones constitucionales para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial de este derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos.

Las actuaciones administrativas de autorización y control, sean regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y judicialmente controlables, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad.

En igual sentido, Corte Constitucional, sentencia C-697 de 2000

La ley debe sancionar cualquier restricción o limitación arbitraria a la libertad de empresa. No obstante, el ejercicio de ciertas actividades económicas puede aparejar un grave riesgo social o afectar arbitrariamente derechos de terceras personas.

Como ya se anticipó en el caso del objeto de este trabajo, encontraremos que la gran mayoría de las propuestas se referirán al “enfrentamiento” de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales.

La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, las restricciones legales a la libre empresa persiguen conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención de algún otro interés jurídicamente útil y común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio *pro libertate*. De ahí que se disponga que *"las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica artículo 150-21)"*⁴³.

Si bien el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, dichas restricciones no deben ser de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuente con poder suficiente para injerir en "la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes"⁴⁴.

En consecuencia, el artículo 26 de la carta autoriza al legislador para exigir determinados títulos de idoneidad a quienes quieren desempeñar actividades que implique riesgo social y también para establecer mecanismos de inspección y vigilancia con el fin de evitar que resulten lesionados los derechos de terceras personas. Adicionalmente, el principio de solidaridad social que se encuentra reconocido, por ejemplo, en la función social de la empresa, permite que la ley establezca ciertas cargas especiales a quienes por desempeñar determinadas actividades económicas o profesionales, se encuentran directamente comprometidos en la realización efectiva de los derechos de los demás.

"En desarrollo, del principio constitucional de la solidaridad, la ley puede adscribir cargas especiales de algunos profesionales o empresarios, siempre que las mismas resulten razonables o proporcionadas al fin perseguido."

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C- 697 de 2000.

"...El Congreso quedó investido de amplias facultades para regular la economía en la Constitución de 1991. Fue la intención de la Asamblea Nacional Constituyente darle al órgano legislativo el liderazgo en materia de definiciones de política económica. Esto se expresa entre otras funciones, en la facultad de regular la moneda (C.N., art. 150-3) y la de fijar los parámetros de la política monetaria, que a pesar de estar en manos de la Junta Directiva del Banco de la República (art. 372), debe sujetarse a lo que disponga la ley. También regula las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público (C.N., art. 150-19), categoría que abarca las actividades financiera, bursátil y aseguradora. Igualmente regulará el Congreso las materias de comercio exterior, aduanas y crédito público así como los cambios internacionales. Si a las competencias legislativas mencionadas se añaden las funciones de disponer lo relativo al presupuesto en el nivel nacional (ley orgánica y ley anual de presupuesto), la planeación (ley orgánica de planeación y ley del plan) y la intervención económica, se comprende que el órgano legislativo detenta buena parte de las funciones económicas, por lo menos en el nivel más general de su formulación..."

⁴⁴ MARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios del Derecho público económico, modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica. Fundación de Estudios de Regulación, Granada 1999. Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

1.1.1.2.2.3 Esquema constitucional de competencias

Habiendo visto el marco previsto en la Constitución Política sobre la materialidad de las disposiciones sobre intervención que delimitará lo que podrán ser las recomendaciones de este trabajo, veremos ahora, resumidamente, qué autoridades serían las indicadas para adoptar las medidas, en los correspondientes niveles.

Concordante con lo señalado en sus artículos 333 y 334, en la Carta Política se estructura un esquema constitucional de competencias de intervención del Estado en la economía.

A) El legislativo

Al Congreso corresponde la función de dictar, con carácter de ley, los lineamientos a los cuales debe sujetarse la intervención. *“... el artículo 150-21, al reconocer la facultad del Congreso de expedir las leyes de intervención económica, exige que esta competencia se ejerza de manera precisa, para definir fines y alcances y, particularmente, dejando diáfananamente trazados los límites de la libertad económica. Puede decirse que la facultad de intervenir en la economía dentro del sistema constitucional colombiano, en lo esencial, descansa primordialmente en el Congreso y por esto es una función que se ejerce en atención a intereses nacionales y unitarios”*.⁴⁵

La intervención del legislativo en materia económica, entre otros puntos de referencia constitucionalmente consagrados, deberá ejercerse a través del tipo de ley⁴⁶ apropiado de acuerdo con la disposición de la Carta en cada caso y en coherencia con los planes de desarrollo.

La Corte Constitucional ha destacado que conforme con el esquema constitucional, dentro los lineamientos a los cuales deben sujetarse que las acciones de intervención en materia económica, bien que correspondan a la intervención legal económica prevista en el artículo 334 de la Carta, o que se realicen como acción permanente del Ejecutivo en materias económicas, deben incorporarse las necesidades y posibilidades de las regiones, departamentos y municipios⁴⁷.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-478, 6 de agosto de 1992, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ PALACIOS MEJÍA, Hugo. Revista de Derecho Público. U. de los Andes, 1992. El Dr. Hugo Palacios Mejía ha elaborado una tipología de las leyes en la Constitución de 1991, en los siguientes términos: 1. Leyes marco; 2. Leyes de intervención; 3. Leyes de facultades extraordinarias; 4. Leyes orgánicas; 5. Leyes de planes; 6. Ley anual de presupuesto; 7. Leyes de trámite especial; leyes estatutarias.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-478, 6 de agosto de 1992, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. “La actuación macroeconómica del Estado, adelantese ésta bajo la forma de intervención legal económica (C.N., art. 334), o bajo la forma de la acción permanente del Ejecutivo en materias económicas de regulación, reglamentación e inspección o en la distribución y manejo de recursos, necesita de pautas generales, que tomen en consideración las necesidades y posibilidades de las regiones, departamentos y municipios así como de las exigencias sectoriales. Estas pautas serán las consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo que es la expresión suprema de la función de planeación”

B) El ejecutivo

En la Constitución Política se prevé que es el Gobierno Nacional el principal actor en el ejercicio de la intervención, dentro de los lineamientos generales que señale la ley obviamente, tanto en cuanto la responsabilidad e iniciativa en el cumplimiento de las competencias para la economía en general, como de las competencias señaladas para sectores específicos de la economía.

“A pesar de la parcial disminución de sus atribuciones directas en materia económica dentro de la Constitución, el Presidente sigue siendo un factor importante, fundamental podría decirse, del manejo económico. Y al igual que el Congreso, representa la presencia de lo nacional, de lo unitario y de lo macroeconómico en esa “Constitución Económica” que en 1991 se ha expandido hasta tener un capítulo propio. El Presidente conserva la capacidad de regular legislativamente la economía mediante el uso de las facultades extraordinarias que le otorgue por no más de seis (6) meses el Congreso, sin que pueda por esta vía decretar impuestos (C.N., art. 150-10). Puede también hacer uso de sus poderes de emergencia económica, que le permiten si se hace necesario adoptar temporalmente normas tributarias (C.N., art. 215). En ausencia de la acción legislativa para la expedición de la ley del plan (C.N., art. 341) y de la ley de presupuesto (arts. 348, 349), podrá el Presidente ponerlas en vigor mediante decretos que tienen fuerza de leyes. Así mismo puede el Presidente hacer uso de su facultad reguladora reglamentaria de que dispone para desarrollar el contenido general de las leyes-marco que expida el Congreso en ciertas materias económicas (art. 189-25)...”⁴⁸.

En lo que hace a las dos actividades cuya inter-relación es objeto de este estudio: la actividad y aseguradora y el servicio público de transporte terrestre automotor.

En los apartes correspondientes se examinarán los alcances específicos de las disposiciones Constitucionales respectivas, debiendo de todos modos adelantarse que en lo que hace relación a la actividad aseguradora, las funciones de intervención están en cabeza del Presidente, dentro de los parámetros que para ese efecto le señale el Congreso.

Del mismo modo, la función de supervisión, tanto para la actividad aseguradora como para los servicios públicos le corresponde al Presidente, en los términos que se le señalen en la ley.

C) La Banca Central

“La tercera autoridad reguladora de aspectos generales en materias económicas que atañen a toda la Nación y que contribuyen a configurar la “política económica unitaria” es la Junta Directiva del Banco de la República. Este cuerpo es la autoridad que toma decisiones y fija políticas y derroteros para toda la economía en materias cambiaria, crediticia y monetaria”⁴⁹.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-478, 6 de agosto de 1992, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-478, 6 de agosto de 1992, Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sin embargo de la necesidad de resaltarla en este punto, no creemos que para los propósitos de las recomendaciones que se harán, la Junta tenga mayor relevancia.

1.1.2. Control y supervisión

1.1.2.1. Regla general de atribución al ejecutivo como suprema autoridad administrativa

La inspección, vigilancia y control, en adelante e indistintamente supervisión, de las actividades de los particulares, se contempla como una modalidad de intervención del Estado, integrada dentro del cumplimiento de cometidos estatales bajo la concepción de la función de policía administrativa dirigida a mantener el orden público económico.

Esa policía administrativa *“en términos generales puede ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público”*⁵⁰.

Funcionalmente, en la Carta Política se evidencia que la regla adoptada para la asignación de competencias públicas de inspección y vigilancia es la de atribuir las al Ejecutivo. Así encontramos conforme con las disposiciones del artículo 189 de la Carta Política que corresponde al Presidente de la República:

“21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.

“22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (...)”

“24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles. (...)”

“26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”.

El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa⁵¹. La atribución que se hace al Presidente de la República de las funciones de inspección y vigilancia se le asigna en su condición de Suprema Autoridad Administrativa, circunstancia que impone que en la expedición, interpretación y aplicación de disposiciones de inspección y vigilancia, se deben incorporar los criterios de policía administrativa⁵².

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-024, 27 de enero de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵¹ Artículo. 115 de la Constitución Política.

⁵² Corte Constitucional Sentencia C-496/98 - Septiembre 15 de 1998. Referencia: Expediente D-1979 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. *“Los artículos 115 y 189 de la Constitución preceptúan que en el Presidente de la República se reúnen las calidades de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. (...) El mismo artículo 189 precisa distintas atribuciones del Presidente de la República. Sin embargo, no determina en cuál calidad actúa para el cumplimiento de cada función. La tarea de dilucidar qué atribuciones le corresponden a cada calidad habrá de cumplirse paulatinamente por la jurisprudencia y la doctrina. Al respecto se puede avanzar que, de manera general, las funciones de Jefe de Estado son aquellas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las*

1.1.2.2. La inspección y vigilancia se ejerce conforme a la ley

Un tercera característica materia de definición de los principios constitucionales de control y supervisión evidente en nuestro esquema constitucional, es que no se ha optado por consagrar en la Constitución disposiciones detalladas sobre el ejercicio general de las competencias públicas de inspección y vigilancia sobre las actividades para las que la autoriza la Constitución, sino que éstas conforme lo prevén las disposiciones constitucionales que las contemplan se ejercerán por el Gobierno Nacional en los términos y con las facultades que señale en cada caso **la ley** que regule la materia en la cual se ejercerá.

En el artículo 150 constitucional se establece que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce, entre otras, la siguiente función: “8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución”.

La Corte Constitucional ha destacado la posición de la normativa legal a cargo del Congreso en el contexto de la estructuración de los sistemas de inspección y vigilancia: “Las funciones contempladas en los numerales 24 y 25 del artículo 189 son compartidas entre el Presidente y el Congreso, y cuando este último crea entes técnicos para que sirvan de soporte al ejercicio de esas funciones, garantiza a través del mecanismo de la desconcentración su adecuada realización. (..) De los preceptos constitucionales mencionados se deduce que el Congreso es el órgano encargado de señalar las pautas que regirán las labores de inspección, vigilancia y control sobre las actividades a las que aluden los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Carta. Ello se realizará a través de leyes marco - como ocurre con las que se dictan con base en el numeral 19 del artículo 150 - o por medio de leyes ordinarias, como es el caso de las que se fundamentan en el numeral 8 del mismo artículo”⁵³.

Concluye la Corte: “**El Congreso fija las directrices de acción en estas áreas y el gobierno las desarrolla**, las lleva a la práctica. Estas funciones tienen ante todo un carácter administrativo, razón por la cual se puede concluir que **en ellas el Presidente de la República actúa como suprema autoridad administrativa**. Esta situación autoriza al Congreso a disponer la desconcentración de estas funciones, para lo cual puede crear instituciones especializadas que realicen esas tareas, de acuerdo con la atribución que le señala el numeral 7 del artículo 150”⁵⁴(se subraya).

referidas a las relaciones internacionales. A su vez, las funciones que desempeña en su calidad de Jefe de Gobierno serían aquellas relacionadas con la fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país, **mientras que las cumplidas como Suprema Autoridad Administrativa son las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública** (se subraya).

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

1.1.2.3. Autorización constitucional de delegación – Las Superintendencias

Una cuarta característica es que esas atribuciones presidenciales de inspección y vigilancia son delegables cuando la ley la autorice, de acuerdo con lo previsto en el artículo 211 Constitucional: *“La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, **superintendentes**, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades*

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente” (se subraya).

Las superintendencias forman parte de la rama ejecutiva (Artículo 115 Constitución Política). Al Congreso le corresponde crear, suprimir o fusionar las superintendencias, señalando sus objetivos y estructura orgánica (Artículo 150-17 Constitución Política), mediante normas que sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno (ley 5ª de 1992 artículo 142).

Las superintendencias sin personería jurídica se encuentran integradas al sector central de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional (L. 489/98 - ART. 38); las superintendencias con personería jurídica son entidades descentralizadas del orden nacional, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (L. 489/9.- ART. 68)

“Salvo el caso de algunas funciones que son indelegables, en principio, las restantes sí lo son; y, en segundo lugar, que únicamente son desconcentrables las funciones que ejerce el Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, aun cuando con la aclaración de que el control y orientación de dichas actividades debe permanecer en cabeza del Presidente, cuando se trate de competencias constitucionales”⁵⁵.

Para efectos del presente estudio, en el caso de la Superintendencia Bancaria en el artículo 10 de la ley 35 de 1993, por la cual se dictaron las normas generales y se señalaron los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras, se establece que el Presidente de la República, a través de las Superintendencias Bancaria y de Valores, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan las actividades financieras, aseguradoras, bursátiles y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Las disposiciones a las cuales se encuentra sujeto el ejercicio de las competencias de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia Bancaria se encuentran incorporadas en el

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia C-496/98 - Septiembre 15 de 1998. Referencia: Expediente D-1979 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

capítulo II de la parte decimotercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el caso de la Superintendencia de Puertos y Transporte, fue creada⁵⁶ y sus funciones y estructura inicialmente previstas en la ley 01 de 1991⁵⁷, de conformidad con el artículo 13 de la ley 489 de 1998 le fueron delegadas las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte, mediante el decreto 101 de 2000⁵⁸; decreto en el cual se dispuso que se modificaría su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, mientras se mantenga la delegación.

⁵⁶ Artículo 25.

⁵⁷ Por la cual se expide el Estatuto General de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones..

⁵⁸ Modificado por los decretos 1016 de 2000 y 2741 de 2001. Por el decreto 101 se modificó la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones. Expedido por el el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones consagradas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, y en los artículos 37 de la Ley 105 de 1993 y 54 de la Ley 489 de 1998.

1.2. Aspectos constitucionales particulares

Habiendo visto el marco constitucional general de la intervención y la supervisión estatal de la actividad económica, pasaremos ahora a revisar algunas particularidades de las actividades de seguros y transporte, para completar el marco que a nivel de la ley de leyes se deberá observar para las recomendaciones que surjan de este trabajo.

1.2.1. Sector Seguros

1.2.1.1. Actividad de interés público

Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley⁵⁹.

La calificación constitucional de interés público habilita la posibilidad legal de restringir los derechos que involucra la libertad económica, de manera anticipada.

1.2.1.2. Intervención e Inspección y vigilancia

Los caracteres generales de las competencias y facultades de intervención examinados en el aparte anterior, se concretan en materia de actividad aseguradora en los siguientes elementos.

1.2.1.2.1. Autorización previa

El constituyente de 1991 consideró que la actividad aseguradora es de interés público y dispuso que ésta sólo pueda desarrollarse previa autorización estatal⁶⁰.

En concordancia con la disposición constitucional en el numeral 3 del artículo 108 del estatuto orgánico del sistema financiero, se dispuso: “*Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora*”.

La definición del “quien”, entonces, no será una definición puramente económica, sino que sabemos, a partir de la Constitución misma, que se dará una limitación.

El origen de esa limitación, entonces, no tiene su origen la ley, sino que viene desde la Carta Política.

La limitación existe en cuanto a las entidades que desarrollan las actividades aseguradoras, cómo respecto de las personas naturales que pueden ser los dueños o beneficiarios reales de éstas, lo mismo que en relación con quiénes pueden ser administradores de este tipo de sociedades o cooperativas.

1.2.1.2.2. Sujeción de la actividad a regulación

⁵⁹ Artículo 335 de la Constitución Política.

⁶⁰ Artículo 335 de la Constitución Política.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política, entre otras funciones corresponde al Congreso dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para “**Regular las actividades** financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”⁶¹.

La disposición es clara en el sentido de que por disposición constitucional la actividad asegurada estará sujeta a regulación, es decir a que mediante disposiciones tanto legislativas como administrativas de carácter imperativo se señalen no solo requisitos para poder iniciar el ejercicio de la actividad, sino también las condiciones que se deben mantener para su prestación y las particularidades sobre la forma específica que debe revestir el servicio o la manera como debe llevarse el negocio.

En materia de la actividad aseguradora, esas reglas imperativas se encuentran en el estatuto orgánico del sistema financiero y en las disposiciones relativas al contrato de seguro contenidas en el código de comercio.

1.2.1.2.3. Finalidades y criterios de la intervención

Por su parte las normas generales en las que se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular la actividad, que corresponde dictar al Congreso, se expidieron mediante la ley 35 de 1993⁶².

De acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la ley 35 de 1993, incorporado al estatuto orgánico del sistema financiero, en el ejercicio de la intervención se deberán tener en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- “a) Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público;*
- “b) Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados, e inversionistas;*
- “c) Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia;*
- “d) Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia,*
- “e) Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por*

⁶¹ Numeral 19 letra d).

⁶² Incorporada al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los artículos 46 y siguientes en lo que hace a criterios y objetivos de la intervención.

objeto desarrollar dichas actividades;

- “f) Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo;*
- “g) Que el mercado de valores se desarrolle en las más amplias condiciones de transparencia, competitividad y seguridad, así como propender porque existan niveles crecientes de ahorro e inversión privada;*
- “h) Proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria;*
- “i) Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones”.*

Los anteriores criterios y objetivos son relevantes para el objeto de este trabajo. En la medida que se concluya que existe una norma de carácter legal que nos permitiría si se cumplen los propósitos transcritos, sugerir que algunas de las recomendaciones se cristalicen en la forma de decretos de intervención en la actividad aseguradora.

1.2.1.2.4. Sujeción a Inspección y vigilancia

Además de a las competencias generales de intervención del Estado en la economía, por disposición Constitucional expresa⁶³ las personas que realicen la actividad aseguradora están sujetas además a inspección, vigilancia y control por parte del Estado y en los términos que señale la ley.

1.2.1.2.5. Facultades del Congreso de la República

Respecto de facultades del Congreso en materia de intervención e inspección y vigilancia frente a la actividad aseguradora en el marco de la Constitución, se tiene en primer término que conforme con el artículo 150 constitucional corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce, entre otras, las siguientes funciones:

“(...)8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

“(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

“(...) d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada

⁶³ Artículo 189 numeral 24.

con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (§ 2478, 3626);

“(...) 21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica (...)”.

A su vez, en el artículo 334, se señala que el Estado intervendrá, por mandato de **la ley**, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Finalmente respecto de facultades del Congreso frente a la actividad aseguradora en el marco de la Constitución, en el artículo 335 se prevé que éste deberá expedir las disposiciones legales de acuerdo con las cuales el Estado podrá otorgar la previa autorización para su ejercicio; así como las normas sobre las formas de intervención del gobierno en la actividad aseguradora.

1.2.1.2.6. Facultades del Ejecutivo

En primer lugar el ejercicio por el Ejecutivo, como competencia de intervención derivada directamente del ordenamiento constitucional⁶⁴ pero sujeta en su ejercicio a la pre-existencia de la ley que regule dicho ejercicio⁶⁵. Esta intervención se manifiesta igualmente mediante la expedición de decretos de carácter general, pero a diferencia de la simple potestad reglamentaria, el contexto de su cometido es la efectividad de la intervención ordenada constitucionalmente y no solo la función instrumental de facilitar la ejecución de una ley.

Respecto de facultades del Ejecutivo materia de intervención e inspección y vigilancia frente a la actividad aseguradora en el marco de la Constitución, en primer término recalamos que la intervención le corresponde, con prescindencia de que conserva la potestad reglamentaria, facultad general prevista en el numeral del artículo 189 de la Constitución, que se manifiesta mediante la expedición por el Gobierno Nacional de los decretos, necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Finalmente, como ya se ha señalado reiteradamente, es competencia del Ejecutivo ejercer la inspección y vigilancia de la actividad aseguradora en los términos del artículo 189 numeral 24 de la Carta.

⁶⁴ Artículo 189 numeral 25.

⁶⁵ Artículo 334 y artículo 150 número 19.

1.2.2. Sector Transporte

En nuestra Constitución Política, no se incorporó disposición expresa sobre el transporte, como tampoco una calificación constitucional específica de esta actividad.

Lo anterior, sin embargo, no implica que el transporte en general, y el transporte terrestre en particular, carezcan de relevancia constitucional. La tienen en la medida que son servicios públicos y también en razón a que por conexidad, son sustanciales a algunos derechos fundamentales.

Respecto de este segundo ámbito, no debe olvidarse que el transporte es básicamente desplazamiento⁶⁶, noción que conceptualmente responde a las de movilización, circulación y locomoción. Y a este respecto, en el artículo 24⁶⁷ de la Carta Política se dispone: “*Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia. (...)*”.

Los tratadistas y la jurisprudencia han resaltado la relación entre la actividad del transporte, específicamente del servicio público de transporte, con ese derecho fundamental constitucional denominado de **libertad de locomoción**, consagrado en el artículo 24 constitucional.

La anterior digresión, nos permite identificar, para efectos de esta exposición las dos facetas de carácter constitucional que deben ser consideradas desde la óptica del sector transporte: la primera, su relación funcional con la efectividad de derechos fundamentales; y, las características del tratamiento constitucional a los servicios públicos.

Sin embargo el real alcance y efecto de lo esbozado, requiere para su suficientemente exposición, precisiones previas sobre la noción constitucional de Estado Social de Derecho y sus efectos en las dos facetas mencionadas de los derechos fundamentales y los servicios públicos.

1.2.2.1. **Noción de Estado social de derecho**

En el artículo 1 de la Constitución Política se califica al Estado colombiano como social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. Por su parte, en el artículo 2 de la Carta se establece como finalidad del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de los individuos.

Esta cláusula, tiene, entre otras, las siguientes connotaciones prácticas: el Estado busca la realización real y efectiva de los principios y derechos de los individuos y debe asegurar a todos los habitantes del territorio “estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.”⁶⁸

⁶⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. 22^a. Ed. “Llevar a alguien o algo de un lugar a otro”.

⁶⁷ Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2003.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-406 de junio 5 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

La noción de Estado social de derecho se concreta en la eficiente prestación de los servicios públicos;⁶⁹ entre otras razones, ya que con ello: se facilita la realización efectiva de los derechos y principios constitucionales, toda vez que el ejercicio de tales prerrogativas fundamentales es posible sólo una vez se encuentren satisfechas las necesidades básicas de los asociados; y una adecuada prestación de los servicios públicos permite al Estado garantizar los estándares mínimos con los que deben contar los individuos para que se respete su dignidad.

El Estado social de derecho concebido en la Constitución de 1991 conlleva un cambio en la idea de los derechos, particularmente de los fundamentales. Se abandona la idea que éstos son posiciones jurídicas formalmente iguales, sin conexión alguna con el acceso a ellos y se asume una visión donde es relevante su realización efectiva. Implica la opción a favor del goce efectivo de los derechos por todos los ciudadanos, con la consecuente tarea del Estado de lograr su aplicación.

La Jurisprudencia Constitucional ha señalado que el Estado social de derecho se responsabiliza por la procura de la existencia, es decir, lleva a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo. Debe crear las condiciones necesarias para proteger, promover y garantizar el despliegue de la personalidad de cada individuo. Igualmente que en el desarrollo de estas funciones del Estado lo convierten en un “empresario” que busca una distribución más justa de los bienes y servicios producidos. No puede, entonces, limitarse a crear condiciones para que el mercado por sí solo se regule, sino que debe asumir una actitud activa implementando medidas para regular el crecimiento y orientación del proceso económico. El Estado social hace alusión al tipo de organización política que tiene como uno de sus propósitos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de determinados grupos sociales, proporcionándoles asistencia y protección. Esta forma de organización hace necesario esforzarse en la construcción de condiciones para asegurar a todos los ciudadanos una vida digna.

1.2.2.2. Derecho fundamental por conexidad

Como ya se mencionó, la actividad del transporte conceptualmente responde, entre otras a la noción de locomoción.

Esta, en cuanto derecho fundamental de origen constitucional⁷⁰, conceptualmente, además del desplazamiento de un lugar a otro, lleva implícitas al menos otras dos aristas: el deber de

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-540 de 1992, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes: “El Estado social y democrático tiene una concreción técnica en la noción de servicio público. El constituyente al acoger esta forma de organización político social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad.”

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-518 del 16 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. “Se trata (la libertad de locomoción), de un derecho fundamental, si bien ese carácter no lo deriva, como equivocadamente lo afirmó el juez de primera instancia, de la ubicación formal del citado artículo dentro del capítulo de los derechos así denominados. Al respecto esta corporación tiene bien establecido que dicho criterio no es el único ni el más adecuado para definir el contenido fundamental de un derecho, en especial si se considera que “del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, publicadas en la Gaceta

abstención de intervención del Estado para limitar real o formalmente la locomoción; y, el deber de acción del Estado para garantizar, real y formalmente, la efectividad del derecho fundamental.

Al examinar la exequibilidad de los literales b) y h) del artículo 430 del código sustantivo del trabajo, la Corte Constitucional, en relación con el transporte público señaló: “*Con respecto al literal b) de la mencionada disposición estima que las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, indudablemente son servicios públicos esenciales, porque **están destinadas a asegurar la libertad de circulación (C.P., art. 24), o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc.)***”⁷¹ (se subraya).

De esta relación entre el transporte y la efectividad de derechos fundamentales, en la cual el primero aparece como un medio que puede ser necesario para el ejercicio de algunos de los segundos, se presentaría una condición de **derecho fundamental por conexidad**⁷², condición de

Constitucional, se concluye, en relación con el artículo 39 del Reglamento, que la comisión codificadora entregó los textos por asuntos y materias —títulos y capítulos— pero que tal tarea no fue aprobada en conjunto, en los términos del artículo 44 (del Reglamento) cuando dice: ‘Aprobado el texto final de las reformas y su codificación, la Presidencia citará a una sesión especial en la cual dicho texto se proclamará.’.

“El derecho que ahora nos ocupa es fundamental en consideración a la libertad —inherente a la condición humana— cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos.

“La libre locomoción está consagrada en varios convenios y pactos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), cuyo artículo 13 señala que ‘toda persona tiene derecho a circular libremente (...) en el territorio de un Estado’, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Ley 74 de 1968, que en su artículo 12 indica: ‘Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él...’. Añade esta última declaración que el enunciado derecho y los que con él se relacionan ‘no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente pacto’.

“Aunque, desde luego, no se trata de un derecho absoluto sino susceptible de restricciones como las que indica la norma citada, o como las provenientes de la aplicación de sanciones penales previo proceso judicial, mientras no haya un motivo legal tiene que ser respetado por autoridades y particulares”

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-450, del 4 de octubre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁷² “Obsérvese que aun cuando la Carta **no otorga** a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad **el carácter de derechos fundamentales**, sí resulta claro que, **frente a situaciones concretas, el desconocimiento de éstos puede conducir a la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales** como la vida, la intimidad personal y familiar, la salud, la paz, etc. En estos casos, la protección puede ser solicitada a través de la acción de tutela pues **la afectación de los primeros incorpora el derecho fundamental cuya protección se reclama**. Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando del desconocimiento de un derecho que no reviste las características de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales Corte Constitucional. Sentencia SU-476, del 25 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

la cual, expresado en forma esquemática, se derivaría como principal incidencia de carácter constitucional la **prevalencia** propia de los derechos constitucionales fundamentales, con las siguientes secuelas:

- Criterio de Interpretación. Los “... *derechos fundamentales inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política. (...) No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales*”⁷³.
- Protección y efectividad mediante acción judicial de tutela: “*Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior, dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela*”⁷⁴.

Específicamente, sobre la procedencia de la tutela respecto del derecho fundamental por conexidad, dijo la Corte en la sentencia SU 476 de 1997, recién citada: “**En estos casos, la protección puede ser solicitada a través de la acción de tutela pues la afectación de los primeros incorpora el derecho fundamental cuya protección se reclama**. Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando del desconocimiento de un derecho que no reviste las características de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales”⁷⁵.

En otro pronunciamiento respecto del derecho fundamental por conexidad, dijo la Corte: “**En consecuencia, el derecho al servicio** alcantarillado, **en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales**, como son los consagrados en los artículos 1º (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), **debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela**”⁷⁶.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia T-406, del 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-406, del 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-476, del 25 de septiembre de 1997. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-406, del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

- Fuerza vinculante en las relaciones privadas: “...en el Estado social de derecho —que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto—, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conformen lo que se puede denominar el orden público constitucional, **cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.**(...) En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; **el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales**”⁷⁷.

De lo anterior concluimos, entonces, que las recomendaciones que se hagan como resultado de este trabajo deben cuidarse de no afectar las facetas del transporte que pudieran implicar una vulneración de la libre movilidad de las personas.

Pero, en el mismo sentido, que, cuando las conclusiones impliquen que alguna modificación es necesaria para hacer realidad el derecho de los ciudadanos de moverse en el territorio, el argumento será constitucionalmente válido, incluso para limitaciones a libre empresa o de la libre competencia.

1.2.2.3. El Estado como garante de los servicios públicos

La segunda faceta de carácter constitucional que debe ser considerada desde la óptica del sector transporte, es la de las características del tratamiento constitucional a los servicios público.

En la Constitución Política de 1991 se destina un capítulo a desarrollar el tema de los servicios públicos⁷⁸. Adicionalmente, se califica al Estado Colombiano como social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana⁷⁹. Conforme con lo redactado en el artículo 365 de esta Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Sobre el concepto de servicio público, la Corte Constitucional ha señalado que el “... contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-587, del 12 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

⁷⁸ Capítulo 5 del título XII, artículos 365 a 370 de la Constitución Política

⁷⁹ Artículo 1, Constitución Política

*Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (C.N., art. 2º). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros*⁸⁰.

De la disposición contenida en artículo 365 Constitucional citado y de la jurisprudencia transcrita, surgen claramente los elementos por los cuales los servicios públicos son objeto principal de definición constitucional y de intervención del Estado, bajo la égida vertebral del deber del Estado de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional

Para lograr la consecución de tal cometido, independientemente de la forma de prestación por la que se opte, el Estado “(...)mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (los servicios públicos)”.⁸¹ Para ello, dispone de atribuciones consagradas en la Carta fundamental, a cargo de diferentes órganos. Estos, en virtud de lo establecido en el artículo 113 de la Constitución Política, “(...) tienen funciones separadas pero colaborarán armónicamente para la realización de sus fines.”

En esa dirección, al Congreso de la República le corresponde “expedir las leyes que regirán (...) la prestación de los servicios públicos”⁸² y “... las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia.” Por su parte, al Presidente de la República le compete la reglamentación de tales leyes⁸³ y “ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.”

En el mismo artículo 365, la Carta define el régimen general de intervención en los servicios públicos en general: “*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita*”.

Del anterior texto, surge como elemento fundamental del esquema constitucional de los servicios públicos que se reservó al legislador la competencia para regular la prestación de los servicios

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-540, del 24 de septiembre de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸¹ Artículo 365 de la Constitución Política.

⁸² Artículo 150 número 24 de la Constitución Política.

⁸³ Artículo 189 número 11 de la Constitución Política.

públicos⁸⁴.

Otros dos elementos del esquema constitucional de los servicios públicos que derivan del texto del artículo 365 de la Carta, son los de descentralización y participación ciudadana: *“El constituyente optó por reservar al legislador la regulación de la prestación de los servicios públicos (CP art. 150-23), no sin antes garantizar la participación de las organizaciones de usuarios o consumidores en la materia (CP arts. 78, 334, 365, 367, 369 y 48 transitorio) y confiar a los concejos la reglamentación de las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio (CP art. 313-1). De tal forma, se pretendió conciliar la flexibilidad de los mecanismos para la prestación de los servicios públicos con la descentralización y la participación ciudadana, en un área de la actividad estatal que afecta directamente la vida cotidiana de todas las personas”*⁸⁵.

En la misma sentencia que venimos desarrollando, la Corte identifica en el ámbito de la norma constitucional los medios de intervención del Estado en el campo de los servicios públicos: *“la nacionalización de determinadas actividades estratégicas o servicios públicos por razones de soberanía o de interés social (CP art. 365); la prioridad del gasto público social para la solución de las necesidades básicas insatisfechas (CP art. 366); el otorgamiento de subsidios presupuestales a personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (CP art. 368); el reconocimiento de los derechos de participación ciudadana y municipal en la gestión y fiscalización de los empresas estatales que prestan servicios públicos (CP art. 369) y, el ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de los mismos por parte del Presidente de la República, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (CP art. 370)”*.

Cabe observar, que en relación con los servicios públicos diferentes a los calificados legalmente como domiciliarios, como lo es el de transporte terrestre, la norma constitucional que dispone la el ejercicio de la inspección y vigilancia sobre los servicios públicos como atribución constitucional, es el artículo 189 –numeral 22- de la Carta. Además existe la posibilidad de que, previa ley de autorización, se delegue en ministros, directores de departamentos administrativos, representantes

⁸⁴ Ponencia sobre servicios públicos presentada por Eduardo Verano de la Rosa. Asamblea Nacional Constituyente. G.C. No. 51, p. 17 – Citada en la T-540, del 24 de septiembre de 1992. *“Introducir en la Carta Constitucional materias que son susceptibles de un desarrollo legislativo detallado, puede crear en el tema que nos ocupa, una camisa de fuerza que impida el desarrollo mismo de los distintos servicios públicos o la ausencia de normatividad en otros servicios que, por su misma naturaleza, requieren de un tratamiento especial.*

“De acuerdo a lo expresado anteriormente, se deja a la ley el desarrollo de los mandatos constitucionales, atendiendo la naturaleza y características de cada uno de los servicios públicos, las dificultades que se presentan entre las empresas y los usuarios, los elementos propios de cada uno de ellos que, inciden en la fijación de las tarifas o en su actualización, etc..

“En los demás servicios (diferentes a la fuerza pública y la administración de justicia) se prevé la participación de los particulares o de las comunidades organizadas en su prestación. Con ello se consagran alternativas distintas a la puramente estatal en su organización y atención, procurando crear condiciones de competencia que, en últimas, conlleven el mejoramiento en el manejo de los recurso y, por ende, en la calidad de los servicios entregados a la comunidad”.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-540, del 24 de septiembre de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes o agencias del estado.⁸⁶

Y concluye la Corte: “*La variedad de los servicios públicos - esenciales (CP arts. 56, 366), sociales (CP arts. 46, 48, 64), domiciliarios (CP arts. 367 y ss), comerciales o industriales (CP art. 64) y las variadas modalidades de su prestación - directamente por el Estado o a través de comunidades organizadas o particulares - son criterios que sumados a la decisión del legislador permiten determinar el derecho aplicable en cada caso*”⁸⁷.

⁸⁶ Artículo 211 de la Constitución Política.

⁸⁷ Íbidem.

1.3. Desarrollo legal

1.3.1. Sector Seguros

En el estatuto orgánico del sistema financiero EOSF se ha venido incorporando el marco legal que regula la actividad aseguradora.

La ley 45 de 1990 constituye el antecedente inmediato de una gran parte de las disposiciones contenidas en el EOSF, compilado mediante el decreto 663 de 1993, con base en las facultades contenidas en la ley 35 de ese mismo año.

En el desarrollo legal se concretan los lineamientos sobre intervención estatal y sobre supervisión y control, esbozados en la exposición sobre el marco constitucional contenida en los numerales anteriores.

A continuación examinaremos el concepto legal de actividad aseguradora y el conjunto de facultades que se conforman como herramientas para la intervención, frente a las compañías y cooperativas de seguros y de reaseguros, calificadas como entidades aseguradoras⁸⁸ y frente a los intermediarios de seguros y reaseguros.

⁸⁸ Artículo 5 del EOSF.

1.3.1.1. Concepto legal de actividad aseguradora

En las partes conclusivas de este trabajo se procurará analizar alternativas de dispersión y traslado del riesgo. Algunas de esas deberán trabajarse bajo la forma de “seguros” y otras no.

Dado que, como se verá, existen múltiples disposiciones especiales que regulan la actividad aseguradora, es muy importante tener claro en “qué” consiste esa actividad, puesto que las demás alternativas de dispersión o traslado de riesgos no necesariamente deberán cumplir con esas normas. Pero, en la medida en que sí impliquen aseguramiento, si deberán observarlas en su integridad.

El constituyente de 1991 consideró que la actividad aseguradora es de interés público y dispuso que ésta sólo pueda desarrollarse previa autorización estatal⁸⁹.

En concordancia con la disposición constitucional, en el numeral 3 del artículo 108 del estatuto orgánico del sistema financiero, se dispuso que *“sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora”*.

En esa medida, las propuestas técnicas que correspondan a la definición legal de actividad aseguradora, sólo podrán confiarse a las compañías de seguros, mientras que para las que sean otro tipo de negocio, se podrán implementar, también, con otro tipo de empresas.

En el EOSF no se define expresamente que se debe entender por esa actividad aseguradora que es Constitucionalmente considerada de interés público y requiere de previa autorización estatal y sujeción a la supervisión de de las autoridades públicas.

En el número 2 del artículo 38 del EOSF se indica que esa actividad aseguradora es la realizada por las empresas o cooperativas de seguros: *“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...”*.

A su vez, en el numeral 3 del mismo artículo 38 se dice: *“El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro...”*.

Por su parte en el artículo 1045 del código de comercio se indica como uno de los elementos esenciales del contrato de seguros, que éste sea contratado por una sociedad autorizada legalmente para ello.

En ese contexto, entonces, no es sencillo entender el alcance del concepto de la actividad aseguradora que no se puede realizar sin el previo permiso del Estado ya que implicaría que no se

⁸⁹ Artículo 335 de la Constitución Política de Colombia.

puede realizar una actividad sin permiso, pero la actividad prohibida es una que no se lleva a cabo sino por empresas debidamente autorizadas.

Para solucionar el interrogante, se han planteado 2 aproximaciones:

Una liderada por la Superintendencia Bancaria, en la cual se le da preponderancia a los aspectos objetivos de la operación que se realiza, con prescindencia de la denominación que se le de al contrato o la calidad de la entidad que lo esté asumiendo.

Otra, que se desprende de un reciente fallo de la Corte Constitucional, en atención a la cual, dado que esa fue la forma que asumió el legislador para la definición, actividad aseguradora es aquella que realizan las aseguradoras en la forma de contratos de seguros y algunos otros permitidos a esas empresas.

1.3.1.1.1. Superintendencia Bancaria

En primer término, *actividad aseguradora prohibida* debe tratar de entenderse con prescindencia del **sujeto** que la realiza, pero sí ubicándose en el ámbito de la realización de operaciones de seguros, definición del **objeto** social de las aseguradoras, prevista en el artículo 38 del EOSF.

La Superintendencia Bancaria⁹⁰ ha señalado que para determinar el concepto de operaciones o negocios de seguros, éstas deben reunir las características de la operación de seguros.

La Superintendencia Bancaria⁹¹ ha relacionado en varios conceptos las siguientes definiciones doctrinarias de actividad aseguradora

“2.1. Se concibe el seguro como un contrato en el que “el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”⁹².

“2.2. Otros tratadistas definen el seguro como “la institución que garantiza un sustitutivo al afectado por un riesgo, mediante el reparto del daño entre un elevado número de personas amenazadas por el mismo peligro”⁹³.

“2.3. También hay doctrinantes para quienes el seguro es “un instrumento social por el que se

⁹⁰ Concepto 95039545, entre otros.

⁹¹ Ídem.

⁹² Fundación Mapfre Estudios. Instituto de Ciencias del Seguros. Manual de Introducción del Seguro. Edit. Mapfre S.A. Madrid, 1990, pág 2.

⁹³ Julio Castello Matrán, Antonio Guardiola Lozano. Diccionario Mapfre de Seguros. De. Mapfre, Madrid, 1992, pág. 348.

*hacen acumulaciones que sirven para enfrentarse a pérdidas inciertas de capital, lo que se lleva a cabo transfiriendo los riesgos de muchos individuos sobre una persona o grupo de personas acumuladas*⁹⁴.

*“2.4. También se señala que se trata de una “institución de previsión basada en la mutualidad técnicamente organizada, por la que, mediante el pago de una prima o cuota, única o periódica, se adquiere el derecho de ser indemnizado por determinados daños o menoscabos sufridos en nuestras personas o bienes o a la entrega de un capital o disfrute de una renta en un tiempo determinados”*⁹⁵.

*“2.5. Finalmente, citamos el concepto que ubica al seguro como “una actividad económica financiera que presta el servicio de transformación de los riesgos de diversa naturaleza a que están sometidos los patrimonios, en un gasto periódico presupuestable, que puede ser soportado fácilmente por cada unidad patrimonial”*⁹⁶.”

De tales definiciones doctrinarias, se concluye entonces que se tratará de actividad aseguradora no autorizada cuando una persona –quien actuaría como asegurador en forma irregular- se obligue, a cambio de un precio, a asumir cuando se sucedan, riesgos de terceros, a favor de éstos y protegiendo su patrimonio, cualquiera que sea el mecanismo financiero o de coberturas que utilice para ello, sin contar con autorización Estatal.

1.3.1.1.2. Corte Constitucional: Cubrimiento de riesgos que no corresponde a actividad aseguradora

Distanciándose en apariencia de la posición adoptada por la Superintendencia Bancaria, la Corte Constitucional partió del supuesto que, no existiendo ninguna limitación constitucional, el legislador está en libertad de definir actividad aseguradora como lo estime necesario pero que debe tener en cuenta que se trata de una actividad ligada al manejo y aprovechamiento del ahorro del público y que el Congreso ha dado esa definición relacionándola con el contrato de seguros.

Señaló, con todo, que existen parámetros universales de manejo de riesgos que limitan la libertad de definición que asiste al Congreso de la República y, precisó que las compañías de seguros no tiene la exclusividad para desarrollar la actividad aseguradora

A continuación se exponen los principales lineamientos contenidos en la sentencia C 940 de 2003, en la cual la Corte Constitucional señaló su entendimiento de la expresión “actividad aseguradora” contenida en el artículo 335 y concordantes de la Constitución Política.

⁹⁴ Willet. A. H. The Economic Theory of Risk Insurance. Citado por John H Magee en Seguros Generales, Ob. cit., pág 4

⁹⁵ Benítez de Lugo Reymundo, citado por Isaac Halperin, Seguros. Ediciones Depalma, "1a. Edición actualizada por Juan Carlos Morandi. Buenos Aires, 1983, pág. 57.

⁹⁶ Julio Castello Matrán, Antonio Guardiola, Ob. Cit., Pág. 348.

El pronunciamiento es particularmente relevante para los fines del presente trabajo en la medida que de acuerdo con lo expuesto por el máximo tribunal en lo Constitucional, no todas las formas de traslado o administración de riesgos implica desarrollo de ese tipo de actividad y, en el mismo sentido, no siempre debe trabajarse con compañías de seguros.

En sentencia la C 940 de 2003⁹⁷ en la cual la Corte examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 795 de 2003⁹⁸, sobre creación de cooperativas por entidades que presten directamente servicios de previsión, asistencia y solidaridad⁹⁹ y sobre la indicación expresa¹⁰⁰ que no constituye actividad aseguradora la prestación de servicios funerarios.

En cuanto al aspecto material, la Corte señaló que el artículo 111 de la ley 795 de 2003 no se refiere a un contrato de seguro, sino a uno de prestación de servicios funerarios de carácter comercial que puede celebrarse bajo diversas modalidades, sin que ello implique captar dineros del público para operaciones financieras, por lo que declaró exequible la disposición. Sin embargo, aclaró la Corte, SI también mediante la celebración de contrato de seguros se cumplen los requisitos propios de esta actividad, se podrán incluir coberturas que comprendan la prestación de servicios funerarios.

El máximo tribunal pudo arribar a esa conclusión, en cuanto que la Constitución no se ocupó de definir en qué consiste la actividad aseguradora, y por ello es del resorte del legislador precisar su sentido y alcance.

⁹⁷ Expediente D-4527. 15 de octubre de 2003. Dr Marco G Monroy C

⁹⁸ Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁹⁹ Artículo 110. “Las entidades que en desarrollo de la parte final del inciso segundo del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 presten directamente servicios de previsión, asistencia y solidaridad podrán crear una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines, la cual no estará sujeta a lo previsto en los artículos 33 inciso primero, 50 y 92 inciso segundo de la Ley 79 de 1988 en los términos que establezca el Gobierno Nacional. Los asociados de la cooperativa que le dio origen a la cooperativa así constituida, podrán utilizar los servicios de la nueva cooperativa, así como los asociados de otras cooperativas que participen en su conformación. En este último caso, las decisiones se adoptarán según lo previsto en el artículo 96 de la Ley 79 de 1988”.

¹⁰⁰ Artículo 111. “No constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.

“PAR. 1º—Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entiende por servicios funerarios el conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres; pueden constar de servicios básicos (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), servicios complementarios (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales) y destino final (inhumación o cremación del cuerpo).

“PAR. 2º—Las empresas que actualmente ofrecen contratos de prestación de servicios funerarios, en sus diferentes modalidades, contarán con un plazo máximo de dos (2) años, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para adecuarse a lo previsto en el presente artículo”.

“Los conceptos jurídicos indeterminados en la Constitución confieren al Congreso un amplio margen de libertad definitoria que, sin embargo, no está exento de los límites que se derivan de la subordinación general de la ley a las normas superiores, y de los referentes constitucionales y aun sociales que estén presentes en cada caso.(...) El margen de libertad legislativa a la hora de precisar un concepto jurídico que aparece indefinido en la Constitución depende pues de la precisión de las referencias que la misma Carta contenga, relativas al concepto que el legislador pretende definir. A mayor precisión en las referencias constitucionales, menor libertad de configuración legislativa y viceversa. Correlativamente, la intensidad del control constitucional debe adecuarse a esta mayor o menor libertad de configuración legislativa”.

Desde ese punto de vista, la Corte encuentra:

“(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’”¹⁰¹.

No obstante lo anterior, la Corte se aproximó a la posición que ha venido tomando la Superintendencia Bancaria, al destacar que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad aseguradora comúnmente aceptada¹⁰², que obra como un referente que limita la libertad de configuración del legislador.

“La doctrina jurídica usualmente postula que en tal actividad humana siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos, y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización. La mutualidad implica la formación de un fondo común constituido con los aportes de los sujetos expuestos al peligro, con el cual se cubren los riesgos en la medida en que se presenten. La mutualidad parte de la base de que ‘si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los

¹⁰¹ 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.

¹⁰² Ídem.

individuos aisladamente considerados, para la colectividad no. Porque entonces entra en juego la Ley de los Grandes Números y el Cálculo de las Probabilidades y, con ellas, la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales'. Las nociones de riesgo, de gran cantidad de entes expuestos a él y de mutualidad aparecen, tomadas en conjunto, como indicativas de la actividad aseguradora, cualquiera que sea la forma jurídica en que ella se manifieste".

"Ciertamente, es comúnmente sabido que las bases técnico - matemáticas de la actividad aseguradora se encuentran en la estadística, como ciencia que sólo opera en relación con grandes números; por lo cual la existencia de un gran número de entes económicos expuestos a la contingencia de un peligro eventual y análogo, que bajo cualquier forma se organizan para soportar mutuamente tal contingencia, suele entenderse como actividad aseguradora".

En lo que si fue enfática la Corte Constitucional es en que no existe asidero para concluir que las compañías de seguros tengan la prerrogativa de ejercer exclusivamente la actividad aseguradora:

"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.)

En la sentencia en examen la Corte se ocupó del contrato de servicios funerarios, concluyendo que este si 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 permita 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 contrato de seguros"*¹⁰³. Finalmente, la Corte estima que *"aun en el caso en el que los servicios*

¹⁰³ 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.

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.”

Como se señaló, entonces, desde una perspectiva general de la actividad aseguradora, la posición expresada por la Corte se concretaría así¹⁰⁴:

- Al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, pero deben atenderse las limitantes técnicas universalmente aceptadas y el hecho de manejar o aprovechar recursos del público.
- No es contrato de seguros toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades.
- No toda actividad aseguradora debe reservarse a la compañía de seguros.

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 mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutua responderá hasta el monto total de dicho fondo.

¹⁰⁴ “Se ha dicho también que al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, para lo cual puede válidamente acudir a criterios negativos, indicando qué operaciones no la constituyen. Desde este punto de vista puede el Congreso, desechando el criterio material, decidir que no es aseguradora toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades, cuando aparecen otros elementos jurídicos que estima relevantes para otorgar un tratamiento legal diferente. Puede también decidir que sólo es aseguradora la actividad que se desarrolla bajo la forma jurídica pura del contrato de seguros (criterio formal), o por parte de las compañías constituidas como compañías aseguradoras (criterio orgánico). Sin embargo, se ha hecho ver que cualquier actividad, llámese aseguradora o no, que implique el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado, en los términos de los artículos 335 y concertantes de la Constitución.

“Por lo tanto es menester que la Corte estudie si los llamados servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 acusado, que el legislador ha decidido catalogar como actividad no aseguradora, implican tal manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. A este respecto encuentra que la actividad de quienes prestan los llamados servicios funerarios no se encuadra dentro de aquella que, de conformidad con lo prescrito por el Decreto 3227 de 1982, constituye captación masiva de recursos de manos del público por parte de las entidades financieras”.

- En todo caso, cuando la actividad, llámese aseguradora o no, implique manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público estará sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado, en los términos de los artículos 335 y concordantes de la Constitución. Por ello, en cada caso se debe estudiar si el servicio que se haya decidido catalogar como actividad no aseguradora, constituye captación masiva a la luz de las disposiciones vigentes.

1.3.1.2. Funciones y facultades del Gobierno Nacional

Además de la potestad reglamentaria de origen constitucional¹⁰⁵, corresponde al Presidente de la República como Jefe de Gobierno ejercer la intervención en la actividad aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros, de acuerdo con la ley¹⁰⁶; y, como Suprema Administrativa ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.¹⁰⁷

Las facultades de intervención se ejercen como Gobierno Nacional, es decir conjuntamente entre el Presidente y el o los ministros del ramo.

1.3.1.2.1. Los objetivos y criterios para la regulación

En la forma como se distribuyeron las competencias en la Constitución, la intervención presidencial debe hacerse dentro de los parámetros que señale el Congreso de la República. Así, corresponde a la ley establecer las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular la actividad aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público¹⁰⁸.

Los principios legislativos fueron adoptados mediante la ley 35 de 1993. En el artículo 1¹⁰⁹ se

¹⁰⁵ Artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

¹⁰⁶ Artículo 189, numeral 25, de la Constitución Política.

¹⁰⁷ Artículo 189, numeral 24, de la Constitución Política.

¹⁰⁸ Artículo 150, numeral 19 letra d, Constitución Política.

¹⁰⁹ Disposición que hoy se encuentra incorporada al EOSF como artículo 46. “**Objetivos de la intervención.** Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:

“a) Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público;

“b) Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados, e inversionistas;

“c) Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia;

consagraron los objetivos y criterios ya reseñados en este trabajo¹¹⁰ conforme a los cuales ejercer la intervención, para lo cual además tendrá en cuenta los objetivos de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia y la política económica general¹¹¹ y tomando en cuenta la naturaleza específica de las instituciones financieras cooperativas¹¹².

1.3.1.2.2. Instrumentos para la intervención

Conforme con la ley¹¹³, el Gobierno Nacional cuenta con funciones de intervención en relación con las entidades aseguradoras, en los siguientes tópicos:

Respecto de las operaciones

- Autorizar las que puedan realizar en desarrollo del objeto social principal previsto en la ley.
- Dictar normas tendientes a garantizar que se realicen con sujeción a la naturaleza propia de tales operaciones y al objeto principal autorizado a la respectiva entidad;
- Fijar los plazos de esas, así como las clases y montos de las garantías requeridas para realizarlas

“d) Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia,

“e) Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades;

“f) Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo;

“g) Que el mercado de valores se desarrolle en las más amplias condiciones de transparencia, competitividad y seguridad, así como propender porque existan niveles crecientes de ahorro e inversión privada;

“h) Proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria;

“i) Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.

“PARÁGRAFO.EL Gobierno Nacional ejercerá las facultades que le otorga esta Ley con base en el principio de economía y preservando la estabilidad en la regulación”.

¹¹⁰ Ver numeral 1.2.1.2.3.

¹¹¹ Artículo 47 del EOSF (Artículo 2 de la ley 35 de 1993).

¹¹² Parágrafo 2 del artículo 48 del EOSF.

¹¹³ Artículo 3 de la ley 35 de 1993, incorporado como artículo 48 del EOSF, modificado y adicionado por el artículo 4º de la ley 510 de 1999 y modificado por los artículos 5º y 6º de la ley 795 de 2003.

Respecto de la solvencia

- Establecer y requerir niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los riesgos asociados con la actividad
- Determinar el patrimonio técnico, el patrimonio adecuado, el régimen de inversiones y el patrimonio requerido para la operación de los diferentes ramos de seguro.
- Determinar los límites al endeudamiento.
- Limitar o prohibir el otorgamiento de avales y garantías, e inclusive el otorgamiento de seguros individuales de crédito.
- Dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial¹¹⁴ con el fin de adecuar la regulación a los parámetros internacionales.
- Determinar de manera general relaciones patrimoniales u otros indicadores que permitan inferir un deterioro de la entidad financiera, con el fin de que para subsanarlo se adopten programas de recuperación o se apliquen de manera automática y gradual medidas apropiadas

Información y transparencia

- Determinar las normas de divulgación de la condición financiera y la responsabilidad de las mismas y sus administradores sobre la veracidad y fidelidad de la información respectiva.
- Establecer normas tendientes a prevenir el lavado de activos.

Las facultades en los tópicos señalados, las ejerce el Gobierno Nacional mediante la expedición de actos administrativos de carácter general, principalmente decretos. La responsabilidad respecto al estudio, proyección y proposición de tales normas se ha radicado en el Viceministerio Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹⁵.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene como objetivos, entre otros, el de la preparación de los decretos y la regulación de las actividades que correspondan a la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público¹¹⁶; para lo cual tendrá, entre otras

¹¹⁴ El principal objetivo de la regulación prudencial consiste en establecer los criterios necesarios para asegurar la solvencia y la liquidez de las entidades, así como un manejo sano de las mismas mediante la instrumentación de medidas y lineamientos preventivos. Otro objetivo de la regulación prudencial es lograr que las entidades detecten a tiempo los riesgos derivados de su operación diaria, los cuales deberán identificarse en el corto plazo a fin de corregir su situación financiera, protegiendo de esta manera los intereses de sus depositantes.

¹¹⁵ La atribución y regulación del ejercicio de tales funciones se encuentra hoy contenidas en el decreto 246 de 2004.

¹¹⁶ Artículo 2 del decreto 246 de 2004.

la función de participar en la elaboración de tal regulación¹¹⁷.

Por ello entre las funciones del despacho del ministro se encuentra las participar como parte del gobierno en el ejercicio de las funciones de regulación en materia aseguradora y la de presentar a consideración del Presidente de la República los proyectos de decreto relacionados con lesa materia¹¹⁸.

A su vez, son funciones del despacho del viceministro técnico, entre otras: asesorar al Ministro de Hacienda y Crédito Público en la formulación de la política de intervención y regulación de la actividad aseguradora; elaborar los proyectos de ley que en materia aseguradora hayan de ser presentados por el gobierno a consideración del Congreso; y, elaborar los proyectos de decreto en materia aseguradora¹¹⁹; para lo cual contará con las recomendaciones que le formule la dirección general de regulación financiera acerca de las políticas y medidas de carácter general que deban tomarse en relación con el sector asegurador, que incluirán los proyectos de decreto o de acto administrativo de carácter general correspondientes¹²⁰.

1.3.1.2.3. Aspectos específicos del esquema normativo de intervención

De los tópicos de intervención antes identificados: en las operaciones, en la solvencia y en la información y transparencia, para los efectos del presente estudio procede destacar los siguientes:

Respecto de las operaciones:

En relación con las operaciones de las entidades aseguradoras, es decir la celebración de contratos de seguro con sus clientes, la intervención se ha manifestado, de un lado en la expedición mediante ley, de las normas contractuales contenidas en el código de comercio; y, de otro, en primer término, mediante la regulación respecto de la oferta en cuanto a la efectiva sujeción de los productos a las condiciones legales exigibles y a las contractuales y técnicas ofrecidas en cada caso, es decir, sobre las **pólizas**; en segundo lugar, la regulación respecto del precio, es decir, el régimen de **primas**.

El régimen general básico para las pólizas y tarifas fue adoptado inicialmente con la expedición de la ley 45 de 1990¹²¹, posteriormente incorporado al EOSF y finalmente modificado por la ley 725 de 2003¹²².

¹¹⁷ Artículo 3 numeral 27, del decreto 246 de 2004.

¹¹⁸ Artículo 6 numerales 10 y 21, del decreto 246 de 2004.

¹¹⁹ Artículo 12 numerales 6, 7 y 8, del decreto 246 de 2004.

¹²⁰ Artículo 14 numerales 2 y 6, del decreto 246 de 2004.

¹²¹ Artículos 43 a 47.

¹²² Artículo 42.

Como regla no se requiere la autorización previa de las pólizas, salvo para la autorización de ramos. Los modelos de póliza y sus anexos deberán ser depositados en registro de acceso público¹²³. La autorización previa de modelos de pólizas o de tarifas solo es se requiere cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo¹²⁴.

En todo caso las pólizas¹²⁵ deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado; los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza; y su contenido deben ceñirse a las disposiciones legales de carácter contractual aplicables¹²⁶ en cada caso, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

En cuanto a las tarifas, al igual que sucede con las pólizas, como regla no se requiere autorización previa de las mismas, salvo que se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo. En todo caso, las primas deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia¹²⁷; ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, o ser el producto del respaldo de reaseguradores, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable una tarifa determinada por estudios técnicos del asegurador.

Por último, pero no menos importante, está el punto de las operaciones autorizadas. En este tema debe recordarse que las operaciones que pueden adelantar las entidades aseguradoras deben haberse autorizado legalmente.

Así, si las operaciones que se propusieran no estuvieran dentro de la enumeración de las actualmente permitidas, será preciso que se evacue el trámite contemplado en la ley para la autorización de nuevas operaciones.

¹²³ Artículo 2º de la ley 389 de 1997.

¹²⁴ Artículo 184.1 del EOSF.

¹²⁵ Artículo 184.2 del EOSF. “Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (..) a) Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; (..) b) Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y (..) c) Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”.

¹²⁶ Las normas que regulan el contrato de seguro contenidas en el código de comercio y en el EOSF.

¹²⁷ Artículo 184.3 del EOSF: “Requisitos de las tarifas. Las tarifas cumplirán las siguientes reglas: (..) a) Deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia; (..) b) Deben ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, y (..) c) Ser el producto del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable el cumplimiento de las exigencias contenidas en la letra anterior”.

Ese trámite implica obtener autorización de la SBC, de conformidad con lo previsto en el artículo 326, numeral 2º, literal d), concordante con el artículo 184 EOSF¹²⁸.

En relación con cualquier ramo¹²⁹ debe presentarse ante la SBC solicitud de autorización, acompañada de un estudio que sustente la apertura del mismo, que deberá contener la documentación e información señala en el Circular Básica Jurídica¹³⁰.

¹²⁸ Regulado en la Circular Básica Jurídica 7 de 1996 de la Superintendencia Bancaria., TÍTULO VI - Capitalización, seguros e intermediarios, CAPÍTULO SEGUNDO (Modificado. Circ. Ext. 52/2002) - Disposiciones especiales aplicables a las entidades aseguradoras y reaseguradoras

¹²⁹ Sin perjuicio aspectos particulares para ciertos ramos.

¹³⁰ “1.1.1. Acta de la junta directiva (...) Copia autorizada del acta de la junta directiva, en donde conste que la administración de la entidad aseguradora sometió a consideración de este órgano social el estudio de factibilidad que justifica abrir el ramo respectivo y que dicho órgano social aprobó su apertura.

“1.1.2. Justificación (...) Explicación clara y concisa de los motivos que justifican la apertura del ramo e indicación de si con la misma se cumplen los objetivos del plan estratégico de la entidad.

“1.1.3. Estudio de mercado (...) Breve descripción de los resultados del ramo a nivel nacional e internacional, cuando sea el caso, cuantificando el mercado potencial y el segmento de mercado que se pretende atender. Dicho estudio de mercado debe contener además la información relativa a la forma como se comercializará dicho producto.

“1.1.4. Incidencia técnica, financiera y administrativa (...) Análisis y comentarios acerca del impacto de la apertura del ramo en la estructura operacional y financiera de la compañía. (...) Este documento debe contener cuando menos la siguiente información referente a las características de los recursos destinados al desarrollo de los procesos comercial, técnico, financiero y administrativo:

“1.1.4.1. Descripción del perfil requerido para los cargos que se dedicarán a la administración del ramo y a la atención del cliente.

“1.1.4.2. Descripción de los procesos, procedimientos y formatos que se emplearán para el desarrollo de la operación y control del ramo.

“1.1.4.3. Señalamiento de las medidas y procedimientos de control interno previstos para la operación del ramo.

“1.1.4.4. Las proyecciones de los resultados esperados para los tres primeros años de operación del producto y su incidencia en los indicadores de capital mínimo, margen de solvencia, patrimonio requerido por ramos y patrimonio técnico. La proyección no debe limitarse a los resultados sino debe involucrar aquellas cuentas principales que permiten calcular dichos resultados o la utilidad del ramo. Igualmente, en la proyección de margen de solvencia y patrimonio técnico se deben desglosar las cuentas que llevan al cálculo de estos indicadores. (...) Para efectos del cálculo de los resultados del ramo se deben especificar las reservas que se constituirán, definiendo la metodología utilizada respecto de aquellas sobre las que el gobierno no haya adoptado un régimen uniforme. Adicionalmente, se debe presentar en forma separada la cuantificación de la reserva para siniestros ocurridos no avisados (IBNR) y de la reserva para siniestros ocurridos avisados de acuerdo con la metodología señalada para el efecto por el Gobierno Nacional.

“1.1.5. Identificación de los reaseguros (...) Cuando resulte necesario, deben identificarse los tipos de contrato de reaseguro que respalden la operación del ramo e incluir la carta de intención de los reaseguradores de participar en tales contratos.

“1.1.6. Modelos de las pólizas, tarifas y notas técnicas (...) Para efectos de su autorización se deben remitir los modelos de pólizas, anexos y certificados del producto que se pretenda explotar a través del ramo cuya aprobación se solicita, así como la tarifa inicial. Igualmente debe remitirse la nota técnica que la sustente. La nota

En el trámite de la autorización del ramo de seguros, la SBC deberá también estudiar la aprobación previa de pólizas y tarifas, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo, numeral 1º, artículo 184 EOSF. Estas, pólizas y tarifas, deberán cumplir con los requisitos previstos en el mencionado artículo 184 del EOSF en la forma en que se señala en el Circular Básica Jurídica¹³¹.

técnica, además de sustentar la tasa pura de riesgo, debe expresar de manera específica, los porcentajes por concepto de gastos de administración, comisión de intermediación y utilidad esperada por la aseguradora. Cuando el porcentaje de retención de riesgo resulte ser inferior al 20%, el componente de tasa pura de riesgo de la nota técnica podrá ser aquél que establezca el reasegurador. Cuando tal porcentaje sea mayor, dicho componente debe ser sustentado por la entidad aseguradora. Lo anterior se deberá cumplir siempre que después de aprobado el ramo cambien las políticas de reaseguro.

¹³¹ “1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros (...) Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2º EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

“1.2.1.1. En la carátula (...) a) Las condiciones particulares previstas en el artículo 1047 del Código de Comercio (en adelante C. Co), y b) En caracteres destacados o resaltados (es decir que se distingan del resto del texto de la impresión) el contenido del inciso primero del artículo 1068 C. Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del artículo 1152 del mismo ordenamiento legal.

“1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) (...) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.

“1.2.1.3. Otras condiciones de la póliza (...) Además de las condiciones ya señaladas, se deben tener en cuenta los siguientes parámetros: a) De conformidad con el numeral 1º del artículo 184 EOSF, el texto no debe incluir alusión alguna que indique que la póliza ha sido aprobada por la SBC; b) No se deben estipular sanciones distintas a las señaladas en el artículo 1058 C. Co como consecuencia de la inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo; c) No se debe calificar la reclamación como una obligación del asegurado en desarrollo del contrato, ni señalar términos específicos para su formulación, toda vez que ésta corresponde a la facultad que puede ejercer el asegurado o beneficiario de hacer efectivo su derecho para lo cual sólo encuentra limitación en el tiempo, en los términos de prescripción señalados por el artículo 1081 C. Co. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad contemple en la póliza la necesidad de efectuar la reclamación como un mecanismo para que el asegurado ejercite su derecho; d) En relación con la cláusula compromisoria que se estipula en algunas pólizas, la misma debe regirse por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998; e) Con respecto al término para efectuar el pago de la indemnización, éste debe fijarse en un mes contado a partir de la presentación de la reclamación y no en treinta días, de conformidad con lo establecido en los artículos 21 de la Ley 35 de 1993 y 1080 C. Co.; f) Conforme con los términos del artículo 1075 C. Co, el aviso de siniestro no requiere formalidad escrita. En consecuencia, al exigir dicha formalidad para las notificaciones que se efectúan en desarrollo del contrato es preciso consignar claramente la salvedad de que trata la norma precitada; g) Respecto del seguro de responsabilidad civil, el artículo 1133 C. Co expresó las condiciones necesarias para acceder al pago de la indemnización, no siendo viable la inclusión de requisitos adicionales; h) En la estructuración de los amparos de responsabilidad civil debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1127 C. Co el cual indica que se trata de un seguro a favor de terceros y erige en beneficiario del mismo a la víctima, e i) En los anexos es requisito indispensable la incorporación de la identificación precisa de la póliza a la cual acceden, al tenor del artículo 1049 C. Co.

Respecto de la solvencia

En cuanto a la intervención estatal en la óptica de la seguridad y suficiencia de la empresa de seguros en su conjunto y de cada uno de sus ramos de operación, la normativa evidencia su objetivo de lograr que tomadores y asegurados cuenten con garantía suficiente de que esas entidades cuentan con los recursos suficientes y oportunos para dar cumplimiento a sus obligaciones de seguros adquiridas con el público.

Así, han sido objeto de regulación aspectos de solvencia, desde las perspectivas denominadas *estática*: solvencia actual y en situación normal¹³²; y solvencia *dinámica*: solvencia en el tiempo y frente a situaciones de excepción¹³³:

“1.2.2. Requisitos generales de las tarifas (...) En los estudios técnicos y estadísticos que sustenten las tarifas deben observarse los principios a que se refiere el artículo 184, numeral 3º, EOSF, así:

“1.2.2.1. Equidad (...) La prima y el riesgo deben presentar una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo.

“1.2.2.2. Suficiencia (...) La tarifa debe cubrir razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, tales como los costos de adquisición y los administrativos, así como las utilidades.

“1.2.2.3. Homogeneidad (...) Los elementos de la muestra objeto de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo. Además, deben escogerse cumpliendo supuestos de aleatoriedad e independencia.

“1.2.2.4. Representatividad (...) El tamaño de la muestra debe corresponder a un número objetivo de elementos de la población que garantice un nivel de significación razonable y cubra un período adecuado, de manera que el cálculo de los estimadores presente un bajo nivel de error.

“1.2.2.5. Riesgos especiales o novedosos (...) En los términos de la letra c) numeral 3º del artículo 184 EOSF, solamente tratándose de riesgos especiales o de carácter novedoso respecto de los cuales no resulte viable obtener la información necesaria para efectuar el estudio estadístico pertinente, puede prescindirse de sustentar la tarifa con las exigencias enunciadas. En tales eventos, resultará necesario acreditar el respaldo de un reasegurador de reconocida solvencia técnica y financiera, el cual debe definir la tasa pura de riesgo siendo responsabilidad de la entidad aseguradora señalar el factor de gastos”.

¹³² “En la empresa de seguros, la solvencia estática se nutre con las reservas técnicas, las cuales apuntan a garantizar el cumplimiento de los compromisos que tiene la empresa con sus diferentes públicos en un momento determinado en condiciones normales. Dice el profesor Carlos Ignacio Jaramillo sobre el particular que: ‘Tales recursos, no garantizan la operación ulterior de la empresa en su dimensión real; son estructuralmente impotentes para hacer frente al alto riesgo de explotación de la actividad aseguradora’. (...) La solvencia estática apunta a la garantía de las obligaciones presentes, siempre que el cumplimiento se dé en condiciones normales. Cuando estas varían drásticamente, la solvencia estática no alcanza a garantizar la permanencia de la empresa”. – La modernización de la actividad aseguradora en Colombia. Maestría en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 1994. Página 213.

¹³³ “La solvencia dinámica se refiere a los recursos que, en adición a los necesarios para garantizar la solvencia estática, debe poseer la compañía para afrontar los cambios bruscos del entorno de la empresa aseguradora, las variaciones de siniestralidad, los sobrecostos derivados de una administración deficiente. (...) En un negocio como el de los seguros, caracterizado por la asunción de riesgos, y el manejo de índices de siniestralidad que pueden

- **Capitales mínimos**

Acceso.- Conforme con lo dispuesto en el artículo 80 EOSF, modificado por el artículo 16 de la ley 795 de 2003, para solicitar constitución para funcionar como entidad aseguradora¹³⁴, la sociedad interesada deberá acreditar un capital mínimo será de cinco mil quinientos millones de pesos (\$ 5.500.000.000)¹³⁵, ajustados anualmente¹³⁶, *más* el patrimonio requerido para operar los diferentes ramos de seguro, cuyo monto será determinado por el Gobierno Nacional.

Las entidades reaseguradoras y aquellas entidades aseguradoras que efectúen actividades propias de las entidades reaseguradoras deberán acreditar como capital mínimo veintidós mil millones de pesos (\$ 22.000.000.000), ajustados también anualmente; sin embargo en este caso, dicho monto comprende el patrimonio requerido para operar los diferentes ramos de seguro¹³⁷.

Permanencia.- Estos montos mínimos de capital deberán ser cumplidos de manera permanente por las entidades aseguradoras en funcionamiento. Para este efecto, el capital mínimo de funcionamiento se determina como el resultante de la suma del capital suscrito y pagado, capital garantía, reservas, superávit por prima en colocación de acciones, utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores y revalorización de patrimonio, y suma a la cual se debe deducir las pérdidas acumuladas¹³⁸.

sufrir fluctuaciones severas, sujeto al influjo de cambios políticos o económicos, o catástrofes naturales, es obvio que la seguridad del asegurado está en el exceso de garantía financiera sobre la solvencia estática, así como lo es el que esta garantía debe crecer con la empresa para atender los niveles históricos de siniestralidad. (...) Como dice Gabriela González, '...la solvencia dinámica implica disponer de los necesarios recursos para hacer frente a ese proceso continuo de crecimiento'" – Ibídem. Página 213.

¹³⁴ Con excepción de aquellas que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación. - Artículo 3º del decreto 1222 de 2003: "Capital mínimo para las compañías o cooperativas de seguros que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación. Las compañías o cooperativas de seguros que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación, deberán acreditar como capital mínimo la suma de cuatro mil novecientos millones de pesos (\$ 4.900.000.000), ajustados anualmente en la forma prevista en el numeral 1º del artículo 80 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero".

¹³⁵ "Los montos mínimos de capital de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que se modifican mediante la presente ley, rigen a partir del 1º de enero de 2003".

¹³⁶ "Estos montos se ajustarán anualmente en forma automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en millones de pesos inmediatamente superior".

¹³⁷ Artículo 80 EOSF, modificado por el artículo 16 de la ley 795 de 2003.

¹³⁸ Igualmente se tendrán en cuenta los bonos obligatoriamente convertibles en acciones en los términos del párrafo 1º del numeral 5º de este artículo. Así mismo, en el caso de las entidades que sean objeto de las medidas a que se refieren los artículos 48, literal i) y 113 de este estatuto, podrán tomarse en cuenta los préstamos subordinados, convertibles en acciones o redimibles con recursos obtenidos por la colocación de acciones que se otorguen a la entidad financiera, en las condiciones que fije el Gobierno Nacional. Dichos préstamos podrán ser otorgados por entidades financieras en los casos y con las condiciones que fije el gobierno.

- Capitales por ramo.

Con la expedición del decreto 1222 de 2003, de acuerdo con las facultades otorgadas en el artículo 80 del EOSF el Gobierno Nacional estableció el patrimonio requerido por ramos de seguro. Conforme con el artículo 1 del decreto 1222 de 2003, las compañías y las cooperativas de seguro¹³⁹, deberán acreditar y mantener los montos de patrimonios requeridos por cada ramo de seguros autorizado, en adición al capital mínimo ya señalado, serán¹⁴⁰:

✓ Automóviles	\$ 1.800.000.000
✓ Crédito a la exportación	\$ 1.400.000.000
✓ SOAT	\$ 1.100.000.000
✓ Incendio y/o terremoto y/o lucro cesante	\$ 1.100.000.000
✓ Cumplimiento	\$ 1.100.000.000
✓ Transporte	\$ 600.000.000
✓ Vida individual	\$ 1.000.000.000
✓ Previsionales de invalidez y sobrevivencia	\$ 1.000.000.000
✓ Pensiones Ley 100 (excluye planes alternativos de capitalización y pensión)	\$ 2.400.000.000
✓ Pensiones voluntarias y/o con conmutación pensional (excluye planes alternativos de capitalización y pensión)	\$ 1.800.000.000
✓ Riesgos profesionales	\$ 1.600.000.000
✓ Enfermedades de alto costo	\$ 1.000.000.000
✓ Vida grupo	\$ 1.000.000.000
✓ Demás ramos de seguros	\$ 600.000.000

Estos patrimonios se ajustarán anualmente¹⁴¹.

- Patrimonio técnico, patrimonio adecuado – margen de solvencia y fondo de garantía de las entidades aseguradoras

De acuerdo con su noción original, por patrimonio técnico se entiende una evaluación patrimonial sobre la ponderación de seguridad y plazos de diferentes rubros contables que inciden en su determinación. Sin embargo inicialmente, “[e]l patrimonio técnico, tal como quedó desarrollado en

¹³⁹ Con excepción de aquellas que efectúen actividades propias de las compañías reaseguradoras y de aquellas que tengan como objeto exclusivo el ofrecimiento del ramo de seguro de crédito a la exportación.

¹⁴⁰ A partir del 1º de enero del año 2004.

¹⁴¹ Artículo 2 del decreto 1222 de 2003: “Los montos de patrimonio requerido por ramos señalados en el artículo anterior, deberán ajustarse anualmente en forma automática, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios del consumidor que suministre el DANE. El valor resultante se aproximará al múltiplo en millones de pesos inmediatamente superior. El primer ajuste se realizará el 1º de enero de 2004, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor durante el año 2003”.

nuestra legislación, alude al concepto de capital mínimo requerido por la compañía para actuar en el negocio; por lo anterior podemos concluir que este concepto no corresponde al señalado en el acuerdo de Basilea como noción de relación de solvencia"¹⁴².

En esencia constituye una garantía de solvencia estática, dado que es solo un mínimo general para las entidades aseguradoras, sin consideraciones individuales sobre el estado y resultado de su operación. "Es un mecanismo financiero finalísticamente encauzado al fortalecimiento patrimonial del asegurador y, consecuencialmente, al mejoramiento o robustecimiento de la 'prenda común' de los acreedores sociales (...)"¹⁴³.

Desde este punto de vistas, en nuestra legislación¹⁴⁴ se ha establecido un esquema que se estructura sobre los siguientes instrumentos básicos: patrimonio técnico, patrimonio adecuado, margen de solvencia y fondo de garantía, de las entidades aseguradoras:

"a) Patrimonio técnico. El patrimonio técnico de las entidades aseguradoras estará conformado por los rubros y ponderaciones que determine el Gobierno Nacional¹⁴⁵.

"b) Patrimonio adecuado. El patrimonio adecuado de las entidades aseguradoras corresponderá al patrimonio técnico mínimo que deben mantener y acreditar para dar cumplimiento al margen de solvencia, de la forma como lo establezca el Gobierno Nacional.

¹⁴² "... el concepto de patrimonio técnico es el fruto de una serie de acuerdos desarrollados durante varios años en el seno del Bank for International Settlements, BIS (con sede en Basilea), entidad de carácter multilateral creada por un grupo de países europeos en 1930, con el propósito de coordinar los pagos internacionales y garantizar la liquidez de los países miembros. En otras palabras, el BIS actúa como banco central de los bancos centrales afiliados. Aparte de las políticas adoptadas para la operación bancaria del BIS y como resultado de las orientaciones de su junta directiva (integrada por los directores de los bancos centrales) surgió la inquietud de implementar un esquema para medir de manera más o menos uniforme la solvencia de los bancos y de otros intermediarios financieros. Fue así como se desarrolló el criterio de establecer una relación dinámica entre los activos de los intermediarios financieros ponderados según su nivel de riesgo, y el patrimonio, también ponderado pero en función de su disponibilidad. A nivel internacional se ha buscado la adopción de dicho modelo no sólo con la finalidad de dar una garantía permanente al consumidor, sino por razones de competencia, ya que una marcada diferencia en el capital exigido y en la relación entre este y el volumen de negocios de la entidad financiera se constituye en una ventaja comparativa". OSORIO FALLA, Santiago. Patrimonio Técnico y Margen de Solvencia. Revista Reforma Legal al Sector Asegurador, Fasecolda, Bogotá, 1991. p. 49. – Citado en: La modernización de la actividad aseguradora en Colombia. Maestría en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 1994. Página 213.

¹⁴³ JARAMILLO, Carlos Ignacio y ORDOÑEZ, Andrés. Exposición XV Encuentro Nacional de Acoldece. Pereira. Viabilidad Jurídica del Establecimiento de Patrimonios Técnicos y de Márgenes de Solvencia a través de reglamentos. p. 234.

¹⁴⁴ Artículo 82 del EOSF, modificado por el artículo 17 de la ley 795 de 2003.

¹⁴⁵ En la Circula Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, Capítulo II. numeral 2.1.2., se encuentran definida la estructura del patrimonio técnico, compuesto por un capital primario y un capital secundario, cada cual integrado por los rubros indicado por la circular y con las ponderaciones y exclusiones previstas en la misma. **(Norma Antecedente ¿?)**

“El margen de solvencia se determinará en función del importe de las primas o de la carga media de siniestralidad, el que resulte más elevado. El Gobierno Nacional establecerá la periodicidad, forma, riesgos y elementos técnicos de los factores que determinan el margen de solvencia¹⁴⁶.”

“c) Fondo de garantía. Corresponde al cuarenta por ciento (40%) del margen de solvencia o patrimonio adecuado, acreditado en patrimonio técnico”.

En forma concordante con el esquema, se atribuyen facultades al Ejecutivo para restringir las operaciones, ordenar capitalizaciones o disponer la liquidación, cuando no se cumplan los requerimientos patrimoniales establecidos legalmente¹⁴⁷.

- Reservas técnicas

“Las reservas o provisiones técnicas, como condición de ejercicio de la actividad aseguradora, de origen legal y con carácter obligatorio, constituyen la principal garantía financiera en cuanto son las que respaldan el cumplimiento de las obligaciones dinerarias previsibles del asegurador para con los asegurados, con ocasión de la celebración de contratos de seguro. (...) Representan las deudas del asegurador frente a los asegurados y beneficiarios, y en cuanto tales, están contablemente ubicadas dentro del pasivo de la sociedad”¹⁴⁸.

Por disposición legal¹⁴⁹ las entidades aseguradoras, deberán constituir, entre otras, las siguientes reservas técnicas, de acuerdo con las normas de carácter general que para el efecto expida el Gobierno Nacional¹⁵⁰: a) Reserva de riesgos en curso; b) Reserva matemática; c) Reserva para siniestros pendientes; y, d) Reserva de desviación de siniestralidad.

La ley además ha facultado al Gobierno Nacional para señalar reservas técnicas adicionales como condición específica para la explotación de determinados ramos¹⁵¹.

¹⁴⁶ En la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, Capítulo II, numeral 2.1 régimen patrimonial - 2.1.1., Margen de Solvencia, se encuentra definido, para aseguradoras generales y para aseguradoras de vida, el margen de solvencia como un patrimonio técnico saneado equivalente, como mínimo, a la cuantía que, bien en función de del monto anual de las primas, o en función de la siniestralidad de los tres (3) últimos ejercicios sociales anuales se determine conforme con las reglas de ponderación contenidas en la circular, con base en la metodología establecida por el Gobierno Nacional en el decreto 2582 de 1999, artículo 1º.

¹⁴⁷ Artículo 80, numerales 4 y 5, del EOSF, modificado por el artículo 17 de la ley 795 de 2003; artículo 114 - 2 del EOSF, adicionado por el artículo 20 de la ley 510 de 1999 y por el artículo 34 de ley 795 de 2003.

¹⁴⁸ La modernización de la actividad aseguradora en Colombia. Maestría en Derecho de Seguros. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 1994. Página 216.

¹⁴⁹ Artículo 186 del EOSF, modificado por el artículo 43 de la ley 795 de 2003.

¹⁵⁰ En la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, Capítulo II, numeral 2.2. Reglas sobre el régimen de reservas técnicas y su inversión - 2.2.1. Reglas sobre reservas técnicas, se contienen reglas específicas para los distintos tipos de reservas técnicas.

¹⁵¹ Se ha hecho, o no, uso de esa facultad?

- Régimen de inversión de las reservas

Adicionalmente a establece las reglas para la constitución de los reservas, el Gobierno Nacional ha fijado¹⁵² las reglas para la inversión de los recursos que representan dichas reservas, los cuales deberán mantenerse libres de gravámenes, embargos, medidas preventivas o de cualquier naturaleza, que impidan su libre cesión o transferencia. El patrimonio y demás fondos que no correspondan a las reservas técnicas de las entidades aseguradoras y sociedades de capitalización, son de libre inversión.

- Límites máximos de retención y cesión de cartera.

Además de los instrumentos básicos ya mencionados respecto a la intervención estatal en la preservación de la solvencia de las entidades aseguradoras, el Gobierno Nacional ha adoptado otros mecanismos complementarios, tales como establecer un límite máximo de retención sobre riesgos de entidades aseguradoras de forma tal que no se afecte sustancialmente el equilibrio de su estructura financiera en razón de un solo siniestro¹⁵³. Conforme con lo anterior, el Gobierno Nacional estableció¹⁵⁴ que, una entidad aseguradora no puede asumir en un solo riesgo una retención neta que exceda del 10% de su patrimonio técnico correspondiente al trimestre inmediatamente anterior a aquél en el cual se efectúe la operación.

En forma concordante, la ley¹⁵⁵ autoriza a las entidades aseguradoras transferir a otras aseguradoras parte de los riesgos inherentes a los contratos de seguros que hayan celebrado, mediante la cesión total o parcial de esos contratos de seguros. Cesión que se realiza principalmente mediante los mecanismos de coaseguro y/o de reaseguro.

En relación con el reaseguro, la ley¹⁵⁶ autoriza a la Superintendencia Bancaria para que señale las

¹⁵² Artículo 187 del EOSF, modificado por el artículo 1º del decreto 94 de 2000.

¹⁵³ Ver: J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro – La Institución. Página 107.

¹⁵⁴ Artículo 1º del decreto 2271 de 1993: “Límites de retención sobre riesgos de entidades aseguradoras. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras no podrán asumir en un solo riesgo una retención neta que exceda del 10% de su patrimonio técnico correspondiente al trimestre inmediatamente anterior a aquél en el cual se efectúe la operación. (...) Se entiende por riesgo la sumatoria de todos los valores asegurados y reasegurados de las coberturas de los intereses amparados por una determinada compañía expuestos a un mismo evento. (...) PAR.—Para los propósitos de este artículo se considerará como patrimonio técnico el calculado para el cumplimiento de las normas de solvencia vigentes.

¹⁵⁵ Artículo 70 del EOSF: “Aspectos generales de la cesión de cartera de las entidades aseguradoras. Las entidades aseguradoras podrán transferir sus contratos de seguro, total o parcialmente, a otra que explote el ramo correspondiente. Cuando la cesión se efectúe sobre el veinticinco por ciento (25%) o más de la cartera de un mismo ramo se requerirá de la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria. Para impartir la autorización la superintendencia verificará el pago de las reclamaciones presentadas por los asegurados o beneficiarios ante la compañía cedente. (...) De la cesión deberá informarse previamente a los asegurados y en ningún caso las condiciones en que se realice la transferencia podrá gravar los derechos de los mismos ni modificar sus garantías”.

¹⁵⁶ Artículo 183-2 EOSF

condiciones para que las cesiones y aceptaciones por reaseguro que efectúen las entidades aseguradoras se realicen con sujeción a principios de seguridad, certeza y oportunidad¹⁵⁷.

La cesión de reaseguros de las entidades aseguradoras nacionales debe efectuarse en condiciones que garanticen la seguridad de cada entidad. En tal virtud, la determinación de las condiciones particulares de los contratos relativas a plazos, tasas y comisiones deben responder a principios que garanticen adecuadas capacidades de contratación y una nómina de reaseguradores de reconocida solidez y solvencia.

¹⁵⁷ Ver: Circula Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, Capítulo II, numeral 1.6. Reglas relativas a la cesión y aceptación de reaseguros - 1.6.1. Condiciones para la operación.

1.3.1.3. Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria

Conforme con el esquema Constitucional de competencias ya expuesto¹⁵⁸, en relación con el sector asegurador el Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan la actividad aseguradora a través de la Superintendencia Bancaria de Colombia – SBC¹⁵⁹.

La Superintendencia es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio¹⁶⁰. Su perfil la define como autoridad de policía administrativa en cuanto delegataria, por disposición legal, de la función presidencial de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera y aseguradora.

Su cometido estatal se define en el cumplimiento de los objetivos que le señala ley¹⁶¹ en relación con la seguridad, transparencia y eficiencia de los sectores financiero y asegurador, la estabilidad

¹⁵⁸ Supra.: 1.1.1.2.3.3 Esquema constitucional de competencias; y, 1.1.2 Control y supervisión.

¹⁵⁹ La Superintendencia Bancaria fue creada por la ley 45 de 1923. Sin embargo, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, fue, en primer término, en la ley 35 de 1993 en la cual se estableció la función principal y básica de la Superintendencia Bancaria. Con posterioridad, mediante a leyes 510 de 1991 y 735 de 2003, principalmente, se han introducido las modificaciones y adiciones que hoy conforman la estructura de funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

¹⁶⁰ Artículo 35 de la ley 510 de 1999.

¹⁶¹ Conforme con lo dispuesto en el artículo 325 del EOSF, modificado por el artículo 35 de la ley 510 de 1999, la SBC tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

“a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar por que las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones;

“b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario;

“c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia;

“d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas;

“e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe;

“f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito;

de sus instituciones, la supervisión de sus actividades y que estas se desarrollen en condiciones de competencia.

1.3.1.3.1. Tipos de funciones y facultades

Para el cumplimiento los objetivos asignados por la Constitución y la ley en cuanto a la intervención estatal en los sectores financiero y asegurador, la SBC cuenta con los siguientes tipos de funciones y facultades:

- Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades.
- Funciones respecto de la actividad de las entidades.
- Funciones de control y vigilancia.
- Facultades de supervisión.
- Facultades de prevención y sanción.
- Funciones de certificación y publicidad.
- Funciones para ejercer una supervisión consolidada
- Funciones jurisdiccionales

1.3.1.3.2. Aspectos específicos en relación con la actividad aseguradora de algunas facultades y funciones

Dentro de las funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades¹⁶², en relación con las entidades aseguradoras a la Superintendencia Bancaria corresponde autorizar la

“g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República;

“h) Velar por que las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial, e

“i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.

¹⁶² Artículo 326 del EOSF: “1. Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de aprobación u objeción:

“a) Autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas;

“b) Aprobar la conversión, transformación, escisión de instituciones sujetas a su control, así como la cesión de activos, pasivos y contratos;

constitución y funcionamiento de las entidades aseguradoras; así como su transformación y escisión y autorizar el establecimiento en el país de oficinas de representación de reaseguradores del exterior. Igualmente, le corresponderá objetar la fusión y la adquisición de entidades aseguradoras cuando a ello hubiere lugar de conformidad con las causales previstas en la ley.

En cuanto a las funciones respecto de la actividad de las entidades aseguradoras¹⁶³, procede destacar en relación con este estudio las referentes a la autorización de los ramos, pólizas o tarifas

“c) Autorizar el establecimiento en el país de oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior, y

“d) Objetar la fusión y la adquisición de entidades financieras y aseguradoras cuando a ello hubiere lugar de conformidad con las causales previstas en la ley”.

¹⁶³ Artículo 326 del EOSF: “2. Funciones respecto de la actividad de las entidades. En el desarrollo de la actividad de las entidades, la Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones:

“a) Autorizar de manera general o individual, la apertura y cierre de sucursales y agencias en el territorio nacional;

“b) Aprobar inversiones de capital en entidades financieras, compañías de seguros, de reaseguros y en sucursales y agencias domiciliadas en el exterior;

“c) Autorizar, con carácter general o individual, los programas publicitarios de las instituciones vigiladas, con el fin de que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal;

“d) Autorizar los ramos, pólizas o tarifas de seguros, en los casos en que a ello haya lugar conforme a la ley;

“e) Aprobar de manera general o individual, los planes de capitalización;

“f) Establecer los horarios mínimos de atención al público por parte de las entidades vigiladas y autorizar, por razones de interés general, la suspensión temporal en la prestación del servicio de tales entidades;

“g) Posesionar y tomar juramento a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales, a los funcionarios a que hace referencia el inciso primero del numeral 3º del artículo 102 del presente estatuto, y en general, a quienes tengan la representación legal de las instituciones vigiladas, excepto los gerentes de sucursales. (...)

“h) Conceder autorización a los establecimientos bancarios que lo soliciten para que establezcan secciones de ahorro con el lleno de los requisitos consagrados en el estatuto orgánico del sistema financiero y disposiciones concordantes;

“i) Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia. La Superintendencia Bancaria impartirá la autorización para la aprobación de los estados financieros por las respectivas asambleas de socios o asociados y para su posterior publicación en relación con aquellas entidades vigiladas que se encuentren comprendidas en los eventos o condiciones señalados por el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general.

“j) Aprobar la liquidación voluntaria de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

“k) Dictar las normas generales a las cuales deberán sujetarse las entidades vigiladas para la publicación de sus estados financieros;

de seguros, en los casos en que a ello haya lugar conforme a la ley; la aprobación de inversiones de capital en compañías de seguros y de reaseguros domiciliadas en el exterior; la autorización de programas publicitarios; posesionar y tomar juramento a sus directores, administradores, representantes legales y revisores fiscales; pronunciarse sobre sus estados financieros y ordenar a la constitución de provisiones o de reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos.

Sin perjuicio de las delimitación normativa en relación con las facultades específicas atribuidas a la SBC, que examinaremos en este aparte, proceder aclarar que en relación con las facultades de inspección, control y vigilancia, se han esbozado desarrollos teóricos y normativos que permiten de manera general definir sus alcances:

Por **inspección**¹⁶⁴ se entiende la facultad de la autoridad competente para solicitar, confirmar y analizar de forma ocasional información sobre situación jurídica, contable económica y administrativa. Entonces, la función de inspección faculta a la autoridad para desarrollar cualquiera de las siguientes actuaciones: solicitar, confirmar y analizar. La característica fundamental de la inspección consiste en su carácter de eventual o esporádico, es decir, no se realiza de forma permanente o fija.

Por **vigilancia**¹⁶⁵ debe entenderse la facultad para velar por que los entes, en su constitución, funcionamiento y ejecución de sus actividades, se ajusten a las normas aplicables. La vigilancia se ejerce de manera permanente.

El concepto **control**¹⁶⁶ hace referencia a la facultad de la autoridad para ordenar medidas correctivas tendientes a subsanar situaciones irregulares de carácter jurídico, contable, económico o administrativo. El control, entonces, tiene como finalidad corregir las circunstancias anormales que puedan afectar el desarrollo de la actividad desplegada por el ente o, en general, el interés público. Para el ejercicio de esta atribución es indispensable la existencia de una situación crítica o

“l) Ordenar a las instituciones vigiladas, cuando lo considere necesario o prudente, la constitución de provisiones o de reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos. Contra dichas órdenes sólo procederá el recurso de reposición, que no suspenderá el cumplimiento inmediato de las mismas”.

¹⁶⁴ Artículo 83, ley 222 de 1995: “La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.”

¹⁶⁵ Artículo 84, ley 222 de 1995: “La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar por que las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá de forma permanente...”

¹⁶⁶ Artículo 85, ley 222 de 1995: “El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.”

anormal que pueda llegar a afectar el interés público.

En el caso de la Superintendencia Bancaria frente a las entidades aseguradoras, ésta cuenta entre otras funciones de control y vigilancia¹⁶⁷, las de verificar que las pólizas y tarifas que pongan a

¹⁶⁷ Artículo 326 del EOSF: “3 Funciones de control y vigilancia. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones de control y vigilancia:

“a) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación;

“b) Dictar las normas generales que deben observar las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con la ley.

“c) Velar por que las instituciones vigiladas suministren a los usuarios del servicio la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado;

“d) Dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten contra las instituciones vigiladas, por parte de quienes acrediten un interés jurídico, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes. Cuando se trate de asuntos contenciosos, dará traslado de las mismas a las autoridades competentes, si a ello hubiere lugar;

“e) Absolver las consultas que se formulen relativas a las instituciones bajo su vigilancia y decidir las solicitudes que presenten los particulares en ejercicio del derecho de petición de información. (...)

“f) Coordinar con los organismos oficiales encargados de la inspección correspondiente, las actividades necesarias para el debido seguimiento de las inversiones que realicen las instituciones financieras en acciones de las sociedades cuyo objeto sea la prestación de servicios técnicos y administrativos;

“g) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República;

“h) De conformidad con el artículo 15 de la Ley 35 de 1993 la Superintendencia Bancaria vigilará dentro de su competencia legal los procesos de titularización que ejecuten las entidades sometidas a su control. En desarrollo de esta facultad la superintendencia podrá disponer las medidas que sean indispensables para restringir las operaciones de titularización cuando las mismas puedan poner en peligro la solvencia de la institución o su estabilidad financiera, por estarse celebrando en condiciones que a su juicio no sean acordes con las del mercado, o porque impliquen la asunción de riesgos o responsabilidades que se califiquen como excesivos;

“i) Evaluar la situación de las inversiones de capital de las entidades vigiladas, para lo cual podrá solicitar a éstas, la información que requiera sobre dichas inversiones, sin que sea oponible la reserva bancaria.

“j) Verificar que las pólizas y tarifas que deban poner las entidades aseguradoras a disposición de la Superintendencia Bancaria cumplan con los requisitos jurídicos y técnicos previstos en la ley, y

“k) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones cambiarias por parte de las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y las casas de cambio.

“l) Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, establecer en qué casos las entidades sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión”.

disposición de la SBC cumplan con los requisitos jurídicos y técnicos previstos en la ley; instruir las sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación; dictar las normas generales que deben observar en su contabilidad; velar por que suministren a los tomadores y asegurados la información necesaria para lograr la mayor transparencia en sus operaciones, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tramitar las reclamaciones o quejas que se presenten contra ellas.

De las denominadas facultades de supervisión¹⁶⁸ la Superintendencia Bancaria podrá practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad aseguradora; así como practicar visitas de inspección a las entidades aseguradoras con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera y del manejo de sus negocios

Bajo el acápite de facultades de prevención y sanción¹⁶⁹ se asignan a la Superintendencia Bancaria frente a las aseguradoras, las de emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de

¹⁶⁸ Artículo 326 del EOSF: “4. Facultades de supervisión. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

“a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

“b) Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios, o de los aspectos especiales que se requieran;

“c) Trasladar los informes de visita a las entidades inspeccionadas;

“d) Adelantar averiguaciones y obtener la información probatoria que requiera de personas, instituciones o empresas ajenas al sector financiero, siempre que resulten necesarias en el desarrollo de su función de vigilancia e inspección y se cumplan las formalidades legales, y

“e) Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el procedimiento judicial, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones de inspección e investigación.(...)”

“f) Con el fin de realizar una supervisión comprensiva y consolidada, practicar visitas de inspección a entidades no sometidas a su control y vigilancia, examinar sus archivos y solicitar la información que se requiera para determinar si concurren los presupuestos para que ellas consoliden sus operaciones con entidades financieras o aseguradoras, o si existen vínculos u operaciones que puedan llegar a representar un riesgo para estas últimas”.

¹⁶⁹ Artículo 326 del EOSF: “5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

“a) Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la superintendencia

inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes

considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

“b) Imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en el artículo 108, numeral 1º del estatuto orgánico del sistema financiero a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización;

“c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

- Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.
- Coordinar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras las acciones pertinentes, de acuerdo con las disposiciones que regulen su funcionamiento.
- Promover la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad por otra institución financiera autorizada.
- Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales.
- Promover la cesión total o parcial de sus activos, pasivos o contratos o la enajenación de sus establecimientos de comercio a otra institución.
- Disponer la fusión de la institución, en los términos previstos en el capítulo II de la parte tercera del estatuto orgánico del sistema financiero y demás normas vigentes al respecto;
- Ordenar la adopción de un plan de recuperación.

“d) Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del estatuto orgánico del sistema financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del consejo asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público;

“e) Dar inmediato traslado al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o al juez competente, según corresponda, de los negocios, bienes y haberes de las entidades intervenidas, para su liquidación;

“f) Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

“g) Ordenar, de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

(...)

“i) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.

“j) Ordenar, en coordinación con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito, cuando la medida sea necesaria, a juicio del Superintendente Bancario, previo concepto del consejo asesor. (...).”

medidas correctivas y de saneamiento; imponer medidas cautelares a quienes realicen actividad aseguradora sin contar con la debida autorización; imponer medidas cautelares para evitar que una entidad aseguradora incurra en causal de toma de posesión o para subsanarla y, cuando proceda, tomar posesión de la entidad, ordenar que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios que afecten restrictivamente el juego de la libre competencia dentro del sistema asegurador; así como ordenar, de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal; imponer a las entidades o a sus directores, revisor fiscal o empleados, previas explicaciones, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.

En relación con las funciones de certificación y publicidad¹⁷⁰, las otorgadas para ejercer una supervisión consolidada¹⁷¹ y las jurisdiccionales¹⁷², asignadas a la Superintendencia Bancaria, éstas se ejercen en los mismo términos para todas las entidades vigiladas por esa Superintendencia.

¹⁷⁰ Artículo 326 del EOSF, numeral 6.

¹⁷¹ Artículo 326 del EOSF, numeral 8.

¹⁷² Artículo 326 del EOSF, numeral 9.

1.3.2. Sector Transporte

En el numeral 1.1 se examinaron los lineamientos generales de la intervención estatal en las actividades económicas, así como el esquema constitucional previsto para la supervisión, inspección y control, de esas actividades (numeral 1.1.2). A su vez en el numeral 1.2 se examinaron los aspectos constitucionales particulares relacionados con las actividades de seguros y de transporte. En este numeral 1.3 hemos pasado a desarrollar los aspectos legales que concretan los lineamientos sobre intervención estatal y sobre supervisión y control.

El desarrollo del presente aparte se concentra en el servicio público de transporte terrestre automotor, por lo que quedarán por fuera varias de las disposiciones y aspectos relacionados con otros modos de transporte en lo que no inciden con el objeto del trabajo propuesto.

Así, a continuación examinaremos la calificación legal del transporte terrestre automotor como servicio público, la clasificación legal de sus distintas modalidades y las disposiciones legales que concretan facultades y competencias en esta materia.

1.3.2.1. Calificación legal como Servicio Público

Aunque desde el inicio de la historia de la República ha sido intensa la expedición de normas del sector transporte, la gran mayoría se restringieron, conforme con las circunstancias de la época, al diseño y la financiación de la infraestructura vial¹⁷³. Aunque no con la misma intensidad, se adoptaron también algunas disposiciones dirigidas a regular el transporte en su faceta de actividad¹⁷⁴. Sin embargo, como ya se ha mencionado, una verdadera intervención del Estado en el servicio público de transporte terrestre automotor, se inició bajo la vigencia de la Constitución de 1886 en el contexto de la preceptiva constitucional de intervención en la economía contenida en el artículo 32¹⁷⁵ de la anterior constitución.

Entre las normas expedidas al amparo de esa previsión constitucional, es imprescindible citar la ley 15 de 1959¹⁷⁶ que dispuso la intervención del Estado para reglamentar las empresas de transportes y la prestación de sus servicios, entre otros objetos de intervención¹⁷⁷; mandato legal sobre el que se sustentó la intervención, tanto para la regulación como para la supervisión, en la actividad del transporte. En ejercicio de esa orden de intervención, se expidieron varias disposiciones dirigidas a hacer efectiva la intervención del Estado en la fijación de políticas y desarrollo del transporte¹⁷⁸.

¹⁷³ El primer plan vial data de 1845, durante el gobierno de Tomás Cipriano de Mosquera. “Entre 1905 y 1930 se expidieron ciento treinta y seis leyes, cuyas características seguían siendo la carencia de un plan armónico y la dispersión de fondos. Sin embargo en ellas aparecieron nuevos criterios relacionados con el ordenamiento de las vías”. Introducción al Estudio del Transporte. Jaime Salazar Montoya – Universidad Externado de Colombia, 2001. Página 202.

¹⁷⁴ “El Código de Comercio de 1907, antiguo código de Panamá, consagró el principio de regulación en el transporte al conferir al Gobierno la facultad de inspeccionar las empresas públicas de conducciones, reglamentar la industria y aprobar las tarifas y reglamentos de las empresas.

“El acto legislativo número 1 de 1918 es el fundamento de las Leyes 52 de ese mismo año, 52 del año siguiente y 4ª de 1920, que entienden el transporte ‘como un servicio público’ en el cual debe intervenir el Gobierno”. Ídem. Página 231.

¹⁷⁵ “Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

“Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular” (Conforme con el texto del artículo del Acto Legislativo No 1 de 1968).

¹⁷⁶ “Con esta Ley se inicia la intervención del Estado en el transporte para determinar las políticas económicas que se deben seguir en esta actividad” (Documento Compes “Política de Transporte en Colombia”).

¹⁷⁷ En esa misma ley se decreta el auxilio patronal de transporte y se crea el Fondo de Transporte Urbano.

¹⁷⁸ Entre esas disposiciones procede mencionar: la de creación del Instituto Nacional del Transporte –INTRA- en 1968; el decreto ley 1393 de 1970 - Estatuto Nacional de Transporte- y el decreto ley 80 de 1987 que asignó funciones a los municipios en relación con el transporte.

Por otra parte, en las disposiciones del código de comercio, con las modificaciones introducidas por el decreto extraordinario 1 de 1990, no se prevén únicamente aspectos contractuales. En ellas también se prevén aspectos reaccionados con la intervención del Estado respecto del servicio público y las empresas de transporte¹⁷⁹: “*El Gobierno fijará las características de las empresas de servicio público y reglamentará las condiciones de su creación y funcionamiento*”¹⁸⁰. En la misma dirección, en el artículo 994 del mismo código se establecen facultades para que el Gobierno reglamente lo referente a los seguros exigidos en la actividad¹⁸¹.

Ya bajo la vigencia de la Constitución de 1991, con el decreto 2171 de 1992 se reestructuró el Ministerio de Transporte que pasó a asumir, como papel principal, ser el generador de la política para el sector, y no, como hasta entonces, el de principal ejecutor de infraestructura vial, función que se asignó a otras entidades.

Posteriormente, con la expedición de la ley 105 de 1993, por la cual se dictaron disposiciones básicas sobre la intervención del Estado en la actividad del transporte, se adoptaron los principios fundamentales del transporte en general y del transporte público en particular; se establecieron competencias, se reglamentó la planeación en el sector transporte y, entre otras disposiciones, se previó la expedición de normas vertebrales de la intervención estatal en el sector, como lo son el Estatuto Nacional de Transporte y el Código Nacional de Tránsito¹⁸².

En la ley 105 de 1993 se señala la forma en que está integrado el sector transporte¹⁸³ y, entre los principios fundamentales¹⁸⁴ del sector, incluye el de intervención del estado “Corresponde al Estado

¹⁷⁹ De intervención para la habilitación y operación de las empresas de transporte y en la realización de la actividad.

¹⁸⁰ Artículo 983 del código de comercio

¹⁸¹ Artículo 994 del código de comercio: “Cuando el gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

“El gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas.”

¹⁸² En el artículo 69 de la ley 105 se advirtió expresamente que las normas vigentes para la regulación control y vigilancia del **servicio público del transporte terrestre** seguirán vigentes hasta cuando se hayan expedido las nuevas normas. El Estatuto Nacional de Transporte fue adoptado mediante la ley 336 de 1996 y el Código Nacional de Tránsito mediante la ley 769 de 2002. Normatividades que se examinarán más adelante.

¹⁸³ En el artículo 3 del decreto 2053 de 2003, en concordancia con el artículo 1 de la ley 105, se establece que el Sector Transporte está integrado por el Ministerio de Transporte, sus entidades adscritas y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, Dimar, en los términos de la Ley 105 de 1993.

Las entidades adscritas al Ministerio de Transporte son: el Instituto Nacional de Vías, Invías; el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil y la Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte. Además actúan como organismos de Asesoría y Coordinación del sector:

la planeación, el control, la regulación y la vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas” y el de la seguridad: “La seguridad de la personas constituye una prioridad del Sistema y del Sector Transporte”.

A su vez, entre los principios del Transporte Público¹⁸⁵, en esa ley 105 se destaca el principio de la libertad de empresa, conforme con el cual, para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado, para lo cual deberán acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa, financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado. Sin embargo, se reiteró que para su constitución no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos;

1.3.2.1.1. El servicio público de transporte terrestre automotor

Con la ley 336 de 1996, Estatuto Nacional del Transporte, se reitera que el modo de **Transporte Terrestre Automotor es un servicio público esencial**¹⁸⁶ y que la regulación y vigilancia de la industria se deberá realizar en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política¹⁸⁷.

En consecuencia, el transporte goza de especial protección estatal y como servicio público se encuentra bajo la dirección, regulación y control del Estado¹⁸⁸, sin perjuicio de que su prestación sea encomendada a los particulares.

el Comité de Coordinación permanente entre el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima, Dimar y el Consejo Consultivo de Transporte

Por su parte, conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos indicados en el presente artículo, los organismos de tránsito y transporte terrestre, aéreo y marítimo e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad.

¹⁸⁴ Artículo 2º Principios fundamentales: a. De la soberanía del pueblo; b. De la intervención del estado; c. De la libre circulación; d. De la integración nacional e internacional; e. De la seguridad.

¹⁸⁵ Artículo 3º Principios del Transporte Público: 1. Del acceso al transporte; 2. Del carácter de servicio público del transporte; 3. De la colaboración entre entidades; 4. De la participación ciudadana; 5. De las rutas para el servicio público de transporte de pasajeros; 6. De la libertad de empresa; 7. De los permisos o contratos de concesión; 8. Del transporte intermodal; y, 9. De los subsidios a determinados usuarios.

¹⁸⁶ Artículo 56 “El Modo de Transporte Terrestre Automotor, además de ser un servicio público esencial, se regirá por normas de esta ley y por las especiales sobre la materia”.

¹⁸⁷ Artículo 3º. “Para los efectos pertinentes, en la regulación del transporte público las autoridades competentes exigirán y verificarán las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizarle a los habitantes la eficiente prestación del servicio básico y de los demás niveles que se establezcan al interior de cada Modo, dándoles prioridad a la utilización de medios de transporte masivo. En todo caso, el Estado regulará y vigilará la industria del transporte en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política”.

¹⁸⁸ Artículo 4º de la ley 336 de 1996.

Sin embargo, ese carácter de servicio público esencial, implica la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios en la operación de las empresas de transporte público¹⁸⁹.

Si bien es viable el servicio privado de transporte, la ley ha señalado que, cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas.

Habilitación

Se ha consagrado como uno de los principios a los cuales se sujeta el servicio de transporte público, el que su prestación estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente¹⁹⁰, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional. En efecto, el servicio público de transporte solo puede ser prestado por empresas, personas naturales o jurídicas, legalmente constituidas de acuerdo con las disposiciones colombianas y debidamente habilitadas por la autoridad de transporte competente¹⁹¹.

La prestación del servicio público de Transporte Internacional, a más de las normas nacionales aplicables para el caso, se regirá de conformidad con los Tratados, Convenios, Acuerdos y prácticas, celebrados o acogidos por el país para tal efecto.

La constitución de la persona jurídica operador o empresa de transporte no requiere de autorización previa alguna por parte del Estado.

Sin embargo, las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte, deberán solicitar y obtener habilitación para operar¹⁹², que se confiere mediante acto administrativo¹⁹³ de

¹⁸⁹ Artículo 5º de la ley 336 de 1996: Artículo 5º. “El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo.

“El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto.

¹⁹⁰ Artículo 3º, numeral 7º, de la ley 105 de 1993.

¹⁹¹ Artículo 9º de la ley 336 de 1996.

¹⁹² Artículos 10 y 11 de la ley 336 de 1996.

¹⁹³ Artículo 14 de la ley 336 de 1996: “La habilitación se concederá mediante resolución motivada en la que se especificarán las características de la empresa y del servicio a prestar. La habilitación se otorgará con la misma denominación invocada por los interesados desde el inicio de la actuación administrativa y cualquier modificación o

autorización expedido por autoridad competente y que es intransferible a cualquier título¹⁹⁴. La habilitación será indefinida, mientras subsistan las condiciones originariamente exigidas para su otorgamiento; empero, el permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable¹⁹⁵.

“La prestación del servicio público de transporte estará sujeta a la habilitación y a la expedición de un permiso o a la celebración de un contrato de concesión u operación. Según que se trate de rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, tales como: escolar, de asalariados, de turismo y ocasional”¹⁹⁶.

Es de competencia¹⁹⁷ del Gobierno Nacional fijar las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en cuanto a organización, aspectos financieros y técnicos. Sin embargo en los casos en los que la prestación del servicio se convenga mediante contratos de concesión, los concursos o licitaciones deberán garantizar la libre concurrencia y se deberá incluir como criterio de adjudicación, normas que garanticen la competencia y eviten el monopolio¹⁹⁸.

Condiciones del servicio

El permiso, concesión o contrato de operación, deberá prever las condiciones generales y características a los que se sujetará el servicio público de transporte cuya prestación se conviene, tales como rutas, horarios o frecuencias de despacho, o áreas de operación, servicios especiales de transporte, etc.¹⁹⁹; dentro de los linimientos que la reglamentación señale para cada modo de transporte, los cuales podrán responder a esquemas de sometimiento a condiciones de regulación o de libertad que para su prestación²⁰⁰.

cambio de aquella sólo podrá hacerse con permiso previo de la autoridad competente, razón por la cual deberá llevarse un registro de los nombres y distintivos de las empresas”.

¹⁹⁴ Artículo 13 de la ley 336 de 1996.

¹⁹⁵ Artículos 15 y 18 de la ley 336 de 1996.

¹⁹⁶ Artículos 16 de la ley 336 de 1996.

¹⁹⁷ Artículo 11 de la ley 336 de 1996: “(...) El Gobierno Nacional fijará las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica, igualmente, señalará los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, y patrimonio bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio. (...)”.

¹⁹⁸ Artículos 17, 19 y 21 de la ley 336 de 1996.

¹⁹⁹ Artículo 16 de la ley 336 de 1996.

²⁰⁰ Artículo 17 de la ley 336 de 1996.

Además de los referentes a organización y a rutas, horarios y áreas, los principales condicionamientos son los relativos a los equipos utilizados para la prestación de servicio, el régimen de los conductores de los equipos y el mantenimiento de la seguridad de la operación.

En cuanto a equipos las empresas de servicio público de transporte, deberán mantener un nivel cuantitativo de suficiencia para atender el servicio otorgado, además cada vehículo, deberá ser vinculado a la empresa en la forma que el reglamento determine. Obviamente, los equipos deben estar matriculados o registrados para el servicio de que se trate, haber sido previamente homologados²⁰¹ ante el Ministerio de Transporte y cumplir con las especificaciones y requisitos técnicos de acuerdo con el modo de transporte²⁰².

Los conductores de los equipos de las empresas de servicio público de transporte deben contar con la Licencia de Conducción vigente y apropiada para el servicio, así como su afiliación al sistema de seguridad social. Igualmente se deberán adelantar programas de capacitación y seguridad industrial adecuados. Los conductores serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo²⁰³.

Dentro de los aspectos incluidos en las condiciones de seguridad se encuentra el de adquisición de los seguros legalmente exigidos, circunstancia que hará presumir que reúnen las condiciones técnico-mecánicas establecidas para su funcionamiento²⁰⁴. Lo relacionado con estos seguros se examinará en detalle más adelante, conjuntamente con la previsión que autoriza constituir fondos

²⁰¹ Artículo 31 de la ley 336 de 1996. "(...) Los equipos destinados al servicio público de transporte en cualquier Modo, deberán cumplir con las condiciones de peso dimensiones, capacidad, comodidad, de control gráfico o electrónico de velocidad máxima, de control a la contaminación del medio ambiente, y otras especificaciones técnicas, de acuerdo con lo que se señale en el reglamento respectivo, para efectos de la homologación correspondiente. (...) "

Artículo 32 de la ley 336 de 1996: "Dentro del señalamiento de las condiciones técnicas requeridas para la homologación de los equipos destinados a la prestación del servicio público de transporte, se le otorgará prelación a los factores de verificación en cuanto al alto rendimiento de los mecanismos de seguridad en la operación de los mismos, a las opciones de control ambiental y a las condiciones de facilidad para la movilización de los discapacitados físicos".

²⁰² Artículos 22 y 23 de la ley 336 de 1996

²⁰³ Artículos 34 a 37 de la ley 336 de 1996.

²⁰⁴ Artículo 38 de la ley 336 de 1996: "Los equipos destinados a la prestación del servicio público de transporte deberán reunir las condiciones técnico-mecánicas establecidas para su funcionamiento, circunstancia que se presumirá con la adquisición de los seguros legalmente exigidos, sin perjuicio de que las autoridades competentes ordenen su revisión periódica o para determinados casos".

Artículo 37 de la ley 336 de 1996: "La Superintendencia Bancaria adoptará las medidas indispensables para garantizar que las compañías de Seguros otorguen las pólizas a que se refiere el artículo anterior sin ninguna compensación diferente al pago de la prima respectiva".

de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio²⁰⁵.

Finalmente, procede reiterar que el incumplimiento en la operación de las condiciones previstas en la autorización, o la variación en los requisitos mínimos que constituyen los supuestos iniciales para su otorgamiento, darán lugar a su revocatoria²⁰⁶.

1.3.2.1.2. Tipos de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor

En ejercicio de la facultad reglamentaria²⁰⁷ y de las previstas en las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996, el Gobierno Nacional expidió los decretos 170 a 175 de 2001 mediante los cuales reglamentó los diferentes tipos de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor:

- Colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros: decreto 170 de 2001;
- Pasajeros por carretera: decreto 171 de 2001;
- Individual de pasajeros en vehículos taxi: decreto 172 de 2001;
- Especial: decreto 174 de 2001;
- Carga: decreto 173 de 2001; y
- Mixto: decreto 175 de 2001.

En estas reglamentaciones, tras definir el objeto y principios y señalar el ámbito de aplicación y las definiciones del decreto, entra a precisar las características del tipo de servicio público de transporte de que se trata; su clasificación, cuando procede; régimen del mismo: servicio regulado o no; las autoridades competentes en relación con la regulación y autorización prestación del tipo de servicio; así las competentes para el control y vigilancia. En cada reglamentación se establecen las condiciones para la habilitación de las empresas que lo quieran prestar y el trámite para obtenerla, así como su vigencia y las condiciones para el acceso a prestar el servicio. Entre los aspectos reglamentados en la prestación del servicio, se encuentran los relativos a la capacidad transportadora, la vinculación y desvinculación de equipos y la obtención de las tarjetas de operación.

En cada una de las reglamentaciones, salvo la del transporte de carga se dedica un capítulo especial al tema de los seguros exigidos como presupuesto de la habilitación. En el aparte

²⁰⁵ Artículo 61 de la ley 336 de 1996: “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”.

“Para los efectos pertinentes, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito continuará rigiéndose por las normas que regulan la materia”.

²⁰⁶ Artículos 15 y 18 de la ley 336 de 1996.

²⁰⁷ Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

correspondiente al aseguramiento del servicio público de transporte terrestre automotor, se examinarán en detalle cada una de esas reglamentaciones.

1.3.2.2. Ministerio de Transporte

Conforme con el decreto 2053 de 2003, el Ministerio de Transporte tiene como objetivo primordial la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.²⁰⁸

En ese contexto, corresponden al Ministerio de Transporte entre otras funciones las de: formular la regulación técnica en materia de tránsito y transporte del modo carretero; formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte; y, definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión administrativa y financiera de las empresas operadoras de servicio público de transporte y de los concesionarios en materia de transporte²⁰⁹; así como establecer la política del Gobierno Nacional para la directa, controlada y libre fijación de tarifas de transporte nacional e internacional en relación con los modos de su competencia, sin perjuicio de lo previsto en acuerdos y tratados de carácter internacional²¹⁰.

²⁰⁸ Artículo 1º del decreto 2053 de 2003.

²⁰⁹ De acuerdo con las propuestas de la Oficina de Regulación Económica (Numeral 7.3 del artículo 7 del decreto 2053 de 2003).

²¹⁰ Artículo 2º del decreto 2053 de 2003: “El Ministerio de Transporte cumplirá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

2.1 Participar en la formulación de la política, planes y programas de desarrollo económico y social del país.

2.2 Formular las políticas del Gobierno Nacional en materia de tránsito, transporte y la infraestructura de los modos de su competencia.

2.3 Establecer la política del Gobierno Nacional para la directa, controlada y libre fijación de tarifas de transporte nacional e internacional en relación con los modos de su competencia, sin perjuicio de lo previsto en acuerdos y tratados de carácter internacional.

2.4 Formular la regulación técnica en materia de tránsito y transporte de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

2.5 Formular la regulación económica en materia de tránsito, transporte e infraestructura para todos los modos de transporte.

2.6 Establecer las disposiciones que propendan por la integración y el fortalecimiento de los servicios de transporte.

2.7 Fijar y adoptar la política, planes y programas en materia de seguridad en los diferentes modos de transporte y de construcción y conservación de su infraestructura.

Entre las funciones propias del despacho del Ministro de Transporte, se encuentra la de adoptar las medidas necesarias para garantizar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros y de carga en el territorio nacional, con cobertura y frecuencia adecuada a la demanda, en términos de servicio y costo que lo hagan accesible a la mayoría de los usuarios²¹¹. En lo que hace al tema de seguros del transporte, entre las funciones de la Oficina de Regulación Económica del Ministerio²¹², se encuentra la de formular las propuestas para establecer la cobertura y condiciones

2.8 Establecer las políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante sistemas como concesiones u otras modalidades de participación de capital privado o mixto.

2.9 Apoyar y prestar colaboración técnica a los organismos estatales en los planes y programas que requieran asistencia técnica en el área de la construcción de obras y de infraestructura física, con el fin de contribuir a la creación y mantenimiento de condiciones que propicien el bienestar y desarrollo comunitario.

2.10 Elaborar el proyecto del plan sectorial de transporte e infraestructura, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación y las entidades del sector y evaluar sus resultados.

2.11 Elaborar los planes modales de transporte y su infraestructura con el apoyo de las entidades ejecutoras, las entidades territoriales y la Dirección General Marítima, Dimar.

2.12 Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en materia de tránsito, transporte e infraestructura de los modos de su competencia.

2.13 Diseñar, coordinar y participar en programas de investigación y desarrollo científico, tecnológico y administrativo en las áreas de su competencia.

2.14 Impulsar en coordinación con los Ministerios competentes las negociaciones internacionales relacionadas con las materias de su competencia.

2.15 Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas.

2.16 Coordinar el Consejo Consultivo de Transporte y el Comité de Coordinación Permanente entre el Ministerio de Transporte y la Dirección General Marítima, Dimar.

2.17 Participar en los asuntos de su competencia, en las acciones orientadas por el Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres.

2.18 Las demás que le sean asignadas (...)

²¹¹ Artículo 5º del decreto 2053 de 2003.

²¹² Artículo 7º del decreto 2053 de 2003: “La Oficina de Regulación Económica cumplirá las siguientes funciones:

7.1 Promover la competencia entre las empresas o los operadores que prestan el servicio público de transporte y servicios conexos, para que sus operaciones sean eficientes y el servicio esté enmarcado bajo los principios de calidad, cubrimiento y libertad de acceso.

7.2 Formular las propuestas para establecer las disposiciones que propendan por la integración y el fortalecimiento de los servicios de transporte.

de los seguros y garantías que deben ofrecer las empresas de servicio público de transporte. Finalmente se debe tener en cuenta que, a la Dirección de Transporte y Tránsito, corresponde, entre otras, fijar los criterios e indicadores técnicos de calidad y seguridad a las que deben ceñirse las empresas de servicio público de transporte para su prestación y apoyar al Ministro en la determinación de la regulación técnica en las materias de transporte y tránsito de los modos carretero ²¹³.

7.3 Formular las propuestas para definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión administrativa y financiera de las empresas operadoras de servicio público de transporte y de los concesionarios en materia de transporte.

7.4 Formular las propuestas para establecer la cobertura y condiciones de los seguros y garantías que deben ofrecer las empresas de servicio público de transporte.

7.5 Formular las propuestas para desarrollar mecanismos y alternativas económicas relativos a la renovación y reposición del parque automotor del país.

7.6 Elaborar las propuestas para establecer fórmulas y criterios para la fijación de las tarifas para el servicio público del transporte y servicios conexos.

7.7 Definir los criterios económicos y financieros para los concursos y licitaciones para la prestación del servicio público de transporte.

7.8 Elaborar las propuestas para establecer fórmulas y criterios en materia tarifaria y de localización de las estaciones de peajes.

7.9 Definir los elementos de registro e información que deben suministrar las entidades del Sistema Nacional del Transporte y las empresas prestadoras del servicio público de transporte y conexos, para fundamentar la regulación que se expida. (...)”.

²¹³ Artículo 14 del decreto 2054 de 2003: “La Dirección de Transporte y Tránsito, cumplirá las siguientes funciones:

14.1 Asesorar al Ministro en la determinación de las políticas relacionadas con las materias de transporte y tránsito nacional e internacional.

14.2 Apoyar al Ministro en la determinación de la regulación técnica en las materias de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

14.3 Planear, dirigir, coordinar, controlar y evaluar la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la gestión del transporte, tránsito y seguridad en los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.

14.4 Proponer al Ministro las políticas sobre la directa, controlada o libre fijación de tarifas para el servicio de transporte público y de los servicios conexos.

14.5 Fijar los criterios e indicadores técnicos de calidad y seguridad a las que deben ceñirse las empresas de servicio público de transporte, en los modos a su cargo, para la prestación del mismo.

14.6 Administrar el proceso de registro de operadores de transporte multimodal.

14.7 Conocer en segunda instancia sobre las decisiones proferidas por las Subdirecciones a su cargo y las Direcciones Territoriales.

14.8 Mantener un sistema de información y registro de transporte y tránsito de los modos de su competencia. (...)”

Con la ley 336 de 1996, Estatuto Nacional del Transporte, se buscó unificar los principios y los criterios que deben servir de fundamento para la regulación y reglamentación, entre otros, del Transporte Público Terrestre y su operación en el Territorio Nacional²¹⁴. Con forme con esta ley, la seguridad, especialmente la relacionada con la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del Sector y del Sistema de Transporte²¹⁵. En todo caso, la regulación y vigilancia de la industria del transporte se deberá realizar en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política²¹⁶.

En el citado Estatuto Nacional del Transporte²¹⁷ se reitera que corresponde al Gobierno Nacional expedir los reglamentos requeridos para armonizar y propender por que sean equitativas las relaciones entre los distintos elementos que intervienen en la prestación del servicio público de transporte, con criterios que impidan la competencia desleal y promuevan la racionalización del mercado de transporte²¹⁸.

1.3.2.3. Autoridades territoriales

En la Constitución Política se prevé expresamente la competencia de las asambleas departamentales para expedir las disposiciones relacionadas, el transporte²¹⁹; facultad que pueden delegar en los consejos municipales²²⁰. En el Estatuto Nacional del Transporte se dispone que las

²¹⁴ Artículo 1º. “La presente ley tiene por objeto unificar los principios y los criterios que servirán de fundamento para la regulación y reglamentación del Transporte Público Aéreo, Marítimo, Fluvial, Férreo, Masivo, Terrestre y su operación en el Territorio Nacional, de conformidad con la Ley 105 de 1993, y con las normas que la modifiquen o sustituyan”.

²¹⁵ Artículo 2º.

²¹⁶ Artículo 3º. “Para los efectos pertinentes, en la regulación del transporte público las autoridades competentes exigirán y verificarán las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridas para garantizarle a los habitantes la eficiente prestación del servicio básico y de los demás niveles que se establezcan al interior de cada Modo, dándoles prioridad a la utilización de medios de transporte masivo. En todo caso, el Estado regulará y vigilará la industria del transporte en los términos previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política”.

²¹⁷ Ley 336 de 1996, Título Segundo - Disposiciones Especiales, Capítulo Primero - Transporte Terrestre Automotor.

²¹⁸ Artículo 65 de la ley 336 de 1996: “El Gobierno Nacional expedirá los reglamentos correspondientes, a efectos de armonizar las relaciones equitativas entre los distintos elementos que intervienen en la contratación y prestación del servicio público de transporte, con criterios que impidan la competencia desleal y promuevan la racionalización del mercado de transporte”.

²¹⁹ Artículo 300 de la Constitución Política, modificado el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 1996: “Corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas: (...) 2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera”.

²²⁰ En el artículo 39 de la ley 105 de 1993, se prevé: “Delegación de Funciones de las Asambleas en los Concejos Municipales. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 301 de la Constitución Política, las Asambleas

autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte son las encargadas de la organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción, empero bajo la suprema dirección y tutela administrativa del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte²²¹.

En este sentido, es la regla general que es de competencia de cada autoridad municipal, conforme con lo perímetros definidos en la ley²²², regular lo referente a la prestación del servicio de transporte terrestre en la infraestructura vial de su jurisdicción. Cuando el servicio sea intermunicipal, la competencia será del Ministerio de Transporte, autoridad que coordinará el ejercicio de las

Departamentales podrán delegar en los Concejos Municipales las atribuciones establecidas en el artículo 300 numerales 1 y 2, referentes a la reglamentación del transporte, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera, dentro de los lineamientos de la presente Ley”.

Y, en el artículo 38 “Adecuación Institucional de las Entidades Territoriales. Para el cumplimiento de los objetivos del sistema de transporte establecidos en esta Ley, las entidades territoriales por determinación de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Municipales, según el caso, podrán adoptar las reformas que consideren indispensables en sus estructuras administrativas y plantas de personal, con fundamento en los principios definidos en el artículo anterior; fusionando, suprimiendo o reestructurando, los organismos del sector central o descentralizado de la respectiva entidad, vinculados con el sistema”.

²²¹ Artículo 8 de la ley 336 de 1996: “Bajo la suprema dirección y Tutela administrativa del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, las autoridades que conforman el sector y el sistema de transporte serán las encargadas de la organización, vigilancia y control de la actividad transportadora dentro de su jurisdicción y ejercerán sus funciones con base en los criterios de colaboración y armonía propios de su pertenencia al orden estatal”.

²²² Artículo 11 de la ley 105 de 1993: “Perímetros del Transporte por Carretera. Constituyen perímetros para el transporte nacional, departamental y municipal, los siguientes:

“a. El perímetro del transporte nacional comprende el territorio de la Nación. El servicio nacional está constituido por el conjunto de las rutas cuyo origen y destino estén localizadas en diferentes departamentos dentro del perímetro nacional.

“No hacen parte del servicio nacional las rutas departamentales, municipales, asociativas o metropolitanas.

“b. El perímetro del transporte departamental comprende el territorio del departamento. El servicio departamental está constituido consecuentemente por el conjunto de rutas cuyo origen y destino estén contenidos dentro del perímetro departamental.

“No hacen parte del servicio departamental las rutas municipales, asociativas o metropolitanas.

“c. El perímetro del transporte distrital y municipal comprende las áreas urbanas, suburbanas y rurales y los distritos territoriales indígenas de la respectiva jurisdicción.

“El transporte de pasajeros entre el Distrito Capital y los municipios contiguos será organizado por las autoridades de tránsito de los dos municipios. Ellos de común acuerdo adjudicarán las rutas y su frecuencia.

“Los buses que desde los municipios contiguos ingresen al centro de la ciudad, utilizarán las vías troncales construidas especialmente para el transporte masivo a través de buses. Para el efecto tendrán que adaptarse a las condiciones exigidas para ese tipo de transporte en esas vías”.

competencias municipales o que las asumirá, cuando se trate servicios que se presenten dentro de las áreas metropolitanas, o entre ciudades que por su vecindad generen alto grado de influencia recíproca²²³. La tutela del Ministerio de Transporte frente a las competencias de los municipios, llega hasta el punto de contar con facultades expresas para revocar actos administrativos de carácter particular y concreto de las autoridades municipales, de oficio y sin el consentimiento del respectivo titular²²⁴.

1.3.2.4. Superintendencia de Puertos y Transporte

Como ya se expuso²²⁵, en la Carta Política es la regla que las competencias públicas de inspección y vigilancia están atribuirles al Ejecutivo; entre ellas la de supervisión de los servicios públicos²²⁶.

La atribución que se hace al Presidente de la República de las funciones de inspección y vigilancia se le asigna en su condición de Suprema Autoridad Administrativa²²⁷. Esa atribución presidencial es delegable cuando la ley la autorice²²⁸.

En el caso del sector transporte, específicamente del servicio público de transporte terrestre automotor, la atribución presidencial de supervisión de ese servicio público ha sido delegada a la Superintendencia de Puertos y Transporte

La Superintendencia de Puertos y Transporte, fue creada y sus funciones y estructura inicialmente

²²³ Artículo 57 de la ley 336 de 1996: “En el caso del transporte terrestre automotor, cuando se trate de servicios que se presenten dentro de las áreas metropolitanas, o entre ciudades que por su vecindad generen alto grado de influencia recíproca, bajo la coordinación del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte, cada autoridad municipal o distrital decidirá lo relacionado con la utilización de su propia infraestructura de transporte, a menos que por la naturaleza y complejidad del asunto, el Ministerio de Transporte asuma su conocimiento para garantizar los derechos del usuario al servicio público. Cuando el servicio sea intermunicipal, será competencia del Ministerio de Transporte”.

²²⁴ Artículo 60 de la ley 336 de 1996: “Teniendo en cuenta su pertenencia al Sistema Nacional del Transporte, las decisiones adoptadas por las autoridades locales en materia de transporte terrestre automotor mediante actos administrativos de carácter particular y concreto, podrán revocarse de oficio por el Ministerio de Transporte sin el consentimiento del respectivo titular de conformidad con las causales señaladas en el Código Contencioso Administrativo”.

²²⁵ Ver el numeral 1.1.2 de este trabajo.

²²⁶ Conforme se consagra en el artículo 189 de la Carta Política, corresponde al Presidente de la República: “22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (...)”

²²⁷ Artículo. 115 de la Constitución Política.

²²⁸ Artículo 211 Constitucional: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. (...) La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”.

previstas en la ley 01 de 1991²²⁹. De conformidad con el artículo 13 de la ley 489 de 1998 le fueron delegadas las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte, mediante el decreto 101 de 2000²³⁰; decreto en el cual se dispuso que se modificaría su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, mientras se mantenga la delegación.

En el decreto 101 de 2000²³¹ se delegan las funciones de inspección, control y vigilancia del servicio público de transporte que le atribuye el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República en la entonces Superintendencia General de Puertos, y se dispone que se modificará su denominación por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, Supertransporte, mientras se mantenga la delegación.

Así, la Supertransporte ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura, en virtud de las cuales le corresponde entre otras²³², inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte; e, inspeccionar, vigilar y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte, con excepción del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros, del servicio público de transporte,

²²⁹ Por la cual se expide le Estatuto General de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones- Artículo 25.

²³⁰ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones. Expedido por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones consagradas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, y en los artículos 37 de la Ley 105 de 1993 y 54 de la Ley 489 de 1998. El decreto 101 ha sido modificado por los decreto 1016 de 2000 y 2741 de 2001.

²³¹ En el capítulo IV - De la Superintendencia de Puertos y Transporte Supertransporte, artículo 40.

²³² Artículo 41 del decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 3 del decreto 2741 de 2001. “ Objeto de la delegación. La Supertransporte ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la ley y la delegación establecida en este decreto. (...) El objeto de la delegación en la Supertransporte es:

“1. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte.

“2. Inspeccionar, vigilar y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte, con excepción del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros, del servicio público de transporte, terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxis en todo el territorio nacional y de la prestación del servicio escolar en vehículos particulares cuya vigilancia continuará a cargo de las autoridades territoriales correspondientes.

“3. Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte.

“4. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del sector transporte. (...)”

terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxis en todo el territorio nacional y de la prestación del servicio escolar en vehículos particulares cuya vigilancia continuará a cargo de las autoridades territoriales correspondientes.

La actual estructura de la Superintendencia de Puertos y Transporte, se encuentra señalada en el decreto 1016 de 2001, en el cual se le define como organismo de carácter administrativo y técnico²³³ Entre las personas sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte²³⁴, se encuentran las personas jurídicas y las personas naturales que presten el servicio público de transporte y las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993.

²³³ Decreto 1016 de 2001, artículo 1º.

²³⁴ Artículo 42 del Decreto 101 de 2000, modificado por el artículo 4º del decreto 2741 de 2001: “Sujetos de la inspección, vigilancia y control delegados. Estarán sometidas a inspección, vigilancia y control de la Supertransporte, exclusivamente para el ejercicio de la delegación prevista en los artículos 40, 41 y 44 de este decreto o en las normas que lo modifiquen, las siguientes personas naturales o jurídicas:

- “1. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte.
- “2. Las entidades del Sistema Nacional de Transporte, establecidas en la ley 105 de 1993, excepto el Ministerio de Transporte, en lo relativo al ejercicio de las funciones que en materia de transporte legalmente les corresponden.
- “3. Los concesionarios, en los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte en lo relativo al desarrollo, ejecución y cumplimiento del contrato, sobre los cuales se ejercerá inspección y vigilancia.
- “4. Los operadores portuarios.
- “5. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicios de instrucción y capacitación del servicio público de transporte.
- “6. Las demás que determinen las normas legales.”

1.3.2.5. Decisiones del Acuerdo de Cartagena

Desde el año de 1969 Colombia²³⁵ es parte del Acuerdo de Integración Subregional, conocido como Acuerdo de Cartagena, que tiene como objeto promover el desarrollo equilibrado y armónico de sus países, y acelerar su crecimiento mediante la integración económica a fin de mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Entre los mecanismos institucionales de carácter normativo adoptado por los países miembros, se encuentra el de la **prevalencia del ordenamiento jurídico andino** respecto de las disposiciones de su derecho interno, el cual implica no solo que las disposiciones que se adopten en desarrollo del Acuerdo de Cartagena priman sobre las nacionales, sino también, que tales disposiciones comunitarias entran a regir y se aplican en los países miembros sin necesidad de que previamente éstos expidan acto alguno para el efecto.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado: “(...) El principio de prevalencia del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena sobre las normas nacionales, está enunciado en el artículo 5º del Tratado del 28 de mayo de 1979²³⁶, el cual dispone:

“ ‘CUMPLIMIENTO PAÍSES. Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

“ ‘Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación’.

“A lo anterior se agrega que las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son directamente aplicables en los países miembros, por mandato del artículo 3º del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo.

“El concepto de primacía o ‘prevalencia’ del ordenamiento jurídico andino sobre las normas nacionales, aparece formalmente enunciado en la declaración de los integrantes de la Comisión, plenipotenciarios de los País Miembros, aprobada en los siguientes términos durante el XXIX período de sesiones ordinarias : ‘El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los países miembros’. Esta declaración reitera la disposición consignada en el Tratado atrás mencionado.

“El Tribunal Andino de Justicia, respecto de la prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre las normas nacionales expresó:

²³⁵ Junto con Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

²³⁶ Se refiere el Consejo de Estado al tratado del 28 de mayo de 1979, mediante el cual se creó el Tribunal Andino de Justicia y se estableció como “ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena” el conjunto de normas formado por el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales, los tratados, las decisiones de la comisión y las resoluciones de la Junta.

“ ‘La facultad legislativa comunitaria recaída en la Comisión del Acuerdo de Cartagena limita a las legislaciones nacionales la posibilidad de regular mediante leyes, resoluciones, decretos, etc., los campos, y esferas jurídicas que comprendan y abarquen las Decisiones o las Resoluciones. Las legislaciones nacionales encuentran su barrera “legislativa” en tanto en cuanto la comunitaria ha regulado un determinado aspecto del derecho.

“ ‘Esta limitación o barrera legislativa, para evitar una inadmisibile intromisión del legislador nacional en la esfera comunitaria, encuentra, como se ha visto, su excepción, cuando el propio ordenamiento jurídico subregional remite a ella: bien para que las normas nacionales vigentes puedan subsistir en las materias no reguladas por la norma comunitaria y que no la contradigan; o bien para que los gobiernos a través de los respectivos órganos normen o reglamenten las materias que la propia Decisión así lo haya autorizado, sin que se pueda modificar, agregar o suprimir normas sobre los aspectos comunitarios regulados en la Decisión. (Proceso 2-IP-88, GO. No. 33 de 26 de julio de 1988, Proceso 2-IP-90, GO. No. 69 de 11-10-90, y Proceso 3-IP-94, GO No. 162 de 9-09-94)’²³⁷.

“La primacía del ordenamiento jurídico supranacional encuentra fundamento en la Carta Política. Esta, en efecto, en su artículo 150 numeral 16 autoriza al Estado para por medio de tratados transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”²³⁸.

En relación con los diferentes modos de transporte, al interior de la Comunidad Andina de Naciones se han adoptado disposiciones comunitarias respecto a la prestación de los servicios de transporte en la subregión.

En relación con el transporte terrestre, se han adoptado las decisiones **398** sobre transporte de pasajeros y **399**²³⁹ que se ocupa del transporte de carga o de mercancía, prefijando las condiciones contractuales, los aspectos relativos a la responsabilidad de los transportadores y estableciendo parámetros para asegurar la eficiencia del servicio

En la decisión 398 se establecen las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, con el objeto de liberalizar su oferta, sobre principios de libertad de operación, acceso al mercado, trato

²³⁷ “Diario Oficial, año CXXXI No. 41.939 bis, julio 25 de 1995, pág. 15”

²³⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar 4 de diciembre 1998. Radicación Número: 1158.

²³⁹ El transporte internacional de mercancías por carretera también está regulado en la decisión 467 que establece las infracciones y el régimen de sanciones para los transportadores; por la resolución 272 que fija los criterios para calificar la idoneidad de los transportadores, en función de la capacidad mínima de carga útil en los vehículos y establecer los requisitos del contrato de vinculación; y por la Resolución 300, que reglamentó la Decisión 399.

nacional, transparencia, no discriminación, igualdad de tratamiento legal, libre competencia y nación más favorecida.²⁴⁰

El transportador interesado en efectuar transporte internacional, deberá obtener por parte del organismo nacional²⁴¹ del país miembro de origen del transportador, responsable del transporte por carretera, el permiso originario de prestación de servicios²⁴²; y, por parte de las autoridades de los demás países miembros²⁴³ el permiso complementario de prestación de servicios²⁴⁴; permisos que son intransferibles²⁴⁵. El transportador además deberá obtener, de la autoridad nacional de origen, el Certificado de Habilitación²⁴⁶; y registrar²⁴⁷ ante las autoridades de aduana de los demás países miembros cada uno de los vehículos que conforman su flota²⁴⁸.

Para solicitar los permisos requeridos, el transportista deberá estar constituido como empresa en cualquiera de los países miembros del Acuerdo de Cartagena²⁴⁹, de acuerdo con la legislación del

²⁴⁰ Artículos 2 y 3 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁴¹ Artículo 39 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena. Los organismos nacionales responsables se encuentran relacionados en las definiciones contenidas en el artículo 1º de la misma Decisión 398.

²⁴² “Permiso Originario de Prestación de Servicios, el documento que acredita que un transportista ha sido autorizado por el organismo nacional competente de su país de origen para realizar transporte internacional de pasajeros por carretera, una vez que haya obtenido el Permiso Complementario de Prestación de Servicios correspondiente” (Artículo 1 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena).

²⁴³ El Permiso Complementario de Prestación de Servicios será otorgado por el organismo nacional competente de cada uno de los otros Países Miembros del ámbito de operación del transportista, por los cuales pretende operar. (artículo 41 de la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)

²⁴⁴ “Permiso Complementario de Prestación de Servicios, el documento otorgado a un transportista que cuenta con Permiso Originario de Prestación de Servicios, que acredita la autorización que le ha concedido a éste el organismo nacional competente de un País Miembro distinto del de su origen, para realizar transporte internacional de pasajeros por carretera desde o hacia su territorio, o a través de él” (Artículo 1 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena).

²⁴⁵ Artículo 49 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁴⁶ “Certificado de Habilitación, el documento que acredita la habilitación de un ómnibus o autobús para prestar el servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera” (Artículo 1 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena).

²⁴⁷ “Registro, la inscripción que realizan los organismos nacionales competentes de transporte o la anotación que realizan los organismos nacionales de aduana de cada uno de los vehículos habilitados, a ser utilizados en el transporte internacional, a efecto de ejercer los controles correspondientes” (Artículo 1 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena).

²⁴⁸ Artículo 22 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁴⁹ Artículo 23 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

país de constitución, y por las normas comunitarias para las Empresas Multinacionales Andinas²⁵⁰; así como acreditar un mínimo de flota operativa²⁵¹.

Mediante resolución No. 9666 de 2002, que derogó la resolución 2400 de 1997 modificada por la resolución 3800 de 2001, el Ministerio de Transporte de Colombia determinó el procedimiento para la adjudicación de rutas y frecuencias para el transporte internacional de pasajeros por carretera, dentro del ámbito de los Permisos Originarios de Prestación de Servicios²⁵² a que se refiere la Decisión 398.

Desde el punto de vista de aseguramiento, para tramitar los permisos el transportador internacional interesado deberá demostrar compromisos para la contratación de la póliza andina de responsabilidad civil para el transportador internacional por carretera²⁵³ y deberá presentarla por duplicado antes de iniciar operación²⁵⁴.

En este sentido, para que se le conceda el permiso originario de prestación de servicios, el transportista deberá aducir, entre otros requisitos: “Carta compromiso de contratación de la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportista Internacional por Carretera y Anexo de Accidentes Corporales para Tripulantes. Si la tripulación cuenta con otro tipo de seguro que cubra accidentes corporales en ese país, el transportista no está obligado a contratar póliza adicional, siempre que los riesgos cubiertos y sumas aseguradas sean iguales o mayores que los fijados por la Póliza Andina”²⁵⁵

A su vez, para que le sea concedido el permiso complementario de prestación de servicios se requiere “carta compromiso de contratación de la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad

²⁵⁰ En la Decisión 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se establece el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas.

²⁵¹ Artículo 24 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁵² Ver artículo 1 de la resolución 9666 de 2002.

²⁵³ En la Decisión 290 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se aprueba la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportador Internacional por Carretera y el Anexo que ampara Accidentes Corporales para los Tripulantes Terrestres, cuyos textos constan en los anexos de esa Decisión.

²⁵⁴ Artículo 32 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena y artículo 2 de la Resolución 719 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que dice: “La Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportador Internacional por Carretera y el Anexo que ampara Accidentes Corporales para los Tripulantes Terrestres, a que se refieren los artículos 32, 50 y 51 de la Decisión 398, serán presentados en duplicado, antes de iniciar la prestación del servicio, con las coberturas, términos y condiciones señaladas en la norma comunitaria correspondiente, no requiriéndose de otra formalidad o solemnidad cuando deban surtir efecto en el País Miembro de su contratación.

“Si las pólizas de seguro van a surtir efecto en otro País Miembro distinto al de su contratación, éstas deben ser autenticadas o legalizadas con la certificación del agente diplomático o consular del respectivo país donde se otorgó el documento, o ser certificada por la compañía de seguro corresponsal del país donde surtirá efecto”.

²⁵⁵ Letra d) del artículo 50 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

Civil para el Transportista Internacional por Carretera y Anexo de Accidentes Corporales para Tripulantes²⁵⁶.

El transportista autorizado no podrá realizar transporte internacional cuando la póliza de seguro de responsabilidad civil y de accidentes personales para los pasajeros, se encuentre vencida²⁵⁷. Adicionalmente, cualquier modificación en las condiciones de la misma deberá ser comunicada a los organismos nacionales competentes de transporte terrestre de los países miembros que hubieran concedido permisos²⁵⁸.

En cuanto a la responsabilidad del transportador internacional de pasajeros por carretera en el ámbito de la Comunidad Andina, en la Decisión 398 que venimos comentando se señala que el transportista es el único responsable ante el pasajero por la ejecución del contrato de transporte, aunque durante la operación utilice los servicios de terceros.

En este último caso, siempre que este hecho no genere un nuevo contrato de transporte. E, igualmente, es responsable ante terceros por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar durante la operación²⁵⁹. Empero, la responsabilidad civil del transportista autorizado no podrá exceder de los montos establecidos como cobertura para la póliza andina, conforme lo señala el artículo 114 de la Decisión.

En este sentido, se dispone en la Decisión que en todo transporte internacional y durante el viaje, el pasajero deberá estar cubierto por un seguro de accidentes corporales, el cual será previamente contratado por el transportista autorizado. En caso de accidente, el transportador está obligado a prestar el auxilio necesario para la atención de los pasajeros y la tripulación y deberá asumir en forma inmediata los gastos médicos, de hospitalización, quirúrgicos, farmacéuticos y de sepelio, sin que ello signifique reconocer la responsabilidad del hecho²⁶⁰; sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra quien tenga la obligación de pagarlos.

²⁵⁶ Letra d) del artículo 51 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁵⁷ Artículo 32 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁵⁸ Artículo 3 de la resolución 719 de la secretaría General de la Comunidad Andina: “El transportista autorizado deberá comunicar a los organismos nacionales competentes de transporte terrestre de los Países Miembros que le hayan otorgado Permiso Originario y Permiso(s) Complementario(s) de Prestación de Servicios, las modificaciones de cobertura, renovaciones o las contrataciones de nuevas pólizas de seguro. Para este efecto dispondrá de un plazo de quince (15) días calendario contado a partir de la fecha de la renovación o contratación respectiva. A su comunicación deberá acompañar copia autenticada o legalizada de la correspondiente póliza, y cuando corresponda, con la certificación del agente diplomático o consular del respectivo país donde se otorgó el documento”.

²⁵⁹ Artículo 102 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁰ Artículos 107 y 108 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

Sin embargo: “El transportista autorizado que no haya contratado o no tenga vigente la póliza de seguro de accidentes corporales para los pasajeros y la tripulación deberá, en caso de accidente, cubrir por su cuenta los gastos señalados”²⁶¹.

En relación con el Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, este se regula en la de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, bajo los mismos principios²⁶² señalados para el transporte internacional de pasajeros; con un esquema similar de habilitación de vehículos de carga, pero con mecanismo de permiso distinto al previsto en la decisión 398.

El transportador internacional de mercancías deberá obtener²⁶³ el Certificado de Idoneidad²⁶⁴ y el Permiso de Prestación de Servicios²⁶⁵.

Para solicitar el Certificado de Idoneidad y el Permiso de Prestación de Servicios, el transportista deberá estar constituido como empresa²⁶⁶ en cualquiera de los países miembros del Acuerdo de Cartagena y acreditar, entre otros requisitos, carta compromiso de contratación de la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil para el Transportista Internacional por Carretera y Anexo de Accidentes Corporales para Tripulantes²⁶⁷.

La Póliza Andina deberá presentarse a los respectivos organismos nacionales competentes, antes de iniciar la prestación del servicio. El transportista autorizado no podrá realizar transporte internacional cuando la póliza de seguro de responsabilidad civil se encuentre vencida²⁶⁸.

En el capítulo IX de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se regula en detalle la responsabilidad del transportador internacional de mercancías en el ámbito de la Comunidad Andina; siendo el transportista responsable de la ejecución del contrato de transporte, aunque para

²⁶¹ Artículo 109 de la Decisión 398 del Acuerdo de Cartagena.

²⁶² Artículos 2 y 3 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

²⁶³ Artículo 19 de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁴ “Certificado de Idoneidad, el documento que acredita que un transportista ha sido autorizado, por el organismo nacional competente de su país de origen, para realizar transporte internacional de mercancías por carretera una vez que haya obtenido el Permiso de Prestación de Servicios correspondiente” (Artículo 1 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena).

²⁶⁵ “Permiso de Prestación de Servicios, el documento otorgado a un transportista que cuenta con Certificado de Idoneidad, que acredita la autorización que le ha concedido a éste el organismo nacional competente de un País Miembro distinto del de su origen, para realizar transporte” (Artículo 1 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena).

²⁶⁶ Artículo 20 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁷ Artículos 39 y 40 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena.

²⁶⁸ Artículo 30 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena.

su realización utilice los servicios de terceros²⁶⁹. Lo referente a los límites de su responsabilidad se prevé en los artículos 140 a 151 de la misma Decisión.

²⁶⁹ Artículo 91 de la decisión 399 del Acuerdo de Cartagena.

1.3.3. Fondos de Responsabilidad de Empresas Transportadora

1.3.3.1. Antecedentes

En el decreto 1787 de 1989, expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades de intervención consagradas en los artículos 30, 32 y 39 de la anterior Constitución Política y conforme con lo dispuesto en la ley 15 de 1959, se adoptó el “Estatuto Nacional de Transporte Público Colectivo Municipal de Pasajeros y Mixto”. Entre los requisitos para obtener la autorización para operar como empresa de transporte público colectivo municipal, en las modalidades previstas en la misma normatividad, en el decreto 1787 de 1989 se exigía acreditar una póliza de responsabilidad civil o la constitución de un fondo de responsabilidad. El mencionado decreto no precisaba para el caso del seguro, ni para los fondos, las condiciones y requisitos que deben cumplir los mismos.

Para la misma época, la Jurisprudencia señalaba que el sujeto de la responsabilidad por la operación era la empresa de transporte público: La “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 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 repute culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar y que del mismo modo es equitativo que sólo puede enervar esa presunción de culpa demostrando fuerza mayor, caso fortuito, intervención de un elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima...’”²⁷⁰.

1.3.3.2. Autorización legal

Bajo la constitución de 1991, en el Estatuto Nacional del Transporte, se autorizó expresamente la operación de fondos de responsabilidad en las empresas de transporte terrestre automotor²⁷¹: “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”.

Mediando dicha previsión legal, en el decreto 91 de 1998²⁷² se preveía la posibilidad de contar con fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados del servicio²⁷³. Posibilidad que fue también recogida expresamente en los decretos 1554²⁷⁴, 1557²⁷⁵ y 1558²⁷⁶ de ese mismo año.

²⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 021 del 1° de febrero de 1991, Mg. Ponente Dr. Rafael Romero Sierra.

²⁷¹ Ley 336 de 1996, artículo 61.

²⁷² Por el cual se establecían normas para la habilitación y la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor.

²⁷³ Ver artículo 10.

En ejercicio de la facultad reglamentaria²⁷⁷ y conforme con lo previsto en la ley 336 de 1996, el Gobierno Nacional en los decretos 170 a 175 de 2001 mediante los cuales reglamentó los diferentes tipos de Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor²⁷⁸ (SPTTA):

En dichos decretos, a los que en conjunto hemos venido refiriéndonos como los decretos de la serie 170 de 2001, entre otros aspectos, como ya se mencionó en este estudio²⁷⁹ se condicionó la habilitación de una empresa para prestar el tipo de SPTTA de que se trate en cada caso²⁸⁰, a la

²⁷⁴ Decreto numero 1554 de 1998, por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor de carga. En su artículo 13 se dispuso: “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. (...) 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” (se subraya).

²⁷⁵ Decreto numero 1557 de 1998, por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de pasajeros por carretera. 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” (se subraya).

²⁷⁶ Decreto numero 1558 de 1998, por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre colectivo metropolitano, distrital y/o municipal de pasajeros. Artículo 17: “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 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 legales mensuales vigentes por riesgo. (...) Para amparar riesgos de valor superior deberán suscribir las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual (...).

Contar con dichos fondos de responsabilidad civil se establecía igualmente como condición de seguridad en el artículos 15 del mismo decreto y en el 68 como obligación de las empresas.

²⁷⁷ Numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

²⁷⁸ Colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros: decreto 170 de 2001; Pasajeros por carretera: decreto 171 de 2001; Individual de pasajeros en vehículos taxi: decreto 172 de 2001; Especial: decreto 174 de 2001; Carga: decreto 173 de 2001; y Mixto: decreto 175 de 2001.

²⁷⁹ Supra 1.1.1.

²⁸⁰ 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 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.

vigencia de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual; a excepción de las empresas de carga.

La exigencia de contar con seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual vigentes, como presupuesto para operar, se complementa en los decretos de la serie 170 de 2001 con la autorización, repitiendo el mismo texto en cada caso²⁸¹, en el sentido de que “[s]in perjuicio de la obligación de obtener y mantener vigentes las pólizas de seguros señaladas en el presente decreto, 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”.

En el caso del servicio público de transporte terrestre automotor de carga, el texto normativo señala: “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”²⁸².

Dentro de este marco, no hay que olvidar que en el artículo 994 del código de comercio se establece: “Cuando el gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

“El gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas” (se subraya)

1.3.3.3. Caracterización

Elemento característico de la constitución de fondos de responsabilidad es la existencia de un conjunto de recursos que se acopian al interior de una empresa transportadora, con la finalidad de servir de respaldo financiero complementario para cubrir los efectos de pérdidas que sufran los aportantes al fondo, o la reparación de daños causados a terceros en ejercicio de la actividad transportadora por la que aquellos deban legalmente responder²⁸³.

²⁸¹ Artículos: 22 del decreto 170 de 2001; 21 del decreto 171 de 2001; 21 del decreto 172 de 2001; 20 del decreto 174 de 2001; y 21 del decreto 175 de 2001.

²⁸² Artículo 18 del decreto 173 de 2001.

²⁸³ Actividad calificada por la jurisprudencia como actividad peligrosa.

Desde el punto de vista jurídico en el análisis procederá examinar la condición que corresponde a los sujetos aportantes y la relación jurídica que se establezca entre ellos y el fondo de responsabilidad.

De otro lado, procede examinar si se trata de una figura de autoaseguramiento en contra de lo dispuesto en el artículo 994 del código de comercio o si, a la luz de las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estamos frente a actividad aseguradora²⁸⁴ que pudiera ser considerada prohibida²⁸⁵ o como actividad que involucra elementos asegurativos o de traslado de riesgos, que conllevan la formación de mutualidades de aseguramiento, que bajo las condiciones legales que han sido precisada por la Corte Constitucional resultaría viable.

La Superintendencia Bancaria se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre la caracterización de los fondos de responsabilidad, frente a su concepto de actividad aseguradora.

Bajo la vigencia del decreto 1787 de 1989, señaló la Superintendencia

“3.2 La disposición en comento conlleva como efecto la existencia de un respaldo financiero, directo o indirecto, que cubra los eventuales daños que se causen a terceros en ejercicio de la actividad transportadora²⁸⁶, tutelando de esta forma el interés público.

“3.3. Las alternativas previstas en la norma responden al siguiente esquema:

“1. Trasladar el riesgo de responsabilidad civil a una compañía de seguros: contrato de seguros.

“2. Asumir directamente el riesgo, mecanismo de autoaseguramiento²⁸⁷, mediante la constitución de un fondo o reserva con destinación específica y exclusiva a atender pagos derivados de responsabilidad civil en la operación del transporte público.

“Tales alternativas, que no son excluyentes, ostentan características distintas que permiten diferenciarlas en su forma de operación. Veamos:

“a. En la contratación de la póliza de seguro de responsabilidad civil, la empresa transportadora traslada su propio riesgo a la entidad aseguradora. En la respectiva póliza incluye los

²⁸⁴ Artículo 38 del EOSF

²⁸⁵ Numeral 3 del artículo 108 del EOSF

²⁸⁶ “Actividad calificada por la jurisprudencia como actividad peligrosa”.

²⁸⁷ “Es este el sistema cuya eficacia protectora se aproxima más a la que ofrece la institución del seguro. Persigue el mismo objetivo: la compensación de eventuales pérdidas patrimoniales por medio de un mecanismo menos oneroso. Se inspira básicamente en la conveniencia económica de sustraer la operación empresarial al gravamen que significan las primas comerciales del seguro. Y presupone, por lo mismo, ya no la mera autoasunción del riesgo, con la conducta indiferente o apática que ella esconde, sino su asunción directa racionalmente canalizada’ (OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro - La Institución. Ed. Temis. Bogotá 1988. Pág. 27)”.

automotores de propiedad de la empresa y/o afiliados a ella, para cubrir la responsabilidad de la empresa exclusivamente

“La póliza también puede comprender la responsabilidad de los propietarios de los automotores afiliados. En este caso la empresa transportadora contratará por cuenta de los terceros²⁸⁸, cuyo riesgo traslada a la entidad aseguradora.

“La empresa paga la prima con sus propios recursos, conformados entre otros, como es obvio, por los pagos que realizan los propietarios de automotores en razón de la afiliación²⁸⁹.

“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.

“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.

“3.4. 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 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.

“4. CRITERIOS PARA EVALUAR LA OPERACIÓN DE LOS FONDOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE

²⁸⁸ “Código de comercio, artículo 1039”.

²⁸⁹ “La determinación del valor de las cuotas por la afiliación, si es el caso, puede comprender una suma destinada a solventar los costos correspondientes al pago de la prima del seguro de responsabilidad civil que, por cuenta propia y/o de los propietarios de los automotores afiliados, haya tomado la empresa”.

²⁹⁰ “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua contiene entre otras las siguientes acepciones de fondo: ‘9. Caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad. (...) 11. Cualquier porción de dinero’.”.

“En el contexto expuesto, en cada caso habrá que analizar la reglamentación y operación del fondo para determinar los elementos que lo caracterizan y definir si se está realizando o no actividad aseguradora no autorizada por la ley, teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

“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.

“4.2. No se tratará de actividad aseguradora, cuando no se trasladan riesgos: cuando el fondo opera para cubrir la responsabilidad de la propia empresa transportadora²⁹¹; 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 conductores²⁹²”²⁹³.

Bajo la vigencia de los decretos de la serie 170 de 2001, la Superintendencia Bancaria se ha pronunciado en relación con los fondos de responsabilidad de empresas de transporte terrestre automotor, sin que se cuestione si su actividad se inscribe dentro de los supuestos de actividad asegurado no autorizada.

Por el contrario, el análisis de la Superintendencia parte de la legalidad de la operación de dichos fondos, en cuanto respondan a la naturaleza de complementarios del aseguramiento. En opinión de esa autoridad, su margen de gestión se circunscribirá a: “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”²⁹⁴.

²⁹¹ “...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”.

²⁹² “En estos dos últimos casos, se debe tener en cuenta que por regla general judicialmente se declara la responsabilidad de la empresa, el propietario y el conductor conjuntamente, salvo que medie causal de exclusión de responsabilidad de alguno de ellos. Así, cuando la empresa pague la totalidad, estaría en condiciones de repetir contra los otros dos”.

²⁹³ Concepto 95039545 de la Superintendencia Bancaria.

²⁹⁴ Concepto 2002037610-2 del 30 de julio de 2002.

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.

“(...) plantea diversas inquietudes sobre la legalidad del fondo de responsabilidad civil en sustitución de la póliza expedida por la aseguradora y los requisitos para su creación. Sobre el particular resulta procedente formular los siguientes comentarios:

“El Estatuto Nacional de Transporte contenido en la Ley 336 de 1996 regula aspectos relacionados con la constitución y finalidad de los fondos de responsabilidad al disponer en su artículo 61 que ‘(...) las empresas de Transporte Terrestre Automotor podrán constituir Fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio (...)’.

“En lo que se refiere al transporte automotor de carga, el Decreto Reglamentario 173 de 2001 en el artículo 17 impone a las empresas que prestan dicho servicio la obligación de ‘(...) tomar por cuenta propia o por cuenta del propietario de la carga, un seguro que cubra las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte, a través de una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia’.

*“Ahora bien, teniendo en cuenta que hasta la fecha el Gobierno Nacional no ha fijado los requisitos a que alude el segundo inciso²⁹⁵ del precitado artículo 17, para la contratación de ese seguro se debe tener en cuenta que el amparo debe encontrarse dentro del ámbito de la responsabilidad del transportador en los términos definidos en la ley. A este respecto, el artículo 1030 del Código de Comercio señala 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’** (se resalta).*

“Por su parte, el artículo 18 del precitado Decreto previó que ‘Las empresas de transporte podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio (...)’ y radicó en ‘(...) la Superintendencia Bancaria o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo’ el ejercicio de las atribuciones relativas a su ‘(...) funcionamiento, administración, vigilancia y control (...)’.

“De acuerdo con las anteriores disposiciones la creación de fondos de responsabilidad por parte de la empresa transportadora no puede suplir el seguro que cubra las cosas transportadas contra los

²⁹⁵ “El mencionado inciso establece: ‘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’.”.

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 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.

“Ahora bien, teniendo en cuenta el anterior contexto legal y bajo los supuestos consignados en la Constitución Política de Colombia²⁹⁶, entiende esta Superintendencia que el Gobierno Nacional en ejercicio de su facultad constitucional y como autoridad reguladora debe establecer reglas y condiciones bajo las cuales los respectivos organismos de control enunciados en el artículo 18 en estudio podrán ejercer las funciones señaladas en la misma disposición reglamentaria, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los aludidos fondos, tal como lo establece la norma en cita.

“De manera pues, que a partir del momento en que le Gobierno Nacional expida la reglamentación que defina los procedimientos y reglas organizacionales, económicas y prudenciales para el funcionamiento, control y vigilancia, los fondos existentes deberán ajustarse a tales disposiciones; entretanto continuarán operando en la forma en que lo han venido haciendo.

“En todo caso, en relación con los parámetros a la supervisión debe subrayarse que si bien las disposiciones precitadas asignaron a la Superintendencia Bancaria la vigilancia y control concurrente con otra autoridad de inspección y vigilancia que sea competente, según la naturaleza jurídica, sobre los mencionados fondos de responsabilidad, no es menos cierto que la competencia de esta entidad para el ejercicio de la vigilancia de encuentra circunscrita al tipo de institución que administra los recursos canalizados por dichos fondos.

“En efecto, la función de vigilancia y control atribuida a este organismo debe estar asociada a la naturaleza de las actividades señaladas en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con el literal d) del numeral 19 del artículo 150 ibídem, vale decir, la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, cuya identificación se halla expresamente definida en el numeral 2, del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

“Así las cosas, debe entenderse 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”²⁹⁷.

²⁹⁶ “De conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa ‘Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de la ley’.”.

²⁹⁷ Concepto 2002037610-2 del 30 de julio de 2002.

Para los efectos del presente estudio resultan relevantes los siguientes aspectos de la posición actual de la Superintendencia Bancaria:

- 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.
- La necesidad de una reglamentación que se adopte en ejercicio de las competencias asignadas al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política²⁹⁸.

El otro punto relevante, es el referente a los tópicos que, en concepto de la Superintendencia Bancaria, se deben contemplar en esa reglamentación son “los procedimientos y reglas organizacionales, económicas y prudenciales para el funcionamiento, control y vigilancia”.

A dichos aspectos necesariamente habría que adicionar, los correspondientes a los márgenes de la gestión u operaciones que podrían adelantar, que la Superintendencia entiende limitadas a las que menciona en el concepto transcrito²⁹⁹, pronunciamiento que, sin embargo, debe ser reexaminado frente a los pronunciamientos recientes de la Corte Jurisdiccional.

²⁹⁸ Si bien el análisis de la Superintendencia parte del inciso segundo del artículo 17 del decreto 173 de 2001, esa misma entidad indica, que no es sólo en función de esta norma, sino principalmente en función de la competencia asignada al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

²⁹⁹ “(...) 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”.

2. SEGUROS ACTUALES

El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva³⁰⁰. Son partes del contrato de seguro³⁰¹, el asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos; y el tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

Son elementos esenciales del contrato de seguro³⁰²: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

Desde el punto de vista de nuestro estudio, antes de entrar a revisar los seguros actualmente involucrados en la operación del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor, procede destacar que solamente por ley podrán crearse seguros obligatorios³⁰³ y que, como regla general, los seguros sobre vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, deben contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia³⁰⁴ o con entidades aseguradoras del exterior, previa autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Bancaria. Al mismo principio estará sujeto el aseguramiento de los residentes en el país, en cuanto a sus personas o sus responsabilidades.

³⁰⁰ Artículo 1036 del código de comercio, modificado por le artículo 1º de la ley 389 de 1997.

³⁰¹ Artículo 1037 del código de comercio.

³⁰² Artículo 1045 del código de comercio.

³⁰³ Artículo 191 del EOSF.

³⁰⁴ Artículo 188 del EOSF.

2.1. Seguro Obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito

Para transitar por el territorio nacional todo vehículo automotor debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito³⁰⁵. Para los efectos del SOAT se entiende por vehículo automotor todo aparato provisto de un motor propulsor, destinado a circular por el suelo para el transporte de personas o de bienes, incluyendo cualquier elemento montado sobre ruedas que le sea acoplado³⁰⁶.

Las entidades aseguradoras habilitadas³⁰⁷ están obligadas a expedir las pólizas que les sean solicitadas³⁰⁸. Al respecto, a fin de asegurar que efectivamente se expidan todas las pólizas que sean solicitadas, “para garantizar la viabilidad financiera de la explotación de este producto, las aseguradoras autorizadas deberán implementar un mecanismo de compensación que impida la selección adversa por categoría de vehículos”³⁰⁹.

³⁰⁵ Artículo 192 del EOSF

³⁰⁶ *Ibídem*.

³⁰⁷ Artículo 196 del EOSF “Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. 1. Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro. Estarán habilitadas para otorgar el seguro de que trata el artículo 192 numeral 1º de este estatuto (§ 4630):

“a) Aquellas entidades aseguradoras actualmente autorizadas para ofrecer el seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito que, con anterioridad al 30 de junio de 1991, acrediten haber cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la operación de dicho seguro ante los establecimientos hospitalarios o clínicos y ante las personas que se encuentren habilitadas para reclamar indemnizaciones derivadas de este seguro. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud remitirá a la Superintendencia Bancaria las informaciones correspondientes, y

“b) Las demás entidades aseguradoras que se establezcan legalmente en el país y obtengan autorización específica de la Superintendencia Bancaria para la operación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

“2. Autorización del ramo. Las entidades aseguradoras solicitarán de la Superintendencia Bancaria la autorización del ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, la cual será requisito indispensable para ofrecer y comercializar este seguro a partir del 1º de julio de 1991.

“3. Condiciones para conceder la autorización. Para impartir la autorización del ramo correspondiente, la Superintendencia Bancaria evaluará, además de las informaciones que le remita la Superintendencia Nacional de Salud, la experiencia individual del peticionario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del seguro obligatorio, propósito para el cual se cerciorará, por cualesquiera medios que estime convenientes, acerca de la forma y la oportunidad con las cuales se hayan cumplido las aludidas obligaciones.”

³⁰⁸ Artículo 4º del decreto 3807 de 2003, modificado por el artículo 1º del decreto 60 de 2004.

³⁰⁹ *Ibídem*.

El SOAT se rige por lo previsto en los capítulos IV y V de la parte sexta del EOSF y en lo no previsto en ellos por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio. Entre sus objetivos³¹⁰ se encuentran:

“a) Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;

“b) La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo;

“c) Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud, y

“d) La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones”.

2.1.1. Características del SOAT

Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señala con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas, las tarifas máximas que puedan cobrarse por el mismo³¹¹. Así, de acuerdo con la ley, la póliza del SOAT deberá incluir las siguientes coberturas³¹²:

“a) 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;

“b) 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;

“c) 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;

³¹⁰ Artículo 192 del EOSF.

³¹¹ Artículo 44 de la ley 795 de 2003.

³¹² Artículo 193 del EOSF.

“d) Gastos funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en el literal anterior, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, y

“e) 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”.

El valor de estas coberturas se entiende fijado para cada víctima, sin importar el número de víctimas en un mismo accidente y estas coberturas son por disposición legal exclusivas, circunstancia por la cual no podrán incluirse en pólizas distintas³¹³. Las entidades aseguradoras deberán adecuar las pólizas y tarifas en las cuales exista coincidencia con las coberturas propias del SOAT fin de evitar duplicidad de amparos y de pago de primas.

La póliza del SOAT deberá tener una vigencia por lo menos, anual³¹⁴ y en cuanto a la prima, es requisito el pago previo de la misma, circunstancia a la que se encuentra condicionada la entrega de la póliza al tomador. Sin embargo, para los efectos previstos en el artículo 6º de la Ley 389 de 1997, el SOAT se considera idóneo para ser comercializados mediante la red de los establecimientos de crédito³¹⁵.

En la determinación de las tarifas por parte del Gobierno Nacional se deben observar los principios de equidad, suficiencia y moderación. El valor total con cargo a los tomadores de las pólizas de la generalidad³¹⁶ de vehículos esta constituido por la sumatoria entre la prima pura de riesgo, el factor destinado al cubrimiento de los gastos administrativos y de intermediación de las compañías de seguros y el monto de la contribución con destino al Fondo de Solidaridad y Garantía (fosityga) y al fondo de prevención vial³¹⁷.

En este sentido, las compañías de seguros autorizadas para explotar el SOAT, deben efectuar las contribuciones o transferencias que se detallan en el decreto 2078 de 2003, conforme con lo señalado en el artículo 44 de la ley 795 de 2003³¹⁸.

³¹³ Ibídem.

³¹⁴ Se exceptúan los seguros expedidos con carácter transitorio para los vehículos que circulen por las zonas fronterizas.

³¹⁵ Artículo 2º del decreto reglamentario 1367 de 1998.

³¹⁶ Excepto motocicletas de menos de 200 cc.

³¹⁷ Artículo 1º del decreto 2078 de 2003.

³¹⁸ Artículo 2 del decreto 2078 de 2003: “Transferencia al fondo de prevención vial: Estará constituido por el 3% de las primas recaudadas anualmente. Esta transferencia se efectuará una vez al año, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 192 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Los montos de las tarifas máximas vigentes³¹⁹ que pueden cobrar las aseguradoras por cada póliza de SOAT se encuentran determinados en el artículo 3 del citado decreto 2078 de 2003, en función de la cuantía del salario mínimo legal diario smld.

En el SOAT, ocurrido un siniestro cualquier pago indemnizatorio se efectuará con la demostración del accidente y de sus consecuencias dañosas para la víctima. Se preestablece legalmente, aunque no taxativamente, cuales prueba son viables para obtener el pago según la clase de amparo³²⁰.

“Transferencia al Fonsat-Subcuenta ECAT de Fosyga: Estará constituida por el 20% del valor de las primas emitidas en el bimestre inmediatamente anterior. Esta transferencia se realizará bimestralmente, dentro de los quince (15) primeros días hábiles del mes correspondiente, de conformidad con lo establecido en los incisos 1º y 4º del numeral 2º del artículo 199 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

“Transferencia al Fosyga: Estará constituida por el 100% de la contribución que se determina en el artículo 3º de este decreto, cuyo valor corresponde a la suma de un porcentaje de la prima anual del seguro y un porcentaje del valor comercial del vehículo que no excede el 100% del valor de la citada prima. Con excepción de las pólizas que se expidan para las motocicletas hasta 200 cc de cilindrada, las compañías de seguros están obligadas a recaudar esta contribución y a transferirla dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes.

“PAR.—En caso de que las compañías de seguros concedan descuentos sobre las tarifas máximas fijadas en el artículo 3º de este decreto, dicho descuento no se trasladará al valor de las contribuciones o transferencias a los fondos de Solidaridad y Garantía y de prevención vial nacional, las cuales se calcularán y transferirán con base en las tarifas máximas”.

³¹⁹ Para los vehículos de carga, de acuerdo con su capacidad, el costo oscila entre 11.11 y 19.98 smld por tarifa, más un adicional entre 10.88 y 19.58 smld como aporte al fosyga; para taxis, según cilindraje y edad, oscila entre 12,80 smld mas 1.28 smld para el fosyga y 23.80 smld más 2.38 smld; para buses y busetas de servicio público urbano es de 29.86 smld por prima de riesgo más 2.99 smld como contribución, y para el servicio público intermunicipal, según el número de pasajeros, entre 31.94 smld más 3.19 y 43.62 más 4.36 smld.

³²⁰ Artículo 194 del EOSF: “a) Modificado. L. 100/93, art. 244, num. 2º. A (sic) certificación sobre la ocurrencia del accidente. El Gobierno Nacional reglamentará la forma en que habrá de demostrarse la ocurrencia de éste. Será prueba del mismo la certificación que expida el médico que atendió inicialmente la urgencia en el centro hospitalario;

“b) La certificación de la atención por lesiones corporales o de incapacidad permanente, causadas a las personas en accidentes de tránsito, expedida por cualquier entidad médica, asistencial u hospitalaria, debidamente autorizada para funcionar.

“Para la expedición de esta certificación se exigirá la denuncia de la ocurrencia del accidente de tránsito, la cual podrá ser presentada por cualquier persona ante las autoridades legalmente competentes, y

“c) La certificación de pago por concepto de servicios funerarios y de exequias.

“La muerte y la calidad de causahabiente se probarán con copias de las partidas de registro civil o con las pruebas supletorias del estado civil previstas en la ley.

“PAR.—El reglamento del Decreto-Ley 1032 de 1991 establece parámetros conforme a los cuales se racionalicen y unifiquen los mecanismos de reclamación ante las entidades aseguradoras y establece criterios y procedimientos que deberán observarse para evitar la comisión de fraudes.

En el artículo 194 del EOSF se aclara expresamente como de acuerdo con la naturaleza del SOAT, el pago efectuado por la entidad aseguradora que haya asumido los riesgos, en relación con el automotor causante de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito, no impedirá a la víctima o a sus derechohabientes acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar del responsable las indemnizaciones a que crean tener derecho conforme a las normas legales. En tal circunstancia las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas del SOAT se entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente.

A las víctimas de los accidentes de tránsito y sus causahabientes no les serán oponibles excepciones derivadas de vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de obligaciones propias del tomador³²¹. Sin embargo, la aseguradora “podrá repetir contra el tomador por cualquier suma que haya pagado como indemnización por concepto del seguro de daños causados a las personas en accidentes de tránsito, cuando éste o quien esté conduciendo el vehículo en el momento del accidente, con su autorización, haya actuado con dolo, culpa grave o dentro de aquellas circunstancias en que el seguro adolece de vicios o defectos coetáneos a su contratación”.

En el mismo artículo se prevén reglas para las situaciones de concurrencia de vehículos con distintas aseguradoras e incluso para el caso de no asegurados, caso en el cual el importe correspondiente a la indemnización de los ocupantes del vehículo o vehículos no asegurados o no identificados y el pago que a los terceros correspondería estará a cargo del fosyga.

Elemento esencial en la estructura y operación del SOAT, para el cumplimiento de sus objetivos fijados por la ley³²², es el relacionado con la atención de las víctimas en accidentes de tránsito aspecto respecto del cual se impone la obligatoriedad y se establecen en detalle tarifas, responsabilidades, procedimientos y sanciones³²³.

“2. Modificado. L. 100/93, art. 244, num. 3º. Beneficiarios en caso de muerte. En caso de muerte de la víctima como consecuencia de accidente de tránsito y para los efectos de este estatuto serán beneficiarios de las indemnizaciones por muerte las personas señaladas en el artículo 1142 del Código de Comercio. En todo caso a falta de cónyuge, en los casos que corresponda a éste la indemnización se tendrá como tal el compañero o compañera permanente, que acredite dicha calidad, de conformidad con la reglamentación que para el efecto señale el Gobierno Nacional. La indemnización por gastos funerarios y exequias se pagará a quien demuestre haber realizado las correspondientes erogaciones”.

³²¹ Artículo 194 del EOSF, número 4.

³²² Artículo 192, número 2, del EOSF.

³²³ Artículo 195 del EOSF: “Atención de las víctimas. 1. Obligatorio. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud están obligados a prestar la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito.

“Modificado. L. 100/93, art. 244, num. 4º. El Gobierno Nacional determinará las tarifas a que deben sujetarse los establecimientos hospitalarios y clínicos, de los subsectores oficial y privado de que trata el artículo 5º de la Ley 10

de 1990, en la prestación de la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria a las víctimas de los accidentes de tránsito. Las tarifas que establezca el Gobierno Nacional serán fijadas en salarios mínimos legales.

“2. Sanciones institucionales para los establecimientos hospitalarios y clínicos y entidades de seguridad y previsión social. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud que incumplan las obligaciones previstas en las disposiciones de los capítulos IV y V del presente estatuto y sus normas reglamentarias, quedarán sujetos a las siguientes sanciones, según la naturaleza y gravedad de la infracción:

“a) Multas en cuantía hasta de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes;

“b) Intervención de las actividades administrativas y técnicas de las entidades que prestan servicios de salud, por un término que no exceda de seis (6) meses;

“c) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica de las entidades privadas que presten servicios de salud, y

“d) Suspensión o pérdida de la autorización para prestar servicios de salud.

“3. Sanciones personales. Los representantes legales, administradores, funcionarios, empleados y, en general, los responsables del incumplimiento en la atención obligatoria de víctimas en los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud, serán sancionados con multas hasta por el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales diarios vigentes, o, incluso, con la cesación de su vínculo legal y reglamentario o laboral y, en su caso, con la destitución.

“PAR.—La Superintendencia Nacional de Salud será la entidad encargada de imponer las sanciones a que se refiere este numeral.

“El Gobierno Nacional, en el reglamento del Decreto 1032 de 1991, establecerá el procedimiento para la aplicación de tales sanciones.

“4. Acción para reclamar. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado que presten la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, o quien hubiere cancelado su valor, así como quien hubiere incurrido en los gastos del transporte de las víctimas, serán titulares de la acción para presentar la correspondiente reclamación a las entidades aseguradoras.

“Una vez se entregue la reclamación, acompañada de las pruebas del accidente y de los daños corporales; de su cuantía, si fuere necesario, y de la calidad de causa-habiente, en su caso, las entidades aseguradoras pagarán la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa de interés prevista en el artículo 83 de la Ley 45 de 1990.

“5. Adicionado. L. 100/93, art. 244, num. 5º. Las compañías aseguradoras que incurran en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de la indemnización de que trata el presente artículo se verán abocadas a las sanciones de carácter pecuniario que para el efecto establezca el Gobierno Nacional sin perjuicio de las demás previstas en la ley.

“6. Adicionado. L. 100/93, art. 244, num. 6º. Cuando las compañías aseguradoras encuentren que existen serios motivos de objeción a la reclamación que presenten las entidades clínicas hospitalarias, deberán poner en conocimiento del reclamante tales objeciones, dentro del término previsto para el pago de la indemnización. No obstante, deberá en todo caso la aseguradora pagar como anticipo imputable a la indemnización, una suma

Correlativamente, para garantizar que se cumpla con la suscripción obligatoria por parte de los propietarios se han establecido mecanismos de control³²⁴ de la existencia del seguro, que incluyen un registro público sobre expedición³²⁵, el contemplarlo como presupuesto para obtención de placas, su movilización y tránsito³²⁶, y para la obtención de la tarjeta de operación³²⁷ de los vehículos que presten el servicio público de transporte terrestre automotor. Igualmente se exigirá el seguro para efecto de traspaso del vehículo y cualquier otra gestión relacionada con él.

Finalmente en el capítulo V de la parte sexta del EOSF, se establece el régimen del fondo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito FONSAT y su estructura y funcionamiento.

equivalente al porcentaje que reglamente el Gobierno Nacional, siempre que la reclamación se haya presentado de conformidad con lo dispuesto en las normas que la regulan”.

³²⁴ Artículo 197 del EOSF.

³²⁵ *Ibíd*em numeral 3.

³²⁶ Ver artículos 42 y 53 de la ley 769 de 2002 por la cual se expidió el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

³²⁷ Ver decreto de la serie 170 de 2001.

2.2. Seguro de transporte

En el código de comercio, libro cuarto “De los contratos y obligaciones mercantiles”, título IV “Del contrato de transporte”. Capítulo I - Disposiciones generales, artículo 981, modificado por el artículo 1º del decreto extraordinario 1 de 1990, se define: “El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario”.

“El contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales”.

“En el evento en que el contrato o alguna de sus cláusulas sea ineficaz y se hayan ejecutado prestaciones, se podrá solicitar la intervención del juez a fin de que impida que una parte se enriquezca a expensas de la otra”.

Los seguros pueden ser de daños o de personas; los primeros a su vez pueden ser reales o patrimoniales³²⁸. Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero³²⁹.

“Como su nombre lo indica, estos seguros [de daños] implican protección contra un perjuicio patrimonial en la acepción económico-jurídica de este vocablo. Hay quienes los denominan seguros de bienes ⁽¹¹⁾ 330, otros, seguros de cosas ⁽¹²⁾ 331 y también seguros de intereses ⁽¹³⁾ 332. Pero sea una u otra la denominación adecuada, todas ellas corresponden a un mismo contenido conceptual. Se inspiran en el mismo criterio, que es precisamente el del daño patrimonial, lo que nos ha inducido a adoptar la expresión seguros de daños que aprovechan la ley francesa de 1930 y la mejicana de 1935, lo mismo que el Code des Assurances (decrets du 16 juillet 1976) ⁽¹⁴⁾ 333. Igualmente el autor italiano LORENZO MOSSA ⁽¹⁵⁾ 334”³³⁵.

³²⁸ Artículo 1082 del código de comercio.

³²⁹ Artículo 1083 del código de comercio.

³³⁰ (11) “ALFREDO MANES, ob. cit., págs. 13 y ss”.

³³¹ (12) “HERMANSDORFER, ob. cit., pág. 11.”

³³² (13) “ISAAC HALKPERIN, *Seguros*. Exposición crítica de la ley 17.418, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1970”.

³³³ (14) “BESSON y PICARD, *Les assurances terrestres en droit français*, Deuxieme edition, tome Premier, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, núm. 19, page 27”.

³³⁴ (15) “LORENZO MOSSA, *Diritto di Assicurazione*, pág. 91.”

³³⁵ J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro ** El Contrato. Página 60.

Seguros reales “son aquellos que versan sobre cosas muebles o inmuebles, determinados o determinables, amenazadas en su integridad física o en la integridad jurídica de los derechos radicados en ellas (...). Son seguros reales: el de incendio, el de trasportes, el de vehículos, el de robo, etc.”³³⁶

“Los seguros patrimoniales, como su nombre lo indica, protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo. Es verdad que los seguros reales también llenan esta función, pero ellos tienen como objeto un interés concreto, radicado en una cosa determinada y susceptible, por tanto, de ‘estimación previa’ (art. 1087) coetánea a la celebración del contrato”³³⁷.

En los mismos código y libro, en el Título V del Contrato de Seguros, Capítulo II Seguros de Daños, en la sección III se regula en forma específica el seguro de transporte.

Dentro de este contexto conceptual se ubica entonces el seguro de transporte como un seguro de daños. Y sin perjuicio de que, como lo indica el Profesor Ossa G., corresponda conceptualmente a un seguro real, las modificaciones introducidas por el decreto 1 de 1990, han permitido a la jurisprudencia señalar que el seguro de transporte puede involucrar uno de responsabilidad³³⁸.

³³⁶ Ibídem. Páginas 61 y 62.

³³⁷ Ibídem. Página 62.

³³⁸ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2002, expediente 4799. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: “Varios, pues, son los sujetos que, ope legis, invisten —en la actualidad— un diáfano interés asegurable en el seguro de transporte, suficiente para que, una vez celebrado el negocio jurídico respectivo, se torne asegurado (transición jurídica del interés).

“El primero, el propietario de la mercancía, que por ser titular del derecho de dominio (vinculación ex re), indiscutiblemente está legitimado para contratar un seguro que le permita reclamar de su asegurador, según las circunstancias, la indemnización derivada de la pérdida o deterioro de las mismas, lato sensu, opción de suyo frecuente en la praxis (seguro de transporte, stricto sensu, o en estado de acentuada pureza).

“Y los restantes que, sin tener una relación de dominio frente a la cosa, en todo caso tengan alguna responsabilidad negocial en su preservación (ex contractu), por vía de ejemplo el comisionista y la empresa de transporte, quienes a la luz de las normas que regulan el tópico en comento, tienen un definido interés asegurable, en razón de que su ‘...patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo’, como lo asevera, en una fórmula amplia, amén de conceptual, el artículo 1083 del estatuto comercial, el que de igual modo explicita que es asegurable ‘...todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero’, conforme ya se anotó.

“Dicha pluralidad de intereses asegurables que, in potentia, pueden inscribirse en el marco de un seguro de transporte, hoy de insoslayable rango legal (C. Co., art. 1124), es la que permite entender que un seguro, inveteradamente considerado por la communis opinio como real —en puridad—, puede albergar uno de responsabilidad civil, en el que obviamente no estará asegurada la cosa, sino la responsabilidad del transportador —o la del comisionista—, de forma tal que en esta última hipótesis la obligación del asegurador se traducirá en ‘...indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en

Elemento esencial de los seguros de daños es el carácter indemnizatorio de que los ha revestido nuestra legislación: “Los seguros de daños se conciben con un solo objetivo: la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo en el sentido amplio de este vocablo, mas no en su acepción estrictamente jurídica.

“Tal es el principio de la indemnización que, limitado en su proyección a los seguros de daños, campea en la doctrina y en la legislación universales relativas a la concepción jurídica del seguro, y que nuestro Código de Comercio (art. 1088) consagra en los siguientes términos:

“Respecto del asegurado, los *seguros de daños* serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este deberá ser objeto de un acuerdo expreso’.

“Salta a la vista el *carácter imperativo* de esta norma esencial al engranaje contractual de los seguros de daños, que ‘jamás’ pueden ser origen de ganancia para el asegurado (Art. 1162). Y en la observancia de la cual está interesado el orden público.

“Es fácil advertir que ella no tiene un alcance absoluto. Afirma el carácter ‘meramente indemnizatorio’ de los seguros de daños, mas no les atribuye una función ‘totalmente indemnizatoria’ como la que comportan, v. gr., los principios legales que regulan ‘Responsabilidad común por los delitos y las culpas’ (C: C., arts. 2341 y ss.). Proscribe toda posibilidad de ‘enriquecimiento’ para el asegurado con ocasión del siniestro, pero no impone, a cargo del asegurador, la plenitud de la indemnización. Esta puede comprender ‘el daño emergente’, o parte de él, en cuanto derivado de los riesgos cubiertos, y ‘el lucro cesante’ en cuanto sea ‘objeto de un acuerdo expreso’. Debiéndose entender por ‘daño emergente’ la lesión-patrimonial directa, real e inmediata del interés asegurado (la propiedad, el usufructo sobre una cosa determinada o la totalidad del patrimonio) y por ‘lucro cesante’ el ingreso neto, la utilidad, la ganancia malogrados a consecuencia del siniestro”³³⁹.

El contrato de seguro de transporte se ubica, entonces, entre los parámetros generales de los seguros de daños y se sujeta capítulo de principios comunes a los seguros terrestres³⁴⁰; capítulo en

que incurra de acuerdo con la ley’ (art. 1127), o sea la emanada del contrato de transporte (C. Co., arts. 981 y ss.). (...)

“En síntesis, a raíz de la reforma legislativa patrocinada por el Decreto 01 de 1990, art 46 (C. Co, art 1124), en Colombia, hoy es enteramente posible, a la vez que lícito, asegurar a través de una póliza de seguro de transporte (C. Co., arts. 1117), ora la mercancía —propia y debidamente— (1), ora la responsabilidad del transportador derivada del transporte de aquella (2), en la inteligencia, claro está, de que así se estipule, establezca, fije o determine —de alguna forma fidedigna— por los extremos de la relación asegurativa, vale decir por el tomador y por el asegurador”.

³³⁹ J. Efrén Ossa G. Op. Cít.. Páginas 127 y 128.

³⁴⁰ Código de comercio, libro cuarto “De los contratos y obligaciones mercantiles”, Título V del Contrato de Seguros, Capítulo I Principios comunes a los seguros terrestres.

el que se regulan características y partes del contrato; el seguro por cuenta de un tercero y sus efectos; elementos esenciales del seguro; prueba del contrato; contenido de la póliza y documentos que la integran, cesión, definición del riesgo y su delimitación contractual de los riesgos vigencia, declaraciones, conservación del estado del riesgo y prescripción de acciones, entre otros aspectos principales, que para el caso del seguro de transporte deben ser considerados con las particularidades señaladas en la Sección III propia de este seguro.

El seguro de transporte “[s]e caracteriza fundamentalmente por el riesgo especial que se asume durante el contrato de transporte, lo que hace que tenga las siguientes particularidades: En primer lugar, que en la póliza de transporte ordinario o automático el certificado de seguro especial (que indique lo referente al transporte, trayecto, entrega, transporte y recepción de mercancías, calidades, etc.) o particular (para el de la póliza automática, con función de especificar y valorarla mercancía, antes o después de transcurrido o podido ocurrir el siniestro) que según el caso se expida delimita la forma y trayecto del transporte asegurado de mercancías y no de las clases pertinentes (nominativa, a la orden o al portador, así como su cesión) (arts. 1125 y 1117 del c.Co.). En segundo lugar, que desde el ángulo del transporte, el riesgo asegurado se extiende naturalmente ‘desde el momento en que el transportador recibe o ha debido hacerse cargo de la mercancía objeto del seguro y concluye con su entrega al destinatario’, o, por pacto expreso, también puede extenderse a ‘la permanencia de los bienes asegurados en los lugares iniciales o finales del trayecto asegurado’ (art. 1118 en la redacción del artículo 44 del Decreto Especial 01 de 1990); y que, en cuanto a la clase de riesgo que cubre, ‘comprenderá todos los riesgos inherentes al transporte’, pero ‘el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, ni por los riesgos expresamente excluidos en el amparo’ (art. 1120 del c.CO.)⁽³⁸¹⁾ 341; lo que consecuentemente que ‘el asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen por su cuenta’ (art. 1119, c.Co.). Ahora, en tercer lugar también debe destacarse que los riesgos que se asumen en este seguro de transporte también incluye ‘los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho de conformidad con el artículo 1096’ (art. 1121 del c.Co.); pero la indemnización que por tal concepto se adquiere se encuentra limitada, ya que si bien por lo general en ‘la suma asegurada se entenderá incluido, además del costo de la mercancía asegurada, en el lugar de destino, el lucro cesante si así se hubiese convenido’, lo cierto es que tratándose de seguro de transporte terrestre e indemnización por daño emergente tiene como límite máximo ‘el valor declarado por el remitente’ o, en su defecto, todos los valores del precio costo de la mercancía en el lugar y fecha previstos para la entrega, más del 25% de dicho precio por lucro cesante (arts. 1122 y 1031 del c.Co.). Igualmente, en cuarto lugar, hay que señalar que debido al riesgo asegurado, el seguro de transporte no solo lo puede contratar el propietario de la mercancía, sino también aquellos que

341 (381) “A raíz del desarrollo del Comercio Internacional la tendencia es a la cobertura plena de la póliza de transporte (tal como lo recomiendan las formas Lloyd's y del Instituto Aseguradora de Londres), de tal manera que ampare todo riesgo con las exclusiones como las relativas a las pérdidas por demora en el transporte (ganancias o beneficios esperados y las previas de mercado por demora o no recibo oportuno del interés asegurado) o la insolvencia del transportador, etc. (Conf. SANÍN E. El Contrato de Transporte Terrestre. En Ensayo sobre Seguros... Ob. cit., ps. 477 y ss.)”.

tengan la responsabilidad de la mercancía o del contrato de transporte (referente al artículo 1124 c.Co.); sin que pueda el asegurador abandonar los objetos averiados (art. 1123 del c.Co.), ya que, en todo caso, estos seguros también se sujetan a las normas y disposiciones sobre seguros marítimos (art. 1129 del c.Co.)”³⁴².

Elemento diferenciador de la regulación particular del seguro de transporte es la inclusión de ítems propios de la actividad de transporte adicionales a la información de la póliza. En el artículo 1117, modificado por el artículo 43 del decreto 1 de 1990, se dispone que además de las enunciaciones exigidas de forma general para las pólizas de seguro³⁴³, el certificado de seguro de transporte deberá contener: la forma como deba hacerse el transporte; el trayecto asegurado³⁴⁴, y las calidades específicas de las mercancías aseguradas. Con base en esta información se expide el certificado de seguro de transporte³⁴⁵ que es el elemento para determinar especificar y valorar las mercancías en la póliza cuando esta es automática.

El seguro de transporte comprende todos los **riesgos inherentes** al transporte ³⁴⁶ y la responsabilidad del asegurador en tal sentido principia desde el momento en que el transportador

³⁴² Pedro Lafont Pianetta. Manual de Contratos – Panorama de la negociación y contratación contemporáneas. Tomo II. Páginas 778 y 779.

³⁴³ Artículo 1047 del código de comercio “La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

1. La razón o denominación social del asegurador;
2. El nombre del tomador;
3. Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;
4. La calidad en que actúe el tomador del seguro;
5. La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;
6. La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;
7. La suma asegurada o el modo de precisarla;
8. La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;
9. Los riesgos que el asegurador toma a su cargo;
10. La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y
11. Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

“Parágrafo: En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo” (Modificado por el artículo 2º de la ley 389 de 1997).

³⁴⁴ La designación del punto donde hayan sido o deban ser recibidas las mercancías aseguradas y el lugar de la entrega.

³⁴⁵ El certificado puede ser nominativo, a la orden o al portador. La cesión de los certificados nominativos puede hacerse aun sin el consentimiento del asegurador, a menos que se estipule lo contrario. El certificado puede emitirse aun después de que ha transcurrido el riesgo u ocurrido o podido ocurrir el siniestro (Artículo 1117 del código de comercio).

³⁴⁶ Artículo 1120 del código de comercio.

recibe o ha debido hacerse cargo de las mercancías objeto del seguro y concluye con su entrega al destinatario.³⁴⁷

El asegurador responderá de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados³⁴⁸, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho. Pero el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, ni por los **riesgos expresamente excluidos del amparo**³⁴⁹.

En la suma asegurada se entenderá incluido, además del costo de las mercancías aseguradas, en el lugar de destino, el **lucro cesante si así se hubiere convenido**.

La **indemnización** por concepto de daño emergente a cargo del asegurador tendrá como límite máximo el valor declarado por el remitente según el inciso tercero del artículo 1010 del código de comercio³⁵⁰, salvo pacto en contrario. De no haber sido realizada la declaración, el máximo valor límite de la indemnización será determinado conforme al inciso sexto del artículo 1031 del código de comercio³⁵¹.

³⁴⁷ Artículo 1118 del código de comercio, modificado por el artículo 44 del decreto 1 de 1990.

³⁴⁸ Artículo 1121 del código de comercio.

³⁴⁹ Artículo 1120 del código de comercio.

³⁵⁰ Artículo 1010 del código de comercio, modificado por el artículo 20 del decreto 1 de 1990: “El remitente indicará al transportador a más tardar al momento de la entrega de la mercancía, el nombre y la dirección del destinatario, el lugar de la entrega, la naturaleza, el valor, el número, el peso, el volumen y las características de las cosas, así como las condiciones especiales para el cargue y le informará cuando las mercancías tengan un embalaje especial o una distribución técnica. La falta, inexactitud o insuficiencia de estas indicaciones hará responsable al remitente ante el transportador y el destinatario de los perjuicios que ocurran por precauciones no tomadas en razón de la omisión, falsedad o deficiencia de dichos datos. (...)”

“El valor que deberá declarar el remitente estará compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar”.

³⁵¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1031 del código de comercio, modificado por el artículo 39 del decreto 1 de 1990, 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.

2.3. Seguro de responsabilidad

2.3.1. Seguro de daños³⁵²

El seguro de responsabilidad se incluye entre los seguros de daños³⁵³.

“[a] virtud de este seguro, el asegurador garantiza al asegurado, en la proporción y límites establecidos en la póliza, las indemnizaciones pecuniarias que con arreglo a las leyes vigentes viniera obligado a satisfacer como civilmente responsable de daños materiales involuntariamente causados a terceras personas o de daños involuntariamente causados a cosas (...) de terceros, por hechos que tengan directa conexión con el riesgo determinado para el cual haya contratado el seguro”³⁵⁴.

“El daño se produce *directamente* en el patrimonio de un tercero por consecuencia de la conducta culposa del tomador del seguro. *Indirectamente* recae sobre el patrimonio del asegurado al nacer para éste la obligación de reparar aquel daño. En último término; el daño que el seguro va a reparar se manifiesta bajo la forma de una sentencia judicial, ejecutable sobre el patrimonio del asegurado”³⁵⁵.

2.3.2. Responsabilidad del asegurador y comienzo de la prescripción

³⁵² Respecto de las características del seguro de responsabilidad, dice la doctrina: “Se trata de una especie de seguros de daños en virtud de los cuales el asegurador asume el riesgo de la responsabilidad contractual o extracontractual en la que incurre asegurado, aun por culpa grave (exceptuándose la que surge por dolo, por actos meramente potestativos del tomador), o por el ejercicio o no de una profesión tutelada por el Estado cuando el asegurado sea hábil para ejercerlo (arts. 1129 y 1130 del C.Co.). De allí que ‘el seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de la prestación que se le reconozca al asegurado’ (art. 1127, inciso 10. en la redacción del artículo 84 de la Ley 45 de 1990)” Pedro Lafont Pianetta. Manual de Contratos – Panorama de la negociación y contratación contemporáneas. Tomo II. Páginas 779 y 780.

³⁵³ Código de Comercio, Libro Cuarto “De los contratos y obligaciones mercantiles”, Título V del Contrato de Seguros, Capítulo II Seguros de Daños, en la sección IV se regula el seguro de responsabilidad.

³⁵⁴ Luis Benítez de Lugo R. Tratado de Seguros Volumen II, Parte Tercera Seguros de Daños, página 605. En la misma obra: “Para PLANIOL y RIPERT el seguro de responsabilidad tiene por finalidad indemnizar al asegurado por las pérdidas pecuniarias que vendría a hacerle sufrir el hecho de exigirle su responsabilidad civil por un tercero en los casos que se determinen en el contrato. (...) Los seguros de responsabilidad, conforme a PICARD y BESSON pueden rotularse como seguros de deudas, ya que el asegurador cubre al asegurado en la medida en que se pueda encontrar deudor hacia un tercero en razón de hechos que le responsabilizan”.

³⁵⁵ Ibídem. Página 607.

2.3.2.1. La norma

Respeto del seguro de responsabilidad civil, nuestro código de comercio³⁵⁶ señala que este “impone a cargo del asegurador la obligación de **indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado** con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y **tiene como propósito el resarcimiento de la víctima**, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. (...) Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”³⁵⁷.

“Por otra parte, (...) la prestación se limita al resarcimiento de la víctima en lo que constituye a la suma asegurada y, además, los costos del proceso en su proporción (exceptuando los costos provenientes de responsabilidad fundada en dolo, o la excluida, o la de proceso afrontado contra orden expresa del asegurador) legal (arts. 1127 y 1128 del C.Co., en la redacción de los artículos 84 y 85 de la Ley 45 de 1990); el deudor, lo es la compañía de seguros; el acreedor, (cuyo crédito es privilegiado de primera clase a continuación de lo del fisco), lo adquiere el asegurado, contra quien actualmente sí existe acción directa para su reclamación”³⁵⁸.

El siniestro se entiende configurado en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado que infrinja daño al tercero³⁵⁹, momento a partir del cual correrá la prescripción³⁶⁰.

2.3.2.2. Determinación de la suma a pagar

³⁵⁶ Artículo 1127 del código de comercio, modificado por el artículo 84 de la ley 45 de 1990.

³⁵⁷ Artículo 1055 del código de comercio: “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

³⁵⁸ Pedro Lafont Pianetta. Manual de Contratos – Panorama de la negociación y contratación contemporáneas. Tomo II. Páginas 779 y 780.

³⁵⁹ Artículo 1131 del código de comercio, modificado por el artículo 86 de la ley 45 de 1990. “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

³⁶⁰ “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. (...) La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. (...) La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. (..) Estos términos no pueden ser modificados por las partes” (artículo 1081 del código de comercio).

Una de las características de este seguro es que la suma asegurada no se calcula sobre el valor de lo asegurado, que correspondería a la disminución que sufriría el patrimonio como consecuencia de su responsabilidad, dado que no es posible conocer anticipadamente ese valor; sino que se fija en relación con un límite o suma máxima.

Cuando se asegura un vehículo contra robo, se conoce desde el momento de contratar el valor del bien asegurado (vehículo) y sobre ese valor se fija la suma que reconocerá el seguro. Pero en el de responsabilidad, al contratarlo no se conoce cuál es el valor de lo que se asegura (valor de la pérdida que se sufrirá) porque no se puede saber con certeza en qué medida resultará afectado el patrimonio en razón de la responsabilidad civil asegurada. Por ello el parámetro para fijar la suma asegurada puede obedecer a cualquiera de los distintos criterios que el interesado considere pertinentes.

Desde ese punto de vista, es importante destacar que para el logro de las finalidades propias del seguro, la suma asegurada se debe fijar con base en las características de la actividad de aquel cuyo patrimonio se asegura directamente, en el caso de nuestro estudio, el transportador. Sin embargo, debe quedar claro que montos específicos para los seguros obligatorios que las disposiciones legales establecen³⁶¹, no corresponden ni constituyen los límites máximos de la pérdida que puede sufrir transportador.

Por eso, si bien los mencionados seguros obligatorios responden al criterio inicialmente señalado, en el sentido de que “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima”³⁶² y que su función es la “indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado”³⁶³; ello no implica que resulten suficientes para la protección del patrimonio del transportador frente a las cuantías que pueden llegar a alcanzar los perjuicios causados como consecuencia de su actividad.

En efecto, dichos perjuicios serán los que efectiva y realmente se causen y se prueben por parte de la víctima, conforme con las reglas legales y dentro del contexto legal de la indemnización como reparación íntegra: daño emergente y lucro cesante; y, además, frente al alcance de los perjuicios morales en los supuestos que ha acogido la jurisprudencia.

³⁶¹ Seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual, previstos en los decretos de la serie 170 de 2001, como condición para la habilitación de una empresa para prestar servicio público de transporte terrestre automotor; y el SOAT.

³⁶² Artículo 1127 del código de comercio. Al respecto resulta ilustrativo el siguiente texto: “El incremento de actividades industriales, comerciales y profesionales, con su correlativo aumento de capacidad de generación de daño, hacen que el seguro de responsabilidad civil cumpla una función preventiva y reparadora que evita la lesión patrimonial del asegurado causante del hecho dañoso y protege a los damnificados. Acogiendo tendencias del derecho comparado, el proyecto (hoy Ley 45/90) introduce dos enmiendas fundamentales: de una parte, la conversión del damnificado en el beneficiario de la indemnización que tenga como fuente un seguro de responsabilidad civil, con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra el asegurado, y por la otra, la consagración legal de que dicho seguro es un contrato en favor de terceros y que, en tal virtud, los damnificados tienen acción directa contra el asegurador”. (Cámara de Representantes, ponencia para primer debate del proyecto que se convirtió en Ley 45/90). (Tomado de Cometarios al Código de Comercio. Ed. Legis S.A.)

³⁶³ *Ibidem*.

Así las cosas, en el análisis de los escenarios y opciones para el aseguramiento en el servicio público de servicio terrestre automotor, procederá el estudio de la suma asegurada en el seguro de responsabilidad, desde la perspectiva de la suficiencia de la cobertura frente a los montos reales de las indemnizaciones reconocidas a las víctimas por los jueces. Igualmente, se analizará la consistencia de la exigencia en los decretos de la serie 170 de 2001 de dos pólizas de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, que aparentemente estarían cumpliendo, junto al SOAT, una misma función, con costos repetidos.

2.3.3. Ocurrencia o descubrimiento

En el mismo sentido, de acuerdo con nuestra actual legislación, alternativamente a la forma tradicional de cobertura por ocurrencia, se puede pactar cobertura por reclamación. Así, en el seguro de responsabilidad la cobertura puede restringirse a reclamaciones formuladas por el damnificado durante la vigencia, “así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”. También se podrán cubrir los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro siempre que la reclamación se efectúe dentro del término que se señale en el contrato³⁶⁴.

2.3.4. En favor de terceros

Finalmente en cuanto a su naturaleza, en razón de la posibilidad que legalmente asiste al damnificado, para accionar judicialmente contra en forma directa contra el asegurador, el seguro de responsabilidad ha sido calificado como un seguro en favor de terceros³⁶⁵. En los casos en los que el damnificado accione judicialmente, bien sea contra el asegurado o directamente contra el asegurador, éste está obligado a responder por los costos del proceso, aun en exceso de la suma asegurada³⁶⁶.

³⁶⁴ Artículo 4º de la ley 389 de 1997: “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

“Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

“Parágrafo. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten”.

³⁶⁵ Artículo 1133 del código de comercio, modificado por el artículo 87 de la ley 45 de 1990: “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

³⁶⁶ Artículo 1128 del código de comercio, modificado por el artículo 85 de la ley 45 de 1990. “El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:

1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro;

En efecto, "en el seguro de responsabilidad civil, los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 (ocurrencia de siniestro y cuantía de la pérdida), la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar indemnización del asegurador" (art. 1133, en la redacción del artículo 87 de la Ley 45 de 1990)⁽³⁸³⁾ ³⁶⁷,³⁶⁸

2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y

3. Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización".

³⁶⁷ ⁽³⁸³⁾ "La cláusula claims made, o sea, aquella en virtud de la cual "el asegurado es obligado a proporcionar al asegurador, dentro de un plazo concreto o, en subsidio, una prontitud razonable u otra redacción similar, noticia del siniestro y sus consecuencias", como cuando la póliza se extiende "solo a los siniestros ocurridos y denunciados durante su vigencia", son cláusulas que no sé consideran válidas, porque "podría llegar a quitar el contenido u objeto al contrato de seguro y que el asegurador está cubriendo por un período anual, riesgo que en dicho período o en parte importante de él, no son tales; y un seguro sin riesgo no tiene validez alguna" (CONTRERAS, OSWALDO. *De la cláusula claims made en los seguros de responsabilidad civil*. Revista No. 8, ps. 101 y ss.)".

³⁶⁸ Pedro Lafont Pianetta. Manual de Contratos – Panorama de la negociación y contratación contemporáneas. Tomo II. Páginas 779 y 780.

2.4. Seguro por terrorismo

2.4.1. Origen de la necesidad

Cómo regla general, la responsabilidad del Estado surge cuando los daños se produzcan como consecuencia o ocasión de un ahecho o de una omisión imputable al Estado, específicamente por una falla del servicio. En ese sentido, en materia de daños sufridos por las personas o los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros o de carga por actos terroristas, la jurisprudencia siguiendo la regla general ha considerado que procede condena al Estado si el hecho se produce con ocasión de una falla del servicio de vigilancia cuando haya sido solicitada expresamente protección al autoridad pública y ésta no se brinde o se de en forma insuficiente.

El Consejo de Estado reiteradamente se ha abstenido de condenado a la Nación por daños a los vehículos de servicio público, cuando no se acredita que se haya solicitado especial protección del Estado o que se esté en presencia de situaciones de alteración del orden público: “...sin desconocer que la región del Magdalena Medio está afectada por la presencia de movimientos subversivos, lo cierto es que no demostró el actor que hubiera reclamado alguna protección especial para en esa forma prestar el servicio de transporte a que se había comprometido. Si no hubo, pues, exigencia de vigilancia especial, previa a la prestación del servicio, de lo cual no hay prueba en el proceso, mal podría cuestionarse a la demandada por no suministrar ese servicio individualizado. Cabe recordar como el testigo y conductor del bus...expresó que antes del incendio del automotor ‘pasamos por el ejército y no nos requisó entonces seguimos’, lo que permite deducir que la fuerza pública sí se hallaba en la región y que procuraba la protección de los habitantes del sector. Otra cosa es la imposibilidad física en que se encuentran las fuerzas del orden para ejercer en forma total y permanente la vigilancia sobre el sistema vial nacional o siquiera sobre las carreteras que llegan a las zonas de mayor alteración del orden público. Esta utópica posición ciertamente no puede exigírsele al Estado colombiano y, por consiguiente, mal haría en atribuirle responsabilidad a la administración por hechos respecto de los cuales físicamente y humanamente está imposibilitada para atender”³⁶⁹.

Correlativamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido la responsabilidad del Estado por actos terroristas, en los casos de la falla del servicio, o bien en le contexto del riesgo excepcional.

La falla del servicio por actos terroristas se aplica cuando los hechos sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida; la responsabilidad por riesgo excepcional, se aplica cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad³⁷⁰.

³⁶⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 7 de octubre de 1994, C.P. Daniel Suárez Hernández, expediente: 9343. En el mismo sentido se puede ver las sentencias del 5 de septiembre de 1996, expediente: 10.461 y del 2 de mayo de 1998, expediente: 12.508, ambas con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁷⁰ “El problema jurídico se centra en determinar si es imputable al Estado a título de omisión los daños padecidos a un asegurador por el pago del seguro al beneficiario quien perdió unos bienes por terceros indeterminados, en una vía pública. La responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosos son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o

“En relación con la responsabilidad del Estado por los daños producidos a las personas o a los vehículos que prestan servicio público de transporte o de carga por actos terroristas, la jurisprudencia ha considerado que hay lugar a condenar al Estado cuando el hecho se produce con ocasión de una falla del servicio de vigilancia, porque se solicite la protección a las autoridades públicas o se presenten situaciones de particular alteración del orden público debidas regularmente al alza en el transporte y aquéllas no brinden la protección requerida o lo hagan de manera insuficiente. También ha considerado que en los casos en que se obliga al transportador a prestar el servicio en momentos de alteración del orden público, el Estado debe responder por los perjuicios que aquéllos sufran, así se preste la debida vigilancia, porque se produce en estos casos un desequilibrio en las cargas públicas (Daño Especial). En los demás eventos se ha exonerado a la administración de responsabilidad en razón del carácter relativo de la falla del servicio, en consideración a los recursos con que cuenta el Estado para confrontar los grupos al margen de la ley y la imposibilidad en que se encuentra para brindar a cada persona una vigilancia especial”³⁷¹.

Así las cosas, es claro que el riesgo de terrorismo y actos mal intencionados de terceros es inherente al tránsito por carretera, es decir, de la actividad del transporte y de quien la ejecuta. Sin embargo, no obstante las posiciones jurisprudenciales, dado su carácter de servicio público esencial y su importancia en el normal desarrollo de las actividades económicas, el Estado ha suscrito seguros que generen condiciones para que los transportadores adelanten normalmente su actividad, desplazando en forma temporal y excepcional ese riesgo.

2.4.2. Coberturas a cargo del Estado

El Estado ha aplicado distintos esquemas de cobertura frente a tales situaciones:

terrorismo. Para explicar esta situación la jurisprudencia ha aplicado, según el caso, los regímenes de responsabilidad por falla y por riesgo, según el caso; así: -Responsabilidad por falla cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falante o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida. Y se aplicará el régimen de Responsabilidad por riesgo excepcional cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad”. (Sentencia 3251(13251) del 02/05/02. Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Actor: SEGUROS LA ANDINA S.A., Demandado: NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL).

³⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999) Radicación número: 10.731.

“En relación con la reparación de los daños que pudieran sufrir los propietarios de los vehículos de transporte público por razones de actos terroristas, con anterioridad a 1992, el Estado contrataba seguros de amparo para cubrir dichos riesgos por los lapsos en los que se anunciaba la celebración de actos que implicaran posibles perturbaciones del orden público. Así, por ejemplo, el Presidente de la República, haciendo uso de las facultades derivadas de la declaración de estado de sitio (hoy estado de conmoción interior, art. 213 de la Constitución) celebró mediante decreto 2205 de 1988 con La Previsora S.A., Compañía de Seguros un contrato de seguros para amparar los vehículos de servicio público de transporte colectivo de pasajeros, para garantizar la prestación del servicio durante los actos de alteración del orden, con cobertura en todo el territorio nacional por el término de 72 horas, comprendidas entre las 00:00 horas del día 26 hasta las 24:00 horas del día 28 de octubre de 1990, fechas en las cuales estaba prevista la realización de un paro organizado por las centrales obreras.

“De igual manera, mediante decreto 2764 de 1990 se ordenó contratar con la misma entidad un seguro por el término de 72 horas, comprendidas entre las 18:00 horas del día 13 hasta las 18:00 horas del día 16 de noviembre de 1990, para cubrir los riesgos que eventualmente pudieran sufrir los vehículos que prestaran el servicio público de pasajeros durante esas fechas en las cuales estaba prevista la realización de un paro laboral.

“A partir de 1992, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público celebró con La Previsora S.A. un contrato de seguro para amparar los vehículos de servicio público que sufrieran daños causados “por actos mal intencionados de terceros”, que ha prorrogado y modificado en forma sucesiva para cubrir en la actualidad los daños que sufran los vehículos por “actos provenientes de huelgas, amotinamientos, conmociones civiles y/o terrorismo cometidos por grupos subversivos” y que excluye los riesgos amparados por el Instituto Nacional de Vías conforme a la póliza que contrajo con la misma entidad aseguradora para cubrir daños causados por actos terroristas.

“En este orden de ideas se concluye que el Estado ha previsto mecanismos de ayuda humanitaria para las víctimas de actos terroristas, que no implican la aceptación de responsabilidad por esos hechos. En consecuencia, para deducir dicha responsabilidad no basta acreditar la ocurrencia de tales actos sino que es necesario demostrar además que ellos son constitutivos de una falla del servicio o de un daño especial, de conformidad con los criterios que la ley y la jurisprudencia han desarrollado al respecto”³⁷².

Así, en lo referente a coberturas por daños sufridos en tránsito por carretera por actos malintencionados de terceros, por eventual responsabilidad del Estado, se han manejado dos esquema de pólizas, que han sido expedidas por la compañía de seguros de naturaleza pública La Previsora S.A. Compañía de Seguros³⁷³, siendo los tomadores el Ministerio de Hacienda³⁷⁴, el Ministerio de Transporte o el Invías.

³⁷² Ibídem.

³⁷³ Sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En el primer esquema, se aseguran los vehículos de servicio público, cuando prestando este servicio sean objeto de los eventos de pérdida total o parcial por daños provenientes de huelgas, amotinamientos, conmociones civiles y/o terrorismo. Cubre igualmente el lucro cesante derivado de tales eventos. En el segundo, se cubren los vehículos que transitan por carreteras nacionales sujetas al cobro de peaje por la pérdida total o parcial por daños provenientes de actos de grupos subversivos y terrorismo; derrumbe; avalanchas; aluvión; daño súbito de carreteras, túneles o puentes o por la caída de éstos últimos. Cubre igualmente el lucro cesante derivado de tales eventos.

En esos modelos de aseguramiento, la carga no se encuentra cubierta y está sujeta al cubrimiento de seguros de transporte de mercancías que contraten los dueños de la carga o sus transportadores.

En relación con este tipo de seguro resulta ahora relevante para el este estudio los referente a lograr que exista cobertura respecto de los riesgos mencionados, en relación con la carga, que los montos asegurados respecto de los vehículos corresponde a su real valor comercial y que se cubran las lesiones sufridas por conductores en el curso de tales eventos.

Dichas consideraciones deben ser evaluadas no solo desde el punto de vista de una gestión para ampliar las pólizas que el Estado ha tomado, sino también desde el eventual ámbito de la obligatoriedad³⁷⁵, en cuanto que un seguro obligatorio constituiría de por sí una forma de distribuir el riesgo en un número amplio de asegurados; y en el contexto del inciso segundo del numeral 5 del artículo 101 del estatuto orgánico del sistema financiero, dentro del cual también procedería analizar esquemas de reaseguro.

³⁷⁴ Seguro de automóviles por terrorismo - Póliza especial Ministerio de Hacienda – 1002142. Para la reclamación se requiere del certificado de la autoridad de policía o de fuerzas militares o de la autoridad competente en cuya jurisdicción se haya cometido el hecho sobre la ocurrencia del evento que generó el daño o pérdida. En el caso de vehículos de servicio público se requiere: planillas o libro de viajes para los vehículos de servicio público que sufran pérdidas o daños en sitios distintos en las carreteras nacionales a cargo del INVIAS; permiso de salida del área de operación respectiva para los vehículos de servicio público individual, el propietario deberá adicionalmente anexar la autorización para operar este servicio expedida por la autoridad competente y tarjeta de operación, afiliación o censo respectivo.

³⁷⁵ Artículo 994 del código de comercio.

2.5. Automóviles - Todo riesgo

2.5.1. Descripción

El seguro de automóviles está destinado a cubrir las pérdidas que sufra el asegurado, por la pérdida o daños del vehículo, además de la responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la ley a consecuencia de un accidente.

Por regla general, amparan los siguientes riesgos:

- Responsabilidad Civil Extracontractual.
- Pérdida Total del vehículo por daños
- Pérdida parcial del vehículo por daños
- Pérdida parcial por hurto o total por hurto o hurto calificado
- Terremoto, temblor y/o erupción volcánica
- Asistencia jurídica en proceso penal
- Amparo patrimonial

Los seguros que en este ramo se identifican en el mercado bajo la denominación de “Todo Riesgo”, tienen como objetivo principal proteger en forma integral el valor comercial del vehículo a la vez que brindar un respaldo al propietario frente a demandas por daños causados a terceros. En adición a los amparos ya señalados, se incluyen también aspectos tales como gastos de grúa y transporte.

Se incluyen la pérdida total por daños, cuando el valor de la reparación del vehículo, supera el porcentaje del valor comercial del mismo, acordado en la póliza; la pérdida total por hurto, cuando el vehículo desaparezca de manera permanente, por esa causa; pérdida parcial por daños, para cubrir el valor de la mano de obra y de los repuestos necesarios para reparación del vehículo como consecuencia de un evento cubierto por la póliza; y, pérdida parcial por hurto, para cubrir los elementos, accesorios o partes vitales para su funcionamiento, que desaparezcan del vehículo amparado.

2.5.2. Naturaleza

Es un típico seguro de daños, en el cual se involucran seguros reales y patrimoniales. En efecto, en el contenido básico de este tipo de pólizas, además de la cobertura de responsabilidad civil extracontractual, ya examinada en este estudio³⁷⁶, se incorpora el llamado “amparo patrimonial” y servicios de asistencia.

2.5.3. Bancaseguros

³⁷⁶ Supra.1.3.4.3

Conforme con lo previsto en la ley 389 de 1997 y en concordancia con el reglamento contenido en el decreto 1376 de 1998³⁷⁷, el seguro de automóviles podrá ser comercializado en forma masiva a través de la red de establecimientos bancarios.

Cuando un seguro se comercializa en forma masiva a través de la red bancaria, el contrato respectivo será irrevocable e inmodificable unilateralmente por la compañía de seguros que lo haya expedido: “En la realización del contrato de seguro, adquirido a través de la red de establecimientos de crédito, no se podrán exigir condiciones previas para el inicio del amparo de la póliza o para la subsistencia de la misma. De la misma manera, las condiciones del mismo no podrán ser modificadas unilateralmente por la compañía aseguradora”³⁷⁸.

Además, cuando se trate de seguro de automóviles, no se podrá condicionar su vigencia a la inspección del riesgo: “Para el ramo de automóviles no podrán exigirse requisitos o condiciones específicas de ninguna naturaleza, tales como la revisión o el avalúo del automotor como condición previa al inicio del amparo de la póliza o para la subsistencia de la cobertura”³⁷⁹.

2.5.4. Nota anticipada

En la perspectiva de este estudio, se deberá analizar, la forma en que el transportador cuyo vehículo se encuentra incluido en una póliza de responsabilidad civil extracontractual suscrita por la empresa transportadora para dar cumplimiento al requisito exigido legalmente para su habilitación, puede excluir de la póliza de automóviles ese riesgo, o eventualmente, acreditar el cumplimiento del requisito legal, con la póliza de automóviles.

³⁷⁷ Decreto 1367 de 1998, artículo 2º. Ramos de seguros. Se consideran idóneos para ser comercializados mediante la red de los establecimientos de crédito, los siguientes ramos siempre y cuando las pólizas cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1º del presente decreto. (...) Seguro de automóviles (...).

Se entienden autorizadas todas aquellas operaciones de recaudo, recepción, pago, transferencia, entrega de dinero. Adicionalmente, la entrega y recepción de solicitudes, documentos, informes, boletines, certificados y en general toda aquella información relacionada con el uso de la red.

³⁷⁸ Decreto 1367 de 1998, artículo 2º, parágrafo 1.

³⁷⁹ Decreto 1367 de 1998, artículo 2º, parágrafo 2.

3. ASPECTOS PROCESALES

En este aparte se señalan las normas que constituyen el contexto legal dentro del cual se deben evaluar y analizar, en el módulo de escenarios y alternativas de aseguramiento del servicio público de transporte terrestre automotor, aspectos que de acuerdo con lo manifestado por los transportadores³⁸⁰, involucran circunstancias de desequilibrio o perjuicio para ellos, originadas en las normas o en las posiciones jurisprudenciales en proceso.

3.1. Medidas cautelares: Embargo y secuestro de bien destinado a la prestación de un servicio público esencial

3.1.1. La preocupación

Teniendo en cuenta el carácter de servicio público esencial reconocido legalmente³⁸¹ al transporte terrestre automotor, se cuestiona la procedencia de la adopción de medidas ejecutivas³⁸² en

³⁸⁰ Documentos presentados ante el Ministerio de Transporte y entrevistas.

³⁸¹ Ley 336 de 1996. Artículo 5º. “El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo”.

³⁸² Código de Procedimiento Civil Artículo 513. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 272. Embargo y secuestro previos. Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado. (..)

“La solicitud de embargo se formulará en escrito separado, y con ella se formará cuaderno especial.

“Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo, el juez decretará, si fueren procedentes, los embargos y secuestros de los bienes que el ejecutante denuncie como de propiedad del ejecutado, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación del escrito, los cuales se practicarán con sujeción a lo dispuesto en el artículo 515 y el título XXXV de este código.

“No obstante, podrán decretarse embargos y secuestros antes de librarse mandamiento ejecutivo, cuando falte únicamente reconocimiento del título, o la notificación al deudor de la cesión del crédito o la de éste a los herederos de aquél o el requerimiento para constituir en mora al deudor, y en la demanda se pida que previamente se ordene la práctica de dichas diligencias.

“Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del difunto.

“El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad. Si lo embargado es dinero, se aplicará lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 681.

“En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros

relación con los equipos vinculados a la prestación del servicio, en cuanto afectarían la normal y continua prestación del servicio.

3.1.2. El origen normativo del problema

En el Estatuto Nacional del Transporte se establecen disposiciones generales sobre los equipos destinados a la prestación del servicio público de transporte³⁸³ y, en forma específica, en relación con el servicio público de transporte terrestre automotor³⁸⁴. A su vez en los decretos de la serie 170

de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

“Para que pueda decretarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares. Esta caución se cancelará una vez el ejecutante pague el valor de los perjuicios liquidados o precluya la oportunidad para liquidarlos, o consigne el valor de la caución a órdenes del juzgado o el de dichos perjuicios, si fuere inferior.

“El auto que decrete o niegue las medidas cautelares y el que las revoque por vía de reposición, son apelables en el efecto devolutivo”.

³⁸³ Ley 336 de 1996, Título Primero, Capítulo Quinto - Equipos

Artículo 22. Toda empresa operadora del servicio público de transporte contará con la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación de los servicios otorgados. De conformidad con cada Modo de transporte, el reglamento determinará la forma de vinculación de los equipos a las empresas, señalando el porcentaje de su propiedad y las formas alternas de cumplir y acreditar el mismo.

Artículo 23. Las empresas habilitadas para la prestación del servicio público de transporte sólo podrán hacerlo con equipos matriculados o registrados para dicho servicio, previamente homologados ante el Ministerio de Transporte, sus entidades adscritas, vinculadas o con relación de coordinación y que cumplan con las especificaciones y requisitos técnicos de acuerdo con la infraestructura de cada Modo de transporte.

Artículo 24. Las autoridades de Comercio Exterior y de Desarrollo Económico, deberán respetar los conceptos técnicos del Ministerio de Transporte, sobre las necesidades de equipos y la calidad, antes de aprobar las importaciones, ensamble o fabricación de los mismos.

Artículo 25. Las personas que se dediquen a la importación, fabricación y ensamble de equipos, o de sus componentes, con destino al transporte público y privado deberán inscribirse ante las entidades a que se refiere el, artículo veintitrés, de acuerdo con las condiciones señaladas para tal efecto.

Artículo 26. Todo equipo destinado al transporte público deberá contar con los documentos exigidos por las disposiciones correspondientes para prestar el servicio de que se trate.

Los equipos de transporte que ingresen temporalmente al país con destino a un uso distinto del servicio público, tendrán una identificación especial, se asimilarán a una importación temporal y deberán ser reexportados dentro del plazo señalado por la autoridad competente.

³⁸⁴ Ley 336 de 1996, Título Segundo, Disposiciones Especiales, Capítulo Primero: Transporte terrestre automotor, artículos 56 a 67.

de 2001 contienen reglas específicas para cada una de los modos de transporte terrestre regulados.

Sin embargo, de dichas normas no aparece disposición que implique directamente atribuir a los equipos destinados a la prestación del servicio público terrestre automotor la condición de inembargables.

Por el contrario, en las disposiciones sustanciales³⁸⁵ y de procedimiento³⁸⁶ en lo civil se establecen

³⁸⁵ Código Civil, artículo 1677 “La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. (..) No son embargables:

1. Subrogado. L. 11/84, art. 3º. No es embargable el salario mínimo legal o convencional.
2. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.
3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor.
4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.
5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.
6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.
7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.
8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.
9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”.

³⁸⁶ Código de procedimiento civil, artículo 684. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 342. Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:

1. Los de uso público.
2. Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

3. Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios.
4. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se

distintos supuestos en los que un bien no es inembargable. Entre esos supuestos se contempla que no podrán embargarse los bienes “destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales”³⁸⁷.

3.2. Aspectos relacionados con la exigibilidad de la obligación a cargo de la aseguradora

3.2.1. La preocupación

En este punto se plantean una serie de circunstancias relacionadas directamente con la exigencia del pago de la indemnización por parte de las aseguradoras, principalmente las relacionadas con las objeciones que puede éstas presentar y las consecuencias que de las mismas se derivan en cuanto a mora y prescripción.

Señalan los transportadores que es frecuente la formulación de objeciones frente a sus

trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnización sociales.

5. Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas. (..) La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.

6. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.

7. Los uniformes y equipos de los militares.

8. Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos.

9. Los bienes destinados al culto religioso.

10. Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien.

11. Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior.

12. Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez.

13. Los objetos que se posean fiduciariamente.

14. Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación”.

³⁸⁷ Numeral 2 del artículo 684 del código de procedimiento civil.

reclamaciones o las de las víctimas, por con circunstancias o aspectos que no habrían sido suficientemente informados al momento de la suscripción del seguro, o por razones que no encuentran justificables frente a las coberturas contratadas.

3.2.2. El origen normativo del problema

3.2.2.1. Reclamación objeción y pago

Conforme con lo dispuesto en el código de comercio³⁸⁸, corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Por su parte, el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

La reclamación del asegurado, o la directa de la víctima en el caso del seguro de responsabilidad, involucra la realización de la carga legal el demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía.

Cuando la manifestación del asegurador respecto de la reclamación del asegurado es de negativa a reconocer el pago de la indemnización en forma total o parcial, se tratará de una objeción. Esta debe ser seria y fundada y formularse dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación.

La regla legal³⁸⁹ indica que el asegurador debe efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente³⁹⁰ a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho y que el asegurador está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada³⁹¹.

³⁸⁸ Artículo 1077 del código de comercio.

³⁸⁹ Artículo 1080 del código de comercio. Modificado. L. 510/99, art. 111, par. “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

³⁹⁰ Este plazo se puede prorrogar en el evento señalado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: Artículo 185. “Condiciones especiales aplicables al contrato de seguro. 1. Pago de indemnización. El plazo para el pago de la indemnización por el asegurador podrá extenderse, mediante convenio expreso entre las partes, hasta un término no mayor a sesenta (60) días hábiles, únicamente cuando se trate de seguros de daños en los cuales el asegurado sea persona jurídica y la suma asegurada en la respectiva póliza sea superior al equivalente a 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su suscripción. En este caso, las partes también podrán convenir la tasa de interés de mora en el pago del siniestro”.

³⁹¹ Artículo 1079 del código de comercio.

Sin embargo podrá excluir su responsabilidad de acuerdo con las condiciones estipuladas en el clausulado de la póliza o en la ley.

Si el pago del siniestro no se efectúa dentro del mes siguiente a la fecha de la reclamación, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la indemnización a su cargo, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad, sobre el valor de dicha indemnización³⁹².

Adicionalmente, si transcurrido dicho mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario entregue al asegurador la reclamación, reuniendo los supuestos previstos en el artículo 1077 del código de comercio, ésta no es objetada de manera seria y fundada³⁹³, la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador. Igual consecuencia se produce si la reclamación simplemente no es respondida.

Constituye excepción a la regla de acuerdo con cual que el asegurador está obligado a responder hasta concurrencia de la suma asegurada³⁹⁴, el reconocimiento de los costos en que incurran el asegurado o el beneficiario para obtener el reconocimiento de la indemnización, caso en el cual el asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado³⁹⁵.

³⁹² Artículo 1080 del código de comercio.

³⁹³ Artículo 1053 del código de comercio: Modificado. L. 45/90, Art. 80. Mérito ejecutivo de la póliza de seguro. “La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:

1. En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo.
2. En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y
3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

³⁹⁴ Artículo 1079 del código de comercio.

³⁹⁵ Artículo 1128 del código de comercio. Modificado. L. 45/90, art. 85. “Responsabilidad del asegurador. El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:

- “1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro;
- “2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y
- “3. Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización”.

3.2.2.2. Prescripción

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, puede ser ordinaria de dos años que corre desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Y extraordinaria, de cinco años, que corre desde el momento en que nace el respectivo derecho³⁹⁶.

En el caso del seguro de responsabilidad civil, el término de la prescripción corre, para la víctima, desde cuando sucede el hecho externo imputable al asegurado que le causó un daño. Respecto del asegurado, el término corre desde que la víctima le realice petición para que le sea reconocido o indemnizado el daño³⁹⁷.

Finalmente, señalan los transportadores, que aún en los casos en los que ha mediado sentencia en sobre la responsabilidad penal del causante del daño, las empresas y los propietarios quedan vinculados a los reconocimientos y pagos en condición de terceros civilmente responsables, en virtud de la solidaridad pasiva.

"Lo dicho anteriormente significa que la solidaridad legal que consagra el artículo 2344 del Código Civil y por la cual se ata a varias personas cuando todas ellas concurren a la realización del daño, sin importar la causa eficiente por las que se les vincula como civilmente responsables, solidaridad legal que se presenta ante la concurrencia de varios sujetos que deben responder civilmente frente a la misma víctima por los daños que a ésta le han irrogado, tiene por único objeto garantizarle a ella la reparación íntegra de los perjuicios; es en tal virtud que le otorga la posibilidad de reclamar de todos o de cada uno de ellos el pago de la correspondiente indemnización, y para el efecto cuenta entonces con varios patrimonios para hacerla efectiva, de acuerdo con lo que más convenga a sus intereses.

"Vistas las cosas desde esa perspectiva hay que entender que la acción que finalmente instaura la víctima en orden a recabar la indemnización respecto de apenas uno de los responsables, constituye una actuación independiente, que, justamente por ser así, en tesis general, no da lugar a

³⁹⁶ Artículo 1081 del código de comercio: "La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

"La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

"La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

"Estos términos no pueden ser modificados por las partes".

³⁹⁷ Artículo 1131 del código de comercio: Modificado. L. 45/90, art. 86. "Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial"

que se comuniquen la respectiva definición judicial en relación con los demás sujetos que son civilmente responsables que no han sido demandados o que lo son en otro proceso; salvo, claro está, en lo que sea para evitar que haya un doble o múltiple pago de la indemnización.

“Justamente por tener la víctima el derecho de reclamar la indemnización total de cada uno de los obligados solidarios, o de todos a la vez cuando ello sea posible; y porque no siempre ha sido viable involucrar a todos ellos en la acción civil que el perjudicado instaura dentro del mismo proceso penal en el que apenas uno de ellos es sujeto pasivo o sindicado; no se puede predicar que el influjo de la decisión de los jueces penales alcanza para disminuir ese derecho y hasta el punto de que la víctima se vea privada de poder hacer efectiva la reparación de perjuicios in integrum frente a otros de los sujetos que son responsables desde el punto de vista civil, pues en guarda del principio por el cual todo daño debe ser resarcido se debe acudir a tomar lo decisivo que en el pronunciamiento penal tenga carácter definitivo, irrecusable o irreversible, y al propio tiempo le deje a la jurisdicción civil la suficiente libertad para el ejercicio de la potestad que le es propia en orden a definir todos los aspectos atinentes al resarcimiento del daño que aquella providencia no tenía por necesidad que involucrar; desde luego sin que a los perjudicados con el hecho ilícito les sea permitido adoptar posiciones contrarias o incompatibles con aquellas que plantearon o asumieron ante la jurisdicción penal, ello por aplicación del principio venire contra factum proprium.

6. En esas circunstancias, entonces, mientras a la víctima no se le haya reparado íntegramente el daño que le ha sido irrogado, puede reclamar de cada obligado solidario la indemnización plena; obvio que lo que cada uno efectivamente paga por razón de la condena que se les imponga puede y debe ser deducido de una condena mayor que eventualmente pudiera llegar a darse, con el fin de evitar que el damnificado reciba un doble pago por el mismo concepto y, por ende, impedir que la indemnización se torne en fuente de enriquecimiento indebido.

De acuerdo con lo anterior, no se puede aceptar la tesis del recurrente relativa a que el influjo del fallo penal, donde se decide sobre la indemnización únicamente en relación con el sindicado, determina para la víctima un límite cuantitativo respecto de las condenas que bien puede impetrar frente a obligados distintos de aquél”³⁹⁸.

³⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, sentencia del 10 de septiembre de 1998. Exp. C-5023. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

4 INTERMEDIACIÓN Y COLOCACIÓN DE LOS SEGUROS PARA EL SECTOR TRANSPORTE

En el mercado de seguros un actor importante lo constituye el intermediario³⁹⁹.

En Colombia existen tres clases de intermediarios: “Son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto”⁴⁰⁰.

Las sociedades corredoras de seguros se definen⁴⁰¹ como “empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de Intermediarios entre el asegurado y al asegurador”. En cuanto al tipo societario de los corredores de seguros, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 101 de la ley 510 de 1999, deberán constituirse como sociedades anónimas⁴⁰². Disposición en la que también se prevé ordena que los corredores incluyan dentro de su denominación social las palabras “corredor de seguros”, las cuales son de uso exclusivo de estas sociedades.

Quienes se propongan adelantar operaciones propias de una sociedad corredora de seguros deberán obtener el respectivo certificado de autorización para lo cual deberán reunir los requisitos y agotar el procedimiento establecido para el efecto⁴⁰³.

³⁹⁹ J Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro – La Institución.

⁴⁰⁰ Artículo 5º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “Entidades aseguradoras e intermediarios. 1. Entidades aseguradoras. Son entidades aseguradoras las compañías y cooperativas de seguros y las de reaseguros.

“2. Intermediarios de seguros. Son intermediarios de seguros los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de las actividades contempladas en el presente estatuto.

“3. Intermediarios de reaseguros. Son intermediarios de reaseguros los corredores de reaseguros”.

⁴⁰¹ Artículo 40 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en concordancia con el artículo 1347 del Código de Comercio.

Artículo 1347 del código de comercio: “Son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador”.

⁴⁰² Ley 510 de 1999, artículo 101: “De los intermediarios de seguros. Los corredores de seguros deberán constituirse como sociedades anónimas e indicar dentro de su denominación las palabras “corredor de seguros” o “corredores de seguros”, las que serán de uso exclusivo de tales sociedades. A tales empresas les serán aplicables los artículos 53, numerales 2º a 8º, 91, numeral 1º y 98, numerales 1º y 2º del estatuto orgánico del sistema financiero, así como el artículo 75 de la Ley 45 de 1990. Para los efectos antes señalados contarán con seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley para acreditar el nuevo tipo societario” (...).

⁴⁰³ Ver el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La Superintendencia Bancaria ejerce sobre las sociedades corredoras de seguros el control y vigilancia y cuenta además con facultades para dictar normas sobre capital mínimo y la organización técnica y contable respecto de tales sociedades⁴⁰⁴.

Así, conforme con las instrucciones de la SBC, las sociedades corredoras de seguros deben acreditar un monto mínimo de capital⁴⁰⁵. Y las sociedades corredoras de seguros en funcionamiento deben acreditar de manera permanente un capital mínimo equivalente al monto que resulte mayor entre el diez por ciento (10%) de los ingresos causados por remuneraciones de intermediación durante el año inmediatamente anterior y la suma calculada según el párrafo anterior. Para estos efectos, el monto de capital mínimo requerido resulta de la suma de capital suscrito y pagado, reservas, superávit por prima en colocación de acciones, utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores y revalorización del patrimonio deduciendo las pérdidas de ejercicios anteriores y pérdidas del ejercicio⁴⁰⁶.

De otro lado, tanto al momento de su constitución como a más tardar al 30 de junio de cada año, las sociedades corredoras de seguros deben remitir a la SBC las siguientes pólizas de seguros: Una póliza de responsabilidad civil y una póliza de infidelidad y riesgos financieros, con las coberturas y montos señalados por la SBC.

En cuanto a la agencias de seguros, en el numeral 3 del artículo 41 del estatuto orgánico del sistema financiero se señala que "Las agencias de seguros solamente podrán ser dirigidas por personas naturales y por sociedades de comercio colectivas, en comandita simple o de responsabilidad limitada, conforme a las normas mercantiles vigentes sobre la materia."

Las agencias de seguros tienen unas facultades mínimas a las que alude el artículo 42 del mismo estatuto: recaudar dineros referentes a todos los contratos o negocios que celebren, inspeccionar riesgos, intervenir en salvamentos, y promover la celebración de contratos de seguro por sí misma o por medio de agentes colocadores que la compañía mandante ponga bajo su dependencia, de acuerdo con su sistema propio de promoción de negocios.

Las agencias, en cuanto realizan actividad aseguradora, requieren de previa autorización en la forma en que lo señale la ley. En este sentido para que las agencias colocadoras de pólizas de seguros puedan iniciar las operaciones propias de su actividad, es decir, de la intermediación de seguros y de títulos de capitalización, no requieren de autorización previa de la Superintendencia Bancaria, sino que bastará su inscripción con la respectiva compañía de seguros o capitalización; entidad que, en concordancia con lo establecido por el inciso segundo del artículo 101 de la Ley

⁴⁰⁴ Artículo 1348 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 40 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁴⁰⁵ Subnumeral 1.2, numeral 1, capítulo III del TÍTULO VI, Capitalización, seguros e intermediarios de la Circular Externa 007 de 1996.

⁴⁰⁶ *Ibídem*.

510 de 1999,⁴⁰⁷ genera, por delegación legal, la autorización previa para que las agencias de seguros puedan iniciar sus actividades. Las mismas compañías aseguradoras ejercen directamente la supervisión y control de las agencias y agentes que autorizan.

⁴⁰⁷ Ley 510 de 1999, artículo 101, inciso segundo: “En virtud del carácter de representación de una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización que tienen las agencias y los agentes de seguros, se entiende que no podrán ejercer su actividad sin contar con la previa autorización de dichas entidades, autorización que puede ser revocada por decisión unilateral. En consecuencia, serán tales compañías y sociedades quienes deben velar por que las agencias y agentes que las representan cumplan con los requisitos de idoneidad y por que se dé cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se encuentran sujetos y responderán solidariamente por la actividad que éstos realicen, de acuerdo con la delegación que la ley y el contrato les hayan otorgado.”

**Escenarios de solución y propuestas para optimizar el aseguramiento en el sector del
servicio público de transporte terrestre automotor**
(Escenarios de solución y propuestas para optimizar el aseguramiento en el sector de SPTTA)

PARTE I - PROPUESTAS

1 Presentación

1.1 Alcance del documento

La problemática del aseguramiento en el servicio público de transporte terrestre automotor, involucra una amplia gama de aspectos: técnicos, financieros, económicos y los de la estructura de propiedad de vehículos y de las formas de organización empresarial.⁴⁰⁸ Acorde con nuestra especialidad y el alcance del estudio, nos ocupamos de la formulación de las opciones de carácter jurídico que contribuyen a la solución, quedando atentos para apoyar legalmente las recomendaciones que se presenten por parte de los expertos técnicos y actuariales que vienen trabajando paralelamente en la misma problemática.

Esta tercera parte del trabajo corresponde a la entrega de “Escenarios de solución y propuestas para optimizar el aseguramiento en el sector transporte público de pasajeros y de carga”; en el cual se formulan propuestas, en alguna o varias de las siguientes formas:

- Indicación de las modificaciones de carácter legal requeridas, en su esquema básico.
- Indicación de las acciones regulatorias requeridas. Estos es, descripción de los actos administrativos de carácter general que se necesiten, dentro del esquema de competencias en reglamentación, regulación o en supervisión y control, explicado en una entrega anterior.
- Propuestas de elementos jurídicos para la revisión de la definición de amparos y coberturas en las pólizas del sector transporte.
- Propuestas de esquema para la negociación de seguros y su intermediación en el sector transporte.
- Alternativas de cobertura diferentes del seguro

En el documento “Aspectos de la situación actual del aseguramiento en el sector del servicio público de transporte terrestre automotor”, se identificaron incoherencias estructurales y conceptuales; ineficiencias operativas; e, ineficacias del aseguramiento que implican esos inconvenientes.

Para efectos de la formulación de propuestas, los problemas identificados en ese documento, los hemos agrupado ahora en cinco tópicos:

- Regulación legal de la responsabilidad civil del transportador;
- Seguros de responsabilidad civil de la actividad transportadora;
- El sistema del SOAT;
- Mecanismos para lograr el cumplimiento de disposiciones vigentes, por parte de las aseguradoras, en materia de reconocimiento y pago de indemnizaciones; y,

⁴⁰⁸ “Se presentarán los escenarios de solución que como resultado de la evaluación aparezcan viables y con alta potencialidad para contrarrestar efectivamente las situaciones que generan actualmente ineficiencias financieras, técnicas y operativas en el aseguramiento en el sector transporte, así como la evaluación de los horizontes temporales para su eventual aplicación: corto, mediano y largo plazo”.

- Fondos de responsabilidad civil de los transportadores

Nuestras conclusiones a este respecto se presentan de dos formas:

En primer término en un esquema de Propuestas, que corresponde a este documento y se presenta a continuación

En segundo lugar, en un Documento Sustento, en el que se presentan las bases de las propuestas.

2 Aspectos relacionados con la regulación legal de la responsabilidad civil del transportador

2.1 No se obtienen pólizas con coberturas y montos que cubran en forma suficiente los riesgos del transporte de pasajeros

2.1.1 *El problema*

Los transportadores no logran obtener pólizas con coberturas y montos que los cubran en forma suficiente por los riesgos del transporte de pasajeros:

- En el tema de coberturas señalan que no consiguen para el lucro cesante y los daños no patrimoniales de la víctima.
- En el tema de montos señalan que las indemnizaciones a que son condenados superan los montos que cubren las pólizas.

Consideran que esta problemática se origina en la forma en que se encuentra regulada la responsabilidad civil del transportador.

2.1.2 *Carácter del problema*

El problema se enfoca desde dos puntos de vista:

2.1.2.1 Enfoque normativo:

Los transportadores identifican como necesaria una reforma del régimen legal de la responsabilidad, para que se establezcan límites a los conceptos y valor de las indemnizaciones.

De esta forma, existiría certeza sobre coberturas y montos, lo que permitiría obtener seguros que sean suficientes.

2.1.2.2 Enfoque operativo:

Estructurar operativamente esquemas de comercialización y/o de operación que permitan que el sector asegurador ofrezca coberturas y montos adecuados, a precios accesibles.

Recurrir a los Fondos de responsabilidad civil de los transportadores, en adelante FRCT, para que cubran una determinada capa del riesgo, en exceso de lo cubierto por las aseguradoras.

2.1.3 *La norma*

Las disposiciones que estructuran el esquema legal de la responsabilidad civil del transportador de pasajeros son las contenidas en el código de comercio, libro cuarto, título IV, capítulos 1 y 2, junto

con las disposiciones del mismo código de comercio y del código civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual⁴⁰⁹.

Se llama la atención respecto a que en esas disposiciones no se contiene límites a la indemnización por lucro cesante de la víctima o por daños patrimoniales; así como tampoco prohibición de establecer tales límites.

2.1.4 Propuesta

2.1.4.1 Enfoque normativo:

Desde el punto de vista de política legislativa, no se encuentra viable establecer límites a las indemnizaciones por responsabilidad del transportador de pasajeros frente a la víctima o sus causahabientes.

Lo anterior, en primer término por que se constituiría en un incentivo negativo en cuanto a la mejora y desarrollo de los esquemas de seguridad en la prestación del SPTTA.

Y en segundo lugar, en la medida en que no se encontró una razón de interés general que justificara que sea la víctima, y no el empresario causante, quien debiera soportar una parte de la pérdida que le es ocasionada.

2.1.4.2 Enfoque operativo:

a) Promover la formación de uno o más “pooles” entre aseguradoras que permita una operación que redistribuya el riesgo entre mayores cantidades de asegurados, permitiendo que el sector asegurador ofrezca coberturas y montos adecuados, a precios más accesibles.

b) Que los FRCT, cubran la parte del riesgo respecto del cual no se encuentra cobertura en el mercado.

c) Que los transportadores desarrollen esquemas de evaluación y seguimiento de los riesgos de su operación y de la siniestralidad, de forma tal que les sea posible acopiar la información necesaria para introducir correctivos eficaces en materia de fallas de la operación que dan lugar a siniestros o a circunstancias que impliquen que se pierda la cobertura por alguno de los aspectos previstos en la póliza; así como las razones que dan lugar a que se pierda la cobertura por aspectos relacionados con la oportunidad y suficiencia de la reclamación.

2.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Mediante decreto reglamentario de la operación de los FRCT prever expresamente que podrán cubrir la parte del riesgo respecto del cual no se encuentra cobertura en el mercado.

⁴⁰⁹ En el documento sustento, se desarrollan en detalle los regímenes legales vigentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual de los transportadores.

2.1.5.1 Plazo

Mediano

2.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Los requeridos para determinar los parámetros de aportes, coberturas, mecanismos técnicos de operación de la cobertura por parte de los FRCT de la parte del riesgo respecto del cual no se encuentra cobertura en el mercado.

2.2 El esquema de regulación legal de responsabilidad del transportador atenta contra la estabilidad de las empresas.

2.2.1 El problema

Los montos de las indemnizaciones por las que deben responder, pone en riesgo la estabilidad económica de las empresas de transporte de pasajeros.

2.2.2 Carácter del problema

Normativo, en cuanto que los transportadores identifican como necesaria una reforma al régimen legal de la responsabilidad civil, que se estructure sobre la demostración de la culpa y no la presuma y que establezca límites al valor de las indemnizaciones.

2.2.3 La norma

En lo que corresponde al enfoque normativo, las disposiciones que estructuran el esquema legal de la responsabilidad civil del transportador de pasajeros son las contenidas en el código de comercio, libro cuarto, título IV, capítulos 1 y 2, junto con las disposiciones del mismo código de comercio y del código civil sobre responsabilidad contractual y extracontractual.

2.2.4 Propuesta

Desde el punto de vista de política legislativa, no se encuentra viable modificar el esquema legal de la responsabilidad civil del transportador de pasajeros. Lo anterior, por que el sistema actual recoge principios sobre las responsabilidades del transportador y presunción de culpa, que desde el punto de vista de concepción legislativa es coherente con los principios generales de nuestro esquema de derecho y asigna cargas y responsabilidades en la forma en que más eficientemente puede inducir a la disminución de la producción de daños. Lo contrario, se constituiría en un incentivo negativo en cuanto a la mejora y desarrollo de los esquemas de seguridad en la prestación del SPTTA.

2.2.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno.

2.2.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

2.3 La solidaridad en la responsabilidad civil entre la empresa de SPTTA, el propietario y el conductor.

2.3.1 El problema

En concepto de los transportadores, debe revisarse la responsabilidad solidaria desde la perspectiva de los contratos de vinculación, en orden a delimitar claramente responsabilidades, entre empresas, propietarios y conductores, bajo un esquema que permita que efectivamente cargue con las consecuencias quien sea el real responsable.

2.3.2 Carácter del problema

Normativo.

2.3.3 La norma

Código de comercio. Artículo 991. “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”.

En lo referente al contrato de vinculación ver numeral 3.5

2.3.4 Propuesta

Desde el punto de vista de política legislativa, no se encuentra viable modificar el esquema legal de la responsabilidad solidaria de la empresa de SPTTA de pasajeros. La responsabilidad solidaria se prevé para efectos de que sean atendidas en forma oportuna y suficiente las reclamaciones de las víctimas, independientemente de cual de los involucrados en la operación de prestación del SPTTA es el directo responsable. Para este último efecto, quien pague tendrá acción para repetir contra el responsable.

No obstante lo anterior, se encuentra viable que se prevean supuestos en las que aunque no se tenga el control efectivo del vehículo se rompa la solidaridad y la empresa de SPTTA deba responder íntegramente por la reparación. Tales supuestos estarían referidos a las deficiencias en los controles, o a circunstancias de la organización y control de la empresa.

Desde el punto de vista de la responsabilidad por la prestación del SPTTA, se encuentra recomendable incluir en la reglamentación elementos que impongan que como resultado de la vinculación se otorgue en todos los casos el control efectivo del vehículo.

Levantar la información necesaria que permita identificar y diferenciar la siniestralidad y sus causas, en relación con los vehículos respecto de los cuales se tiene control efectivo por parte de la empresa y de aquellos de los que no se tiene ese control. Con base en esa información plantear a las aseguradoras que se fijen primas diferenciadas para una y otra situación.

Lo anterior, constituiría una condición propicia para incentivar la mejora y desarrollo de los esquemas de seguridad en la prestación del SPTTA.

2.3.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Expedición de decreto reglamentario por parte del Ministerio de Transporte, por el cual se reglamenten los contratos de vinculación de vehículos para la prestación del SPTTA, incorporando elementos que otorguen en todos los casos el control efectivo del vehículo por parte de la empresa.

2.3.5.1 Plazo:

Corto

2.3.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Diseño de un esquema de acopio y ordenamiento de información sobre la siniestralidad comparativa entre vehículos sujetos a control efectivo de la empresa y los no sujetos.

3 Aspectos relacionados con los seguros obligatorios de responsabilidad civil de la actividad transportadora

3.1 Identidad de amparos de los seguros de RCC⁴¹⁰ y RCE⁴¹¹

3.1.1 El problema

Los transportadores consideran que los seguros de RCC y RCE corresponden a las mismas coberturas y que no se justifica tomarlos en dos pólizas distintas duplicando los costos.

3.1.2 Carácter del problema

Normativo

⁴¹⁰ Responsabilidad Civil Contractual.

⁴¹¹ Responsabilidad Civil Extracontractual.

Jurídicamente, la responsabilidad contractual y la extracontractual son distintas y corresponden a supuestos diferentes.

Aunque legalmente es factible determinar una sola modalidad de responsabilidad totalmente objetiva del transportador de pasajeros, haciendo caso omiso de los parámetros de regulación contractual o de derivación extracontractual; remitiendo el deber jurídico de responder a la función social de la reparación íntegra e inmediata del daño causado a las víctimas bajo el solo supuesto de su ocurrencia en el desarrollo de la operación, sin que se requiera elemento adicional para determinar la responsabilidad⁴¹²; aclaramos que no es ese el problema que se plantea en este punto.

Aquí procede analizar la viabilidad y conveniencia de disponer, vía reglamento sobre si se pueden incluir en una misma póliza los amparos de RCC y RCE.

3.1.3 La norma

En lo que corresponde al enfoque normativo, las disposiciones que estructuran el esquema legal de la responsabilidad contractual civil del transportador de pasajeros son las contenidas en el código de comercio, libro cuarto, título IV, capítulos 1 y 2. Las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual se encuentran en el código civil.

Los decretos de la serie 170 de 2001 reglamentan lo referente al aseguramiento, estableciendo que se deben suscribir pólizas separadas para cubrir la responsabilidad contractual y para cubrir la extracontractual.

3.1.4 Propuesta

Como ya se señaló en los puntos 2.1 y 22, desde el punto de vista de política legislativa, no se encuentra elemento que recomiende modificar el esquema legal de la responsabilidad civil del transportador.

Las características de la responsabilidad contractual y de la extracontractual son distintas y no solo corresponden a supuestos diferentes, sino que también tienen alcances diferentes. Por lo mismo son distintos los elementos para determinar los riesgos y el costo de sus coberturas.

En efecto, desde el punto de vista del aseguramiento se debe tener en cuenta que las condiciones de la responsabilidad contractual permitirían contar con información respecto a siniestros, características socioeconómicas de las víctimas y valor de sus indemnizaciones, con mayor certeza que respecto al cubrimiento de la responsabilidad extracontractual.; circunstancia que debe permitir obtener más fácilmente mejores condiciones de prima y cubrimiento para la

⁴¹² En una perspectiva de regulación de derecho de daños y de la reparación. Ver documento sustento.

responsabilidad contractual, tanto en la capa de los seguros obligatorios de RCC y RCE, como en las coberturas contratadas voluntariamente.

Sin embargo, en cuanto que en los seguros obligatorios de RCC y RCE para el SPTTA se trata de amparos y montos mínimos, que en lo que hace a la cobertura por muerte hay que tener en cuenta que legalmente la indemnización puede ser pretendida por los herederos por las vías de la responsabilidad contractual o por las de la extracontractual⁴¹³, esa circunstancia podría derivar en que en la estructura de costos de las pólizas se incluya doble vez la cobertura obligatoria por muerte. De otro lado, el valor de la indemnización por muerte, en cada caso concreto, no presenta variaciones en razón del origen de la responsabilidad.

La circunstancia legal de que sea viable pretender la indemnización por muerte en la prestación del SPTTA por cualquiera de las vías mencionadas -contractual y extracontractual-, hace recomendable revisar la reglamentación de las condiciones en que se debe obtener obligatoriamente dicha cobertura, precaviendo que se pueda presentar doble cobertura.

En este sentido se propone excluir la cobertura de muerte de las pólizas obligatorias de RCC y RCE actuales y vía reglamento establecer una sola cobertura por muerte en los términos del artículo 1006 del código de comercio.

3.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Decreto reglamentario del Ministerio del Transporte. Por medio del cual se reglamente los artículos 994, 1003 y 1006 del código de comercio.

3.1.5.1 Plazo:

Corto

3.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Revisión por la autoridad de control de la estructura de costos de las pólizas obligatorias de RCC y RCE para el transporte, en cuanto que la existencia y cobro de una cobertura dual, estaría desconociendo el principio de equidad de las tarifas de seguros.

3.2 Coincidencia de coberturas de los seguros de RCC y RCE con el SOAT

3.2.1 El problema

⁴¹³ Código de comercio, artículo 1006 “Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.

“En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral”.

Los transportadores consideran que se les debe permitir no suscribir el SOAT cuando se cuente con los seguros de RCC y RCE, en cuanto que existe coincidencia en algunas de las coberturas:

SOAT	Póliza de responsabilidad civil contractual	Póliza de responsabilidad civil extracontractual
Muerte de la víctima (600 salarios mínimo legal diario vigente).	Muerte (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).	Muerte o lesiones a una persona (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).
		Muerte o lesiones a dos o más personas (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).
Incapacidad permanente (180 salarios mínimo legal diario vigente).	Incapacidad permanente (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).	
	Incapacidad temporal (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).	
Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones (500 salarios mínimo legal diario vigente)	Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).	
Gastos funerarios, (150 salarios mínimo legal diario vigente).		
Gastos de transporte y movilización de las víctimas para su atención, (10 salario mínimo legal diario vigente).		
		Daños a bienes de terceros (no inferior a 60 salario mínimo mensual legal vigente, por persona).

3.2.2 Carácter del problema

Normativo. La naturaleza jurídica del SOAT es la de seguro de daños personales que opera automáticamente frente a la ocurrencia del accidente. Jurídicamente es diferente a la naturaleza de los seguros de la responsabilidad, que requiere previamente la demostración de la culpa del asegurado.

En el numeral 4 del artículo 193 del EOSF se prohíbe expresamente incluir las coberturas del SOAT en pólizas distintas.

3.2.3 La norma

EOSF. Artículo 193 - 4. “Improcedencia de la duplicidad de amparos. Las coberturas del seguro obligatorio serán exclusivas del mismo y por ello no podrán incluirse en pólizas distintas a aquellas que se emitan en desarrollo de este estatuto. Adicionalmente, las entidades aseguradoras 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”.

3.2.4 Propuesta

Desde el punto de vista de política legislativa, se evidencia inconveniente permitir que las coberturas del SOAT se puedan entender incluidas en las pólizas del RCC y RCE, puesto que daría lugar a que se disminuyera la suscripción del SOAT afectando las cuentas de compensación y de campañas. Además, si se sujetara su operación a la demostración de la culpa del transportador, perdería su efecto social.

3.2.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno.

3.2.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

3.3 No obligatoriedad de la expedición de los seguros de RCC y RCE

3.3.1 El problema

Los transportadores de pasajeros están obligados a adquirir los seguros de RCC y RCE, pero las compañías no están obligadas a expedirlo, lo que coloca al transportador en posición desfavorable al momento de negociar el seguro.

3.3.2 Carácter del problema

Normativo. En el documento sustento se concluye, previo análisis, que la disposición contenida en el artículo 994 del código de comercio implica obligatoriedad de expedición por parte de las compañías, supeditada a la expedición de la reglamentación por el Gobierno Nacional.

3.3.3 La norma

Código de comercio Artículo 994. “Cuando el Gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

“El Gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas”.

En concordancia con las disposiciones sobre seguros de los decretos de la serie 170 de 2001⁴¹⁴.

⁴¹⁴ En el decreto 171 de 2001, se contempla así: Artículo 18. *Obligatoriedad*. De conformidad con los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio, las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros por carretera deberán tomar con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros de

3.3.4 Propuesta

Desde el punto de vista de política legislativa, se encuentra recomendable establecer la obligatoriedad para las compañías de seguros de expedir los seguros de responsabilidad civil del transportador. La consagración de la obligatoriedad para los aseguradores tiene el mismo fundamento que el de la obligatoriedad para los transportadores. Adicionalmente, el texto del inciso tercero del artículo 994 del código de comercio, en cuanto a la obligatoriedad para las aseguradoras, reproduce el mismo esquema textual por el cual se previó la obligatoriedad de la expedición del SOAT por parte de las aseguradoras.

Activar la obligatoriedad para las compañías implicará simultáneamente contemplar parámetros generales para la determinación de la tarifas y de las comisiones de intermediación.

3.3.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Decreto reglamentario, conjunto de los Ministerios de Transporte y de Hacienda, por medio del cual se reglamente el artículo 994 del código de comercio.

3.3.5.1 Plazo:

Corto

3.3.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Propuestas de lineamientos para parámetros generales en la determinación de la tarifas y de las comisiones de intermediación.

3.4 Coberturas insuficientes e inadecuadas de las pólizas de RCC y RCE

3.4.1 El problema

responsabilidad civil contractual y extracontractual que las ampare contra los riesgos inherentes a la actividad transportadora, así: (...)

Artículo 19. *Pago de la prima.* Cuando el servicio se preste en vehículos que no sean de propiedad de la empresa, en el contrato de vinculación deben quedar claramente definidas las condiciones y el procedimiento mediante el cual se efectuará el recaudo de la prima correspondiente, con cargo al propietario del vehículo.

Artículo 20. *Vigencia de los seguros.* La vigencia de los seguros contemplados en este Decreto será condición para la operación de los vehículos vinculados legalmente a las empresas autorizadas para la prestación del servicio en esta modalidad.

La compañía de seguros que ampare a la empresa de transporte con relación a los seguros de que trata el presente título deberá informar a las instancias correspondientes del Ministerio de Transporte y de la Superintendencia de Puertos y Transporte la terminación automática del contrato de seguro por mora en el pago de la prima o la revocación unilateral del mismo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de terminación o revocación.

Las coberturas y montos que señalan las normas para los seguros de responsabilidad de la actividad transportadora no son suficientes y adecuadas para cubrir las indemnizaciones que deben reconocer los transportadores; situación por la cual el transportador debe cubrir directamente los excesos.

3.4.2 Carácter del problema

No es normativo. La norma solo fija mínimos. No impide que se contraten coberturas y montos mayores que resulten suficientes.

Coberturas mayores significarán un costo más alto, situación que es un problema de negociación.

3.4.3 La norma

En los decretos reglamentarios de la serie 170 de 2001 se contienen las coberturas y montos de los seguros de RCC y RCE para las empresas de SPTTA⁴¹⁵.

3.4.4 Propuesta

Integrar una serie de instrumentos que permitan a los transportadores, una mayor cantidad de elementos de juicio para negociar condiciones comerciales y contractuales, directamente con las compañías, mediante mecanismos de contratación colectiva, que permita actuar con suficiencia como interlocutor directo de los aseguradores en la contratación.

Por la naturaleza del seguro, será de principal importancia el levantamiento de información confiable sobre la siniestralidad, costos y causas. Igualmente, el determinar objetivamente en qué medida las deficiencias corresponden al ámbito de la definición y contratación de las coberturas y los montos; o a fallas en la reclamación y/o en la operación que aparejen la pérdida de la cobertura.

Adicionalmente, tal negociación, según la propuesta del numeral 3.3.4, debería realizarse en un contexto de obligatoriedad de expedición de la póliza.

3.4.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno.

3.4.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Levantamiento de información confiable sobre la siniestralidad, costos y causas. Igualmente, el determinar objetivamente en qué medida las deficiencias corresponden al ámbito de la definición y

⁴¹⁵ Ver cuadro comparativo.

contratación de las coberturas y los montos; o a fallas en la reclamación y/o en la operación que aparezcan la pérdida de la cobertura.

3.5 El contrato de vinculación a una empresa del SPTTA implica que ésta contrate el seguro

3.5.1 *El problema*

La vinculación a la empresa de SPTTA conlleva que sea la empresa la que negocie y contrate los seguros obligatorios de RCC y RCE, pero lo hace con cargo a los propietarios de los vehículos, involucrando un costo adicional en el aseguramiento para estos últimos.

Para los propietarios dicho costo se ve injustificado y alto.

3.5.2 *Carácter del problema*

Normativo. En los decretos de la serie 170 de 2001, se prevé expresamente esa situación. Una eventual solución normativa debería complementarse con mecanismos operativos, para que los propietarios accedan a los seguros.

3.5.3 *La norma*

En los artículos⁴¹⁶ de los decretos de la serie 170 de 2001 que reglamentan el artículo 994 del código de comercio, se dispone que cuando el servicio se preste en vehículos que no sean de propiedad de la empresa, en el contrato de vinculación deben quedar claramente definidas las condiciones y el procedimiento mediante el cual se efectuará el recaudo de la prima correspondiente, con cargo al propietario del vehículo.

Las empresas habilitadas para la prestación del SPTTA de pasajeros en cualquiera de sus modalidades, sólo podrán hacerlo con equipos registrados para dicho servicio y oficialmente vinculados a la empresa respectiva⁴¹⁷.

La vinculación de un vehículo a una empresa de transporte público es la incorporación de este al parque automotor de la misma⁴¹⁸. Se formaliza con la celebración de un contrato⁴¹⁹ que se ha

⁴¹⁶ Artículos: 19 del decreto 170 de 2001; 18 del decreto 171 de 2001; 18 del decreto 172 de 2001; 17 del decreto 174 de 2001; y 18 del decreto 175 de 2001.

⁴¹⁷ Artículos: 46 del decreto 170 de 2001; 52 del decreto 171 de 2001; 26 del decreto 172 de 2001; 36 del decreto 174 de 2001; y, 37 del decreto 175 de 2001.

⁴¹⁸ Artículos: 47 del decreto 170 de 2001; 53 del decreto 171 de 2001; 27 del decreto 172 de 2001; 37 del decreto 174 de 2001; y 38 del decreto 175 de 2001.

⁴¹⁹ Artículo 48 del decreto 170 de 2001 “El contrato de vinculación del equipo se regirá por las normas del derecho privado debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

denominado de vinculación celebrado entre el propietario del vehículo y la empresa; que se oficializa con la expedición de la tarjeta de operación⁴²⁰ por parte de la autoridad de transporte competente.

3.5.4 Propuesta

No hay elementos que permitan recomendar disociar totalmente la regularización de la vinculación respecto del control de la vigencia del aseguramiento por RCC y RCE, que se ejerce a través de las empresas, por medio de este mecanismo. Mantener el mecanismo de control es positivo.

Armonizando los intereses, entonces, resulta recomendable establecer un esquema que permita al propietario ejercer la opción de contratación en primer término, y de no hacerlo o de no cumplir los requerimientos legales, que la empresa tome el seguro.

Mecanismo que puede complementarse con esquemas de comercialización que ofrezcan alternativas y libertad de elección al propietario, en los cuales pueda elegir entre una o varias pólizas colectivas abiertas ofrecidas por distintas compañías, a la cual se adhiere. Las condiciones de esas pólizas serían previamente conocidas por las empresas.

De otro lado, respecto de las pólizas que contraten las empresas, bajo la óptica de la regulación del servicio público de transporte terrestre automotor, se propone imponer que dicha contratación se realice mediante mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia por parte de las compañías de seguros, mediante un procedimiento obligatorio de carácter licitatorio, similar al que deben adelantar las entidades financieras para contratar los seguros que cubran a sus deudores y/o a los bienes hipotecados.

Lo anterior, sin perjuicio de la propuesta contenida en el numeral 2.3.4, en el sentido de incluir en la reglamentación elementos que impongan, o al menos incentiven, que la vinculación en todos los casos involucre el control efectivo del vehículo por parte de la empresa. Contexto dentro del cual, es viable crear las condiciones para que los vehículos sujetos a control efectivo de la empresa representen un menor riesgo, con las consecuencias que ello conlleva a nivel de mejores primas.

3.5.5 Mecanismos normativos a aplicar:

“Igualmente el clausulado del contrato deberá contener en forma detallada los ítems que conformarán los cobros y pagos a que se comprometen las partes y su periodicidad. De acuerdo con esta, la empresa expedirá al propietario del vehículo un extracto que contenga en forma discriminada los rubros y montos cobrados y pagados, por cada concepto”. Igual texto corresponde a los artículos 54 del decreto 171 de 2001; 38 del decreto 174 de 2001; y 39 del decreto 175 de 2001.

Para el caso del transporte individual de pasajeros en vehículos taxi, en el artículo 28 del decreto 172 de 2001, se establecen las condiciones del contrato de vinculación.

⁴²⁰ Artículos: 55 del decreto 170 de 2001; 61 del decreto 171 de 2001; 39 del decreto 172 de 2001; 46 del decreto 174 de 2001; y 46 del decreto 175 de 2001.

Decretos reglamentarios que modifiquen los decretos de la serie 170 de 2001, en los que se establezca una oportunidad al ejercicio del derecho del propietario a elegir libremente la aseguradora. En este sentido, se puede establecer un lapso de anterioridad al vencimiento de la póliza vigente, dentro del cual el propietario puede tomar directamente los seguros y allegar los certificados correspondientes a la empresa. La empresa deberá controlar que las cobertura y montos correspondan a lo señalado en la reglamentación; de ser así debe aceptar el seguro tomado por el propietario.

En caso contrario, o cuando el propietario no ejerza su opción de contratar directamente el seguro en la oportunidad señalada, la empresa puede proceder a incluirlo en la póliza de la empresa, la cual debe ser contratada mediante mecanismos de amplia publicidad y concurrencia.

La expedición de tales decretos corresponde al Gobierno Nacional - Ministerio de Transporte.

3.5.6 Plazo:

Corto

3.5.7 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

3.6 Desfase de los términos de prescripción

3.6.1 El problema

La prescripción de las obligaciones por responsabilidad civil es de 10 años (ley 791 de 2002), en tanto que la obligación a cargo de las aseguradoras prescribe en 5 o en 2 años (artículo 1081 del código de comercio). Así, existiría un lapso a partir del cual se encontrarían descubiertos los transportadores.

Se presentarían situaciones en que se condena a los responsables de un siniestro, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, y se exonera al asegurador llamado en garantía, por la prescripción extintiva de las acciones en su contra.

3.6.2 Carácter del problema

Normativo.

3.6.3 La norma

Código de comercio Artículo 1081 “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

“Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Artículo 1131 “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

3.6.4 Propuesta

Si bien sobre este punto se han presentado consideraciones en el sentido de entender que para dar salida a esta problemática bastaría acudir a la interpretación de las disposiciones normativas involucradas⁴²¹, se considera que esta interpretación no cobijaría la totalidad de supuestos que pueden derivarse de los distintos tipos de pólizas y condiciones de aseguramiento⁴²².

Por ello se propone promover la reducción del término de prescripción en materia de responsabilidad civil, a un lapso más adecuado a las condiciones actuales, en las cuales aparece desproporcionadamente largo frente a las posibilidades en comunicaciones y avances técnicos.

Como alternativa práctica segura, se recomienda que el transportador, interrumpa la prescripción mediante la demanda⁴²³.

Se debe adoptar en las empresas un procedimiento interno para identificar las situaciones e interrumpir oportunamente la prescripción.

3.6.5 Mecanismos normativos a aplicar

Reformas de código civil.

⁴²¹ En este sentido, el Ministerio de Transporte ha desarrollado una muy juiciosa interpretación de acuerdo con la cual encuentra que la armonización normativa entre los artículos 1081 y 1131 del C.Co. con la ley 791 de 2002, lleva a concluir que la prescripción de 2 años tiene vida independiente como acción directa, pero en cuanto a la acción indirecta se aplica la prescripción de 10 años del C.C., y a partir de la solicitud prejudicial o judicial se cuenta el término de 2 años, para efectos extintivos de la acción indirecta.

⁴²² La interpretación señalada opera claramente cuando se trate de pólizas en las que el amparo opera bajo el esquema de descubrimiento, no operaría igual en las pólizas bajo el esquema de ocurrencia.

⁴²³ En este sentido se pueden consultar autores como Hernán Fabio López.

3.6.5.1 Plazos

Largo plazo.

3.6.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno

3.7 Duplicidad de cobertura en caso de póliza de todo riesgo tomada para la adquisición del vehículo y los seguros de RCE

3.7.1 El problema

Cuando se adquiere un vehículo con financiación, la operación se condiciona por parte de quien otorga la financiación, a la obtención de una póliza de automóviles todo riesgo, en la cual se incluye cobertura por responsabilidad civil. Sin embargo, el transportador se ve abocado a tomar la póliza obligatoria de RCE prevista en los decretos de la serie 170 de 2001. Ello implica una duplicidad.

3.7.2 Carácter del problema

No es normativo. El inconveniente se origina en las exigencias de quienes otorgan la financiación.

3.7.3 La norma

3.7.4 Propuesta

Resulta contraria a la regulación legal de los seguros de daños⁴²⁴ la exigencia que implique incurrir en doble aseguramiento, con las vicisitudes que implica respecto a pérdida de prima y/o de

⁴²⁴ Código de comercio. Artículo 1091. “El exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado producirá la nulidad del contrato, con retención de la prima a título de pena, cuando de parte del asegurado haya habido intención manifiesta de defraudar al asegurador. En los demás casos podrá promoverse su reducción por cualquiera de las partes contratantes, mediante la devolución o rebaja de la prima correspondiente al importe del exceso y al período no transcurrido del seguro.

“La reducción no podrá efectuarse después de ocurrido un siniestro total”.

Artículo 1092. “En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad”.

Artículo 1093. “El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración.

“La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado”.

indemnización.

Cuando se trate de financiación concedida por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, dicha práctica debería ser evaluada en el contexto del artículo 98 del EOSF, además de que la garantía de la obligación se vería afectada. En este ámbito, procede proponer y examinar el tema con la Superintendencia Bancaria, para expedir las instrucciones que resulten procedentes.

En relación con otros tipos de financiación, bien sea otorgada directamente por quien vende el bien o por terceros con vinculación a quien vende, la Superintendencia de Industria y Comercio contaría con facultades para impartir instrucciones sobre el punto.

En los demás casos, se debe estructurar una propuesta documental pro forma para negociar con quien financia el vehículo la exclusión del riesgo de responsabilidad civil en cuanto se mantenga vigente el seguro obligatorio de RCE, sobre la situación de pérdida de la garantía que implicaría el doble aseguramiento.

3.7.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Expedición de instrucciones por la SBC y la SIC.

3.7.5.1 Plazo:

Mediano

3.7.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

4 Aspectos relacionados con el SOAT

4.1 Antiselección de los vehículos de SPTTA en la comercialización del SOAT

4.1.1 El problema

Algunas compañías de seguros obstaculizan o niegan la adquisición del SOAT a los vehículos del SPTTA.

Tal conducta tendría origen en que los vehículos de SPTTA muestran un índice de siniestralidad alto.

4.1.2 Carácter del problema

No es normativo.

Situación jurídica especial: Hasta antes de la expedición de la ley 795 de 2003 (enero 15) la facultad para fijar la tarifa máxima del SOAT era de la SBC. En la ley 795 de 2003, artículo 44, se le asignó esa facultad al Gobierno Nacional. Con base en esta facultad el Gobierno Nacional expidió el decreto 2078 de 2003.

El artículo 44 de la ley 795 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte: Sentencia C- 312 del 31 de marzo de 2004.

La Superintendencia Bancaria de Colombia, por medio de la Carta Circular 48 del 18 de junio de 2004 informó que se mantienen vigentes las tarifas máximas que pueden cobrar las entidades aseguradoras por la expedición del seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito (SOAT), previstas en la Circular Externa 48 de 2002.

El Gobierno Nacional y la SBC han entendido que como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, la SBC mantiene la atribución legal de fijar la tarifa y que corresponderá al Gobierno Nacional fijar las condiciones generales del SOAT.

4.1.3 La norma

Obligatoriedad del SOAT EOSF. Artículo 192. “92 Aspectos generales. 1. Obligatoriedad. Para transitar por el territorio nacional todo vehículo automotor debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito.

“Quedan comprendidos dentro de lo previsto por este numeral los automotores extranjeros en tránsito por el territorio nacional.

“Las entidades aseguradoras a que se refiere el artículo 196 numeral 1º del presente estatuto estarán obligadas a otorgar este seguro”.

Obligatoriedad de expedir el SOAT. EOSF. Artículo 196. Numeral 1 “Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. 1. Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro. Estarán habilitadas para otorgar el seguro de que trata el artículo 192 numeral 1º de este estatuto:

“a) Aquellas entidades aseguradoras actualmente autorizadas para ofrecer el seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito que, con anterioridad al 30 de junio de 1991, acrediten haber cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la operación de dicho seguro ante los establecimientos hospitalarios o clínicos y ante las personas que se encuentren habilitadas para reclamar indemnizaciones derivadas de este seguro. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud remitirá a la Superintendencia Bancaria las informaciones correspondientes, y

“b) Las demás entidades aseguradoras que se establezcan legalmente en el país y obtengan autorización específica de la Superintendencia Bancaria para la operación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito”.

Facultad para establecer las condiciones y tarifas EOSF. Artículo 193. Numeral 5 Modificado por el artículo. 44. de la ley 795 de 2003. “Facultades del Gobierno Nacional en relación con los términos de la póliza. Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas. La Superintendencia Bancaria revisará periódicamente las condiciones técnicas y financieras de la operación de este seguro, propósito para el cual solicitará a las entidades aseguradoras la información que estime conveniente.

En todo caso, en la determinación de las tarifas se observarán los principios de equidad, suficiencia y moderación y se podrán establecer rangos diferenciales según la naturaleza de los riesgos”.

4.1.4 Propuestas:

Mediante reglamentación del Gobierno Nacional, disponer la formación de un pool obligatorio como mecanismo de compensación que impida la selección adversa por categoría de vehículos⁴²⁵.

Mediante la misma vía reglamentaria, se proponer disponer la comercialización obligatoria del SOAT a través de la red bancaria bajo el esquema de la ley 389 de 1997, a través de la suscripción de los respectivos convenios. En este caso el adquirente del SOAT podrá ir a cualquier entidad bancaria y adquirir la póliza con la compañía que seleccione.

Estos decreto se expedirían por conducto del Ministerio de Hacienda, con base en las facultades previstas en el literal b) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el numeral 5 del artículo 193 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y con sujeción a lo previsto en el literal d) del artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el mismo sentido, se proponer promover la inclusión entre las funciones del defensor del cliente, de la de atender las quejas respecto a los obstáculos y negativas presentadas en la adquisición de seguros obligatorios, a fin de proponer al interior de las compañías los correctivos.

Adicionalmente, desde el punto de vista operativo, se propone desarrollar un sistema de información por parte de los transportadores sobre incumplimientos en la colocación del SOAT, que suministre a la SBC los elementos necesarios para ejercer el control oportuno y eficaz respecto del cumplimiento de la obligación de comercializar el SOAT.

4.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

⁴²⁵ En ese sentido ya fue expedido el decreto 60 de 2004.

Decretos por medio de los cuales se dispone la formación de un pool obligatorio como mecanismo de compensación y la comercialización obligatoria del SOAT a través de la red bancaria.

4.1.5.1 Plazo:

Mediano

4.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno

4.2 No se descuentan de las indemnizaciones por RCC y RCE los pagos de carácter indemnizatorio efectuados con cargo al SOAT

4.2.1 El problema

Señalan los transportadores que algunos jueces no reconocen los pagos de carácter indemnizatorio pagados con cargo al SOAT, para efectos de ser deducidos del valor de las indemnizaciones a que hay lugar por responsabilidad civil, contrariando disposiciones legales.

4.2.2 Carácter del problema:

Existe norma expresa que ordena que las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio del SOAT se entiendan imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente.

Involucra la aplicación de criterios jurídicos en la aplicación de normas legales.

4.2.3 La norma

EOSF Artículo 194, numeral 3. “Indemnizaciones adicionales. “El pago efectuado por la entidad aseguradora que haya asumido los riesgos previstos en el presente capítulo, en relación con el automotor causante de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito, no impedirá a la víctima o a sus derechohabientes acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar del responsable las indemnizaciones a que crean tener derecho conforme a las normas legales.

“Parágrafo. Las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas que se emitan en desarrollo de este capítulo, se entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente”.

4.2.4 Propuesta:

Expedir por conducto de los ministerios de Hacienda y del Interior y Justicia, un decreto reglamentario sobre la forma de imputar las sumas canceladas con cargo al SOAT por conceptos indemnizatorios –muerte e incapacidad- a la liquidación de las indemnizaciones por

responsabilidad civil en accidentes de tránsito, incluyendo un procedimiento para requerir la información a las aseguradoras.

El decreto sería reglamentario de los artículos 194 del EOSF y 521 del código de procedimiento civil.

Adicionalmente, la SBC podría impartir a las aseguradoras instrucciones sobre la forma de dar cumplimiento a ese artículo en la liquidación de las indemnizaciones al pagar seguros de RCE y RCC.

4.2.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno.

4.2.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

4.3 Insuficiencias del SOAT

4.3.1 El problema:

En concepto de algunos de los transportadores, de las coberturas y montos del SOAT son bajas y deberían ser aumentadas, así como revisadas las tarifas que se reconocen por la atención médico hospitalaria y los pagos indemnizatorios.

4.3.2 Carácter del problema:

No es normativo.

Sin embargo, una eventual modificación de coberturas y cuantías previstas para el SOAT, en cuanto condiciones generales de la póliza, requiere de decreto del Gobierno Nacional (artículo 193 Numeral 5); así como también las tarifas reconocidas por la atención médica y hospitalaria (artículo 195 Numeral 4).

4.3.3 La norma

En el EOSF, artículo 193 numeral 1 se señalan los aspectos específicos relativos a la póliza del SOAT⁴²⁶.

⁴²⁶ “Aspectos específicos relativos a la póliza. 1. Coberturas y cuantías. La póliza incluirá las siguientes coberturas:

“a) 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;

Facultad para establecer las condiciones y tarifas. EOSF. Artículo 193. Numeral 5 Modificado por el artículo. 44. de la ley 795 de 2003. “Facultades del Gobierno Nacional en relación con los términos de la póliza. Por tratarse de un seguro obligatorio de forzosa contratación, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará con carácter uniforme las condiciones generales de las pólizas. La Superintendencia Bancaria revisará periódicamente las condiciones técnicas y financieras de la operación de este seguro, propósito para el cual solicitará a las entidades aseguradoras la información que estime conveniente.

En todo caso, en la determinación de las tarifas se observarán los principios de equidad, suficiencia y moderación y se podrán establecer rangos diferenciales según la naturaleza de los riesgos”.

Tarifas para establecimientos hospitalarios y clínicos. EOSF. Artículo 195. Modificado por el artículo 244 de la ley 100 de 1993, artículo 244, numeral 4º. “El Gobierno Nacional determinará las tarifas a que deben sujetarse los establecimientos hospitalarios y clínicos, de los subsectores oficial y privado de que trata el artículo 5º de la Ley 10 de 1990, en la prestación de la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria a las víctimas de los accidentes de tránsito. Las tarifas que establezca el Gobierno Nacional serán fijadas en salarios mínimos legales”.

4.3.4 Propuesta:

Desde el punto de vista de política legislativa no se encuentran elementos concluyentes para ampliar o extender la obligatoriedad de suscripción del SOAT a las personas naturales que obtengan licencia de conducción, por cuanto se haría difuso y no contaría con instrumentos de control disuasivo e inmediato en situ, dando lugar a un espacio muy grande para la evasión. De otro extender la carga del costo del seguro a todos los que tengan licencia de conducción implicaría que los ciudadanos en general, y los conductores asalariados de todos los sectores en particular, terminarían subsidiando los resultados de la operación de las empresarios del transporte y de las

“b) 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;

“c) 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;

“d) Gastos funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente y dentro del lapso señalado en el literal anterior, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, y

“e) 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.

“Parágrafo. El valor de estas coberturas se entiende fijado para cada víctima; por lo tanto, se aplicará con prescindencia (sic) del número de víctimas resultantes de un mismo accidente”.

empresas que involucren transporte propio en su operación, sin perjuicio de los conflictos con principios constitucionales que podrían presentarse.

Trasladar el costo de los seguros para la reparación de daños de los propietarios de los vehículos a los conductores, constituiría un incentivo negativo a que éstos y las empresas adopten medidas suficientes para asegurar estándares de seguridad.

En cuanto a las tarifas que se reconocen por atención médica y hospitalaria, no se identifica como una problemática del aseguramiento del SPTTA, sino del sector de protección social.

Finalmente, se encuentra viable cualquier mecanismo que apunte a un mayor equilibrio de la operación del sistema del SOAT, sobre la base de redistribuir el riesgo entre el mayor número posible de asegurados, de ser posible sobre la totalidad, mediante la constitución de un “pool” de las aseguradoras que expiden el SOAT.

4.3.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno

4.3.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

5 Aspectos relacionados con el cumplimiento por parte de las aseguradoras, en cuanto al reconocimiento y pago de indemnizaciones.

5.1 Negativa a acceder directamente al pago del seguro

5.1.1 El problema

Las aseguradoras evidencian una tendencia general de negativa a acceder directamente al pago de los seguros de responsabilidad civil, sobre el alegato de que

5.1.2 Carácter del problema

No es normativo. Legalmente están establecidos los mecanismos para desincentivar las objeciones infundadas por parte de las aseguradoras.

5.1.3 La norma

En el código de comercio, artículo 1053, se prevé que ante el silencio del asegurador o si la objeción no es seria y fundada, la póliza tendrá mérito ejecutivo⁴²⁷.

⁴²⁷ Código de comercio. Artículo 1053 Modificado. L. 45/90, Art. 80. “Mérito ejecutivo de la póliza de seguro. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:

En el código de comercio, artículo 1080, se prevé que se causan intereses de mora si el asegurador no paga dentro del mes siguiente a que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho⁴²⁸.

En el código de comercio, en el artículo 1128 se prevé que el asegurador responderá, aún en exceso de la suma asegurada, por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado⁴²⁹.

Cuando se ha adoptado como práctica negar injustificadamente el reconocimiento y pago de indemnizaciones, la Superintendencia Bancaria de Colombia puede proceder a la cancelación del ramo⁴³⁰.

1. En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo.

2. En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y

3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

⁴²⁸ Código de comercio. Artículo 1080. Modificado. L. 510/99, Art. 111. “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

⁴²⁹ Código de comercio, artículo 1128, modificado por la ley 45 de 1990, artículo 85. “Responsabilidad del asegurador. El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:

1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro;
2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y
3. Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización”.

⁴³⁰ EOSF Artículo 100 - Régimen de protección a tomadores de seguros y asegurados. “3 Prácticas prohibidas. El ofrecimiento reiterado de pólizas o tarifas desconociendo los requisitos del artículo 184 numerales 2º y 3º de este estatuto, la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y toda práctica que de manera sistemática tenga como propósito evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de seguro, puede dar lugar a la revocación del certificado de autorización para el ramo o los ramos en los cuales se advierta dicha conducta”.

5.1.4 Propuestas:

Proponer la definición por la Superintendencia Bancaria de parámetros objetivos y predefinidos, para que se entienda que se ha adoptado como práctica negar injustificadamente el reconocimiento y pago de indemnizaciones, y en consecuencia proceda la cancelación del ramo por parte de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Conformar un sistema de información por parte de los transportadores que estructure y suministre a la SBC, en la forma más depurada posible elementos de juicio que le permitan adoptar medidas de supervisión oportunas y efectivas.

Proponer a la SBC reglamentaciones e instrucciones más estrictas sobre los efectos contables y jurídicos que se produzcan con ocasión de la presentación una demanda en contra de una entidad aseguradora, con base en los supuestos de los artículos 1053 y/o 1080 del código de comercio, con suficiente poder disuasivo.

Implementar un sistema de información a través del cual los transportadores puedan realizar una verificación o auditoría de las prácticas de las compañías de seguros, para poder suministrar a la SBC la información que haga procedente aplicar la facultad prevista en el artículo 100 numeral 3 que obliga a suspender el ramo cuando compruebe que una compañía incurre en “la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y toda práctica que de manera sistemática tenga como propósito evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de seguro”.

5.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Expedición de Circulares externas de la SBC, por medio de las cuales se adoptarían las iniciativas propuestas, en caso de ser acogidas.

5.1.5.1 Plazos:

Mediano

5.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno.

6 Aspectos relacionados con el aseguramiento de las empresas de SPTTA de carga

6.1 El problema del aseguramiento de carga es que la confusión respecto al interés asegurable deriva en situaciones de imposibilidad del cobro del seguro

6.1.1 El problema

El seguro lo toma el transportador, como un seguro de mercancías, obrando como asegurado y beneficiario. Si el remitente reclama, el asegurador le aduce que el beneficiario es el transportador; si éste reclama, el asegurador le aduce que si él no es responsable de la pérdida, no hay lugar al pago del seguro.

6.1.2 Carácter del problema

No es normativo. Salvo que la propuesta sea derogar el artículo que prevé expresamente que el transportador puede tomar la póliza.

6.1.3 La norma

Código de comercio. Artículo 1124. “Podrán contratar el seguro de transporte no sólo el propietario de la mercancía, sino también todos aquéllos que tengan responsabilidad en su conservación, tales como el comisionista o la empresa de transporte, expresando en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por el transporte de la mercancía”.

6.1.4 Propuestas:

Difundir entre transportadores y remitentes de carga la forma como debe asegurarse, por quien y como reclamar.

6.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno

6.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Ninguno

7 Aspectos relacionados con la protección patrimonial de las empresas de SPTTA

7.1 Los seguros de responsabilidad no son un mecanismo adecuado para cubrir adecuadamente el patrimonio del transportador

7.1.1 El problema

Los transportadores consideran que las condiciones de los seguros de responsabilidad civil que contratan no les proporcionan una protección adecuada y suficiente frente a las pérdidas que afrontan como consecuencia de los valores que les corresponde asumir por indemnizaciones.

7.1.2 Carácter del problema

No es normativo.

7.1.3 La norma

Código de comercio

7.1.4 Propuestas:

El punto corresponde a una situación de insuficiencia de las coberturas contratadas. Situación que puede ser manejada desde el punto de vista de acopiar y ordenar la información acerca de la causa de la siniestralidad y de las circunstancias que determinan la pérdida de las cobertura por fallas en la operación o en la reclamación, con parámetros que permitan negociar con las aseguradoras sobre bases suficientes, para determinar las necesidades y montos de cobertura.

Sin perjuicio de lo anterior, un instrumento útil en este aspecto se puede constituir a través de los fondos de responsabilidad civil de los transportadores, con cargo a los cuales se puede establecer el reconocimiento, parcial o total, proporcional o fijo, por evento o acumulado, para cubrir una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, o para cubrir el valor que en exceso de las sumas aseguradas pueda haber lugar a pagar por concepto de indemnizaciones.

7.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

En la reglamentación de los fondos de responsabilidad civil, incluir expresamente la posibilidad señalada en la propuesta.

7.1.5.1 Plazo:

Mediano

7.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes

Los elementos necesarios para diseñar un esquema financiera y económicamente viable para el funcionamiento de lo señalado en la propuesta, dentro de los fondos de responsabilidad civil de los transportadores.

8 Aspectos relacionados con las pólizas contra terrorismo, contratadas por el Estado

8.1 El valor que se reconoce por pérdida del vehículo y daño emergente no es el real

8.1.1 El problema

En los casos en los que como consecuencia del siniestro se produce la pérdida total del vehículo, la aseguradora reconoce un valor de indemnización que no corresponde al valor real del vehículo. Ello se produce, según los transportadores, por que se utilizan las tablas de Fasecolda que consigna valores que no son reales.

Igual situación se presenta respecto al lucro cesante, en el cual la aseguradora reconoce valores con base en parámetros predeterminados por ella.

8.1.2 Carácter del problema

No es normativo.

8.1.3 La norma

Código de comercio. Artículo 1077 “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso (...)”.

8.1.4 Propuesta

Se debe estructurar un sistema de valoración comercial de los vehículos que cuente con elementos suficientes para desvirtuar los valores por los que se guía la aseguradora. En ese escenario, la reclamación para que se reconozca la indemnización deberá efectuarse por el valor real, acompañada de los sustentos correspondientes respecto al valor. Obviamente, en caso de no ser aceptado por la aseguradora procederá entablar la acción judicial para el reconocimiento del valor real.

Si la sustentación respecto al valor que debe reconocerse por concepto de la pérdida total de los vehículos es suficiente para convencer a los jueces, se formaría una jurisprudencia reiterada que debería llevar a las aseguradoras a revisar los parámetros para la valoración de los vehículos.

Teniendo en cuenta los costos e inconvenientes económicos y operativos que implica adelantar las acciones judiciales, las mismas se podrían costear por el gremio, en atención al eventual beneficio colectivo que podría derivarse de los pronunciamientos jurisdiccionales.

Procede advertir que nos referimos al valor real del vehículo al momento del siniestro -que es cubierto por la póliza de terrorismo- y no al valor comercial, dentro del contexto legal de los seguros de daños, en el cual el seguro no es fuente de enriquecimiento.

En punto al lucro cesante -pérdida de beneficios- el enfoque es el mismo. Es decir, se debe recoger los elementos probatorios requeridos para demostrar la real magnitud del lucro cesante. Igualmente, en caso de que la aseguradora no acceda al reconocimiento de las sumas demostradas, se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria, con la misma perspectiva y condiciones indicadas en relación con la reclamación por el valor de los vehículos.

8.1.5 Mecanismos normativos a aplicar:

Ninguno.

8.1.6 Mecanismos técnicos – económicos concurrentes.

Aunque no corresponde específicamente al ámbito técnico del aseguramiento, se requerirán elementos técnicos y económicos para sustentar el valor de los vehículos y del lucro cesante.

8.2 El seguro de terrorismo no cubre el valor de las mercancías averiadas, pérdidas y/o saqueos, lesiones infringidas a las tripulaciones de los vehículos

8.2.1 *El problema*

Algunos transportadores consideran que la pérdida y daños de las mercancías y las lesiones sufridas por las tripulaciones deberían estar comprendidos en las pólizas de terrorismo.

8.2.2 *Carácter del problema*

No es normativo.

8.2.3 *La norma*

8.2.4 *Propuestas:*

En este ámbito procede presentar al Ministerio de Hacienda la respectiva propuesta, sin embargo una decisión al respecto deberá ser considerada en el contexto de las posibilidades presupuestales para extender las pólizas actuales a otras coberturas.

8.2.5 *Mecanismos normativos a aplicar:*

Ninguno

8.2.6 *Mecanismos técnicos – económicos concurrentes*

Ninguno

PARTE II - Documento sustento

1 Regulación legal de la responsabilidad civil del transportador

“La idea de la responsabilidad civil nace como consecuencia de un reproche a la conducta del agente productor del hecho dañosos – a los efectos de la reparación- o bien como una atribución legal hacia un sujeto que la normativa indica como soporte de la situación jurídica”⁴³¹

En nuestro ordenamiento los temas de la responsabilidad civil en general y la de los transportadores en particular, son tópicos normativos incorporados en los códigos civil⁴³² y de comercio⁴³³.

En efecto el análisis jurídico y normativo de la responsabilidad civil del transportador⁴³⁴ se estructura sobre los principios generales de las obligaciones, bajo el concepto de que el

⁴³¹ Ghersi Carlos Alberto. Obligaciones Civiles y Comerciales 1994. Ed Astrea. Pág 517.

⁴³² Libro cuarto, título 12 “Del efecto de las obligaciones” y título 34 “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”.

⁴³³ Libro cuarto, “De los contratos y obligaciones mercantiles”, Títulos I “De las obligaciones en general” y IV “Del contrato de transporte”.

⁴³⁴ “En esta materia la jurisprudencia tradicional de la Corte ha acogido la tesis clásica orientada por restringir o limitar la opción de responsabilidades, y, ajustada a este criterio por regla general ha rechazado de manera invariable la yuxtaposición de las dos formas mencionadas de responsabilidad, al paso que excepcionalmente y al mismo tiempo se ha mostrado siempre partidaria en otorgarle las dos acciones (contractual y extracontractual) en forma alternativa al heredero del perjudicado con la inejecución contractual, cuando éste recibe a su turno del mencionado comportamiento un perjuicio personal. Para ello basta consultar lo expuesto en las sentencias del 12 de agosto de 1948 (G.J. tomo LXIV, pág. 697), 1º de febrero de 1951 (G.J. tomo LXIX, pág. 33), 23 de abril de 1954 (G.J. tomo LXXVII, pág. 411), 27 de septiembre de 1955 (G.J. tomo LXXXI, pág. 176), 31 de mayo de 1965 (G.J. tomos CXI y XCII, pág. 123) y 30 de mayo de 1980 (aún sin publicar).

“Pues bien, este criterio ha sido recogido por la legislación mercantil cuando prescribe que en los contratos de transporte de personas el transportador se obliga para con otra persona (generalmente el mismo pasajero, pero bien puede ser un tercero) “a conducir a las personas... sanas y salvas al lugar o sitio convenido” (C.Co., art. 982), cuyo incumplimiento genera una responsabilidad fundada en el contrato por (salvo las limitaciones y exoneraciones legales) “todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste” (C.Co., art. 2003), que estando con vida, deba hacer efectiva el mismo contratante mediante acciones provenientes del contrato (C.Co., art. 993). Porque en este evento en que el daño no ocasiona la muerte del pasajero, tales prescripciones legales no contemplan expresa ni implícitamente (como sí ocurre para el caso contrario), que al lado de una responsabilidad contractual también surja o pueda surgir simultáneamente, en forma acumulativa o alternativa, una responsabilidad civil extracontractual entre las mismas partes de un contrato de transporte con fundamento en el mismo incumplimiento contractual. En cambio, tratándose del fallecimiento del pasajero en desarrollo de la ejecución de un contrato de transporte, la mencionada codificación no limitó dicha hipótesis a las reglas generales de la transmisión mortis causa de las acciones contractuales, que permitieran a sus causahabientes la reclamación de la correspondiente responsabilidad contractual por el fallecimiento del causante, contratante original, con fundamento en los artículos 993, 998 y 822 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1008 del Código Civil; sino que, por el contrario, determinó consagrar una regulación especial que, reiterando la existencia de la responsabilidad contractual, transmitida su acción mortis causa, también permite la

incumplimiento del contrato genera la potestad de exigir indemnización del daño producido por ese incumplimiento⁴³⁵. Pero más allá del ámbito contractual el transportador puede inferir daños a terceros⁴³⁶, que no son partes dentro del contrato de transporte; si esos daños se causan por culpa o dolo, el transportador es obligado a la indemnización⁴³⁷.

Adicionalmente, otro punto sustancial en el análisis jurídico es el de la particular tratamiento legal y jurisprudencial de la responsabilidad en las actividades que involucra especiales exigencias de diligencia, también denominadas actividades peligrosas. Tratamiento particular 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"⁴³⁸. En este tipo de responsabilidad se ha incluido el transporte⁴³⁹.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han venido evolucionando hacía esquemas que excluyen cada vez más el elemento subjetivo de la culpa, sustituyéndolos por las teorías del riesgo

posibilidad del surgimiento de una responsabilidad extracontractual, en favor directo de los herederos, fundada en la muerte del pasajero; con la salvedad de que son incompatibles su reclamación acumulativa, pero en cambio factible su reclamación separada y sucesiva. Ello fue recogido en el artículo 1006 del Código de Comercio, que como se deriva de su texto, no otorga expresa ni implícitamente en favor del pasajero lesionado (no fallecido) en la ejecución de un contrato de transporte, acción de responsabilidad extracontractual contra el transportador por la referida lesión, causada precisamente por incumplimiento "de sus obligaciones de conducirlo sano y salvo al lugar de su destino". (Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, Sentencia del 19 de abril de 1993 M.P. Pedro Lafont Pianetta).

⁴³⁵ Artículos 1604, inciso 2º y 1616 del Código Civil

⁴³⁶ Conforme con lo dispuesto en el artículo 1006 del código de comercio, los herederos del pasajero fallecido pueden optar la acción contractual o por la extracontractual.

⁴³⁷ Código civil. Artículo 2341. "El que ha cometido un delito o 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."

⁴³⁸ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 1965.

⁴³⁹ 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 repunte 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).

creado, que opera sobre criterios de culpa objetiva⁴⁴⁰, y por la teoría del daño, en la que el énfasis normativo se ubica en la reparación⁴⁴¹.

Ahora bien, en cuanto que las propuestas que se presentan en este ámbito de la responsabilidad civil del transportador involucran necesariamente modificar tópicos normativos incorporados en los códigos civil y de comercio, se requerirá la intervención del Congreso Nacional en la expedición de las disposiciones a través de las cuales se implementen.

1.1 Situaciones normativas críticas

Las situaciones normativas críticas respecto de las cuales se plantearon inquietudes o se manifestó que estarían generando situaciones de desequilibrio o asimetría contra el prestador del SPTTA son:

⁴⁴⁰ “11. De esta manera, el tradicional principio de la culpa, que va quedando casi como una posición residual, subencuentra otros criterios de «imputación», aumentándose las hipótesis de culpa presunta y de responsabilidad objetiva o casi objetiva, que dejan escasos márgenes a la prueba liberatoria del responsable, pero a beneficio del cual está prevista, a veces, la limitación de la deuda de resarcimiento (como en materia de transporte), emergiendo el establecimiento del mayor rigor en materia de responsabilidad en los campos en que aumenta la potencialidad riesgosa, en los cuales, es cada vez más irrelevante el comportamiento del causante del daño y, en buena media, la individualización precisa del mismo, mediante presunciones o por medio de atribuciones de responsabilidad.

“Desde la década de los años sesenta se advierten en el campo del derecho dos grandes tendencias: una que pone el acento en la responsabilidad del autor del daño y otra, que sólo tiende a ocuparse de las víctimas.

“Hay quienes han visto un verdadero desastre en toda intencionalidad de remplazar la responsabilidad por culpa porque ello afectaría la relación entre derecho y moral, ya que conduciría ciertamente a la decadencia moral del hombre.

“Otros sostienen que la única manera de proteger a las víctimas es expulsando el sistema de responsabilidad o transformando esta última mediante la socialización del riesgo, arrojando la responsabilidad a la periferia del derecho civil”. (Juan Carlos Félix Morandi. “Seguro de responsabilidad civil”. Revista Iberoamericana de Seguros Nº 8 – 1996).

⁴⁴¹ “Todo esto nos permite extraer ya una línea de pensamiento: la reparación (no la responsabilidad) es una necesidad social que debe tener los elementos comunes enunciados.

“Este corolario proviene de la envergadura de la obligación incumplida, que nos ha llevado tantas veces a decir que tiene dos fundamentos de singular importancia: a) la convivencia social, basada precisamente en una idea de *solidaridad* con fuerte respaldo en el patrimonio moral individual y comunitario, y b) la preservación de los bienes y servicios de la comunidad y de sus integrantes individuales.

“Aquí está entonces el punto de partida: “todo daño debe ser reparado”; por ello la base del sistema será la *reparación* y no la *responsabilidad*, ya que ceñirse a la premisa de la conducta reprochable o antijurídica, o quedarse atado al “factor de atribución coyuntural”, es detener la cuestión. Deberá elaborarse una “teoría general de reparación” que, partiendo de elementos básicos, indispensables, estructurales, genere el embrión, para luego analizar qué vía o canal se recorrerá en la búsqueda de la reparación, cuando ésta sea *socialmente justa*.

“Con ello no alentamos facilismos ni descontrol en los montos indemnizatorios; muy al contrario, sólo permitimos el acceso a la reparación, si se constatan los elementos positivos (y siempre que no haya factores negativos, eximentes, causales de impedimento, etc.) en forma fehaciente e indubitada”. (Gherzi Carlos Alberto. Obligaciones Civiles y Comerciales 1994. Ed Astrea. Pág 519 y 520).

- Presunción de culpa del transportador, en materia contractual con base en lo señalado en el artículo 1003 del código de comercio.
- Presunción de culpa en materia extracontractual, en el marco de lo previsto en el artículo 2356 del código civil, es decir en el del carácter de actividad peligrosa del transporte automotor.
- Responsabilidad solidaria del empresario por daños ocasionados en la prestación del servicio con vehículos vinculados a la empresa,⁴⁴² en los términos del artículo 990 del código de comercio.
- Reconocimiento y valoración de perjuicios morales y de lucro cesante, dentro de la reparación.

1.2 Marco del análisis

Desde el punto de vista de la actividad transportadora dichos parámetros normativos de la regulación de la responsabilidad, implican que se produzcan condenas y se reconozcan indemnizaciones, frente a las cuales las condiciones en las que operan el aseguramiento no ofrecen coberturas adecuadas.

En este aparte procede examinar si desde el punto de vista de la revisión jurídica y normativa -modificación- de las reglas legales de la responsabilidad, se presentan opciones que puedan permitir que la cobertura mediante el seguro de la responsabilidad de la actividad transportadora sea suficiente y adecuada.

⁴⁴² "De conformidad con la regulación legal existente al respecto, el servicio público de transporte es prestado por empresas legalmente constituidas y debidamente autorizadas por el Instituto Nacional de Transporte, previo el cumplimiento de los requisitos determinados en el estatuto legal respectivo (D. 1393/70, art. 8º, vigente a la sazón; D. 1066/88, art. 10, que lo reitera), las que pueden ser de servicio público o privado (C. Co., art. 983); según esa misma reglamentación, las empresas de transporte de servicio público "...someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, si no prestan el servicio en vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación, conforme a las normas reglamentarias del transporte".

Por tanto, la afiliación en materia de transporte no es otra cosa que la relación jurídica por medio de la cual se vinculan los vehículos automotores a las empresas de transporte, para la prestación del servicio público respectivo, cuando ésta no es propietaria de todos los vehículos necesarios para la adecuada prestación de transporte, o para que los vehículos de ésta puedan prestarlo, o "...el modo contractual en virtud del cual un vehículo de servicio público se incorpora a una empresa como elemento físico de transporte" tal como la describe el artículo 16 del Decreto 1452 de 1987, relación jurídica, que puede revestir cualquier forma contractual legalmente establecida.

3. 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 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 reputa 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).

En este sentido, se revisan inicialmente las disposiciones vigentes en materia de responsabilidad civil en la perspectiva de su coherencia normativa –legal y constitucional- y, posteriormente, la consistencia jurídica de las reglas de la responsabilidad en cuanto su concepción. No es una evaluación de legalidad, sino respecto de las consideraciones *jurídicas* o *de política* que impliquen o sustenten una modificación normativa.

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas, entre otras, expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones⁴⁴³.

En cuanto que las normas que regulan la responsabilidad civil se encuentran contenidas en códigos, desde el punto de vista jurídico la consideración que implicaría su modificación sólo puede corresponder a la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, bien sea en razón de los aspectos formales de su expedición y competencia para ello; bien sea en razón de su oposición material a alguno de los principios constitucionales.

No es el caso de las normas en análisis, si bien expedidas antes de la Constitución de 1991 aparecen formalmente validamente en su momento.

Ahora bien, dentro del ámbito de la libertad normativa del legislador para definir las instituciones jurídicas que le corresponde adoptar y regularlas en los términos de su competencia constitucional, no se encuentra en la Carta disposiciones que expresa y puntualmente limiten dicha libertad en cuanto a las reglas de la responsabilidad civil. Lo anterior sin perjuicio de la exigencia de primacía de la constitución.

Sin embargo de la revisión de la regulación vigente no aparece que las situaciones normativas críticas señaladas entren en conflicto con los derechos fundamentales de origen constitucional y los principios constitucionales.

En efecto, las presunciones de culpa del transportador en materia contractual y en el tratamiento jurisprudencial bajo el carácter de actividad peligrosa del transporte automotor; así como la responsabilidad solidaria y el reconocimiento y valoración de perjuicios morales y de lucro cesante dentro de la reparación, no evidencian inexequibilidad material que amerite o aconsejen incoar acciones ante la Corte Constitucional, como mecanismo para obtener una depuración normativa en el tema.

1.3 Responsabilidad contractual

La regulación legal de la responsabilidad contractual en el *transporte de carga*, se contiene en lo básico en el artículo 982 del código de comercio. La responsabilidad del transportador se extiende a recibir, conducir y entregar en el estado en que las reciba, las cosas objeto del transporte, en los términos, modo de transporte y clase de vehículos previstos en el contrato. En defecto de estipulación en los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa.

⁴⁴³ Constitución Política, artículo 150 numeral 2.

Se tendrán como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador y el remitente. Hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato⁴⁴⁴.

Por transportador se entenderá la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato; por remitente, la que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos; y por destinatario aquella a quien se envían las cosas⁴⁴⁵.

Una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario.

En cuanto al *transporte de pasajeros*, 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 contrato⁴⁴⁶.

Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos⁴⁴⁷:

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 consecuencias 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.

Respecto del carácter de la presunción de responsabilidad del transportador: "Según lo que se acaba de ver, en lo tocante con el transporte terrestre de personas, a la luz de las disposiciones del Código de Comercio, la obligación de conducir las sanas y salvas a los lugares o sitios convenidos, puede resultar incumplida, en cuyo caso el ordenamiento sindicaría de culpable y responsable de tal hecho al transportador. Con todo, como dicha calificación la hace a manera de presunción simplemente legal o *juris tantum*, permite que se desvirtúe cuando el transportador demuestra que

⁴⁴⁴ Código de comercio. Artículo 1008.

⁴⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁴⁶ Código de comercio. Artículo 1003.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*

el daño se produjo, ya por obra exclusiva de terceras personas, ora por fuerza mayor, bien por culpa exclusiva del pasajero, o por sus lesiones orgánicas, o enfermedad que padecía⁴⁴⁸.

El transportador podrá excepcionar el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁴⁴⁹ cuando no lo permitan los medios ordinarios de que disponga, o cuando no se cumplan las condiciones normales y de régimen interno de la empresa.

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 transporte⁴⁵⁰.

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.

Son causales de exoneración, total o parcial, de la responsabilidad del transportador por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones⁴⁵¹:

- Si prueba que la causa del daño le fue extraña, o
- Si prueba que el daño se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada,

En ambos casos además se requiere prueba de que el transportador adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación⁴⁵².

La cláusula del contrato que implique la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos

Para desvirtuar la presunción de culpa no basta la simple demostración de la causa del incumplimiento, cuando el hecho que se invoca como causal es de los que el deudor está obligado a prever o impedir.

Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años⁴⁵³. Este término no puede ser modificado por las partes.

⁴⁴⁸ CSJ, Cas. Civil, Sent. abr. 19/79. M.P. Alberto Ospina Botero.

⁴⁴⁹ Artículo 989. 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 de régimen interno de la empresa, de conformidad con los reglamentos oficiales.

⁴⁵⁰ Artículo 991 C.Co.

⁴⁵¹ Código de comercio. Artículo 992.

⁴⁵² *Ibíd.*

Respecto a la operación de la prescripción, en su aplicación se presentan divergencias en cuanto al cálculo de los términos de prescripción en el contrato de seguro, frente a los términos de la prescripción civil⁴⁵⁴ aplicables a la responsabilidad.

La prescripción civil de las obligaciones por responsabilidad civil es de 10 años (ley 791 de 2002), en tanto que la obligación a cargo de las aseguradoras prescribe en 5 o en 2 años (artículo 1081 del código de comercio). Así, existiría un lapso a partir del cual se encontrarían descubiertos los transportadores.

Se presentarían situaciones en que se condena a los responsables de un siniestro, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, y se exonera al asegurador llamado en garantía, por la prescripción extintiva de las acciones en su contra.

Si bien, de acuerdo con las mencionadas disposiciones⁴⁵⁵ corridos dos años desde que se sucedió el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, prescribe para la víctima la posibilidad de accionar directamente contra la aseguradora⁴⁵⁶, que es el derecho que deriva para aquella del seguro contratado por quien le infringió el daño; no media elemento normativo que permita concluir que el derecho del asegurado a la cobertura contratada, responsabilidad civil, prescriba en el mismo término. Por el contrario, independientemente de las visitudes del derecho de la víctima en relación con el seguro, su derecho a la reparación está sujeto a las reglas propias del derecho civil, ámbito en el cual prescribirá ocho años más tarde que la posibilidad de accionar directamente contra la aseguradora.

⁴⁵³ Artículo 993. C.Co. El término de prescripción correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción.

⁴⁵⁴ Ley 791 de 2002. Artículo 1. “Redúzcase a diez (10) años el término de todas las prescripciones veintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas”.

⁴⁵⁵ Código de Comercio artículo 1081: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Código de Comercio artículo 1131: “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”

⁴⁵⁶ Artículo 1133 código de comercio.

Así, en la medida que la protección contratada mediante el seguro por el causante del daño surge, en los términos textuales de la norma, “desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”, en la medida en que tal hecho puede producirse con efectos legales válidos dentro del lapso de 10 años ante señalado, para el asegurado, los dos años de la prescripción de sus derechos frente a la aseguradora corren desde el momento en que la víctima demanda o presenta reclamación.

No obstante se presente controversia, en el sentido de entender, contrario a lo expuesto, que el derecho del asegurado prescribirá sino le es formulada reclamación dentro de los cinco años de prescripción extraordinaria.

Finalmente, en cuanto a límites de indemnización, para el caso de la responsabilidad contractual en el transporte de carga, se han previsto detalladamente en lo que hace a daño emergente, lucro cesante y efectos del retardo⁴⁵⁷. En cuanto al transporte de pasajeros, no se han fijado legalmente límites a las indemnizaciones; por el contrario, la norma señala que el transportador responderá por **todos los daños** que se causen al pasajero con ocasión de la prestación del servicio⁴⁵⁸.

En este ámbito de la responsabilidad contractual en el transporte de pasajeros procedería evaluar la limitación contractual de los montos de indemnización, La ley excluye tal posibilidad⁴⁵⁹, en cuanto

⁴⁵⁷ Código de comercio. Artículo 1031. 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

⁴⁵⁸ Código de comercio Artículo 1003.

⁴⁵⁹ Código de comercio Artículo 902. “(...) Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos”.

que las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus responsabilidades, no producirán efectos.

Desde este punto de vista, si bien en lo que hace a la responsabilidad contractual normalmente se encuentra un espacio en el que normativamente no se restringe la predeterminación por vía contractual de las condiciones de la responsabilidad y del monto de indemnizaciones; dentro del esquema legal vigente para el contrato de transporte de pasajeros no se encuentran esos espacios, por el contrario la regla que se evidencia en la normativa trascrita es de plena extensión y alcance de la responsabilidad del transportador, colocando de esta manera en cabeza del transportador la principal carga de diligencia y cuidado, situación que debería inducir a los transportadores a adoptar y aplicar condiciones de operación que garanticen estándares de seguridad óptimos, para evitar las pérdidas que se derivarían de la responsabilidad en que inevitablemente incurrirán en caso de incumplimiento contractual.

Adicionalmente, encontramos que desde el punto de vista legislativo es lo más razonable fijar la responsabilidad en aquellos puntos en que se puedan reducir con mayor eficacia los riesgos o las circunstancias de las que éstos se derivan, que en el presente caso corresponde al transportador.

Por lo expuesto, en materia de reglas de responsabilidad contractual del transportador no se ven funcionales, de acuerdo con la problemática en análisis, modificaciones normativas.

1.4 Responsabilidad extracontractual

En materia de responsabilidad extracontractual el punto de partida del análisis corresponde también a examinar si desde el punto de vista de la revisión jurídica y normativa -modificación- de las reglas legales de la responsabilidad, se presentan opciones que puedan permitir que la cobertura mediante el seguro de la responsabilidad de la actividad transportadora sea suficiente y adecuada.

En cuanto a la regulación de la responsabilidad extracontractual, ésta se corresponde a las normas generales contenidas en el código civil, en el libro cuarto, título XXXIV, responsabilidad común por los delitos y las culpas, régimen que se estructura sobre el principio de que quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ La responsabilidad sin previo vínculo o extracontractual tiene, a su turno, diferentes especies, según sea la causa o razón para llamar a una persona a responder y según deba ser la actividad de la víctima en el proceso. En primer lugar está la responsabilidad por el hecho propio, regulada en el artículo 2341 del Código Civil, llamada también responsabilidad aquiliana, la cual está montada sobre un trípode integrado por el dolo o culpa del directo y personalmente llamado a responder, un daño o perjuicio sufrido por la víctima que se convierte en acreedora de la indemnización y una relación de causalidad entre aquéllos y éste, todos los cuales deben ser debidamente probados en el proceso según la regla tradicional *onus probandi incumbit actoris*. En segundo lugar está la responsabilidad a que es llamada una persona no por el hecho propio que no ejecutó, sino por el que realizó otra persona que está bajo su control o dependencia, como su asalariado, su hijo de familia, su pupilo o su alumno, denominada responsabilidad por el hecho de otro. En tercer lugar la responsabilidad a que es llamado el guardián jurídico de las cosas por cuya causa o razón se ha producido un daño. Esta tercera especie tiene a su turno dos variantes, según que las cosas sean animadas o inanimadas, doctrinariamente denominadas responsabilidad por causa de los animales o por causa de las cosas inanimadas, que respectivamente tienen su fundamento legal en

Dentro de las disposiciones de ese título, para efectos de este estudio procede destacar la contenida en el 2356⁴⁶¹, con base en la cual se estructura la presunción de la responsabilidad de quien realiza una actividad peligrosa⁴⁶².

La consagración normativa de la responsabilidad extracontractual y el tratamiento particular de la misma como actividad peligrosa no evidencian contradicción material con disposiciones constitucionales, que exija elaborar propuestas de reforma a ese régimen legal.

Ahora bien, desde el punto de vista de política legislativa y de regulación de la actividad del transporte y de la responsabilidad en el desarrollo de la misma, procede observar que en esta materia la evolución doctrinal y jurisprudencial, como se verá más adelante (numeral 1.5), apunta hacia la estructuración de reglas de la mayor objetividad en la asignación de responsabilidad y de mayor certeza en las sumas de indemnización.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, es decir, en la perspectiva de la coherencia económica de las disposiciones legales, el criterio para la definición de la política normativa a seguir corresponde al de minimizar los costos sociales de los accidentes⁴⁶³. Tal finalidad se ubica en función directa de los incentivos que cree la legislación para que se adopten medidas que los eviten.

los artículos 2353 y 2354 para aquella y 2350, 2351, 2355 y 2356 para ésta. La actividad probatoria de la víctima por causa de las cosas animadas o inanimadas se ve sensiblemente disminuida teniendo en cuenta la peligrosidad de las cosas y la utilidad que reportan. En efecto, en los daños causados por cosas o actividades de suyo peligrosas tiene establecida la doctrina que la culpa se presume; y en los daños causados por cosa peligrosísima de la cual no se reporte utilidad ninguna la ley presume directamente la responsabilidad (art. 2354). (CSJ, Cas. Civil, Sent. mayo 21/83).

⁴⁶¹ “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

⁴⁶² Tratamiento particular 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.

⁴⁶³ Robert Cooter y Thomas Ulen. “Derecho y Economía” Págs 370 y 371.

Dichos incentivos se estructuran fijando la responsabilidad en quien tiene la posibilidad de reducir con mayor eficacia los riesgos inherentes a la actividad, y generando respecto de él estímulos económicos eficientes para el efecto.⁴⁶⁴

En la lógica normativa tales estímulos económicos se reflejan en las condiciones legales para la determinación de la responsabilidad y en la existencia o no de límites respecto de los montos de las indemnizaciones. En este contexto el legislador cuenta con una serie de opciones derivadas de las distintas combinaciones sobre las que puede definir la institución legal, que van desde el extremo de no responsabilidad del operador (victimario), en este caso del transportador, hasta el de la responsabilidad objetiva (estricta) de reparación automática del daño con cargo al operador, pasando por variables en las que se coloque con mayor o menor énfasis las cargas de costos y cuidado en uno u otro extremo de la relación de la responsabilidad (causante del daño –victimario- y víctima).

“En general, los incentivos son eficientes cuando el que toma decisiones internaliza los costos marginales y los beneficios marginales de su acción. En el modelo simple, los incentivos para la precaución dependen de quien tome precauciones contra los accidentes, y de cómo asigne la ley los costos del daño”.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Cooter y Ullen, 1997. Página 371. “El derecho de los contratos se ocupa de las relaciones existentes entre individuos para quienes son relativamente bajos los costos de transacción de los acuerdos privados, en tanto que los ilícitos culposos se ocupan de las relaciones entre individuos para quienes son relativamente elevados los costos de transacción de los acuerdos privados. Los economistas describen como externalidades los daños que quedan fuera de los acuerdos privados. El propósito económico de la responsabilidad de los ilícitos culposos es el de inducir a los victimarios a internalizar estos costos. El derecho de los ilícitos culposos internaliza esos costos haciendo que el victimario compense a la víctima. Cuando los victimarios potenciales internalizan los costos del daño que causan, tendrán incentivos para invertir en seguridad al nivel eficiente. La esencia económica del derecho de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados”.

“Lo motoristas no celebrarán un acuerdo privado para tener el cuidado socialmente eficiente”.

⁴⁶⁵ Robert Cooter y Thomas Ulen. “Derecho y Economía” Pág. 387.

Un modelo de esas variables y combinaciones se encuentra en el siguiente cuadro. “El cuadro sugiere como podría crear la ley incentivos para la precaución eficiente. Si solo la víctima puede tomar precauciones, una regla de ausencia de responsabilidad proveerá incentivos para la precaución eficiente. Si solo el victimario puede tomar precauciones, una regla de responsabilidad estricta con compensación perfecta provee incentivos para la precaución eficiente”.

CUADRO VIII.1 Eficiencia de los incentivos creados por las reglas de la responsabilidad (suponiendo una compensación perfecta y normas legales iguales a la precaución eficiente).

Regla legal	Precaución		Nivel de actividad	
	Víctima	Victimario	Víctima	Victimario
No responsabilidad	sí	cero	sí	no
Responsabilidad estricta	cero	sí	no	sí
Negligencia simple	sí	sí	sí	no
Negligencia + negligencia contributiva	sí	sí	sí	no
Responsabilidad estricta+ negligencia contributiva	sí	sí	no	sí

Así, desde el punto de vista legislativo, el incentivo se manifestará en el establecimiento legal de consecuencias económicas más gravosas para quien debe reparar el daño, comparativamente con los costos en que incurriría en la precaución o diligencia para evitar los daños.

En el mismo sentido ha evolucionado la teoría general de la responsabilidad civil, hacia la denominada teoría de los daños o de la reparación⁴⁶⁶. “El avance tecnológico impone que los riesgos se socialicen, bajo el principio de que las víctimas deben ser socorridas e indemnizadas.

“Las actividades peligrosas, una vez se despliegan, generan más probabilidades de daño. La peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos.

“La culpa corresponde a un histórico concepto judeo-cristiano. En tanto la presunción de responsabilidad es hija de la evolución tecnológica. El transporte conlleva obligaciones de resultado, de lo cual se deriva que la prueba para una eventual exoneración de responsabilidad, estará a cargo del transportador.

“La responsabilidad que antes tenía como centro al causante del daño, se ha mutado para colocar en su lugar al dañado. De la noción de deuda de responsabilidad se pasó a la de crédito de indemnización. Del daño injustamente causado, al daño injustamente sufrido. En suma, factores subjetivos, como la culpa o el dolo, han dado paso a factores objetivos como el riesgo, la garantía y la equidad.

“La concepción de la culpa se ha erosionado para dar paso de manera expansiva a la presunción de responsabilidad. En el nuevo derecho de daños se patentiza una tendencia: no solamente a reparar, sino hacia prevenir, esto es, a procurar que el daño sea indemnizado”⁴⁶⁷.

1.5 Perspectiva de la evolución doctrinal y legislativa de la responsabilidad civil del transportador

Negligencia comparativa

sí

sí

sí

no

"Sí" indica incentivos eficientes. "No" indica incentivos ineficientes. "Cero" indica ausencia de incentivos.

⁴⁶⁶ “Comienza también a hacer camino el convencimiento que en la nueva perspectiva abierta a la civilización moderna toda exposición al proceso tecnológica está expuesta al peligro de los eventos dañosos. La necesidad económica de reparar surge más urgente que de la exigencia moral de reproche. Así de la constatación de que el peligro es inminente y el perjuicio a menudo inevitable, surge espontánea la idea de que cada riesgo debe tener un garante (el asegurador), y cada daño un responsable.

La responsabilidad civil se imputa a personas que difícilmente pueden considerarse causantes del daño, todo ello con el fin de proteger a la víctima, sobre todo cuando se considera que es un «consumidor». También la responsabilidad civil «*in solidum*» cuando han participado varias personas en el hecho dañoso y no se puede identificar el causante del daño (v.gr. equipos médicos, componentes de un laboratorio). (José Félix Morandi – “El seguro de responsabilidad civil”).

⁴⁶⁷ José Fernando Escobar Escobar. “Derecho de Transporte Terrestre”.

Así las cosas y sin que se conozcan políticas de gobierno específicas al respecto,⁴⁶⁸ desde el punto de vista de política legislativa la perspectiva indica que se considerarán modificaciones que refuercen los incentivos para que las empresas de transporte prefieran integrar a su operación los costos de la prevención y diligencia, frente a los que puedan incurrir en la reparación directa o de los daños causados a usuarios y terceros y/o en la contratación de seguros para cubrir esos riesgos.

En cuanto a la limitación de cuantías o conceptos de indemnización, es un aspecto que no constituiría un incentivo para la adopción y aplicación de estándares de seguridad. En materia de transporte de carga la legislación vigente prevé tales límites, pero los mismos operan en proporción al valor de las mercancías, sin que se fije un límite máximo al valor absoluto de las mismas, situación distinta a la de fijación de baremos o límites a los valores absolutos para la reparación de daños personales.

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.

1.6 Criterios básicos para la evaluación de la regulación de la responsabilidad civil del transportador y su aseguramiento

De acuerdo con lo expuesto, se pueden recoger los siguientes criterios, como elementos de juicio básicos para tener en cuenta en la evaluación de las condiciones de la regulación de la responsabilidad civil del transportador y de su aseguramiento:

- 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.

⁴⁶⁸ En el primer semestre de 2004 se tramitó en el congreso de la república un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria, que buscaba establecer el seguro de responsabilidad civil obligatorio.

- “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.

Dentro de esta perspectiva, aparece como mecanismo más eficiente es el de la prevención y seguridad de la operación. Es decir, el de obtener unas condiciones de desarrollo de la actividad que incentiven y logren que se adopten los mayores estándares de seguridad de la operación, precaviendo eficazmente que se causen daños a los usuarios y a terceros.

2 Seguros de responsabilidad civil de la actividad transportadora

Evaluadas las opciones normativas relacionadas directamente con el establecimiento de reglas legales de la responsabilidad civil de los transportadores, bajo la mira de identificar modificaciones normativas que pudieran permitir que las coberturas mediante el seguro de la responsabilidad de la actividad transportadora sean suficientes y adecuadas para cubrir los riesgos y montos que involucra; se concluye que no hay margen significativo de acción en ese sentido.

Procede entonces, en un segundo nivel de análisis, evaluar la procedencia y utilidad de modificaciones normativas en cuanto a las condiciones de los seguros del transporte que, con el mismo objetivo, presenten opciones que puedan permitir que la cobertura mediante el seguro de la responsabilidad de la actividad transportadora sea suficiente y adecuada.

En primer término se analizarán la regulación sobre los seguros obligatorios de responsabilidad civil.

2.1 Obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil

En el artículo 191 del EOSF se dice: “Solamente por ley podrán crearse seguros obligatorios”.

En el código de comercio, artículo 994 se dispone que: “Cuando el Gobierno lo exija, el transportador deberá tomar por cuenta propia o por cuenta del pasajero o del propietario de la carga, un seguro que cubra a las personas y las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

“El transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

“El Gobierno reglamentará los requisitos, condiciones, amparos y cuantías del seguro previsto en este artículo, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas”.

De ambas normas se concluye que, el artículo 994 del código de comercio crea el seguro obligatorio y delega en el Gobierno la reglamentación del mismo y determinar la vigencia de su obligatoriedad.

El artículo 994 fue expedido con el decreto extraordinario 1 del 2 de enero de 1990. El artículo 191 del EOSF, proviene de la ley 45 del 19 de diciembre de 1999⁴⁶⁹.

Ambas disposiciones son anteriores a la Constitución Política de 1991. Sin embargo no se encuentra inconstitucionalidad sobreviniente, por cuanto formalmente fueron expedidas válidamente en su momento y materialmente no se evidencia inconstitucionalidad.

⁴⁶⁹ Artículo 94.

Ahora bien, mediante los decretos de la serie 170 de 2001 se señalaron las coberturas y montos mínimos. Pero, no se han reglamentado específicamente otros aspectos referentes a requisitos y condiciones, ni respecto a su expedición.

En las coberturas mínimas previstas para los seguros de responsabilidad civil se contemplan amparos propios de esa institución bajo la perspectiva de determinación de la responsabilidad del asegurado como condición de procedencia, entre ellos algunos aspectos que cubre el SOAT⁴⁷⁰.

Pero esta coincidencia en las coberturas no es suficiente para concluir que se trata del mismo seguro y que, en consecuencia, no tiene fundamento la obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil. La forma en que operan esos seguros y el objeto mismo de la cobertura: en el primero los daños personales sufridos en accidentes y en el segundo la responsabilidad que pudiera haber al transportador, no solo por daños personales causados en accidentes de tránsito, sino incluidos otros tipos de daños materiales que pueden generarse como consecuencia del desarrollo de la actividad.

Es de entender que los gastos médicos y hospitalarios que se cancelan con cargo al SOAT, no podrán incluirse en la determinación de las compensaciones a que haya lugar con cargo a las indemnizaciones en los de responsabilidad civil; igualmente los valores por pagos de carácter indemnizatorio⁴⁷¹ que se realicen con cargo al SOAT deberán ser descontados de los que pueda

⁴⁷⁰ . Póliza de responsabilidad civil contractual que cubra al menos:

- Muerte;
- Incapacidad permanente;
- Incapacidad temporal;
- Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.
- El monto asegurado por cada riesgo no inferior a 60 smmlv por persona.

Póliza de responsabilidad civil extracontractual que cubra al menos:

- Muerte o lesiones a una persona;
- Daños a bienes de terceros;
- Muerte o lesiones a dos o más personas.
- El monto asegurado por cada riesgo no inferior a 60 smmlv, por persona.

El SOAT incorpora las siguientes coberturas, con los montos que se indican:

- 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.
- Incapacidad permanente, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, en cuantía equivalente a seiscientas (600) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Gastos funerarios, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.
- Gastos de transporte y movilización de las víctimas para su atención, en cuantía equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

⁴⁷¹ Incapacidad permanente, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente; y muerte de la víctima como consecuencia del accidente, en cuantía equivalente a seiscientas (600) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

haber lugar por los mismos conceptos indemnizatorios si es que proceden dentro de la óptica de la responsabilidad civil.

El monto mínimo de las coberturas obligatorias en los seguros obligatorios de responsabilidad es de 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes⁴⁷² por persona.

Las anteriores consideraciones permiten concluir, que las disposiciones del artículo 994 del código de comercio y sus desarrollos en los decretos de la serie 170 de 2001, son constitucionales y legales, encontrándose vigentes.

Ahora bien, desde la perspectiva señalada inicialmente, a continuación se analizan propuestas desde la perspectiva de las modificaciones normativas respecto a las condiciones de los seguros para el sector transporte.

2.2 Obligatoriedad de la expedición de los seguros de responsabilidad civil obligatorios

La ley ha dispuesto⁴⁷³ que la operación del transporte cuente obligatoriamente con unas coberturas responsabilidad civil contractual y extracontractual. Coberturas estructuradas claramente en beneficio de las víctimas. Correlativamente resulta de interés público que los transportadores efectivamente pueden obtener las respectivas pólizas, razón por la cual procede evaluar lo referente a la obligatoriedad de su expedición por parte de los operadores de seguros señalados en el artículo 994 del código de comercio.

No se ha encontrado análisis doctrinales respecto al alcance de la disposición: “el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros, legalmente establecidas”, contenida en el inciso tercero del artículo 994.

Sin embargo, el citado texto del artículo 994 del código de comercio en lo referente a que el seguro previsto en él, se repite, “será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros legalmente establecidas”, es en nuestro concepto claro en consagrar la obligatoriedad de su expedición por parte de las entidades aseguradoras por el uso de la forma imperativa del verbo y correlativamente a la obligación del transportador de obtener tal seguro.

En efecto, el alcance del artículo tercero, no puede ser simplemente el de reiterar que en Colombia son las entidades aseguradoras las que pueden expedir pólizas de seguros. Por el contrario, la formulación textual expresa del imperativo, en los mismos términos que ya habían sido utilizados para establecer la obligatoriedad de la expedición del SOAT⁴⁷⁴, permite reiterar que el Gobierno

⁴⁷² \$21.480.000, en 2004.

⁴⁷³ Código de comercio, artículo 994, en concordancia con los decretos de la serie 170 de 2001.

⁴⁷⁴ El texto del artículo 93 del antiguo código nacional de tránsito terrestre, al establecer el SOAT, señalaba: “*Cuando el Gobierno lo exija, la existencia de un seguro vigente que cubra la responsabilidad civil del conductor del vehículo, por daños ocasionados a terceros en accidentes de tránsito, será requisito indispensable para la expedición y conservación de la licencia de tránsito.*”

Nacional cuenta con facultades para determinar, vía decreto, el inicio de la vigencia de la obligatoriedad de la expedición de los seguros obligatorios contra los riesgos del transporte, obligatoriedad establecida por la ley.

Desde esa perspectiva, aparece recomendable proceder, mediante decreto del Gobierno Nacional, a disponer el inicio de vigencia de la obligatoriedad para la concesión por parte de las aseguradoras de los seguros obligatorios de responsabilidad civil del transportador.

2.3 Suscripción de coberturas suficientes y adecuadas del seguro de la responsabilidad civil

Ahora bien, lograr suscribir los seguros por cuantías mayores, que resulten suficientes frente a las indemnizaciones que se deben reconocer, por precios –primas- accesibles y que incluyan coberturas por indemnización del lucro cesante y los daños extrapatrimoniales, no corresponden a situaciones normativas propiamente dichas, sino al manejo de condiciones comerciales y contractuales por parte de los transportadores y los aseguradores, y principalmente a la disponibilidad de información fiable y completa sobre el sector en materia de siniestralidad, causa de la misma, razones para la pérdida de la cobertura originadas en fallas o errores de la operación, razones para la pérdida de la cobertura que correspondan a deficiencias en las reclamaciones, y evaluación crítica de los negativos de las compañías de seguro a reconocer la cobertura.

En efecto, de acuerdo con lo ya expuesto en este documento y bajo el esquema legal vigente, de libertad de pólizas y tarifas, no aparece viable que mediante acto administrativo se establezcan para un sector específico y dentro de un ramo en particular tarifas por vía impositiva. Sin embargo dentro de este mismo esquema se prevé la sujeción de los seguros a las condiciones legales exigibles respecto de las pólizas y respecto del precio –primas-.

Desde el punto de vista legal se pueden integrar una serie de instrumentos que permitan a los transportadores, una mayor cantidad de elementos de juicio para negociar condiciones comerciales y contractuales; entre ellos principalmente los de acceso a la información y los de la verificación por la autoridad de supervisión del cumplimiento de las condiciones y parámetros legalmente exigibles.

2.3.1 *Régimen de pólizas y tarifas*

Como regla no se requiere la autorización previa de las pólizas, salvo para la autorización de ramos. Los modelos de póliza y sus anexos deberán ser depositados en registro de acceso público⁴⁷⁵. La autorización previa de modelos de pólizas o de tarifas solo se requiere cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo⁴⁷⁶.

“El Gobierno reglamentará las condiciones, coberturas, cuantías y demás aspectos del seguro, el cual será otorgado por entidades aseguradoras, cooperativas de seguros y compañías de seguros legalmente establecidas”.

⁴⁷⁵ Artículo 2º de la ley 389 de 1997.

⁴⁷⁶ Artículo 184.1 del EOSF.

En todo caso las pólizas⁴⁷⁷ deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado; los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza; y su contenido deben ceñirse a las disposiciones legales de carácter contractual aplicables⁴⁷⁸ en cada caso, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

En cuanto a las tarifas, al igual que sucede con las pólizas, como regla no se requiere autorización previa de las mismas, salvo que se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo. En todo caso, las primas deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia⁴⁷⁹; ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, o ser el producto del respaldo de reaseguradores, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable una tarifa determinada por estudios técnicos del asegurador⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Artículo 184.2 del EOSF. "Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (..) a) Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva; (..) b) Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y (..) c) Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza".

⁴⁷⁸ Las normas que regulan el contrato de seguro contenidas en el código de comercio y en el EOSF.

⁴⁷⁹ Artículo 184.3 del EOSF: "Requisitos de las tarifas. Las tarifas cumplirán las siguientes reglas: (..) a) Deben observar los principios técnicos de equidad y suficiencia; (..) b) Deben ser el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad, y (..) c) Ser el producto del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera, en aquellos riesgos que por su naturaleza no resulte viable el cumplimiento de las exigencias contenidas en la letra anterior".

⁴⁸⁰ Circular Básica Jurídica, 07 de 1996, TÍTULO VI CAPÍTULO SEGUNDO-Modificado. Circ. Ext. 52/2002, Superbancaria. "Disposiciones especiales aplicables a las entidades aseguradoras y 1.2.3. Remisión de pólizas y tarifas a la SBC:

1.2.2. Requisitos generales de las tarifas

En los estudios técnicos y estadísticos que sustenten las tarifas deben observarse los principios a que se refiere el artículo 184, numeral 3º, EOSF, así:

1.2.2.1. Equidad

La prima y el riesgo deben presentar una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo.

1.2.2.2. Suficiencia

La tarifa debe cubrir razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, tales como los costos de adquisición y los administrativos, así como las utilidades.

1.2.2.3. Homogeneidad

Los elementos de la muestra objeto de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo. Además, deben escogerse cumpliendo supuestos de aleatoriedad e independencia.

2.3.2 Facultades administrativas

La Superintendencia Bancaria cuenta con facultades de control posterior respecto del contenido de las pólizas y la fijación de tarifas. Aspectos frente a los cuales, cuando no se ajusten a las disposiciones legales, hacen procedente la imposición de sanciones, la prohibición de utilizar el modelo de póliza o prima de que se trate, o la revocatoria de la autorización para operar como compañía de seguros, así como con facultad para revocar la autorización otorgada a uno o más ramos cuando se incurra en prácticas prohibidas⁴⁸¹ en relación con los mismos.

Aunque como mecanismo para el control administrativo en el EOSF⁴⁸² se dispone que los modelos de las pólizas y sus anexos deben enviarse a la Superintendencia Bancaria para su correspondiente depósito, en las condiciones que determine la misma SBC⁴⁸³; este depósito no

1.2.2.4. Representatividad

El tamaño de la muestra debe corresponder a un número objetivo de elementos de la población que garantice un nivel de significación razonable y cubra un período adecuado, de manera que el cálculo de los estimadores presente un bajo nivel de error.

1.2.2.5. Riesgos especiales o novedosos

En los términos de la letra c) numeral 3º del artículo 184 EOSF, solamente tratándose de riesgos especiales o de carácter novedoso respecto de los cuales no resulte viable obtener la información necesaria para efectuar el estudio estadístico pertinente, puede prescindirse de sustentar la tarifa con las exigencias enunciadas. En tales eventos, resultará necesario acreditar el respaldo de un reasegurador de reconocida solvencia técnica y financiera, el cual debe definir la tasa pura de riesgo siendo responsabilidad de la entidad aseguradora señalar el factor de gastos.

⁴⁸¹ Numeral 3 del artículo 100 del EOSF, “El ofrecimiento reiterado de pólizas o tarifas desconociendo los requisitos del artículo 184 numerales 2º y 3º de este estatuto, la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y toda práctica que de manera sistemática tenga como propósito evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de seguro, puede dar lugar a la revocación del certificado de autorización para el ramo o los ramos en los cuales se advierta dicha conducta”. Disposición ésta que refuerza el marco de control atribuido a la SBC.

⁴⁸² Artículo 184 Régimen de pólizas y tarifas. 1. Modificado. Ley 795 de 2003, Artículo 42. Modelos de pólizas y tarifas. La autorización previa de la Superintendencia Bancaria de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo.

En concordancia con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 389 de 1997, los modelos de las pólizas y sus anexos deberán enviarse a la Superintendencia Bancaria para su correspondiente depósito, en las condiciones que determine dicho organismo.

⁴⁸³ Dicho depósito de pólizas y tarifas ha sido regulado en la Circular Básica Jurídica, Título VI, Capítulo II, numeral 1.2. Reglas generales sobre pólizas y tarifas. - 1.2.3. Remisión de pólizas y tarifas a la SBC - 1.2.3.1. Depósito de pólizas y anexos - Del párrafo del artículo 1047 C. Co se desprende que el asegurador debe depositar en la SBC el modelo de póliza y anexos del ramo o ramos que explota pues lo consignado en tales documentos se debe tener como condiciones del contrato en los casos en que no aparezca que hayan sido expresamente acordadas. Esta disposición debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el numeral 1º, artículo 184 EOSF según el cual

supone un pronunciamiento de la SBC sobre la legalidad de los modelos de pólizas. Por ello, la SBC conserva la facultad de verificar en cualquier momento las pólizas y tarifas.

El ejercicio de las facultades de control por parte de la Superintendencia puede ser de oficio, o tener origen en el ejercicio del derecho de petición, en interés general o particular, por parte de cualquier interesado.

Es del ámbito de la potestad de la SBC determinar las condiciones y oportunidades en que considere procedente adelantar de oficio verificación de las condiciones de pólizas y tarifas en casos específicos. Sin embargo, frente a un derecho de petición debidamente formulado, la oportunidad de su intervención la determina la ley y la garantiza la Constitución Política, en cuanto efectividad de un derecho fundamental.

Sin embargo, las peticiones formuladas para que se ejerzan de manera general facultades de control no aseguran suficientemente que se identifiquen las situaciones y se consideren todos los elementos que hagan procedente la adopción de una medida administrativa.

En este sentido, se requiere poder acceder a toda la información disponible que permita evaluar y suministrar los elementos de juicio para formular peticiones concretas y sustentadas a la autoridad de control.

2.3.3 Acceso a la información

Sobre la información respecto de la cual media interés, bien sea para disponer de elementos de juicio en la negociación, o para ejercer el derecho de petición ante la SBC en concreto, se identifican dos tópicos: la referente a la compañía aseguradora y la relacionada con sus productos.

A su vez, se encuentran dos posibles fuentes: la información que reposa en la SBC y la que posee directamente la compañía aseguradora.

Respecto de la información que reposa en la SBC, ésta es por regla general de carácter público, y el acceso a la misma se rige por lo dispuesto en el Capítulo IV del libro primero del código contencioso administrativo, sobre el derecho de petición de informaciones, la ley 57 de 1985 sobre el acceso a los documentos que reposan en las entidades públicas y en la Circular Básica Jurídica, 07 de 1996, Título I, Capítulo décimo – Actuaciones ante la Superintendencia Bancaria, numerales 4 y siguientes sobre solicitudes de información.

Mediante estos mecanismos, el interesado podrá acceder a la información respecto de pólizas y tarifas que repose en la SBC⁴⁸⁴.

los modelos de las pólizas y tarifas deben ponerse a disposición de la SBC antes de su utilización en la forma y con la antelación que determine con carácter general.

⁴⁸⁴ Circular Básica Jurídica, 07 de 1996, TÍTULO VI CAPÍTULO SEGUNDO-Modificado. Circ. Ext. 52/2002, Superbancaria. “Disposiciones especiales aplicables a las entidades aseguradoras y 1.2.3. Remisión de pólizas y tarifas a la SBC:

La SBC solo podrá negar el acceso a la alegando que existe reserva sobre el documento consagrada en una norma con carácter de ley. No obstante, si el interesado no está de acuerdo con la respuesta de la podrá insistir ante la SBC. Ante esa solicitud de insistencia, si la SBC considera que si existe la reserva deberá informarlo así al solicitante y remitir la actuación, incluidos los documentos en cuestión al Tribunal Administrativo, en este caso de Cundinamarca, para que decida sobre si existe reserva legal respecto de la información de que se trate.

Si la petición de información o de acceso a documentos no es resuelta en un término máximo de 10 días, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, en consecuencia, el correspondiente documento debe ser entregado dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes⁴⁸⁵. El funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo.

Ahora bien, si la SBC no responde la petición y si vencido el término de los 3 días siguientes no

“1.2.3.1. Depósito de pólizas y anexos

“Del párrafo del artículo 1047 C. Co se desprende que el asegurador debe depositar en la SBC el modelo de póliza y anexos del ramo o ramos que explota pues lo consignado en tales documentos se debe tener como condiciones del contrato en los casos en que no aparezca que hayan sido expresamente acordadas. Esta disposición debe interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el numeral 1º, artículo 184 EOSF según el cual los modelos de las pólizas y tarifas deben ponerse a disposición de la SBC antes de su utilización en la forma y con la antelación que determine con carácter general.

“Para los efectos de lo dispuesto en dichas normas, las entidades aseguradoras deben radicar en la SBC el modelo de las pólizas con sus anexos que ofrecen habitualmente al público con antelación a la fecha prevista para iniciar su utilización, indicando expresamente que se envían para efectos del cumplimiento del deber de depósito. Cuando se trate de modificaciones parciales en todo caso se debe enviar un ejemplar completo de la respectiva póliza, indicando de manera clara cuáles son los cambios introducidos y dejando constancia expresa e inequívoca de que no se efectúan modificaciones a las expresamente anunciadas.

“La SBC lleva el depósito de los modelos pólizas y anexos que se remiten en cumplimiento a dicho deber legal, los cuales, además de estar a disposición del público en general en los términos del artículo 19 del Código Contencioso Administrativo, obran para los efectos dispuestos en el artículo 1047 C. Co. La SBC ordena de manera sistematizada las pólizas y anexos por entidad y ramo y en orden cronológico. Se entiende que el modelo vigente es el último depositado en orden cronológico. La SBC debe desarrollar mecanismos adecuados de atención en línea para la consulta de los modelos y anexos por parte del público en general así como para la consulta cuando se den los presupuestos indicados en el mencionado artículo 1047 C. Co.

“El acto de depositar los modelo de las pólizas y demás documentos, en si mismo no supone un pronunciamiento de la SBC sobre la legalidad de los mismo y se lleva exclusivamente para los efectos del artículo 1047 C. Co.

“Lo anterior se debe entender sin perjuicio de la facultad que tiene esta entidad de control de verificar en cualquier momento las pólizas y tarifas en los términos del literal j), numeral 3º, artículo 326 EOSF, función que se lleva a cabo en los términos indicados en el siguiente numeral y sin perjuicio del deber que tiene la SBC de autorizar las pólizas y tarifas en los eventos en que se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo (...)”.

⁴⁸⁵ Artículo 25 de la ley 57 de 1985.

suministra la información, el interesado podrá acudir a la acción de tutela del derecho fundamental de petición⁴⁸⁶ para que éste se haga efectivo, bien sea mediante una respuesta, o mediante el suministro de los documentos⁴⁸⁷.

Ahora bien, en cuanto a la información que posee la compañía aseguradora y que no reposa en la SBC, aquella relacionada con la situación y condición financiera de la compañía aseguradora debe ser suministrada a sus usuarios por la misma entidad⁴⁸⁸. Adicionalmente, las entidades aseguradoras deberán publicar sus estados financieros e información sobre el margen de solvencia y sus inversiones⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ “La efectividad del derecho a obtener copias es manifestación concreta del derecho a obtener pronta resolución a las peticiones formuladas que también hace parte del núcleo esencial del derecho de petición”. Corte Constitucional., Sent. T-464, jul. 16/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁴⁸⁷ “En ocasiones, el artículo 74 de la Constitución Nacional puede verse como una modalidad del derecho fundamental de petición. En efecto, el “derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (C.N., art. 23) incluye, por su misma naturaleza, el derecho a acceder a los documentos públicos (C.N., art. 74). En efecto, esta corporación tuvo ya oportunidad de pronunciarse al respecto, manifestando que el acceso a documentos públicos hace parte del núcleo esencial del derecho de petición. Ahora bien, si es cierto que el derecho a acceder a los documentos públicos consagrado en el artículo 74, puede considerarse en buena medida como una modalidad del derecho fundamental de petición y como instrumento necesario para el ejercicio del derecho a la información y, por lo tanto, comparte con estos su núcleo axiológico esencial, no lo es menos que tiene también un contenido y alcance particulares que le otorgan especificidad y autonomía dentro del conjunto de los derechos fundamentales. De todo lo anterior, se deriva que el otro medio de defensa judicial sugerido por el Consejo de Estado y los otros mecanismos eventualmente aplicables no son, en este caso concreto, más eficaces que la tutela para proteger el derecho fundamental de acceso a los documentos públicos. Derecho que, por lo demás, es tutelable, en la medida en que posee una especificidad y autonomía propias dentro del concepto de los derechos fundamentales y está directamente conectado con el ejercicio de otros derechos tales como el de petición y el de información.

“Es doctrina ya reiterada de esta Corte Constitucional, que el otro mecanismo de defensa judicial para la defensa del derecho fundamental en el caso concreto que se estudia debe ser igual o más eficaz que la acción de tutela para que ésta se rechace por ese motivo. A lo cual debe agregarse que el fallador de instancia no cumple cabalmente su misión cuando sólo se limita a señalar en abstracto un hipotético medio judicial alternativo sin explicar a renglón seguido su eficacia concreta frente a la tutela que se impetra. Por todas estas razones, es procedente aquí la acción de tutela y en consecuencia habrá de concederse”. (Corte Constitucional., Sent. T-473, jul. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón).

⁴⁸⁸ Numeral 1 del artículo 97 del EOSF, modificado por el artículo 23 de la ley 795 de 2003. “Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas (...) En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que éstas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios”.

⁴⁸⁹ Artículo 97 del EOSF, modificado por el artículo 23 de la ley 795 de 2003 “3. Publicidad de la situación financiera. La Superintendencia Bancaria debe publicar u ordenar la publicación de los estados financieros e indicadores de las entidades sometidas a su control y vigilancia, en los que se muestre la situación de cada una de éstas y la del sector en su conjunto.

Respecto de la información técnica relacionada con productos específicos de seguros, la obligación de suministrarla a sus usuarios se predica de aquella requerida para permitir “a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas”.

En ese sentido, es obligación de las compañías suministrar a la SBC, al momento en que se autorice una compañía para operar o en que se apruebe un ramo nuevo, suministrar la información que sustente el cumplimiento de los principios de equidad y suficiencia de las tarifas y de ser ellas el producto de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad⁴⁹⁰; o ser el producto del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia

Tratándose de las entidades aseguradoras, publicará, además, en forma periódica, la situación del margen de solvencia. La información relativa a estas entidades estará a disposición de los interesados y se publicará cuando menos en tres (3) diarios de amplia circulación nacional.

4. Publicidad de las inversiones. Las entidades aseguradoras deberán llevar un libro en el cual se anotarán los títulos, documentos y activos representativos de las inversiones. Dicha información deberá publicarse conjuntamente con el balance general y el estado de resultados.

⁴⁹⁰ Circular Básica Jurídica, 07 de 1996, TÍTULO VI CAPÍTULO SEGUNDO-Modificado. Circ. Ext. 52/2002, Superbancaria. “Disposiciones especiales aplicables a las entidades aseguradoras y 1.2.3. Remisión de pólizas y tarifas a la SBC:

1.2.2. Requisitos generales de las tarifas

En los estudios técnicos y estadísticos que sustenten las tarifas deben observarse los principios a que se refiere el artículo 184, numeral 3º, EOSF, así:

1.2.2.1. Equidad

La prima y el riesgo deben presentar una correlación positiva, de acuerdo con las condiciones objetivas del riesgo.

1.2.2.2. Suficiencia

La tarifa debe cubrir razonablemente la tasa de riesgo y los costos propios de la operación, tales como los costos de adquisición y los administrativos, así como las utilidades.

1.2.2.3. Homogeneidad

Los elementos de la muestra objeto de estudio deben tener características comunes de tipo cualitativo y cuantitativo. Además, deben escogerse cumpliendo supuestos de aleatoriedad e independencia.

1.2.2.4. Representatividad

El tamaño de la muestra debe corresponder a un número objetivo de elementos de la población que garantice un nivel de significación razonable y cubra un período adecuado, de manera que el cálculo de los estimadores presente un bajo nivel de error.

1.2.2.5. Riesgos especiales o novedosos

técnica y financiera. En los demás casos debe estar a disposición de la SBC en las instalaciones de la entidad aseguradora⁴⁹¹.

Empero, respecto de la información que contiene las bases técnicas y económicas para el cálculo de las primas y las notas técnicas en general, la Superintendencia las ha considerado de carácter reservado por corresponder al know how de cada compañía, así como también de su propiedad las estadísticas y demás información involucrada en esos cálculos que no es común o pública.

En esas condiciones dicha información estaría excluida de aquella a la cual se tiene derecho a acceder, de acuerdo con la reglamentación del derecho petición de informaciones⁴⁹². Razón por la cual, salvo que se obtenga como resultado de procesos de negociación con las aseguradoras, no se cuenta con mecanismo que con carácter imperativo pueda ordenar el suministro a terceros de esa información.

Sin embargo, ello no impide que en ejercicio del derecho de petición se pueda solicitar a la Superintendencia que en casos concretos –póliza y compañía- adelante la verificación de las

En los términos de la letra c) numeral 3º del artículo 184 EOSF, solamente tratándose de riesgos especiales o de carácter novedoso respecto de los cuales no resulte viable obtener la información necesaria para efectuar el estudio estadístico pertinente, puede prescindirse de sustentar la tarifa con las exigencias enunciadas. En tales eventos, resultará necesario acreditar el respaldo de un reasegurador de reconocida solvencia técnica y financiera, el cual debe definir la tasa pura de riesgo siendo responsabilidad de la entidad aseguradora señalar el factor de gastos.

⁴⁹¹ Circular Básica Jurídica, 07 de 1996, TÍTULO VI CAPÍTULO SEGUNDO-Modificado. Circ. Ext. 52/2002, Superbancaria. “Disposiciones especiales aplicables a las entidades aseguradoras. Numeral 1.2.3. Remisión de pólizas y tarifas a la SBC:

“1.2.3.3. Evaluación de tarifas

De acuerdo con el literal j), numeral 3º, artículo 326 EOSF, le corresponde a la SBC evaluar que las tarifas que deban poner las entidades aseguradoras a disposición de esta entidad cumplan con los requisitos jurídicos y técnicos previstos en la ley.

Para efectos de la verificación permanente de los requisitos jurídicos y técnicos de las tarifas, las entidades aseguradoras deben mantenerlas a disposición de la SBC, clasificadas por ramos, junto con los elementos documentales y soportes estadísticos correspondientes, salvo cuando deban remitirse por tratarse de la autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo.

Para efectos de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º literal a) del Decreto 839 de 1991, cuando las compañías de seguros de vida envíen los productos de seguros con reserva matemática que van a comercializar, deben remitir las notas técnicas de los mismos, especificando el nombre comercial del producto al cual acceden, las bases técnicas y los factores de reserva. Tratándose de seguros de vida de ahorro con participación resulta necesario informar la manera como se estructurará el fondo que se establece en el artículo 6º literal b) del Decreto 839 de 1991 y las reglas para su funcionamiento”.

⁴⁹² Código contencioso administrativo. Artículo 19. “Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional “

condiciones de las tarifas, tramite que deberá terminar con un acto administrativo en el que se adopte una medida administrativa sancionatoria o una instrucción, o por el contrario con el archivo de la actuación por no encontrar en el caso concreto que se estuvieran desconociendo dichos principios.

Adicional a lo anterior, en los casos en que se evidencien conductas colusorias en materia de la fijación de tarifas por parte de las compañías que pudieran derivar en prácticas restrictivas de la competencia en la fijación del precio –prima- se cuenta con las acciones correspondientes para que además de ser sancionadas, se ordene su suspensión.

2.3.4 Costos de intermediación

Uno de los aspectos que incide en la posibilidad de obtener a mejores precios las coberturas de responsabilidad civil del transportador, es el de los costos de intermediación, que en el caso del transporte corresponde no solo a los de las comisiones de corredores o agentes, sino que involucran también los costos administrativos de su adquisición por parte de la empresa transportadora a la que se encuentra vinculado el vehículo, punto ese último sobre el cual más adelante se presenta el análisis correspondiente.

Desde esa perspectiva corresponde evaluar si desde el punto de vista normativo se cuenta con opciones que puedan coadyuvar a evitar esos costos o a moderarlos.

En cuanto al costo de la intermediación en seguros propiamente dicha, cabe observar que legalmente no está prohibida la contratación directa con las compañías de seguros. Está prohibido a las compañías reconocer comisiones a favor de personas distintas a los intermediarios de seguros previstos legalmente⁴⁹³.

La posibilidad de negociar directamente con las compañías está asociada con la posibilidad de contratar colectivamente y contar los elementos de formación suficientes en materia de aseguramiento que permita actuar con suficiencia como interlocutor directo de los aseguradores en la contratación.

En este punto no se encuentra elemento de análisis que permita considerar favorablemente adoptar disposiciones, que prohíban o restrinjan la intervención de los intermediarios de seguros en la contratación en su contratación, pues la posibilidad de negociar directamente con las aseguradoras dependerá del volumen de negocio y de la suficiencia técnica para la negociación por parte del colectivo de transportadores; circunstancias que no siempre concurrirán respecto de determinada empresa o transportador, resultando no solo útil sino necesaria la intermediación.

⁴⁹³ EOSF, artículo 188 - 2. "Prohibición relativa al pago de comisiones u otras remuneraciones. Se prohíbe a las compañías de seguros abonar o pagar comisiones, o, en general, emplear cualquier otra modalidad de remuneración por la labor de intermediación a personas distintas de las sociedades corredoras, agencias o agentes autorizados de acuerdo con este estatuto.

De otro lado en los casos en los que se utilice intermediario de seguros para la suscripción, se debe tener en cuenta que a éstos les está expresamente prohibida la cesión de comisiones a favor del asegurado⁴⁹⁴.

Así, desde el punto de vista estrictamente normativo no se evidencia una medida que resulte procedente proponer. Las acciones serán de carácter organizativo y de contar directa o indirectamente con el personal capacitado que pueda asumir la negociación.

2.4 El contrato de vinculación a la empresa de transporte y el aseguramiento de la responsabilidad civil del transportador

Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar. La habilitación es la autorización expedida por la autoridad competente para la prestación del servicio público de transporte⁴⁹⁵.

La ley atribuyó al Gobierno Nacional la facultad de fijar las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica. Entre ellos lo referente a la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación del servicio, siendo del ámbito del reglamento determinar la forma de vinculación de los equipos a las empresas⁴⁹⁶.

En concordancia, en los reglamentos se dispuso que las empresas habilitadas para la prestación del SPTTA de pasajeros en cualquiera de sus modalidades, sólo podrán hacerlo con equipos registrados para dicho servicio y oficialmente vinculados a la empresa respectiva⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ EOSF, artículo 207 numeral 3.

⁴⁹⁵ Ley 336 de 1996. Artículo 11. “Las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación para operar.

“La habilitación, para efectos de esta ley, es la autorización expedida por la autoridad competente en cada Modo de transporte para la prestación del servicio público de transporte.

“El Gobierno Nacional fijará las condiciones para el otorgamiento de la habilitación, en materia de organización y capacidad económica y técnica, igualmente, señalará los requisitos que deberán acreditar los operadores, tales como estados financieros debidamente certificados, demostración de la existencia del capital suscrito y pagado, y patrimonio bruto, comprobación del origen del capital aportado por los socios, propietarios o accionistas, propiedad, posesión o vinculación de equipos de transporte, factores de seguridad, ámbito de operación y necesidades del servicio”.

⁴⁹⁶ Ley 336 de 1996. Artículo 22. “Toda empresa operadora del servicio público de transporte contará con la capacidad transportadora autorizada para atender la prestación de los servicios otorgados. De conformidad con cada Modo de transporte, el reglamento determinará la forma de vinculación de los equipos a las empresas, señalando el porcentaje de su propiedad y las formas alternas de cumplir y acreditar el mismo”.

⁴⁹⁷ Artículos: 46 del decreto 170 de 2001; 52 del decreto 171 de 2001; 26 del decreto 172 de 2001; 36 del decreto 174 de 2001; y, 37 del decreto 175 de 2001.

La vinculación de un vehículo a una empresa de transporte público es la incorporación de este al parque automotor de la misma⁴⁹⁸. Se formaliza con la celebración de un contrato⁴⁹⁹ que se ha denominado de vinculación celebrado entre el propietario del vehículo y la empresa; que se oficializa con la expedición de la tarjeta de operación⁵⁰⁰ por parte de la autoridad de transporte competente.

Para obtener o renovar la tarjeta de operación, la empresa, que es la responsable de adelantar el trámite en relación con la totalidad de los vehículos a ella vinculados, debe acreditar ante la mencionada autoridad de transporte competente, entre otros⁵⁰¹ que se cuenta con póliza de SOAT vigente de cada vehículo; y certificación expedida por la compañía de seguros en la que conste que el vehículo está amparado por las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual de la empresa solicitante.

En el mismo sentido se encuentra condicionada la habilitación de la empresa para prestar el SPTTA de que se trate en cada caso⁵⁰², a la vigencia de los mencionados seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Y en el artículo 983 del código de comercio se dispone que las empresas de transporte son de servicio público o de servicio particular. “El Gobierno fijará las características de las empresas de servicio público y reglamentará las condiciones de su creación y funcionamiento. Las empresas de servicio público someterán sus reglamentos a la aprobación oficial y, si no prestan el servicio en

⁴⁹⁸ Artículos: 47 del decreto 170 de 2001; 53 del decreto 171 de 2001; 27 del decreto 172 de 2001; 37 del decreto 174 de 2001; y 38 del decreto 175 de 2001.

⁴⁹⁹ Artículo 48 del decreto 170 de 2001 “El contrato de vinculación del equipo se regirá por las normas del derecho privado debiendo contener como mínimo las obligaciones, derechos y prohibiciones de cada una de las partes, causales de terminación y preavisos requeridos para ello, así como aquellas condiciones especiales que permitan definir la existencia de prórrogas automáticas y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

“Igualmente el clausulado del contrato deberá contener en forma detallada los ítems que conformarán los cobros y pagos a que se comprometen las partes y su periodicidad. De acuerdo con esta, la empresa expedirá al propietario del vehículo un extracto que contenga en forma discriminada los rubros y montos cobrados y pagados, por cada concepto”. Igual texto corresponde a los artículos 54 del decreto 171 de 2001; 38 del decreto 174 de 2001; y 39 del decreto 175 de 2001.

Para el caso del transporte individual de pasajeros en vehículos taxi, en el artículo 28 del decreto 172 de 2001, se establecen las condiciones del contrato de vinculación.

⁵⁰⁰ Artículos: 55 del decreto 170 de 2001; 61 del decreto 171 de 2001; 39 del decreto 172 de 2001; 46 del decreto 174 de 2001; y 46 del decreto 175 de 2001.

⁵⁰¹ Artículos: 59 (numerales 4 y 6) del decreto 170 de 2001; 65 (numerales 4 y 6) decreto 171 de 2001; 43 (numerales 4 y 6) del decreto 172 de 2001; 50 (numerales 4 y 6) del decreto 174 de 2001; y 50 (numerales 4 y 6) del decreto 175 de 2001.

⁵⁰² 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 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.

vehículos de su propiedad, celebrarán con los dueños de éstos el respectivo contrato de vinculación, conforme a las normas reglamentarias del transporte”.

Y finalmente en el código de comercio, artículo 99, se disponen que “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”.

En este contexto normativo es amplio el margen con que cuenta el Gobierno Nacional para reglamentar el contrato de vinculación de un vehículo a las empresas de transporte.

Como punto medular para la definición de las características del contrato de vinculación, desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del aseguramiento, está lo referente al grado en que se otorgue control efectivo sobre el vehículo.

Al respecto, y bajo la perspectiva de los criterios básicos para la evaluación de la regulación de la responsabilidad civil del transportador y su aseguramiento⁵⁰³, encontramos que incentivar como regla general el otorgamiento de control efectivo sobre el vehículo, evidencia ventajas para efectos de la dirección de la operación de transporte en orden a lograr la aplicación de estándares de seguridad y aplicar correctivos a las situaciones que pueden estar generando ineficiencias en el aseguramiento originadas en fallas o errores de operación.

Igualmente, resulta una mejor condición de negociación la inclusión de un mayor número de vehículos en la misma póliza, que la existencia de varias pólizas individuales.

Por ello, se encuentra recomendable que se promueva que en todos los casos mediante el contrato de vinculación se otorgue el control efectivo del vehículo, señalando los parámetros del alcance de dicho control en cuanto hace a la organización y gestión de la operación de transporte.

Ahora bien, en cuanto a la selección de la aseguradora, bajo el esquema de imponer en todos los casos el otorgamiento de control de los vehículos, se entiende que esa facultad corresponderá a la empresa de transporte y que el esquema de reglamentación debe contemplar que el recaudo de los recursos para el pago de la prima corra a cargo de la empresa dentro de las funciones de gestión que involucre el otorgamiento de control efectivo sobre el vehículo.

Sin embargo en cuanto el costo de la prima permanezca a cargo del propietario del vehículo, procede evaluar opciones adicionales que permitan contrarrestar los sobre costos adicionales que estaría pagando el propietario por la intervención de las empresas de transporte en la contratación de los seguros.

⁵⁰³ Ver numeral 1.6 del presente documento.

Al respecto se encuentran recomendable establecer mecanismos que le permitan al propietario ejercer una primera opción para contratar directamente la póliza, sujeta a control por la empresa respecto al cumplimiento de los mínimos legales; y una segunda opción para la empresa, si el propietario no contrató el seguro o lo hizo mal. En este último caso, aparece recomendable establecer la obligación de adelantar procesos de selección del asegurador que garanticen amplia publicidad y concurrencia, en forma similar a como deben hacerlo los establecimientos de crédito cuando contratan el seguro por cuenta de sus deudores.

3 Fondos de responsabilidad civil de los transportadores

En el módulo I de este estudio, se expuso que el análisis de la Superintendencia Bancaria en relación con la operación de los fondos de responsabilidad civil de los transportadores, parte de la legalidad de su operación, en cuanto respondan a la naturaleza de complementarios del aseguramiento. Su posición se concreta en las siguientes posiciones:

- 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.
- La necesidad de una reglamentación que se adopte en ejercicio de las competencias asignadas al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política⁵⁰⁴.

El otro punto relevante, es el referente a los tópicos que, en concepto de la Superintendencia Bancaria, se deben contemplar en esa reglamentación. Son “los procedimientos y reglas organizacionales, económicas y prudenciales para el funcionamiento, control y vigilancia”.

A dichos aspectos necesariamente habría que adicionar, los correspondientes a los márgenes de la gestión u operaciones que podrían adelantar, que la Superintendencia entiende limitadas a las que menciona en el concepto transcrito.⁵⁰⁵

Ahora bien, de acuerdo con la posición que ha sido expresada por la Corte Constitucional⁵⁰⁶:

⁵⁰⁴ Si bien el análisis de la Superintendencia parte del inciso segundo del artículo 17 del decreto 173 de 2001, esa misma entidad indica, que no es sólo en función de esta norma, sino principalmente en función de la competencia asignada al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

⁵⁰⁵ “(...) 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”.

⁵⁰⁶ “Se ha dicho también que al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, para lo cual puede válidamente acudir a criterios negativos, indicando qué operaciones no la constituyen. Desde este punto de vista puede el Congreso, desechando el criterio material, decidir que no es aseguradora toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades, cuando aparecen otros elementos jurídicos que estima relevantes para otorgar un tratamiento legal diferente. Puede también decidir que sólo es aseguradora la actividad que se desarrolla bajo la forma jurídica pura del contrato de seguros (criterio formal), o por parte de las compañías constituidas como compañías aseguradoras (criterio orgánico). Sin embargo, se ha hecho ver que cualquier actividad, llámese aseguradora o no, que implique el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado, en los términos de los artículos 335 y concertantes de la Constitución.

- Al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, pero deben atenderse las limitantes técnicas universalmente aceptadas y el hecho de manejar o aprovechar recursos del público.
- No es contrato de seguros toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades.
- No toda actividad aseguradora debe reservarse a la compañía de seguros.
- En todo caso, cuando la actividad, llámese aseguradora o no, implique manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público estará sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado, en los términos de los artículos 335 y concordantes de la Constitución. Por ello, en cada caso se debe estudiar si el servicio que se haya decidido catalogar como actividad no aseguradora, constituye captación masiva a la luz de las disposiciones vigentes.

Finalmente, en los decretos de la serie 170 de 2001 se indica que “[s]in perjuicio de la obligación de obtener y mantener vigentes las pólizas de seguros señaladas en el presente decreto, 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”.

En el caso del servicio público de transporte terrestre automotor de carga, el texto normativo señala: “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”⁵⁰⁷.

Dentro de este marco, no hay que olvidar que en el artículo 994 del código de comercio se establece: el transportador no podrá constituirse en asegurador de su propio riesgo o responsabilidad.

De las posiciones y normas expuestas, y de conformidad con el texto del artículo 61 de la ley 336 de 1996, en el que se señala que: “las empresas de transporte terrestre automotor podrán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de

“Por lo tanto es menester que la Corte estudie si los llamados servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 acusado, que el legislador ha decidido catalogar como actividad no aseguradora, implican tal manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. A este respecto encuentra que la actividad de quienes prestan los llamados servicios funerarios no se encuadra dentro de aquella que, de conformidad con lo prescrito por el Decreto 3227 de 1982, constituye captación masiva de recursos de manos del público por parte de las entidades financieras”.

⁵⁰⁷ Artículo 18 del decreto 173 de 2001.

la prestación del servicio”. Procede concluir que legalmente se tienen los siguientes parámetros en relación con la reglamentación y operación de los fondos:

- Deben reglamentarse en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y en referencia directa al artículo 61 de la ley 336 de 1996.
- No estarán sujetos a la supervisión de la Superintendencia Bancaria en cuanto no involucren manejo del ahorro del público.
- No pueden desplazar absolutamente la operación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil.
- Pueden desarrollar esquemas de operación que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, en el marco del artículo 61 de la ley 336 de 1996, es decir la responsabilidad por riesgos derivados de la prestación del servicio.
- Dentro de tales esquemas podrá conformar mutualidades.
- Los elementos asegurativos pueden corresponder a esquemas de cobertura en excesos de ciertos montos mínimos cubiertos directamente por un seguro.
- Los elementos asegurativos pueden corresponder a esquemas de cubrimiento de primera capa de la responsabilidad, como complemento de seguros contratados para excesos de determinado límite.
- Los sujetos habilitados legalmente para conformarlos son “las empresas de transporte terrestre automotor”.
- El fondo bien puede constituirse respecto de una sola empresa, o ser conformado por una colectividad de ellas.
- No hay limitaciones legales para asignar la administración de los fondos a terceros.
- La reglamentación podrá señalar supuestos en que necesariamente deban ser administrados por terceros y cualificar las condiciones de los terceros.
- Los fondos de responsabilidad podrían operar en las situaciones a las que se refieren las propuestas mencionadas en este documento respecto de las condiciones de los seguros obligatorios de responsabilidad civil.
- No están restringidas legalmente las formas jurídicas que puedan adoptar los fondos, por lo que la reglamentación podrá prever que se conformen como personas jurídicas distintas a las empresas que los conformen, con o sin ánimo de lucro; o bien que solo sean una cuenta especial y separada contablemente, o bajo alguna modalidad de patrimonio separado o a autónomo.

- Sus operaciones se regirán por las reglas generales del derecho civil y comercial, en cuanto no involucren manejo del ahorro del público.
- Su operación no constituirá actividad aseguradora no autorizada en cuanto no desarrolle operaciones distintas a las que proceden dentro del marco de la disposición del artículo 61 de la ley 336 de 1996, así éstas involucren elementos asegurativos y la conformación de mutualidades.

En cuanto los sujetos habilitados legalmente para la conformación de estos fondos, son exclusivamente “las empresas de transporte terrestre automotor”. Para efectos de la expedición de la reglamentación el Gobierno Nacional lo conformarán el Presidente de la República y el Ministro de Transporte.

En la reglamentación se deberá estructurar un esquema de control y supervisión de los fondos, dentro las facultades con las que ya cuentan las autoridades nacionales y territoriales.

Igualmente la reglamentación podrá contemplar como presupuesto para la operación la existencia de mecanismos externos e independientes de control, o su administración por terceros.

4 Mecanismos para lograr el cumplimiento de disposiciones vigentes, por parte de las aseguradoras, en materia de reconocimiento y pago de indemnizaciones

Por parte de los transportadores se identifica la conducta de las aseguradoras en relación con el reconocimiento y pago de las indemnizaciones a favor de las víctimas como una regla general de negativa a acceder directamente al pago del seguro.

Al respecto cabe recordar que en la legalmente se han establecido mecanismos para desincentivar las objeciones infundadas por parte de las aseguradoras:

- Deben pronunciarse sobre una reclamación, en forma seria y fundada, dentro del mes siguiente a su presentación⁵⁰⁸; en caso contrario la póliza prestará mérito ejecutivo.
- Se causan intereses de mora si el asegurador no paga dentro del mes siguiente a que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho⁵⁰⁹.
- La SBC puede revocar el ramo de que se trate, cuando sea reiterada la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y ante toda práctica que de manera sistemática tenga como propósito evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de seguro.

⁵⁰⁸ Código de comercio. Artículo 1053 Modificado. L. 45/90, art. 80. “Mérito ejecutivo de la póliza de seguro. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:

1. En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo.
2. En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y
3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

⁵⁰⁹ Código de comercio. Artículo 1080. Modificado. L. 510/99, art. 111. “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

Sin embargo la experiencia de los transportadores en este sentido ha evidenciado que el mérito ejecutivo de la póliza y la mora cuando no sea seria la objeción, no serán un disuasivo eficaz mientras las condiciones para hacerlos efectivos sean los de la jurisdicción ordinaria.

Dentro del ámbito de las facultades de la Superintendencia Bancaria, se deben revisar las reglamentaciones e instrucciones sobre efectos contables y jurídicos que se produzcan con ocasión de la presentación de la una demanda, que se presente con base en los supuestos de los artículo 1053 y/o 1080 del código de comercio, con suficiente poder disuasivo.

Paralelamente, proponer la definición por la Superintendencia Bancaria de parámetros objetivos para que se entienda que se ha adoptado como práctica negar injustificadamente el reconocimiento y pago de indemnizaciones, y en consecuencia proceda la cancelación del ramo por parte de la Superintendencia Bancaria de Colombia⁵¹⁰.

Para apoyar la actividad de la Superintendencia Bancaria en este campo, procedería conformar un sistema de información hacia la Superintendencia, generado por los transportadores, respecto de las condiciones y oportunidad con que actúan las aseguradoras en el reconocimiento y pago de las obligaciones que surgen del contrato de seguros.

Se debe aclarar que la existencia de sentencia judicial⁵¹¹ no es requisito esencial para que proceda el reconocimiento y pago de la indemnización en el seguro de responsabilidad civil. Al respecto el requisito esencial es que se haya demostrado a la aseguradora la existencia del derecho del beneficiario. En el caso de los seguros de responsabilidad civil del transportador, para tal demostración bastaría en la mayoría de los casos demostrar el incumplimiento contractual e el hecho dañoso y el daño, trasladando al transportador la carga de desvirtuar las presunciones legales de su responsabilidad. Por ello pueden presentarse diferentes posiciones sobre la ocurrencia del siniestro o su cuantía y sobre la responsabilidad respecto del mismo, controversia

⁵¹⁰ EOSF Artículo 100 - Régimen de protección a tomadores de seguros y asegurados. “3 Prácticas prohibidas. El ofrecimiento reiterado de pólizas o tarifas desconociendo los requisitos del artículo 184 numerales 2º y 3º de este estatuto, la exigencia de formalidades no previstas legalmente para acceder al pago de las indemnizaciones y toda práctica que de manera sistemática tenga como propósito evitar o dilatar injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de seguro, puede dar lugar a la revocación del certificado de autorización para el ramo o los ramos en los cuales se advierta dicha conducta”.

⁵¹¹ Código de comercio. Artículo 1128. Modificado. L. 45/90, art. 85. Responsabilidad del asegurador. El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:

1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro;
2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y
3. Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización.

que solo es posible dirimir bien directamente ante los jueces o a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Para prevenir que el acudir a la jurisdicción se convierta en mecanismo para evadir el cumplimiento pago de las indemnizaciones la ley ha previsto supuestos en los cuales considera que los costos de litigio sean asumidos por la aseguradora⁵¹². Sin embargo se pueden estructurar sistemas alternos que financieramente permitan hacer efectiva la posibilidad de adelantar las acciones judiciales, el cual puede ser una de las formas de aplicación de los recursos de los fondos de responsabilidad de las empresas de transporte.

Finalmente, procede observar que de conformidad con el artículo 1080 del código de comercio el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

Este mecanismo involucra un elemento disuasivo respecto de demorar injustificadamente el pago de las indemnizaciones, en cuanto que el valor fijado como interés por mora –una vez y media el corriente bancario- (29.25% ea ⁵¹³) es significativamente superior al rendimiento que ordinariamente recibiría un depósito a término fijo en nuestro medio (7.80% ea- DTF Sep 6 de 2004).

⁵¹² Código de comercio Artículo 1128.

⁵¹³ A 6 de septiembre de 2004.

5 El sistema del Seguro Obligatorio de accidentes de Tránsito SOAT

En lo que hace al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT⁵¹⁴, la obligación legal de su suscripción respecto cualquier vehículo como presupuesto para que éste pueda transitar en el territorio nacional, está prevista en el Código Nacional de Tránsito Terrestre⁵¹⁵ y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵¹⁶.

Para los efectos del SOAT se entiende por vehículo automotor todo aparato provisto de un motor propulsor, destinado a circular por el suelo para el transporte de personas o de bienes, incluyendo cualquier elemento montado sobre ruedas que le sea acoplado⁵¹⁷.

Las entidades aseguradoras habilitadas⁵¹⁸ están obligadas a expedir las pólizas que les sean solicitadas⁵¹⁹. Y, “para garantizar la viabilidad financiera de la explotación de este producto, las

⁵¹⁴ Inicialmente previsto en la ley 33 de 1986 y reglamentado en el decreto 2544 de 1987, el SOAT se encuentra regulado en los capítulos IV y V de la Parte Sexta del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que incorporan principalmente la estructura básica establecida en el decreto 1032 de 1991, expedido con base en facultades extraordinarias conferidas por la ley 45 de 1990, y la regulación adoptada en la ley 100 de 1993. En lo no previsto en el EOSF el SOAT se rige por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio.

⁵¹⁵ Código expedido mediante la ley 769 de 2002: Artículo 42. Seguros obligatorios. “Para poder transitar en el territorio nacional todos los vehículos deben estar amparados por un seguro obligatorio vigente. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, se registrará por las normas actualmente vigentes o aquellas que la modifiquen o sustituyan”.

⁵¹⁶ Decreto 663 de 1993: Artículo 192. “1. Obligatoriedad. Para transitar por el territorio nacional todo vehículo automotor debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito.

“Quedan comprendidos dentro de lo previsto por este numeral los automotores extranjeros en tránsito por el territorio nacional.

“Las entidades aseguradoras a que se refiere el artículo 196 numeral 1 del presente Estatuto estarán obligadas a otorgar este seguro”.

⁵¹⁷ Decreto 663 de 1993: Artículo 192.

⁵¹⁸ Artículo 196 del EOSF “Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. 1. Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro. Estarán habilitadas para otorgar el seguro de que trata el artículo 192 numeral 1º de este estatuto:

“a) Aquellas entidades aseguradoras actualmente autorizadas para ofrecer el seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito que, con anterioridad al 30 de junio de 1991, acrediten haber cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la operación de dicho seguro ante los establecimientos hospitalarios o clínicos y ante las personas que se encuentren habilitadas para reclamar indemnizaciones derivadas de este seguro. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud remitirá a la Superintendencia Bancaria las informaciones correspondientes, y

“b) Las demás entidades aseguradoras que se establezcan legalmente en el país y obtengan autorización específica de la Superintendencia Bancaria para la operación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

aseguradoras autorizadas deberán implementar un mecanismo de compensación que impida la selección adversa por categoría de vehículos”⁵²⁰.

El SOAT se rige por lo previsto en los capítulos IV y V de la parte sexta del EOSF y, en lo no previsto en ellos, por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el código de comercio.

5.1 Asegurar la efectiva colocación del SOAT

De acuerdo con la normatividad vigente, a fin de asegurar que efectivamente se expidan todas las pólizas que sean solicitadas, “para garantizar la viabilidad financiera de la explotación de este producto, las aseguradoras autorizadas deberán implementar un mecanismo de compensación que impida la selección adversa por categoría de vehículos”⁵²¹.

Desde el punto de vista de la concepción del SOAT, para que el esquema financiero y operativo funcione dentro de lo previsto es fundamental se requiere que efectivamente sea suscrito por todos los obligados a adquirirlo y sea ofrecido y colocado por las compañías. Sin embargo, en la práctica se evidencia la reticencia de las compañías a expedir el seguro a todos los que lo solicitan, especialmente a quienes representan mayor riesgo, resultando afectados en ese sentido además de las motocicletas, los vehículos dedicados a la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor.

Bajo esa óptica, se analizan las siguientes iniciativas:

5.1.1 Operación del SOAT por un pool de compañías de seguros

Los aspectos básicos de la operación financiera del SOAT se encuentran previstos en el EOSF, y tienen origen en actos con carácter de ley. Entre ellos los relacionados con tarifas y las de contribuciones al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y al fondo del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, Fonsat.

“2. Autorización del ramo. Las entidades aseguradoras solicitarán de la Superintendencia Bancaria la autorización del ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, la cual será requisito indispensable para ofrecer y comercializar este seguro a partir del 1º de julio de 1991.

“3. Condiciones para conceder la autorización. Para impartir la autorización del ramo correspondiente, la Superintendencia Bancaria evaluará, además de las informaciones que le remita la Superintendencia Nacional de Salud, la experiencia individual del peticionario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del seguro obligatorio, propósito para el cual se cerciorará, por cualesquiera medios que estime convenientes, acerca de la forma y la oportunidad con las cuales se hayan cumplido las aludidas obligaciones.”

⁵¹⁹ Artículo 4º del decreto 3807 de 2003, modificado por el artículo 1º del decreto 60 de 2004.

⁵²⁰ Ibídem.

⁵²¹ Ibídem.

El esquema teórico que concibe el SOAT y la suficiencia de su operación, se estructura sobre la base de que la totalidad de los vehículos que circulan tomarán el seguro y que se distribuirá el riesgo uniformemente en los que operan el seguro. La antiselección desvirtúa esa puesta teórica.

En ese sentido se encuentran viables los mecanismos que apunten a un mayor equilibrio de la operación del sistema del SOAT en cuanto mejor responda al esquema teórico de su concepción, sobre la base de redistribuir el riesgo entre el mayor número posible de asegurados, de ser posible sobre la totalidad, mediante la constitución de un “pool” de las aseguradoras que expiden el SOAT. Mediante reglamentación del Gobierno Nacional, puede disponer la formación de un pool como mecanismo de compensación que impida la selección adversa por categoría de vehículos⁵²².

5.1.2 Distribución del SOAT para el SPTTA a través de un intermediario obligatorio

De acuerdo con la ley, las compañías que operan el SOAT están obligadas a expedirlo⁵²³. Sin embargo, una de las principales circunstancias que obstaculiza el normal funcionamiento del esquema previsto para el SOAT, es que las compañías de seguros y/o los intermediarios evidencian reticencia para la venta del mismo respecto de vehículo servicio público.

Además de los desfases que ello puede implicar en el esquema económico y financiero del SOAT, esa circunstancia involucra un costo alto de transacción aparejado a las complicaciones⁵²⁴ y tiempos para su obtención.

Mediante la vía reglamentaria, se puede buscar evitar la antiselección mediante la comercialización obligatoria del SOAT a través de la red bancaria bajo el esquema de la ley 389 de 1997, a través de la suscripción de los respectivos convenios. En este caso el adquirente del SOAT podrá ir a cualquier entidad bancaria y adquirir la póliza con la compañía que seleccione.

⁵²² En ese sentido ya fue expedido el decreto 60 de 2004.

⁵²³ EOSF. Artículo 196. Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. 1. Entidades aseguradoras habilitadas para ofrecer el seguro. Estarán habilitadas para otorgar el seguro de que trata el artículo 192 numeral 1º de este estatuto:

a) Aquellas entidades aseguradoras actualmente autorizadas para ofrecer el seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito que, con anterioridad al 30 de junio de 1991, acrediten haber cumplido satisfactoriamente todas las obligaciones derivadas de la operación de dicho seguro ante los establecimientos hospitalarios o clínicos y ante las personas que se encuentren habilitadas para reclamar indemnizaciones derivadas de este seguro. Para este efecto la Superintendencia Nacional de Salud remitirá a la Superintendencia Bancaria las informaciones correspondientes, y

b) Las demás entidades aseguradoras que se establezcan legalmente en el país y obtengan autorización específica de la Superintendencia Bancaria para la operación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

⁵²⁴ Circunstancias que también abren espacios para el fraude.

El esquema se puede estructurar en forma específica para el SPTTA, en razón de su carácter de servicio público esencial, el cual exige oportunidad en la expedición. Para la expedición se contaría con facultades en las áreas de transporte y de seguros.

Por el carácter restrictivo que implicaría respecto de la actividad de los demás intermediarios de seguros, el establecimiento de un mecanismo único de distribución del SOAT para el SPTTA requiere de ley.

5.1.3 Sistema de información

Estructurar un sistema de información entre los transportadores y la Superintendencia Bancaria, que permita a la autoridad de control tomar en oportunidad las medidas que en esta materia le corresponden.

Dicho sistema de información, estructurado a través de las entidades e instancias gremiales, tendría como objeto recopilar información sobre compañías e intermediarios de seguros que nieguen o dificulten injustificadamente la expedición del SOAT a los vehículos del SPTTA.

Los esquemas que se adopten para recoger y ordenar la información, no deben restringirse a una información meramente estadística; sino que la información debe producirse e integrar elementos que permitan cualificarla para efectos de agilizar y facilitar la adopción de medidas de control por parte de la Superintendencia Bancaria, es decir, que sirva de prueba eficiente para imponer medidas administrativas.

En ese sentido, la información debe recopilar tanto las situaciones reiterativas identificadas en circunstancias de tiempo, modo y lugar, que por su volumen permitan concluir inequívocamente un comportamiento o práctica de la aseguradora; como otros aspectos tales como formularios o constancias de solicitud, etc. que permitan coadyuvar la gestión probatoria de la Superintendencia.

Para la adopción de este mecanismo no se requiere de acto administrativo que lo prevea o autorice, bastará la gestión y organización gremial.

No obstante lo anterior, procede recomendar que se presente a la consideración de la Superintendencia Bancaria la expedición de instrucciones dirigidas al dotar el trámite de solicitud del SOAT de los vehículos del SPTTA de formalidades básicas que permitan acreditar el hecho de su solicitud en circunstancias de tiempo, modo y lugar. Instrucciones que se expedirían con base en sus funciones de control y vigilancia, en virtud de las le corresponde instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación⁵²⁵. Las normas a cuyo cumplimiento correspondería referirse la instrucción, serían las pertinentes a la obligatoriedad de expedición del SOAT⁵²⁶.

⁵²⁵ EOSF, artículo 326, numeral 3 letra a).

⁵²⁶ EOSF, artículo 192 y 196.

5.2 Unificación con los seguros de responsabilidad civil obligatorios para el SPTTA

Independientemente de la expresa disposición legal existente,⁵²⁷ que prohíbe la inclusión de los amparos del SOAT en pólizas distintas; no se encuentra viable jurídicamente una propuesta dirigida a unificar el SOAT con los seguros obligatorios de responsabilidad civil. Lo anterior, por cuanto conceptual y operativamente el SOAT y los seguros de responsabilidad civil responden a concepciones diferentes.

Por haber sido concebido como un seguro de accidentes personales⁵²⁸ uno de sus elementos fundamentales, sino el principal, es el carácter de automático del SOAT; es decir que su reconocimiento y pago procede con la sola demostración del daño, sin que proceda establecer responsabilidad. Por el contrario, en los seguros de responsabilidad, por definición, el reconocimiento y pago de la indemnización procederá solo si una vez adelantado un proceso de determinación de la responsabilidad, ésta se determina en cabeza del asegurado.

En efecto, el seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud se constituye en el beneficiario de la indemnización⁵²⁹ y se le reconoce legalmente acción directa contra el asegurador⁵³⁰. Del texto transcrito es claro que el de responsabilidad civil, aunque sea un seguro a favor del as víctimas, está condicionado a la verificación de la responsabilidad del asegurado, como supuesto de procedencia de ocurrencia de siniestro.

⁵²⁷ EOSF. Artículo 193 - 4. Improcedencia de la duplicidad de amparos. Las coberturas del seguro obligatorio serán exclusivas del mismo y por ello no podrán incluirse en pólizas distintas a aquellas que se emitan en desarrollo de este estatuto. Adicionalmente, las entidades aseguradoras 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.

⁵²⁸ Entre sus objetivos⁵²⁸ se encuentran:

“a) Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;

“b) La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo;

“c) Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud, y

“d) La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones”.

⁵²⁹ Código de comercio. Artículo 1127.

⁵³⁰ Código de comercio. Artículo 1133.

En tanto que el caso del SOAT por su nítida configuración de seguro de accidentes, de daños personales, opera sobre la sola ocurrencia del accidente independientemente de cualquier otra consideración sobre responsabilidad en el accidente. Pudiendo incluso haber ocurrido por culpa exclusiva de la víctima.

En otras palabras para el SOAT es neutro el tema de la responsabilidad; elemento que en nuestra legislación sigue siendo esencial para el seguro de responsabilidad.

6 Proyectar la creación y operación de un ramo especial de responsabilidad civil del servicio público de transporte terrestre automotor bajo las perspectivas del derecho de daños

No obstante lo expuesto en este escrito sobre la responsabilidad civil de los transportadores, atendiendo la evolución doctrinal y jurisprudencial hacia esquemas de regulación de la responsabilidad bajo las teorías del daño y la reparación; y bajo el supuesto del interés público en la minimización de las consecuencias sociales de los accidentes⁵³¹; procede considerar crear las condiciones normativas para que operen ramos de seguros que permitan responder a las expectativas legales y sociales en materia de reparación del daño.

A este respecto hay que tener claro que cualquier mecanismo de aseguramiento que se estructure no debe tener como efecto desincentivar la internalización de los costos de mantener estándares óptimos de seguridad en la operación del transporte⁵³². “En un mercado de seguros completos y competitivos, las reglas de la responsabilidad por ilícitos culposos deberían estructurarse de tal modo que se minimice la suma de los costos de la precaución y del seguro”⁵³³.

En ese sentido, se quiere dejar sentado que el aseguramiento debe ser útil para trasladar los riesgos inherentes a la actividad, empero que dicho traslado de riesgo no debe implicar total liberación del potencial agente del daño, sino que los mecanismos propios de la institución como los deducibles y las cláusulas de subrogación, además del costo de las primas en función del grado de riesgo que represente el asegurado, deben permitir lograr el alcance de la meta de minimizar los costos sociales por accidentes.

⁵³¹ Sin perjuicio del comentario respecto a la autoregulación de los prestadores del servicio, en este tema.

⁵³² “Si las víctimas potenciales tienen un seguro de primera parte, la eficiencia del sistema de la responsabilidad culposa podría verse afectada en una de las tres formas siguientes o en todas ellas. Primero, en el caso de un accidente, las víctimas podrían recibir la compensación de sus pérdidas de manos de sus aseguradores, de modo que no buscarían la compensación de manos del victimario. Segundo, en estas condiciones el victimario no asumiría el costo total de su ilícito, de modo que tendría un incentivo disminuido para actuar con cuidado. Tercero, en las circunstancias en que las víctimas podrían tomar precauciones y en las que están aseguradas contra las pérdidas, las víctimas potenciales podrían no tener todo el cuidado necesario para reducir la probabilidad y la gravedad de los accidentes: una reacción que genera un “azar moral”. El resultado acumulado de estos tres efectos podría ser que el seguro de la primera parte genere más accidentes y accidentes más graves que el óptimo social”. Robert Cooter y Thomas Ulen. “Derecho y Economía” Pág. 422.

⁵³³ Ídem. Pág. 412.

“En general, los accidentes imponen tres tipos básicos de costos a la sociedad: costos precautorios, costos del daño accidental y costos de administración para determinar quién debe asumir los costos del daño accidental. Podemos describir la meta económica del sistema de responsabilidad por ilícitos culposos como sigue: “Las reglas de la responsabilidad por ilícitos culposos deberían estructurarse de tal modo que se minimicen los costos sociales de los accidentes de los se definen como la suma de los costos de la precaución, del daño accidental y de la administración” (Robert Cooter y Thomas Ulen. “Derecho y Economía” Pág. 410).

Ahora bien, como decíamos, bajo la concepción de crear las condiciones normativas para la operación de seguros de responsabilidad eficientes bajo el sistema de la reparación, procedería, en ejercicio de funciones de intervención del Gobierno Nacional, estructurar de esquemas que prevean su funcionamiento y contengan autorizaciones que permitan un sistema de reparto que incluya a todas las empresas y vehículos de servicio público de transporte de pasajeros, para constituir un fondo que permita la cobertura de excesos de pérdida en responsabilidad civil, permitiendo que los seguros se puedan suscribir por cuantías mayores a las actuales y que resulten suficientes frente a las indemnizaciones que se deberán reconocer, que incluyan supuestos de procedencia de reconocimiento automático de la reparación, que incluya coberturas por lucro cesante y daños extrapatrimoniales

En este sentido, se ve recomendable para el largo plazo adentrarse en el estudio de una reforma estructural del sistema de responsabilidad civil, más allá del SPTTA, en el que se incorporen elementos para un esquema de reparación efectiva, integra y oportuna a las víctimas, no solo en el ámbito de los daños personales, sino también de los morales y materiales, incluidos lucro cesante. Esquema en el que este interés, recién señalado, se equilibre con el de incentivar la mayor seguridad en la operación. Ambos aspectos se deben integrar y analizar integralmente desde la perspectiva de las prioridades y los costos sociales.