



Trabajo de fuerza : parametros para reglamentar las
cartas de garantia de protecci3n e indemnizaci3n

Nesmes Rocio Laverde Lancheros

Trabajo de grado para optar al t3tulo profesional:

Curso de Estado Mayor (CEM)

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"

Bogot3 D.C., Colombia

2005

**FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA**



TRABAJO DE FUERZA

**PARAMETROS PARA REGLAMENTAR LAS CARTAS
DE GARANTIA DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN**

Capitán de Corbeta NESMES ROCIO LAVERDE LANCHEROS

Curso CIM 2005

Bogotá, D.C., Mayo 20 de 2005

**FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA**

**PARAMETROS PARA REGLAMENTAR LAS CARTAS
DE GARANTIA DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN**

Capitán de Corbeta NESMES ROCIO LAVERDE LANCHEROS

**Monografía como requisito del
Curso de información Militar 2005**

**Director
DR. JOSE VICENTE GUZMAN ESCOBAR**

Bogotá, D.C., Mayo 20 de 2005

TABLA DE CONTENIDO

Nota de aceptación

	Pág.
RESUMEN	1
INTRODUCCION	2
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS	3
JUSTIFICACION	4
1. LOS SINIESTROS MARITIMOS Y LAS GARANTIAS DE PROTECCION E INDEMNIZACION	11
1.1. SINIESTROS MARITIMOS	11
1.1.1. Definición	15
1.1.2. Investigación y Procedimiento	17
1.1.3. Causación	18
1.1.4. Responsabilidad y Obligación de Indemnizar	19
1.2. ASOCIACIONES MUTUALES Y CLUBES DE PROTECCION	21
1.2.1. Antecedentes	24
1.2.2. Asociaciones Marítimas	25
1.2.3. Clubes de Protección e Indemnización	32
1.2.4. Diferencias con el contrato de seguro	36
2. EL SEGURO DE PROTECCION E INDEMNIZACION EN EL DERECHO COLOMBIANO	37
2.1. NORMATIVIDAD NACIONAL	38
2.1.1. Decreto Ley 2324 de 1984	38
2.1.2. Decreto 1480 de 1989	41
2.1.3. Decreto 663 de 1993	41
2.1.4. Otras disposiciones	42

Bogotá, Mayo 10 de 2005

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
RESUMEN	
INTRODUCCION	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS	
JUSTIFICACIÓN	
1. LOS SINIESTROS MARÍTIMOS Y LAS COBERTURAS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN	14
1.1. SINIESTROS MARÍTIMOS	14
1.1.1. Definición	15
1.1.2. Investigación y Procedimiento	17
1.1.3. Caución	18
1.1.4. Consecuencias de los siniestros marítimos	19
1.2. ASOCIACIONES MUTUALES Y CLUBES DE PROTECCIÓN	24
1.2.1. Antecedentes	24
1.2.2. Asociaciones Mutuales	25
1.2.3. Clubes de Protección e Indemnización	32
1.2.4. Diferencias con el contrato de seguros	36
2. EL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO	38
2.1 NORMATIVIDAD NACIONAL	38
2.1.1. Decreto Ley 2324 de 1984	38
2.1.2. Decreto 1480 de 19894	41
2.1.3. Decreto 663 de 1993	41
2.1.4. Otras disposiciones	42

2.2 POSICIÓN DE LAS ENTIDADES COMPETENTES	43
2.2.1. Dirección General Marítima	44
2.2.2. Superintendencia Bancaria	45
2.2.3. Corte Constitucional	48
3. PARÁMETROS PARA ELABORAR UNA PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN	54
3.1 Monto	54
3.2 Vigencia	55
3.2. Cobertura	57
3.3. Forma de expedición	59
3.4. Representación	60
4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS	63
BIBLIOGRAFÍA	66
ANEXOS	
A. Principales siniestros marítimos a nivel mundial por contaminación de hidrocarburos	
B. Siniestros marítimos en aguas jurisdiccionales colombianas del 2003 a la fecha	
C. Pronunciamientos Superintendencia Bancaria	

RESUMEN

- TITULO:** Parámetros para Reglamentar las Cartas de Garantía de Protección e Indemnización
- AUTOR:** CCAAJ. Nesmes Rocío Laverde Lancheros
- TEMA:** Seguros Mutuales de Protección e Indemnización
- PROBLEMA:** ¿Cuáles serían los parámetros para reglamentar la gestión de las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e Indemnización, cuando otorgan cartas de garantía dentro de los procesos adelantados por la Autoridad Marítima, con ocasión de un siniestro marítimo que ocurra en aguas jurisdiccionales colombianas?
- OBJETIVOS:** Determinar los lineamientos que rigen a las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e Indemnización, dentro del marco de la normatividad marítima internacional, a partir de los cuales se elaborarán parámetros para ser tenidos en cuenta al momento de reglamentar el tema en el ámbito nacional.
- JUSTIFICACIÓN:** El alto riesgo de accidentes marítimos y en especial aquellos de gran magnitud, como los derrames de hidrocarburos, que durante las últimas décadas han dejado lamentables consecuencias, obliga a reflexionar sobre la importancia de contar con normas claras en materia del otorgamiento de la caución dentro de la investigación que adelanta la Autoridad Marítima, con el fin de cubrir los daños, perjuicios, multas y costas del proceso, ocasionados con el siniestro.

CONCLUSIONES: Consciente de las consecuencias de un siniestro marítimo, en especial cuando se produce derrame de hidrocarburos, la legislación colombiana establece que para que pueda zarpar un buque cuyo capitán, oficiales o tripulaciones estén involucrados en la investigación, se requiere el otorgamiento de una garantía, para lo cual el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que pueden ser expedidas, entre otras, por asociaciones mutuales o clubes de protección e indemnización.

Teniendo en cuenta la importancia de la expedición de las garantías dentro de las investigaciones que se adelantan por siniestros marítimos, y la escasa legislación existente sobre el tema que fije unas pautas claras para su expedición, se hace necesario reglamentar aspectos como el monto, la vigencia, la cobertura y la forma de expedición de las mismas, así como la representación de los Clubes de Protección e Indemnización, con el fin de que el otorgamiento de las mismas sea expedito y eficaz al momento de responder por los daños, perjuicios, multas y costas.

PALABRAS

CLAVES: P&I - Clubes de Protección - Siniestros Marítimos – Caución – Asociaciones Mutuales

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como meta establecer pautas para reglamentar el otorgamiento de las cartas de garantía por parte de los Clubes de Protección e Indemnización, así como su forma de operar en Colombia, teniendo en cuenta que si bien es cierto existe un marco legal para el otorgamiento de éstas dentro de las investigaciones que adelanta la Dirección General Marítima por siniestros marítimos, se requiere de manera urgente determinar lineamientos claros, en aras de evitar retardos injustificados de las naves o artefactos navales en los puertos colombianos, que puedan generar pérdidas económicas a todos aquellos involucrados en el transporte marítimo.

Para tal efecto, en un primer capítulo se inicia el estudio abordando el concepto de siniestro marítimo, el procedimiento aplicable, dando especial énfasis al artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 que establece la caución, las consecuencias de los siniestros, con el fin de determinar la importancia de otorgar garantías cuantiosas para sufragar las consecuencias que ocasiona y por último la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y los clubes de protección, sus antecedentes, la forma como operan a nivel mundial y las diferencias existentes con el contrato de seguro.

Definiendo los conceptos básicos para entrar en el tema de las asociaciones mutuales o los clubes de protección e indemnización, se desarrolla un segundo capítulo alusivo al marco normativo nacional y la posición de la Autoridad Marítima, la Superintendencia Bancaria y la Corte Constitucional, entidades que tienen competencia en el tema.

Por último, teniendo en cuenta la importancia de la expedición de las garantías dentro de las investigaciones que se adelantan por siniestros marítimos, y la poca legislación existente sobre el tema para su expedición, se hace una aproximación a fin de establecer lineamientos básicos para la reglamentación.

Aprovechando el espacio académico dado por la Escuela Superior de Guerra, se espera que este trabajo constituya un aporte para la gestión de la Dirección General Marítima, dependencia interna del Ministerio de Defensa, como Autoridad Marítima Nacional, sobre quien recae la competencia para conocer y fallar los casos de accidentes y siniestros que ocurran en las aguas jurisdiccionales de Colombia.

La disposición de la Ley 2124 de 1954 que al momento de ocurrir un siniestro marítimo, no se iniciará el juicio de la nave o artefacto naval mientras no se haya constituido una garantía suficiente a satisfacción de la Capitanía de Puerto, para responder por los eventuales daños personales, materiales y espaciales del proceso.

La disposición en mención, no ha tenido desarrollo reglamentario, con lo cual se que no exista parámetros claros respecto a aspectos tales como: ¿Qué se considera siniestro? ¿A que parámetros obedece el concepto "a satisfacción de la autoridad marítima"? ¿Qué requisitos debe cumplir dicha "garantía"? ¿Cómo debe ser allegada al proceso de la diligencia por siniestro marítimo? ¿Qué tipo de responsabilidad assume el Club que "da por lo garantido?", entre otros interrogantes.

FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Existen series los parámetros para reglamentar la gestión de las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e Indemnización, cuando otorgan ciertos de garantía dentro de los procesos adelantados por la Autoridad Marítima, con ocasión de un siniestro marítimo que ocurra en aguas jurisdiccionales colombianas?

OBJETIVO GENERAL

Determinar los lineamientos que rigen a las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e indemnización, dentro del marco de la normatividad nacional e internacional, a partir de

los cuales se elaborarán parámetros para ser tenidos en cuenta al momento de reglamentar el tema en el

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y OBJETIVOS

Consagra la legislación Colombiana en el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 que al momento de ocurrir un siniestro marítimo, no se autorizará el zarpe de la nave o artefacto naval mientras no se haya constituido una garantía suficiente, a satisfacción de la Capitanía de Puerto, para responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso.

Indemnización

La disposición en mención, no ha tenido desarrollo reglamentario, conllevando a que no existan parámetros claros respecto a aspectos tales como: ¿Qué se considera suficiente? ¿A qué parámetros obedece el concepto “a satisfacción de la autoridad marítima”?, ¿Qué requisitos debe cumplir dicha garantía?, ¿Cómo debe ser allegada al proceso de investigación por siniestro marítimo?, ¿Qué tipo de responsabilidad asume el Club que otorga la garantía?, entre otros interrogantes.

FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuáles serían los parámetros para reglamentar la gestión de las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e Indemnización, cuando otorgan cartas de garantía dentro de los procesos adelantados por la Autoridad Marítima, con ocasión de un siniestro marítimo que ocurra en aguas jurisdiccionales colombianas?

OBJETIVO GENERAL

Determinar los lineamientos que rigen a las Asociaciones Mutuales y Clubes de Protección e Indemnización, dentro del marco de la normatividad marítima internacional, a partir de

III. JUSTIFICACIÓN

Hoy en día se considera que el transporte marítimo es una actividad vital para el mundo y la economía, muestra de ello es que de acuerdo con las estadísticas se mueven cada año aproximadamente unos 5.400 millones de toneladas, correspondiendo 2.000 a crudo y productos del petróleo, 1.300 a gráneles sólidos y unos 2.100 a otras mercancías.¹

Al respecto cabe destacar que numerosos petroleros navegan en aguas comunitarias sin hacer escala, lo cual supone un volumen –y por tanto un peligro- suplementario, además de que se prevé un aumento continuo del comercio de petroleros en los próximos años debido a la mayor demanda de productos petrolíferos y si bien los grandes petroleros (más de 200.000 toneladas) dominan el mercado del transporte de petróleo crudo, también se utiliza un gran número de buques con un arqueo de 5.000 a 50.000 toneladas, en un mercado del fletamento donde se busca encontrar los petroleros más baratos, aumentando cada vez más la amenaza que estos suponen.²

En 1999 la edad media de la flota mundial de petroleros era de 18 años y el 41% de los buques tenía más de 20 años, sin que sea indudable la correlación general entre la edad de los buques y los accidentes, como así lo demuestran que de los 77 petroleros que naufragaron entre 1992 y 1999, 60 tenían más de 20 años. Con el fin de contrarrestar los riesgos, la Organización Marítima Internacional (OMI) decidió que las embarcaciones de casco simple construidas en 1973 o antes, deberán ser retiradas en el año 2007 y las construidas más recientemente, en el 2015.³

¹ ALAMANCOS PAMPÍ, Luis. PRESTIGE PARTE 4: ¿NUNCA MÁS? [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.WEBLOG.COM.AR>

² Ibid.

³ Ibid.

En consecuencia, es evidente el alto riesgo de accidentes marítimos y en especial aquellos de grande magnitudes, como son los derrames de hidrocarburos, que durante las últimas décadas nos han dejado tristes y lamentables recuerdos. Tampoco podemos pensar que somos ajenos a esta clase de siniestros, nada más el 20 de abril de 2005 el buque tanque "SAETTA" de bandera Malta con 228 metros de eslora, 32 metros de manga y 37.949 de toneladas de registro bruto, zarpó de Cartagena con 311.000 barriles de fuel oil con destino a San Eustaquio en las Antillas Holandesas y durante el tránsito de salida por el Canal Colonial tocó fondo produciéndose un derrame de aguas oleosas, formando una mancha de aproximadamente 7 millas de largo por 200 metros de ancho.

Es un hecho que si bien está lejos de alcanzar la magnitud de siniestros como el Erika o el Prestige, hace reflexionar sobre la claridad y eficacia de las disposiciones colombianas en materia de la caución, cuyo otorgamiento se exige dentro de la investigación que adelanta la Autoridad Marítima, con el fin de cubrir los daños, perjuicios, multas y costas del proceso, ocasionados con el siniestro.

Recordemos que a nivel mundial una forma de disminuir el riesgo existente, es mediante la expedición de normas, así como su control de su cumplimiento, lo que ha permitido en los últimos años reducir drásticamente los accidentes y las consecuencias en pérdidas de vidas y en contaminación.

1.1. SINIESTROS MARÍTIMOS

Un primer tema a tratar de manera previa antes de ingresar al estudio de los Códigos de Protección e Indemnización, es el de los accidentes o siniestros marítimos, que en un inicio fueron denominados como la fortuna de mar, es decir, los sucesos anormales de la navegación, diferentes de las vicisitudes normales del viaje.

1. LOS SINIESTROS MARÍTIMOS Y LAS COBERTURAS DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN

De conformidad con la legislación colombiana, para que pueda zarpar un buque cuyo capitán, oficiales o tripulaciones estén involucrados en la investigación que adelante la Autoridad Marítima por el acaecimiento de un siniestro marítimo en aguas jurisdiccionales, se requiere el otorgamiento de una garantía, para lo cual el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que pueden ser expedidas, entre otras, por asociaciones mutuales o clubes de protección e indemnización.

Lo anterior obliga que antes de abordar el tema de los parámetros para la emisión de la mencionada garantía, se estudie el concepto de siniestro marítimo, el procedimiento aplicable cuando ocurra, las consecuencias del mismo y establecer la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y los clubes de protección. Al respecto, se aclara que se excluyen de este estudio las aseguradoras de casco por corresponder estrictamente a un contrato de seguro, el cual está ampliamente reglamentado.

1.1. SINIESTROS MARÍTIMOS

Un primer tema a tratar de manera previa antes de ingresar al estudio de los Clubes de Protección e Indemnización, es el de los accidentes o siniestros marítimos, que en un inicio fueron denominados como la fortuna de mar, es decir, los fenómenos anormales de la navegación, diferentes de las vicisitudes normales del viaje.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario General*, Espasa Calpe S.A., 1980, 1984, 1988, 1991, 1994, 1997, 2001, 2005.

² DICCIONARIO, *Poligráfica Universitaria*, Editorial Progreso Ltda., Servicio de Bogotá, 1994, p. 1028.

³ DICCIONARIO, *Poligráfica Universitaria*, Editorial Progreso Ltda., Servicio de Bogotá, 1994, p. 7.

Dentro del argot común, el siniestro tiene diversas acepciones de las cuales podemos destacar las siguientes¹: Dicho de una parte o de un sitio: Que está a la mano izquierda; Avieso y malintencionado; Infeliz, funesto o aciago: Daño de cualquier importancia que puede ser indemnizado por una compañía aseguradora; Propensión o inclinación a lo malo; resabio, vicio o dañada costumbre que tiene el hombre o la bestia; En el contrato de seguro, concreción del riesgo cubierto en dicho contrato y que determina el nacimiento de la prestación del asegurador; algo infausto, una desgracia ocasionada por una fuerza natural o la propensión al mal.²

Por su parte, el accidente es definido como una eventualidad, una casualidad o la acción involuntaria en que se hace daño a una persona o cosa³. La Real Academia Española recoge varias definiciones de las cuales cabe destacar las siguientes: Cualidad o estado que aparece en algo, sin que sea parte de su esencia o naturaleza; Suceso eventual que altera el orden regular de las cosas; suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas.⁴

1.1.1. Definición

Realizada una primera aproximación a la noción de siniestro, procedemos a definir el siniestro marítimo desde el punto de vista legal. De conformidad con el artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984, se considera accidente o siniestro marítimo los definidos como tales por la ley, por los tratados y convenios internacionales, estén o no suscritos por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. De manera enunciativa relaciona los siguientes:

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario [online]. España [cited 5 mayo 2005]: Available from Internet: <www.rae.es>

² DICCIONARIO, Pedagógico Universal. Editorial Prolibros Ltda., Santafe de Bogotá, 1994. P.1056.

³ DICCIONARIO, Pedagógico Universal. Editorial Prolibros Ltda., Santafe de Bogotá, 1994. P. 9.

- El naufragio
- El encallamiento
- El abordaje
- La explosión o el incendio de naves o artefactos navales o estructuras o plataformas marinas
- La arribada forzosa
- La contaminación marina, al igual que toda situación que origine un riesgo grave de contaminación marina y,
- Los daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias.

Desde el punto de vista internacional tenemos que la Resolución A.849 (20) del 27 de noviembre de 1997 de la Organización Marítima internacional (OMI), que aprueba el Código para la investigación de siniestros y sucesos marítimos, en el numeral 4 del anexo lo define como el evento que ha tenido como resultado:

- La muerte o lesiones graves de una persona, causadas por las operaciones de un buque o en relación con ellas, o
- La pérdida de una persona que estuviera a bordo, causada por las operaciones de un buque o en relación con ellas, o
- La pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque, o
- Daños materiales graves sufridos por un buque, o
- La varada o avería importante de un buque, o la participación de un buque en un abordaje, o
- Daños materiales graves causados por las operaciones de un buque o en relación con ellas, o
- Daños graves al medio ambiente como resultado de los daños sufridos por uno o varios buques, causados por las operaciones de uno o varios buques o en relación con ellas.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario [online]. España [cited 5 mayo 2005]: Available from Internet: <www.rae.es>

Este código clasifica los siniestros en muy graves y graves, siendo los primeros aquellos que conllevan la pérdida total del buque, la pérdida de vidas humanas o contaminación grave. Igualmente diferencia el siniestro marítimo del suceso marítimo el cual define como el “acaecimiento debido a las operaciones de un buque, o en relación con ellas, a causa del cual el buque o cualquier persona se ve en peligro, o a causa del cual se producen daños graves en el buque, su estructura o el medio ambiente”.

1.1.2. Investigación y Procedimiento

Delimitado el concepto de siniestro marítimo, tenemos que el artículo 27 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que los Capitanes de Puerto son competentes en primera instancia para investigar y fallar los siniestros marítimos que ocurran en aguas jurisdiccionales colombianas, así como de aquellos que, ocurriendo fuera de estas, el primer puerto de recalada es colombiano. La segunda instancia recae en competencia del Director General Marítimo.

La investigación se iniciará de oficio, mediante protesta presentada por el capitán o capitanes de las naves o artefactos navales involucrados en los hechos o por demanda de persona interesada. Para tal efecto, el Capitán de Puerto deberá agotar el procedimiento y dar cumplimiento a las disposiciones consagradas en los capítulos I a IV del título V (artículos 25 a 82) del Decreto Ley 2324 de 1984.

Al respecto cabe destacar que la norma permite la constitución de un Tribunal de Capitanes para asesorar las investigaciones por accidente o siniestro marítimo, aunque en la práctica esta figura no se aplica, acudiendo el Capitán de Puerto a los diferentes medios probatorios permitidos para llegar a la verdad de los hechos y tomar una decisión en derecho, mediante las reglas de la sana crítica. Al respecto cabe aclarar que son admisibles los medios probatorios previstos en la legislación procesal civil, de conformidad a remisión expresa

realizada por el artículo 48 del Decreto Ley 2324 de 1984, con la aclaración de que la etapa probatoria debe ser agotada en su totalidad dentro de la audiencia.

Convocada la primera audiencia mediante el auto de apertura, se procede dentro de esta al reconocimiento de personería a los apoderados de las partes que estén debidamente acreditados y se estudiarán y resolverán las solicitudes de aquellos que sin haber sido notificados del auto de apertura, consideren tener derecho a ser parte. Posteriormente se hace la declaración del estado de hechos y peticiones, se fija la garantía de que trata el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 y se inicia la etapa probatoria.

Una vez concluida la etapa probatoria, el Capitán de Puerto declarará cerrada la investigación, correrá traslado común a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión dentro de los tres días siguientes y procederá a dictar fallo, contra el cual procede recurso de reposición y en subsidio de apelación, y en su defecto, la consulta ante el Director General Marítimo.

1.1.3. Caución

Merece especial atención en el procedimiento establecido para las investigaciones que adelanta la autoridad marítima por los siniestros marítimos bajo su competencia, el artículo 72 que a la letra dice:

ARTICULO 72.- CAUCIÓN: A los buques, naves o artefactos navales cuyos capitanes, oficiales o tripulaciones se encuentren sometidos al proceso de investigación por accidentes o siniestros marítimos, no se les autorizará el zarpe a menos que hayan constituido garantía suficiente, a satisfacción de la Capitanía de Puerto respectiva, para responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso y siempre que los oficiales o tripulantes requeridos para el esclarecimiento

de los hechos hayan asistido a las respectivas diligencias o se hayan desembarcado y puesto a las órdenes del Capitán de Puerto.

PARÁGRAFO: Las anteriores garantías y demás cauciones que puedan solicitar los Capitanes de Puerto podrán ser otorgadas por Aseguradores de casco o Asociaciones o Clubes de Protección e indemnización siempre que previamente hayan acreditado a satisfacción del Director General Marítimo y Portuario su solvencia económica y la constitución de un representante o agente o apoderado permanente en Colombia. (Cursiva fuera de texto. Subraya derogada por la Ley 1 de 1991)

Al respecto tenemos que a la fecha el mencionado artículo no ha sido objeto de reglamentación y su desarrollo corresponde a los parámetros fijados por la Autoridad Marítima, dentro de la aplicación dada a la norma en cada caso concreto, lo cual será objeto de estudio en el próximo capítulo.

1.1.4. Consecuencias de los siniestros marítimos

Analizadas las nociones básicas, es importante entrar a determinar la relevancia de los siniestros marítimos y por qué se requiere otorgar garantías cuantiosas para sufragar las consecuencias que ocasiona.

Durante las últimas décadas hemos observado siniestros como el naufragio del petrolero liberiano "Torrey Canyon", el 18 de marzo de 1967 frente a la costa sur oeste de Gran Bretaña, que causó una marea negra de 300 kilómetros cuadrados al derramar 123.000 toneladas de petróleo, el choque del buque norteamericano "Exxon Valdez" el 24 de marzo de 1989 contra un arrecife, en el estuario de Prince Willian Sound, en Valdez (Alaska), vertiendo al agua 42 millones de litros de petróleo y los más recientes casos del petrolero de bandera maltesa "Erika", que se hundió el 12 de diciembre de 1999 frente a las costas de la

Bretaña francesa, derramando 10.000 toneladas de fuel⁵ o el Prestige, que el 13 de noviembre de 2002 se partió en dos frente a la costa de Galicia (España), derramando una cantidad indeterminada de las 77 000 toneladas de fueloil pesado que cargaba.

Todos estos casos y los que aún quedan por citar (ver anexo A) son prueba fehaciente de que el siniestro de mayor repercusión es la contaminación, no solo por la dificultad de cubrir las cuantiosas sumas que buscan indemnizar los perjuicios causados, sino por la afectación al ecosistema marino, considerándose que en muchos casos será necesario esperar hasta un siglo para recuperar los miles de kilómetros de costa y cientos de especies afectadas.

Antes de entrar en materia sobre la forma como dichos siniestros son cubiertos, es importante recordar que los buques cuentan con los siguientes seguros:

- de casco, por daños en la propia nave
- de mercancía, por pérdidas de la carga
- de avería, por paro temporal y,
- de protección e indemnización, por la responsabilidad del armador frente a terceros.

Cabe aclarar que el último de los enunciados, es en principio el que paga las consecuencias de la contaminación por hidrocarburos, que es el siniestro que mayores daños y perjuicios causa, habida cuenta de los volúmenes transportados y los niveles de contaminación que genera. Este seguro es conocido como Club de P&I, que son mutuales creadas por los armadores para protegerse. Se calcula que hay quince en el mundo, siendo líderes las inglesas UK y Britannia y la noruega Gard.

⁵ NAVEGACIONES NVG. Los efectos de la marea negra del mar Egeo [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.NVG.com>

La cobertura por contaminación por hidrocarburos es de hasta 1.000 millones de dólares, no obstante, el armador limita su responsabilidad en función de unos baremos fijados en el convenio internacional CLC92, que varían según el tonelaje de la nave, donde el mínimo son cuatro millones de dólares por 5.000 toneladas y el máximo, 79 millones por 140.000. Si la indemnización es mayor que el tope particular, se activa el Fondo Internacional, financiado por las petroleras, con un tope de 180 millones (incluido el P&I).⁶

En la materia que es objeto de comentario está vigente en la actualidad una normativa uniforme internacional, constituida en lo esencial por sendos Convenios Internacionales de 1.992, uno sobre “Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos” (CLC 92), y otro sobre “Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños causados por la Contaminación por Hidrocarburos” (FUND92) (ambos en vigor para España desde 06.07.96).

Ambos Convenios son complementarios: el CLC 92 regula la responsabilidad básica de los propietarios de buques tanques y sus aseguradores (Clubes de P&I) por daños por contaminación por hidrocarburos, hasta determinados límites monetarios; por su parte, el FUND 92 establece una indemnización suplementaria a la de los propietarios, a cargo de un Fondo Internacional (IOPC Fund) que se alimenta de contribuciones a cargo de la industria petrolífera. Esta indemnización suplementaria tiene también sus límites monetarios.

El CLC 92 establece que con carácter exclusivo responde el propietario registral del buque tanque, excluyendo la responsabilidad de cualquier otra persona, tales como arrendatarios, fletadores, managers, prácticos o tripulación. Dicho propietario está obligado a tener contratado un seguro o garantía financiera que le cubra, como mínimo, la responsabilidad establecida en el CLC 92, seguro que se exige como requisito para el despacho del buque y

⁶ INGENIERIA CIVIL Y MEDIO AMBIENTE. Análisis económico de los daños del Prestige [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.Miliarium.com>

que usualmente proveen los Clubes de P&I. Los perjudicados tienen acción directa contra el asegurador o Club para exigirle la responsabilidad inicialmente a cargo del propietario.⁷

Después del funesto Prestige, se tomaron diversas medidas a nivel mundial, dentro de la que cabe destacar las dos enmiendas realizadas a la regla 13G del Anexo I -prevención de la contaminación por hidrocarburos- del convenio MARPOL. La primera, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, modificó los valores de Peso Muerto de los petroleros que transportan productos pesados y la segunda, del 27 de abril de 2001, acortó la fecha límite de explotación de los buques afectados por esta regla.

Al respecto cabe recordar que la regla 13G distingue tres categorías de petroleros:

- CATEGORIA 1: petroleros que no cumplen las prescripciones sobre lastre separado (conocidos como petroleros pre-MARPOL), de peso muerto igual o superior a 20.000 toneladas, que transporten petróleo crudo, fuel, aceites pesados (diesel u otros); y petroleros de peso muerto igual o superior a 30.000 toneladas, destinados al transporte de otros hidrocarburos.
- CATEGORIA 2: petroleros de peso muerto igual o superior a 20.000 toneladas, que transporten crudos o aceites pesados, y petroleros de peso muerto igual o superior a 30.000 toneladas destinados a la carga de otros hidrocarburos, que cumplan los requerimientos sobre tanques de lastre separado (petroleros MARPOL).
- CATEGORIA 3: petroleros de peso muerto igual o superior a 5.000 toneladas, pero inferior a los determinados en las categorías anteriores.

⁷ RUIZ SOROS, José María. La responsabilidad civil por daños por contaminación marítima procedente de buques [online]. España [cited 21 abril 2005]; Available from Internet: Boletín Informativo y del Cuaderno Profesional Marítimo N° 390, mayo 2001. <www.ANAVE.com>

La misma regla exige que los petroleros existentes satisfagan lo previsto en la regla 13F aplicable a los petroleros nuevos, incluidas las prescripciones sobre doble casco, o condiciones equivalentes, como máximo 25 años después de su botadura.

Otros accidentes que arrojan grandes pérdidas es el hundimiento de buques, que de acuerdo con la Organización Marítima Internacional⁸, la mayoría de ellos afecta a pequeños cargueros y pesqueros, es decir naves menores a las 100 TRB -toneladas de registro bruto-, es así como la Lloyd's Casualty Returns reporta que en el año 1999 fueron 167 y en el 2000 fueron 190, con una pérdida de 40 vidas humanas y que entre 1995 a 2000 suman 206 muertes. A pesar de ello, la mayor cantidad de pérdida de vidas humanas se concentra en los accidentes de graneleros y buques de pasaje.

Las importantes pérdidas de graneleros entre 1989 y 1994, abrieron paso al capítulo XII del SOLAS sobre "Medidas Adicionales para Graneleros". Respecto a los buques de pasajes cabe destacar casos como el Doña Paz el 20 de diciembre de 1990, que colisionó cerca de Manila dejando 4.386 muertos, o el Herald of Free Enterprise que en 1997 dio una voltereta en Zeebrugge dejando 193 muertos o el tan conocido caso del Estonia, cuyo hundimiento el 28 de septiembre de 1994 dejó 852 muertos.

En la década de los 90's, se calculaba que de los más de 83 mil buques existentes para esa fecha, por lo menos 2.600 eran de pasaje, los cuales transportan en un año un promedio de 4 millones de pasajeros, con unidades cuya capacidad superan los 3.300 pasajeros y 1.100 tripulantes.

⁸ MONTERO, Francisco y PEREZ, Cayetano. Manual Curso Investigaciones de Sinistros Marítimos. Seminario Internacional OMI y ROCRAM, Viña del Mar, 2001. P. 4 y 5.

1.2. ASOCIACIONES MUTUALES Y CLUBES DE PROTECCIÓN

Una vez vista la incidencia de algunos siniestros marítimos y dimensionar la responsabilidad pecuniaria que se deriva de los mismos, la cual es asumida en sumatoria por las denominadas de manera genérica “asociaciones mutuales” es procedente estudiar sus antecedentes y la forma como operan a nivel mundial.

1.2.1. Antecedentes

Según Hazelwood⁹ su origen mediato son los denominados hull clubs, que eran mutualidades que se desarrollaron con la navegación a vela, pero que desaparecieron ante la revolución de la navegación marítima, por cuanto el aumento de tonelaje a flote y el valor de los buques, llevó a los propietarios y armadores a buscar la certidumbre y saber el gasto armatorial, incluyendo el seguro, acudiendo al seguro de prima fija con el fin de evitar la incertidumbre de los resultados negativos.

Las grandes pérdidas en el mercado de los seguros y la guerra de la independencia en Estados Unidos, conllevó a la aparición de dos grandes corporaciones en 1720, la Royal Exchange Assurance y la London Assurance que monopolizaron el mercado, generando ante la necesidad de rebajar los costos de los seguros a la formación de asociaciones de shipowners, conocidos como hull clubs, dando paso a la conformación de sociedades de protección.¹⁰

Los clubes de protección despuntaron en Londres en la mitad del siglo XIX. La primera sociedad de protección fue fundada en 1855 por John Riley y Peter Tindau, bajo el nombre de The Shipowners Mutual Protection Society. Posteriormente surgieron otras,

⁹ HAZELWOOD, P&I Club. En: BLAS SIMONE, Osvaldo. Seguros Marítimos. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002. p. 169.

¹⁰ BLAS SIMONE, Osvaldo. Seguros Marítimos. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002: p. 170.

especialmente en Inglaterra, Noruega, Suecia, Japón y Estados Unidos, adquiriendo gran importancia después de la segunda guerra mundial.¹¹

1.2.2. Asociaciones Mutuales

La mutualidad en el seguro marítimo es una modalidad de seguro practicada en gran escala en Inglaterra, por medio de sociedades, a veces denominadas Clubs, que aseguran buques, fletes y otros bajo la forma de mutualidad.¹²

El primer Through Transit Mutual Club empezó a operar en el verano del 1968 y fue llamado “Through Transit Marine Mutual Assurance Association (Bermuda) Ltd.”. Desde 1976 se denomina “Through Transport Mutual Insurance Association Ltd.”, también conocida como “Club T.T.”, siendo el más importante en esta categoría.

El club TT es un seguro mutualista similar, en muchos aspectos, a los clubs P&I, (Protección e indemnización) excepto que cubre riesgos distintos, está organizado como una sociedad en consonancia con la legislación de Bermudas, país hacia donde ha trasladado su sede principal en 1970, está gestionada por sus miembros, con un activo superior a US \$300m y asegura alrededor de 1,150 operadores portuarios y de terminales en todo el mundo.

El Club TT asegura estos operadores contra sus responsabilidades referentes a la mercancía que originan de transportes terrestres y marítimos, “door to door”, cubren los contenedores y los trailers de los operadores de buque contra pérdida, daño, multas, avería gruesa y contribuciones a salvamentos e integra su cobertura de club P&I asegurando

¹¹ Ibid170-171.

¹² DE GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRIA, Francisco. Tratado de Derecho Marítimo Español, tomo cuarto. Bilbao: Artes Gráficas GRIJELMO. p. 37

responsabilidades de terceros y multas durante el trayecto terrestre del transporte¹³. Además, es un P&I y asegurador de equipos para arrendadores de contenedores, estibadores, operadores de terminales y depósitos, autoridades portuarias, consignatarios y otros operadores de transporte que no sean armadores, como los transportistas.

Es de aclarar que varios de los operadores asegurados con el Club TT no tienen relación con las compañías que operan con buques, algunos operadores de buques también aseguran su mercancía y actividades de transporte. Es así como a través de los años los clubes TT han ido extendiendo y ampliando su cobertura, incluyendo otras personas relacionadas con el transporte de contenedores y la manipulación que necesite protección, es decir está diseñada para cubrir adecuadamente los intereses y las necesidades de seguridad de este tipo de personas.

Respecto a la prima a abonar por cada miembro, ésta se calcula con base en la naturaleza y dimensión de su actividad, su informe individual de demandas y su utilización de los servicios del club. Este sistema de contribución básico se renueva al final de cada período asegurado y puede variar de un miembro a otro según los riesgos asegurados. El porcentaje de contribución es igual para cada miembro y se acuerda por los directores.

Este sistema de contribución es muy parecido al sistema de los clubes P&I, los miembros proporcionan una cuota inicial y, en el caso de no ser suficiente para cubrir las indemnizaciones necesarias, tendrá que abonar una cuota adicional y complementaria. El club intenta no pedir dicha cuota suplementaria a menos que no sea realmente necesario. En primer lugar, el club utiliza sus fondos de reserva, las cuales aumentan con los beneficios obtenidos de las inversiones del club y únicamente cuando no llega suficiente dinero a sus miembros¹⁴

¹³ Aspectos jurídicos de las terminales portuarias [online]. [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.ANAVE.es>

¹⁴ *Ibíd.*

En cuanto el período asegurado se haya cerrado, ya no es posible pedir contribuciones adicionales; este sistema permite a cada miembro conocer el coste final del seguro alrededor de ocho meses después de haber finalizado la póliza. El club intenta proteger a sus miembros de fluctuaciones de contribuciones suplementarias utilizando sus propias reservas y adoptando medidas de reaseguro (el club asegura los excesos de pérdidas).¹⁵

El TT Club ofrece un amplio paquete de coberturas para la responsabilidad en que se pudiera incurrir y el equipo, dirigido a armadores, fletadores y operadores de transporte combinado, tanto transoceánico como de corta distancia y fluvial. El seguro está diseñado para operar conjuntamente con una cobertura de P&I, minimizando la posibilidad de lagunas o solapamiento de coberturas. Muchos operadores portuarios se involucran en otras actividades como transitarios, consignatarios de buques o terminales marítimas, y éstas también pueden asegurarse.

Actualmente la cobertura de los clubes TT se divide en cinco secciones:¹⁶

- Operadores de buque
- Consignatarios y operadores del transporte
- Servicios de manipulación de carga
- Autoridades portuarias
- Arrendadores de equipos

Respecto a la cobertura de servicios de manipulación de carga, tenemos que este seguro incluye terminales marítimos, terminales fluviales, estaciones de contenedores, terminales de servicios para mercancía aérea y operaciones de estiba. Debido a la alta inversión en equipos las posibles responsabilidades a las cuales están expuestas las personas que actúan en una terminal o un depósito de contenedores, este seguro resulta ser indispensable para

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

ellos. Los riesgos estándar para los servicios de manipulación de carga cubiertos por el Club incluyen:

- Responsabilidad por pérdidas y daños a la mercancía.
- Responsabilidad por pérdidas y daños a los equipos y buques de los clientes.
- Responsabilidad por errores y omisiones, incluyendo retrasos y entrega no autorizada.
- Responsabilidad Civil.
- Responsabilidad por contaminación imprevista y fortuita.
- Multas e impuestos.
- Gastos de investigación, defensa y pleitos.
- Gastos de disposición, cuarentena y desinfección.
- Pérdidas y daños a equipos propios o alquilados, incluyendo terrorismo (disponible también por separado).
- Seguro especial a medida.

A parte de estos riesgos, hay la posibilidad adicional de añadir a la cobertura estándar alguna de las siguientes: interrupción del negocio, responsabilidades en calidad de agentes del buque, “fuego legal” otros riesgos a la propiedad, violación de derechos personales (incluyendo calumnia y difamación), responsabilidad por consultas e informaciones y seguro del casco y seguro P & I.

La cobertura del TT Club ofrece protección para inversiones en equipos, ya que la mayoría de las financieras requieren una garantía en forma de seguro ante un préstamo, así como los arrendadores de equipos requieren que los arrendatarios tengan un seguro amplio para la responsabilidad en que pudiera incurrirse y el equipo.

El producto estándar de seguro incluye acceso al programa mundial de peritación de contenedores del TT Club, diseñado para acelerar el procedimiento de las reclamaciones y

facilitar el acceso, a través del Claims Track TM, a una base de datos sobre prevención de pérdidas.

El equipo asegurado puede incluir contenedores, chasis, trailers y equipos de manipulación a bordo de buques, como pudieran ser carretillas elevadoras, tractores de remolque y grúas. Las coberturas ofrecidas son las siguientes: ¹⁷

La cobertura estándar incluye:

- Pérdida y daños al equipo, incluyendo pérdida por riesgos de guerra marítima, riesgos de huelgas, disturbios y actos terroristas
- Avería gruesa y salvamento
- Responsabilidad derivada de errores y omisiones en conexión con la cobertura P&I
- Responsabilidades frente a la carga incurrida por un equipo defectuoso, anterior a o durante el transporte organizado por el embarcador o por el receptor
- Multas impuestas por una autoridad que no estén cubiertas por el seguro de P&I. ej. confiscación del equipo asegurado
- Costes de investigación, defensa y minoración
- Costes de destrucción, cuarentena y desinfección.

La cobertura para Propiedad incluye:

- Edificios
- Diques y Espigones
- Muelles, Atraques y Embarcaderos
- Amarraderos
- Maquinaria

¹⁷ Through Transport Mutual Insurance Association Ltd. Amplio paquete de coberturas [online]. [cited 21 abril 2005]; Available from Internet: <www.ttclub.com>

- Equipo de manipulación
- Locomotoras y vagones (sin propulsión)
- Infraestructura terrestre y ferroviaria
- Contenido

Cobertura adicional:

- Riesgos políticos incluyendo riesgos de guerra en tierra, apresamiento, embargo y requisa de equipo
- Responsabilidad para chasis en USA
- Responsabilidad como transportista al organizar la recepción y entrega final
- Responsabilidad como agentes consignatarios de buques

Cobertura para Operadores de Buques: Cubre el seguro de responsabilidad, equipo y propiedad para operadores de buques¹⁸

La cobertura para puertos y terminales varía en cuanto cada infraestructura está expuesta a distintos riesgos y responsabilidades. Este servicio empezó a ofrecerse en el año 1988, ya que, debido a la creciente responsabilidad de las autoridades portuarias -especialmente en los casos en los cuales ellos mismos disponían de sus propios equipos e infraestructuras- fue una consecuencia de los cambios legales, ambientales y comerciales que habían ocurrido durante los últimos años, siendo estructurada de manera especial y detallada.

La cobertura estándar de riesgos para Autoridades portuarias incluye: ¹⁹

- Responsabilidad por pérdidas y daños a la mercancía y a los equipos y buques de los clientes.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

- Responsabilidad por errores y omisiones incluyendo retrasos y entregas no autorizadas.
- Responsabilidad Civil (incluyendo contaminación imprevista y fortuita).
- Multas e impuestos.
- Gastos de investigación, defensa y pleitos.
- Gastos de disposición, cuarentena y desinfección
- Gastos de remoción de pecios.
- Pérdidas y daños a equipos propios o alquilados, incluyendo terrorismo (disponible también por separado).
- Mantenimiento de canales, boyas y luces.
- Maniobras de práctica.
- Seguro especial a medida.

A parte de estos riesgos, hay la posibilidad adicional de añadir a la cobertura estándar una de las siguientes:²⁰

- Interrupción del negocio (cobertura de los gastos debidos a dicha interrupción).
- “Fuego Legal” (pérdidas y daños causados por fuego, del cual es legalmente responsable el tomador del seguro) y otros riesgos a la propiedad.
- Daños a los muelles.
- Violación de derechos personales (incluyendo calumnia y difamación).
- Responsabilidad por consultas e informaciones.
- Seguro del casco y Seguro P & I.

1.2.3. Clubes de Protección e Indemnización

Estas organizaciones surgieron a principios del siglo XVIII en Inglaterra, como organizaciones de ayuda a los armadores, para quienes las primas del seguro eran

²⁰ Ibid.

demasiado elevadas y la existencia de una gama de riesgos respecto de los cuales era difícil establecer su siniestralidad, así como las responsabilidades pecuniarias que pudieren resultar de los mismos,²¹ razón por la cual decidieron hacerse cargo ellos mismos de los riesgos, es decir, su esencia es la reciprocidad e independencia de aseguradores y accionistas.

Se calcula que hoy en día a nivel mundial existen 25 clubes de protección e indemnización, los cuales están a cargo de los seguros o responsabilidad civil de los barcos, siendo preferidos por los armadores debido a las considerables ventajas que les reporta. Estos sobresalen entre las coberturas marítimas aseguradoras por responsabilidad hacia terceros, en razón a la gran concentración a nivel internacional y el elevado volumen de certificaciones emitidas.

Para un correcto funcionamiento de la industria marítima es esencial contraer un seguro de responsabilidad. Una de las tendencias del Derecho Marítimo es aumentar la responsabilidad de los armadores ya que, por un lado, hay un incremento de responsabilidad extracontractual en cuanto se aplica la responsabilidad estricta y se objetiviza la culpa y, por otro lado, en relación a la responsabilidad contractual, llegar a posibles acuerdos de exoneración es limitado por normas imperativas y, al mismo tiempo, la base de dicha responsabilidad ha aumentado.²²

Los Clubes cubren riesgos tales como: responsabilidad por pérdida de vidas y lesiones personales de tripulantes, pasajeros y terceros, gastos de repatriación de tripulantes, gastos no recuperables, en los casos de salvamento, dentro de las condiciones de póliza de casco el porcentaje no cubierto por abordaje por las pólizas de casco, responsabilidad por daños a objetos fijos o flotantes, responsabilidades contractuales del contrato de remolque, costos de remoción o extracción de restos náufragos, responsabilidad por multas, entre otros.

²¹ BELTRAN MONTIEL, Luis. Curso de derecho de la navegación. Buenos Aires: Editorial ASTREA, sexta reimpresión, 1988. p. 470 y 471.

²² *Ibíd.*

Adicionalmente prestan a los armadores inscritos el asesoramiento legal en todos los puertos del mundo que toque, a través de un representante, incluso dentro de las reclamaciones judiciales interpuestas en contra de la nave.²³

Teniendo en cuenta que son entidades mutualísticas, sin propósito de lucro, sus integrantes deben cumplir la condición de ser los propietarios o armadores de los buques, quienes entran a formar parte del Club recibiendo el carácter de miembro, es decir socio de este, aunque puede extenderse a los fletadores-transportadores del buque.

La inscripción se realiza por cada buque y no la totalidad de la flota que pudiere tener, la cual se formaliza mediante el pago de una contribución (call) básica, calculada en función del tonelaje bruto de la nave inscrita, emitiéndose el correspondiente “certificate of entry”, donde se registran los datos principales, a saber: datos del asegurado, el país y puerto de registro del buque, año, tipo, tonelaje y clase del buque y la nacionalidad de la tripulación.²⁴ Posteriormente, los socios contribuirán con cuotas o calls adicionales, según sea necesario.

Respecto a su naturaleza jurídica, encontramos la corriente de quienes afirman que los Clubes de Protección e Indemnización son mutualidades de seguro integradas por armadores y fletadores, que cubren bajo los riesgos amparados entre sus coberturas, las pérdidas y gastos en los que incurren estos en la explotación y manejo del buque.

Una segunda corriente considera que la actividad de los clubes de protección e indemnización es diferente de las entidades de seguro, efecto para el cual las definen como entidades mutualísticas, sin propósito de lucro, cuyos socios o integrantes son los propietarios o armadores de los buques que motivan el aseguramiento en cuestión. Establecen como aspectos relevantes de su distinción el carácter mutual en su organización

²³ Ibid. p. 470 y 471.

²⁴ BLAS SIMONE, Osvaldo. Op. Cit., p. 172.

societaria y la actividad aseguradora, por los específicos riesgos que asumen sobre los buques de sus socios-asegurados.²⁵

Independientemente de ambas posiciones, es claro que los clubes de protección e indemnización buscan proteger los intereses de armadores y fletadores frente a las reclamaciones de terceras personas provenientes de un contrato o de una disposición legal que les obligue como responsables. De otra parte, como se manifestó al inicio de este acápite, dicho tipo de seguro es inherente a la actividad naviera y se suele complementar con otros como el de mercancías -que cubre el riesgo que sufran las mercancías durante el tránsito marítimo-, el de casco y máquinas que garantiza los daños ocasionados y desembolsos derivados del ámbito del casco del buque y su máquina.

La cobertura de este seguro se divide en dos grandes ramas, la referente a los riesgos de protección y a los riesgos de indemnización. Dentro de los riesgos de protección tenemos los siguientes:

- Riesgos de la tripulación
- Riesgos de la no tripulación
- Responsabilidad por salvamento de vidas
- Colisión o abordaje
- Remolque
- Polución o contaminación
- Remoción de restos
- Cuarentena

Referente a los riesgos de indemnización, cubre:

- Daño de la carga

²⁵ BLAS SIMONE, Oswaldo. Op. cit., p. 171.

- Contribución a la avería gruesa
- Multas

Una de las coberturas más importantes de los clubes de Protección e Indemnización es la de contaminación por hidrocarburos, máxime teniendo en cuenta que el Convenio Internacional de responsabilidad Civil de 1992 que ha sido ratificado ya por 90 países, obliga a los capitanes de los petroleros a presentar el correspondiente seguro antes de tocar puerto, de lo contrario el barco no podrá atracar.

En este caso, se trata de una responsabilidad de riesgos, lo cual significa que el seguro debe responder ante cualquier daño, independientemente de quién sea el culpable de la catástrofe, evitando de esta manera largos procesos judiciales internacionales en los que armadores, capitanes, compañías fletadoras y los países que facilitan las banderas de conveniencia atribuyen la responsabilidad al otro.

No obstante, es importante tener en cuenta que, de conformidad con los convenios vigentes, los P&I Clubs tienen una cantidad límite de pago que en la actualidad asciende a 120 millones de dólares. En caso de grandes catástrofes responde el IOPCF, Fondo Internacional de Compensación por Contaminación de Petróleo, con cantidades que pueden llegar a 270 millones de dólares, cuantía modificada a partir del 1 de noviembre de 2003, en razón a las catastróficas consecuencias de la marea negra ocasionada por el Erika en 1999 a las costas de la Bretaña francesa y el Prestige a las costas españolas y francesas.²⁶

1.2.4. Diferencias con el contrato de seguros

Respecto a las diferencias existentes entre los seguros de protección e indemnización y el contrato de seguro, a continuación se recoge el planteamiento realizado por el doctor Diego

²⁶ Marcus Rohwetter. Marea negra en las profundidades del mar. Caos bajo control [online]. [cited 21 abril 2005]; Available from Internet: www.zeit.de

Ramírez Rodríguez en consulta elevada a la Superintendencia Bancaria,²⁷ donde lo analiza desde tres puntos de vista: las partes, los elementos esenciales y los atributos.

En relación con las partes que intervienen, es decir aquellos que concurren a expresar su voluntad, el contrato de seguro determina:

- El asegurador: la persona jurídica que asume el riesgo y esta debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria para ejercer la actividad.
- El tomador: la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.
- El asegurado: quien se libera del riesgo, y
- El beneficiario: el que percibe la indemnización.

En las mutuales estamos frente a una persona que adquiere la calidad de miembro de una asociación, donde no es viable un asegurado o un beneficiario diferente de este. Adicionalmente, el club mutual no asume el riesgo bajo su responsabilidad patrimonial, sino que hay una asunción colectiva del mismo, mientras que el asegurador podrá ver su patrimonio menguado en el evento de un resultado deficitario.

Los elementos esenciales del contrato de seguro son:

- El intereses asegurable
- El riesgo asegurable
- La prima o precio del seguro, y
- La obligación condicional del asegurador.

Por su parte, en la asociación mutual se da el intereses asegurable, el riesgo asegurable y la obligación condicional del asegurador, no se presenta la prima o precio seguro, por cuanto al no trasladarse el riesgo no existe contraprestación alguna para el asegurador, sino que

²⁷ LLERAS, CAICEDO, SUESCUN Y ASOCIADOS. Oficio No. 0284/93 del 11 de mayo de 1993.

simplemente el aporte de cada miembro alimenta un fondo común que busca afrontar las pérdidas.

3. EL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Por último, en cuanto a los atributos, destaca que de los contemplados en el artículo 1036 del Código de Comercio, no es posible predicar respecto a los clubes de protección e indemnización la solemnidad y perfeccionamiento, por cuanto es meramente consensual y no se requiere la expedición de una póliza, sino la emisión de un certificado de entrada. Asimismo, afirma que tampoco se da el atributo de la aleatoriedad, por cuanto la asunción colectiva del riesgo en la mutual implica que la obligación de reembolso de pérdidas de los miembros sea necesariamente equivalente al monto de los aportes y no como en el contrato de seguro, donde al trasladar el riesgo la prestación de indemnizar a su cargo es incierta.

2.1 NORMATIVIDAD NACIONAL

Las asociaciones mutuales y los clubes de protección e indemnización tienen su origen en el desarrollo legal en Colombia. Como referente de la primera legislación el decreto 1480 de 1983, con un carácter más normativo y de la segunda, la viabilidad de intervenir para el otorgamiento de caución de garantía, sin relación alguna con el transporte marítimo. A continuación, una síntesis de las normas mencionadas.

2.1.1. Decreto Ley 2334 de 1984

En concordancia con lo manifestado en el primer capítulo, el decreto ley 2334 de 1984 por el cual se reorganizó la entonces Dirección General Marítima y Portuaria, contempla en el artículo 72 una caución para permitir el zape de los buques, naves o artefactos navales cuyos capitanes, oficiales o tripulaciones se encuentren sometidos al proceso de investigación por accidentes o siniestros marítimos. La finalidad de la caución es responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso. Teniendo en cuenta las limitaciones del sector asegurador, la disposición contempla la posibilidad de que la

2. EL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Desarrollados los conceptos básicos en el tema de las asociaciones mutuales o los clubes de protección e indemnización, a continuación estudiamos su desarrollo dentro del marco normativo nacional y la posición de las diferentes entidades que, de una u otra manera, tienen competencia en el tema.

2.1 NORMATIVIDAD NACIONAL

Las asociaciones mutuales y los clubes de protección e indemnización tienen un escaso desarrollo legal en Colombia. Como referente de la primera encontramos el decreto 1480 de 1983, con un estrecho marco normativo y de la segunda, la viabilidad de intervenir para el otorgamiento de cartas de garantía, sin relación alguna con el transporte marítimo. A continuación, una síntesis de las normas relacionadas.

2.1.1. Decreto Ley 2324 de 1984

En concordancia con lo manifestado en el primer capítulo, el decreto ley 2324 de 1984 por el cual se reorganizó la entonces Dirección General Marítima y Portuaria, contempla en el artículo 72 una caución para permitir el zarpe de los buques, naves o artefactos navales cuyos capitanes, oficiales o tripulaciones se encuentren sometidos al proceso de investigación por accidentes o siniestros marítimos. La finalidad de la caución es responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso. Teniendo en cuenta las limitaciones del sector asegurador, la disposición contempla la posibilidad de que la

garantía sea otorgada por aseguradores de casco o asociaciones o clubes de protección e indemnización.

Dentro de la experiencia de la Autoridad Marítima tenemos que en la totalidad de investigaciones adelantadas por siniestros marítimos ocurridos en los últimos tres años, las garantías fueron otorgadas por clubes de protección e indemnización (ver anexo B).

2.1.2. Decreto 1480 de 1989

El Decreto 1480 del 7 de julio de 1989 determina la naturaleza, características, constitución, régimen interno, de responsabilidad y sanciones de las asociaciones mutualistas. La norma busca proveer marco jurídico a estas asociaciones, que sea adecuado para su desarrollo, promover la vinculación a estas formas asociativas de economía social y garantizarles el apoyo del Estado.

El artículo 2° define la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social.

El artículo 3° enuncia las características de las asociaciones mutuales así:

1. Que funcione de conformidad con los principios de autonomía, adhesión voluntaria, participación democrática, neutralidad política, religiosa, ideológica y racial, solidaridad, ayuda mutua e integración.
2. Que establezca contribuciones económicas a sus asociados para la prestación de los servicios.

3. Que el patrimonio y el número de asociados sea variable e ilimitado.
4. Que realice permanentemente actividades de educación mutual.
5. Que garantice la igualdad de derechos y obligaciones de los asociados.
6. Que establezca la no devolución de las contribuciones de los asociados y la irrepartibilidad del remanente patrimonial en caso de liquidación.
7. Que su duración sea indefinida.
8. Que promueva la participación e integración con otras entidades que tengan por fin promover el desarrollo integral del hombre.

Dispone el decreto que las asociaciones mutuales se constituirán con un mínimo de 25 personas naturales, por documento privado que se hará constar en acta firmada por todos los asociados fundadores y que el reconocimiento de personería estará a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

El patrimonio de las Asociaciones Mutuales es de carácter irrepartible y está constituido por el fondo social mutual, los fondos y reservas permanentes y los auxilios y donaciones que se reciban con destino al incremento patrimonial. Agrega que el fondo social mutual se constituye e incrementa por las cuotas que estatutariamente se establezcan con destino a este fondo y el valor positivo del resultado social al cierre de cada ejercicio. La responsabilidad de las Asociaciones Mutuales para con terceros se limitará al monto de su patrimonio social.

La administración de las mutuales estará a cargo de la asamblea general, la junta directiva y el representante legal. Estos, al igual que las asociaciones mutuales y los liquidadores, serán responsables por los actos u omisiones que impliquen el incumplimiento de las normas legales y estatutarias y se harán acreedores a las sanciones previstas en la citada norma.

Como último aspecto para destacar, el artículo 43 establece que “Son prestaciones mutuales los servicios que otorguen las Asociaciones Mutuales para la satisfacción de necesidades de los asociados, mediante asistencia médica, farmacéutica, funeraria, subsidios, ahorro y crédito y actividades culturales, educativas, deportivas o turísticas, así como cualquier otra prestación dentro del ámbito de la seguridad social que tenga por fin la promoción y dignificación de la persona humana.”

Al respecto se considera que el decreto limita de manera excesiva el desarrollo de las asociaciones mutuales y las circunscribe al concepto de seguridad social, cuando su esencia y naturaleza le permite tener un campo de desarrollo y aplicación mucho más amplio. Independientemente de lo anterior, es claro que son disposiciones que no serían aplicables a los clubes de protección e indemnización que por algún motivo termine otorgando una carta de garantía un buque de bandera nacional o extranjera que se vea involucrado en un siniestro marítimo.

2.1.3. Decreto 663 de 1993

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contempla en el capítulo XI lo referente a las entidades aseguradoras. Establece en el artículo 38 los aspectos generales y en el 39 la prohibición de ejercer la actividad para personas no autorizadas, que a la letra dice:

ARTICULO 39. PERSONAS NO AUTORIZADAS. Queda prohibido celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerlo con agentes o representantes que trabajen para las mismas.

Las personas naturales o jurídicas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo quedarán sujetas a las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 del presente Estatuto.

En el capítulo XII trata de los intermediarios de seguros, es decir aquellas 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, de conformidad con el artículo 1347 del Código de Comercio. Para el ejercicio de la profesión las sociedades deben estar debidamente inscritas en la Superintendencia Bancaria y tener vigente el certificado expedido por dicho organismo.

Otra clase de intermediarios son los agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de capitalización, que de conformidad con el artículo 41 se definen como las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización.

Por último, el capítulo XIII recoge lo relacionado con los intermediarios de reaseguros, es decir las sociedades comerciales que tengan como objeto social exclusivo el ofrecimiento del contrato de reaseguro y la promoción para su celebración o renovación a título de intermediario entre las entidades aseguradoras y las reaseguradoras, para lo cual requieren la expedición del certificado de inscripción por parte de la Superintendencia Bancaria

2.1.4. Otras disposiciones

Anteriormente disposiciones como el decreto 2451 de 1986 exigían como requisito para tomar una nave en leasing “la carta de intención de una Asociación o Club de Protección e indemnización internacional”, que hubiera cumplido los requisitos del artículo 72 del decreto ley 2324 de 1984, o el decreto 1611 de 1998 que al establecer los requisitos para el transportador no operador de naves incluía en el numeral 2º “Presentar original de las pólizas de cumplimiento de las disposiciones legales sobre marina mercante y de

competencia desleal, expedidas por una compañía de seguros legalmente constituida o establecida en Colombia o certificado de un Club de Protección e indemnización (P&I) con representación en Colombia y debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria”

Igualmente establecía en el artículo 19 como requisitos para obtener la habilitación, que la empresa presentara copia de las póliza u original del certificado de la cobertura para responder por pérdida o avería de la carga, de cumplimiento de las disposiciones legales sobre marina mercante y de competencia desleal y de responsabilidad por la eventual violación a normas sobre contaminación marina, expedidas por una compañía de seguros o un Club de Protección e Indemnización (P&I).

Actualmente la disposición vigente en la materia es el decreto 804 de 2001, que reglamenta el servicio público de transporte marítimo y en su contenido se limita a exigir la constitución de pólizas, sin hacer alusión a quién las puede expedir.

2.2 POSICIÓN DE LAS ENTIDADES COMPETENTES

Vista la escasa legislación existente en relación con las Asociaciones mutuales y los Clubes de Protección e indemnización, analizaremos las diferentes posiciones de las entidades que de una u otra manera tienen competencia sobre el tema, como es el caso de la Autoridad Marítima, la Superintendencia Bancaria y la Corte Constitucional.

2.2.1. Dirección General Marítima

La posición de la Autoridad Marítima Nacional la encontramos recogida en el oficio No. 00539-DIMAR-OFJUR-810 del 5 de febrero de 2002, mediante el cual se emite un concepto a los Capitanes de Puerto en relación con la expedición de la caución que exige la ley para los casos de siniestro marítimo.

Al respecto afirma que las asociaciones mutuales –clubes- son fondos de armadores que aportan voluntariamente, para sufragar el pago de la responsabilidad en que incurran los buques afiliados en cualquier parte del mundo y las indemnizaciones que resulten probadas en procesos judiciales o administrativos y las conciliaciones a que hubiere lugar.

Resalta que la base de su objetivo no es el ánimo de lucro y que ningún club de indemnización y protección puede participar en el territorio colombiano de la actividad aseguradora propiamente dicha por expresa prohibición de la legislación colombiana. Aclara que los clubes no desarrollan la actividad aseguradora propiamente dicha y que no es de su interés competir con las aseguradoras en el mercado nacional, sino que este se circunscribe a ofrecer un seguro mutual, que tiene como finalidad cumplir la responsabilidad civil extracontractual que generen sus buques, dentro del territorio colombiano.

Agrega que la caución debe cumplir dos requisitos a saber: ser suficiente y que se expida a satisfacción del Capitán de Puerto. Respecto al primer requisito considera que al fijarse la cuantía de la carta de garantía, esta debe hacerse considerando los perjuicios materiales y morales que puedan resultar plenamente probados en un proceso civil ordinario.

En relación con el segundo requisito, afirma que el Capitán de Puerto teniendo en cuenta su leal saber y entender, su experiencia, los casos precedentes, las circunstancias que rodearon los hechos y la valoración inicial de los posibles perjuicios, emite un juicio de valor con contenido jurídico, es decir, no existe una tarifa legal, sino la aplicación de un criterio de valoración integral.

Al respecto no hay mayor comentario que hacer, salvo que se comparte la posición en relación con la interpretación dada al artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 y que demuestra la necesidad de reglamentar la materia.

2.2.2. Superintendencia Bancaria

La posición de la Superintendencia Bancaria ha quedado recogida en varios conceptos expedidos entre los años 1995 y 1999 (ver anexo C). El primero de ellos fue el identificado bajo la referencia 94053255-14 a solicitud de consulta elevada por la gerente de la empresa MULTINSPEC LTDA., en relación con la operación en territorio nacional de Through Transport Mutual Insurance Association Ltd., también conocida como “Club T.T.”.

Manifiesta la Superintendencia que de conformidad con el constituyente de 1991, la actividad aseguradora es de interés público y requiere previa autorización estatal para su desarrollo. En ese orden de ideas, las empresas entidades aseguradoras foráneas que pretendan llevar a cabo operaciones con carácter permanente, deberán establecerse en el país y obtener autorización de ésta entidad.²⁸

Agrega, que el TTClub se encuentra constituido como entidad de seguros mutual bajo las leyes de Bermuda, estando autorizado para llevar a cabo negocios de seguros y reaseguros en ese país. Una vez realizado un análisis de las asociaciones mutuales, sus características, así como del contrato de seguro, destaca los siguientes aspectos respecto al TTClub:²⁹

- El pago de la prima es un requisito fundamental para el otorgamiento de la cobertura
- Los asegurados por el club tienen un mecanismo de autoseguro colectivo y con los recursos de éste se cubren las pérdidas de los asegurados, así como los costos de reaseguro y otros egresos
- El fondo que se constituye es propiedad del TTClub, en consecuencia los riesgos son asumidos por dicha persona jurídica, que es la que disminuye sus recursos ante la pérdida que sufra el asegurado

²⁸ Ibíd. p. 14.

²⁸ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto ref. 94053255-14. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 1996.

²⁹ Ibíd. p. 7-11.

- De conformidad con los servicios ofrecidos, este reúne todos los elementos esenciales del contrato de seguro y no constituye la conformación de un fondo para el manejo de los recursos aportados por sus miembros

Por último concluye que “la operación en territorio colombiano del TTClub en su calidad de entidad aseguradora del exterior, a efecto de amparar los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la actividad de los operadores portuarios y sus responsabilidades, está condicionada a la autorización que por razones de interés general imparta la Superintendencia Bancaria”.³⁰

Mediante oficio No. 4051-DIMAR-OFJUR del 6 de septiembre de 1998, la Dirección General Marítima eleva consulta a la Superintendencia Bancaria en relación con los clubes de protección e indemnización, en el sentido de aclarar si su naturaleza es aseguradora o si el hecho de que los socios de los clubes ostenten al mismo tiempo la calidad de asegurado y asegurador llevaría a desvirtuar tal naturaleza.

Al respecto, la Superintendencia en pronunciamiento No. 1998047462-1 reitera lo manifestado en el oficio No. 94053255, aclarando que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla la posibilidad de autorizar a una compañía del exterior para la colocación permanente de sus seguros, sino que prevé la posibilidad de autorizar de manera excepcional y de manera individual a un particular que lo solicite, para contratar un determinado seguro en el exterior cuando concurren razones de interés general que lo amerite.³¹ Agrega que las asociaciones mutuales están reguladas por el decreto 1480 de 1989 y de conformidad con el mismo no es posible afirmar que los clubes de protección e indemnización sean asociaciones de este tipo.³²

³⁰ Ibid. p. 14.

³¹ SUPERINTENENCIA BANCARIA. Concepto ref. 1998047462-1. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogotá, 30 de octubre de 1998.p. 1-2.

³² Ibid. p. 4.

La posición expuesta es aclarada en concepto 1998047462-4, ante solicitud elevada por el doctor Felipe Vallejo García, en el sentido de que la restricción al aseguramiento en el exterior se aplica exclusivamente a los seguros sobre bienes matriculados en el país o ubicados en el territorio colombiano, por cuanto aquellos que no cumplan esa condición pueden ser tomados en el exterior, bajo el régimen legal de cada país de origen y sin necesidad de autorización alguna de esa entidad.³³

Finalmente concluye la Superintendencia que

En consecuencia, carece de competencia para autorizar a barcos de bandera extranjera para contratar seguros o cualquier otra clase de cobertura (carta de garantía) con compañías extranjeras, en primer término, porque sus tomadores no son nacionales, y en segundo lugar porque los bienes asegurados tampoco se encuentran matriculados en nuestro país.

En este mismo sentido, dentro de las funciones atribuidas a esta entidad, no se encuentra la de autorizar a los Clubes de P & I para ejercer su actividad en el país, teniendo en cuenta que se trata de empresas extranjeras, ajenas a nuestra legislación.³⁴

En relación con la posición esgrimida por la Superintendencia Bancaria en sus diferentes conceptos, se considera que es necesario diferenciar actividades de las Asociaciones mutuales como el TTClub, cuya naturaleza es, de una parte, como aseguradora por cuanto ofrece coberturas a usuarios que no necesariamente tienen la calidad de socios, y de otra parte, respecto a los miembros del TTClub respecto de los cuales la naturaleza es similar a la de los P&I Clubs.

Dar el mismo trato a entidades que tienen un grado diferente de responsabilidad, es negarle la posibilidad a los armadores y propietarios de buques de bandera nacional de pertenecer a

³³ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto ref. 1998047462-4. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogotá, 05 de febrero de 1999, p. 2.

futuro a un Club de Protección e Indemnización y deban continuar supeditados a los intermediarios de seguros y reaseguros, para asegurar riesgos que las compañías nacionales están en incapacidad de asumir, además de no tener el interés comercial en razón al escaso mercado, el alto riesgo asegurable y a los costos de un reaseguro para dichas actividades.

2.2.3. Corte Constitucional

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-940 del 15 de octubre de 2003, se pronunció con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 795 de 2003 por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Al respecto cabe aclarar que, si bien es cierto que no se trata de un pronunciamiento específico sobre los seguros mutuales o seguros de protección o indemnización, recoge algunas consideraciones de gran utilidad para el tema abordado.

Respecto de los cargos expuestos por la demandante vamos a referirnos al tercero, donde a su juicio se quebrantan los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 24 y 335 de la Constitución, porque sustraen de la intervención y de la vigilancia del Estado una actividad económica que reúne todos los requisitos o elementos del contrato de seguros cual es la prestación de servicios funerarios o exequiales, el cual solamente puede cumplirse con sujeción a las normas que regulan la actividad aseguradora y desarrollada por personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria.³⁵

De las intervenciones expuestas, cabe destacar la realizada por el representante de la Superintendencia Bancaria³⁶ que afirma que las normas acusadas no pretenden sustraer una actividad aseguradora de la intervención y vigilancia del Estado, como erróneamente lo

³⁴ Ibid. p. 5.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-940 del 15 de octubre de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. P. 5.

afirma el actor, sino mantener tales controles solamente frente a las actividades que constituyen seguro. Agrega que este calificativo no se predica de la prestación de servicios prepagados, como los exequiales, que bien pueden ofrecer sociedades comerciales comunes, en atención a lo ordinario, no especial, de dicha actividad y que mal haría el legislador, por su parte, en trocar la naturaleza de una actividad económica para que ella sólo pueda ser prestada por tal o cual sector, en detrimento de los demás que de ordinario lo prestan.

Por su parte, el delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁷ afirma que la norma demandada no autoriza el ejercicio de actividad aseguradora por personas distintas a las hoy autorizadas por la ley y que la actividad funeraria no puede confundirse con la actividad aseguradora, ya que se presta bajo la modalidad contractual de la prestación de servicios prepagados, cuya naturaleza difiere del contrato de seguro.

La apoderada de la Superintendencia de la Economía Solidaria³⁸ afirma que en oficio SES-OJ-0369-02 de marzo de 2002, había conceptuado que de acuerdo con el desarrollo de la doctrina y los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, dichos servicios de previsión, asistencia y solidaridad, los pueden prestar las entidades solidarias supervigiladas, a través de “fondos mutuales” o “amparos mutuales”, los cuales difieren del contrato de seguros en razón a:

1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos personas distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutua los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.
2. El seguro comercial presupone un contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutua presupone un convenio o

³⁶ Ibid. P. 22.

³⁷ Ibid. P. 23

³⁸ Ibid. p. 24 y 25.

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 mutuo ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (Acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutuo responderá hasta el monto total de dicho fondo.³⁹

Por su parte la Corte al realizar el examen de los cargos de inconstitucionalidad material⁴⁰ recuerda que la Constitución no se ocupa de definir en qué consisten las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que implique la captación de ahorro público a la intervención, vigilancia y control estatales, es decir, es facultad del legislador precisar su sentido y alcance, efecto para el cual puede acudir a diversos criterios como el material, según el cual se podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma jurídica que revista. Otro criterio que podría ser utilizado sería el formal, según el cual la actividad aseguradora es la que se

³⁹ *Ibíd.* p. 24 y 25.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 46 y 47.

desarrolla bajo la forma jurídica del contrato de seguros, o el de la naturaleza orgánica, a partir del cual podría considerar como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente.

Agrega que de acuerdo a la doctrina jurídica, la actividad aseguradora conlleva que esté 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, mientras que 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.⁴¹

De otra parte, la Corte expresa claramente la competencia del Congreso en la materia así:⁴²

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. Empero, si de alguna manera la actividad involucra el manejar, aprovechar o invertir recursos o, se encuentra obligado a someter a la especial tutela estatal la actividad de que se trate, aunque no necesariamente a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria, como corresponde a las compañías de seguros.

Respecto a la naturaleza jurídica de los servicios funerarios,⁴³ la Corte corrobora que el contrato de servicios funerarios sí involucra un factor de aseguramiento, no obstante lo cual el legislador estimó que no constituía actividad aseguradora. A continuación destaca el

⁴¹ Ibid. P. 49.

⁴² Ibid. P. 49.

⁴³ Ibid. P. 53 a 55.

carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros, en donde siempre hay de un lado un sujeto llamado “asegurador” y otro llamado “tomador”, entre quienes se convienen las obligaciones y derechos contractuales y recuerda que los cuatro elementos mencionados en el artículo 1045 del Código de Comercio, tienen carácter esencial, es decir, sin su presencia no puede hablarse de contrato de seguro, sino de otra forma de negocio jurídico.

En relación con las diferencias entre el contrato de seguro funerario o exequial y el contrato de servicios funerarios, aclara que cuando estos últimos son prestados por una cooperativa,⁴⁴ si bien operan sobre bases técnicas similares al contrato de seguros, estos se inspiran, ejecutan e interpretan conforme a los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, ausentes en el contrato de seguros. Constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa.

Si los servicios funerarios son prestados por empresas que no son de carácter solidario,⁴⁵ considera la Corte que no se está en presencia de un contrato de seguros, por cuanto en los servicios funerarios no existe “prima”, pues en ellos la ley habla de cuotas fijadas con antelación cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Adicionalmente la obligación que surge como contraprestación al pago de las “cuotas” consiste en la prestación de un servicio en especie y no en el pago de una indemnización, como es lo propio del contrato de seguros, sin olvidar que el contrato de seguros es siempre aleatorio y el de servicios funerarios no lo es.

Por último, considera 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.⁴⁶

⁴⁴ Ibid. P. 56 y 57.

⁴⁵ Ibid. P. 58.

⁴⁶ Ibid. P. 59.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que para la Corte Constitucional existe una clara diferencia entre el contrato de seguro y un contrato mutual, que puede involucrar un factor de aseguramiento, sin que por ello se le deba atribuir la calidad de actividad aseguradora.

Entiendo en su caso la importancia de la expedición de garantías dentro de las investigaciones que se adelantan por siniestros marítimos, y la poca legislación existente sobre el tema que fije unos parámetros claros para su expedición, se hace necesario reglamentar lo relacionado con las cartas de garantía expedidas por los clubes de protección e indemnización. Se analiza expresamente las Asociaciones mutuales como el TITUB, cuando el asegurado no es miembro del Club.

3.1. Monto.

Se considera que uno de los aspectos más importantes en la expresión "suficiente" que recoge el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 es fijar el monto por el cual se ha de expedir la carta de garantía.

En la actualidad se parte del avalúo inicial de los daños ocasionados profetizado por peritos, más la reclamación realizada por el Capitán del buque, armador, agente marítimo, al práctico o la compañía de prácticas, el propietario o encargado de las instalaciones o plataformas y en general de toda persona que tenga interés en el juicio, porque considera que la decisión puede afectarlo, así como las posibles multas que la Autoridad Marítima pueda imponer.

Estos parámetros son producto de la práctica, pues hasta la fecha no se tiene conocimiento que exista un caso en que el monto fijado en la carta de garantía haya sido insuficiente para cubrir los daños, perjuicios, multas y costas pasados, razón por la cual consideramos que

3. PARÁMETROS PARA ELABORAR UNA PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN

Teniendo en cuenta la importancia de la expedición de garantía dentro de las investigaciones que se adelantan por siniestro marítimo, y la poca legislación existente sobre el tema que fije unas pautas claras para su expedición, se hace necesario reglamentar lo relacionado con las cartas de garantía expedidas por los clubes de protección e indemnización. Se excluye expresamente las Asociaciones mutuales como el TTClub, cuando el asegurado no es miembro del Club.

3.1 Monto

Se considera que uno de los aspectos más importantes en la expresión “suficiente” que recoge el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 es fijar el monto por el cual se ha de expedir la carta de garantía.

En la actualidad se parte del avalúo inicial de los daños ocasionados proferido por peritos, más la reclamación realizada por el Capitán del buque, armador, agente marítimo, el práctico o la compañía de practicaaje, el propietario o encargado de las instalaciones o plataformas y en general de toda persona que tenga interés en el juicio, porque considera que la decisión puede afectarlo, así como las posibles multas que la Autoridad Marítima pueda imponer.

Estos parámetros son producto de la práctica, pues hasta la fecha no se tiene conocimiento que exista un caso en que el monto fijado en la carta de garantía haya sido insuficiente para cubrir los daños, perjuicios, multas y costas causados, razón por la cual consideramos que

se debe acoger los mismos como un criterio orientador dentro de la propuesta de reglamentación.

Otro aspecto por establecer es el término prudencial para el avalúo inicial de los peritos, sin que constituya el dictamen final del mismo, en razón a la urgencia que tiene el armador o propietario de que se autorice el zarpe del buque y evitar sobre costos de operación al estar en puerto.

3.2. Vigencia

Otro aspecto relevante en la expresión “suficiente” es la vigencia de la carta de garantía, en razón al trámite que debe agotar la parte que resulte favorecida con el fallo proferido por la Autoridad Marítima dentro de la investigación administrativa que adelanta por siniestro marítimo, a pesar de tener carácter jurisdiccional.

Antes de abordar el tema, es necesario hacer claridad sobre la naturaleza jurídica de las investigaciones adelantadas por la Autoridad Marítima ante la ocurrencia de un siniestro marítimo. Al respecto encontramos un amplio desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional,⁴⁷ de donde se extractan dos posiciones, aquella que considera que la actuación de la autoridad marítima en esta clase de investigación y el fallo es una actividad jurisdiccional, no administrativa y otra, que considera que estamos frente a juicios policivos civiles.

De los diferentes pronunciamientos, la posición más reiterada⁴⁸ es que en los casos de siniestro marítimo, los Capitanes de Puerto y el Director General Marítimo actúan como verdaderos jueces y en consecuencia sus decisiones no son susceptibles de control ante la

⁴⁷ GUZMAN ESCOBAR, José Vicente. La jurisdicción marítima en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. P. 92 a 142

⁴⁸ *Ibíd.* P. 200 y 201.

jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado hasta el año 2004, fecha de su último pronunciamiento en la materia.

En consecuencia, es procedente recordar que la Constitución Política, al referirse en el título V a la organización del Estado, establece en el artículo 116 el ejercicio excepcional de funciones judiciales en cabeza de autoridades administrativas, en los siguientes términos:

ART: 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. **Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.** Sin embargo no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior, es posible afirmar que los juicios que adelanta la autoridad marítima en caso de siniestros marítimos, hacen parte de la actividad jurisdiccional atribuida a ésta de manera expresa y excepcional en el numeral 5 del artículo 27 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Infortunadamente ha hecho carrera la afirmación de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos del 29 de marzo de 1982 y del 22 de agosto de 1985, respecto de afirmar que las investigaciones y fallos por siniestro marítimo eran juicios policivos civiles. Es así como hoy en día los abogados dedicados al área del derecho marítimo con frecuencia, una

vez obtienen un pronunciamiento a favor por parte de la autoridad marítima, inician un proceso ordinario ante la jurisdicción civil.

Lo anterior conlleva a que mientras no se reconozca claramente el carácter jurisdiccional de los fallos proferidos por la Dirección General Marítima en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley 2324 de 1984, estaremos avocados no solo a una investigación administrativa de aproximadamente tres años en razón al congestionamiento existente, sino a otro tanto para agotar un proceso ordinario y otro de carácter ejecutivo que permita hacer efectivo el pago de los perjuicios causados.

En ese orden de ideas, se reitera la importancia de que la vigencia de la carta de garantía expedida en virtud del artículo 72 del decreto ley 2324 de 1984 sea hasta cuando finalice definitivamente los respectivos procesos ante los diferentes jueces y cortes colombianas, de lo contrario la misma perdería su razón de ser, cual es responder por los daños, perjuicios, multas y costas que se ocasionen.

Independientemente de lo anterior, es importante tener en cuenta que cuando la carta de garantía es expedida por clubes de protección e indemnización, estos en su mayoría la cancelan inmediatamente se da un pronunciamiento debidamente ejecutoriado de la Autoridad Marítima y salvo contados casos, se requiere agotar el procedimiento aquí descrito, pero ello hace necesario fijar un término suficientemente amplio para salvaguardar los intereses de aquellos que se vean afectados por un siniestro marítimo en aguas jurisdiccionales colombianas.

De otra parte, en caso de una conciliación de perjuicios sería viable disminuir el monto de la garantía, más no prescindirse de esta, por cuanto esta también debe responder por las multas y costas que se declaren.

3.3. Cobertura

De conformidad con el artículo 72 del decreto ley 2324 de 1984, la finalidad del otorgamiento de la caución es responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso. La redacción, así como la especialidad de la norma, conlleva a concluir que se trata de lo declarado dentro de la investigación que adelanta la Autoridad Marítima por el acaecimiento del siniestro.

Otra corriente considera que la Autoridad Marítima debe pronunciarse de fondo las relaciones jurídicas que puedan existir entre las partes involucradas en el siniestro, y es así como “si existe un contrato de fletamento, un contrato de remolque, un contrato de pilotaje, etc., no analizan la incidencia que dichos negocios jurídicos pueden tener en la determinación de la responsabilidad de las partes y limitan el estudio sobre la responsabilidad a los actos de navegación”.⁴⁹

Al respecto, consideramos que al ser una competencia excepcional otorgada en virtud del artículo 116 de la Constitución Política, esta debe interpretarse de manera restrictiva y ajustada a lo dicho por la norma, es decir será competencia de la Autoridad Marítima pronunciarse única y exclusivamente respecto a la declaración de culpabilidad, declaración de responsabilidad y avalúo de los daños. Es decir, se encuentra fuera de su competencia el conocer y pronunciarse sobre temas no derivados directamente del siniestro.

En consecuencia, no es viable pretender que la caución del artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 cubra los perjuicios causados por el incumplimiento de los contratos de transporte en razón a la permanencia del buque en puerto mientras se recepcionaban las declaraciones y se otorgaba la garantía para poder continuar su itinerario; o aspirar que se impute a ésta el pago de las multas impuestas por la autoridad ambiental dentro de la investigación de su competencia.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 220.

En ese orden de ideas, se recomienda que el proyecto de reglamentación señale de manera expresa la cobertura de la garantía exigida para permitir el zarpe de la nave, de conformidad con la competencia que sobre la materia tiene la Dirección General Marítima.

3.4. Forma expedición

Teniendo en cuenta que el Decreto Ley 2324 de 1984 no adopta formalidad alguna para la expedición de la garantía de que trata el artículo 72, la Autoridad Marítima en aras de la celeridad y eficiencia que exige el transporte marítimo, ha venido aceptando dentro de las investigaciones adelantadas por siniestro marítimo, la expedición de cartas de garantía vía fax, en razón a que los clubes de protección se encuentran en su mayoría en Europa o Estados Unidos, lo que conlleva a que si se exigiera el original se retardaría el buque en puerto por lo menos una semana, en el mejor de los casos.

Consciente de la necesidad de que una vez se lleve a cabo la respectiva inspección del buque por parte de los peritos designados y adelantadas las diligencias de declaración como lo establece el artículo en mención, es prioritario para la empresa naviera que el buque pueda continuar su itinerario con el fin de dar cumplimiento a los diversos contratos de transporte celebrados y evitar perjuicios adicionales a los ocasionados por el siniestro.

De todos modos, se considera necesario tener certeza sobre la validez de la carta de garantía expedida, razón por la cual se podría pensar en que se establezca de manera expresa su aceptación vía a fax, con el respectivo trámite de autenticación de la firma de quien suscribe la carta, en calidad de representante del Club de Protección e Indemnización, de conformidad con las normas del país donde se encuentre registrado el mismo.

Igualmente se podría incluir dentro de la propuesta de reglamentación, que aunque la carta de garantía sea expedida en el extranjero, se extienda igualmente en idioma castellano, para

evitar imprecisiones al momento de su traducción que afecten a las partes en la investigación. Otro aspecto por reglamentar en relación con la expedición de la carta de garantía es definir un plazo razonable para que quien la otorga, allegue el original a la investigación.

De otra parte, se considera que no es viable exigir la aplicación de los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil, relacionados con los documentos otorgados en el extranjero o en idioma extranjero, por cuanto no estamos frente a una prueba, sino de una carta de garantía para que el buque involucrado en la investigación pueda zarpar. Los artículos en cita dicen:

ARTICULO 259. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 118. Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano.

ARTICULO 260. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 119. Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente.

3.5. Representación

De conformidad con el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 la garantía podrá ser otorgada entre otros, por Clubes de Protección e Indemnización, caso en el cual deben previamente haber acreditado a satisfacción del Director General Marítimo su solvencia económica y la constitución de un representante o agente o apoderado permanente en Colombia.

La norma habla de tres categorías diferentes. En relación con la representación tenemos que la persona jurídica extranjera, que de manera transitoria, ocasional o permanente, pretenda desarrollar negocios en Colombia, debe constituir un apoderado que la represente para todas las actividades por realizar y, si carece de él, dicha representación la tiene el director de la oficina o sucursal.⁵⁰

En el caso de los Clubes de Protección e Indemnización tenemos que estos no ejercen su actividad en Colombia, sino que expiden una carta de garantía que se rige por las leyes propias de su país. Incluso, como se dijo anteriormente, tienen la prohibición de ejercer la actividad aseguradora en el país, y tampoco es de su interés.

Respecto de la agencia, la consagra el artículo 1317 del Código de Comercio como el contrato por el cual un “comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”.

Los Clubes de Protección e Indemnización tampoco están interesados en ejercer una actividad comercial en Colombia, pues como lo expresó la Superintendencia Bancaria no lo

podrían hacer, ya que su actividad conlleva el factor asegurador y de otra parte, no es su interés ofrecer coberturas, salvo a sus socios.

Por su parte, el apoderado es la persona que recibe o se encarga de realizar la gestión encomendada en el contrato de mandato judicial, es decir, representa al poderdante en uno o varios procesos o en una actuación o trámite determinado, a quien confiere el poder.⁵¹ En este caso, igualmente tenemos que el Club de Protección e Indemnización no se constituye en parte dentro de la investigación que se adelanta por el siniestro marítimo, sino que otorga la garantía requerida dentro del mismo, por tanto no necesita de un apoderado.

Consideramos que la norma no puede ser entendida de manera exegética y restrictiva, sino dentro del contexto de la normatividad colombiana, en especial el Estatuto Financiero, así como de los pronunciamientos de las Altas Cortes, concluyéndose que aunque se entienda que la actividad de los Clubes de Protección e Indemnización se entienda como aseguradora, no la podría ejercer en el territorio y por consiguiente no es razonable exigirles un representante permanente para actuar válidamente, cuando no lo va a hacer.

En ese orden de ideas, se acoge la posición de la Dirección General Marítima, en el sentido de exigir un corresponsal permanente en Colombia y se certifique su identidad. Se considera importante incluir en la reglamentación la obligación de que estos se acrediten previamente ante la Autoridad Marítima, para efectos de que el trámite se facilite cuando otorguen la respectiva carta de garantía.

El reconocimiento de los corresponsales de los Clubes de Protección e Indemnización, para los efectos dispuestos en el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984, lo viene realizando la Dirección General Marítima mediante acto administrativo una vez examinados los estados financieros, con la obligación de actualizar anualmente la información, so pena de

⁵⁰ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso – Tomo I. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., 2002. p. 250

⁵¹ *Ibíd.* p. 269.

declarar la pérdida de fuerza ejecutoria, en virtud del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

La ocurrencia de un siniestro marítimo en aguas jurisdiccionales colombianas conlleva el inicio de una investigación por parte de la Dirección General Marítima, quien en calidad de Autoridad Marítima Nacional declara la culpabilidad y responsabilidad, así como el avalúo de los daños causados.

Consciente de las consecuencias que puede conllevar un siniestro marítimo, en especial cuando se produce derrame de hidrocarburos, la legislación colombiana establece que para que pueda zarpar un buque cuyo capitán, oficiales o tripulaciones estén involucrados en la investigación que se adelanta por ese motivo, se requiere el otorgamiento de una garantía, para lo cual el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que pueden ser expedidas, entre otras, por asociaciones marítimas o clubes de protección e indemnización.

La mutualidad es el seguro marítimo surgido en Inglaterra a principios del siglo XVIII como organizaciones de ayuda a los armadores, para quienes las primas del seguro eran demasiado elevadas y decidieron hacerse cargo ellos mismos de los riesgos, es decir, su esencia es la reciprocidad e independencia de aseguradores y asegurados.

Una de las tendencias del Derecho marítimo es la de aumentar la responsabilidad de los armadores en razón al incremento de responsabilidad extracontractual en cuanto se aplica la responsabilidad estricta y la limitada posibilidad de acuerdos de exoneración en la responsabilidad contractual.

Los Clubes de Protección e Indemnización buscan proteger los intereses de armadores y fletadores frente a las reclamaciones de terceros provenientes de un contrato o de una

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

La ocurrencia de un siniestro marítimo en aguas jurisdiccionales colombianas conlleva el inicio de una investigación por parte de la Dirección General Marítima, quien en calidad de Autoridad Marítima Nacional declara la culpabilidad y responsabilidad, así como el avalúo de los daños causados.

Consciente de las consecuencias que puede conllevar un siniestro marítimo, en especial cuando se produce derrame de hidrocarburos, la legislación colombiana establece que para que pueda zarpar un buque cuyo capitán, oficiales o tripulaciones estén involucrados en la investigación que se adelante por ese motivo, se requiere el otorgamiento de una garantía, para lo cual el artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que pueden ser expedidas, entre otras, por asociaciones mutuales o clubes de protección e indemnización.

La mutualidad en el seguro marítimo surgió en Inglaterra a principios del siglo XVIII como organizaciones de ayuda a los armadores, para quienes las primas del seguro eran demasiado elevadas y decidieron hacerse cargo ellos mismos de los riesgos, es decir, su esencia es la reciprocidad e independencia de aseguradores y accionistas.

Una de las tendencias del Derecho marítimo es la de aumentar la responsabilidad de los armadores en razón al incremento de responsabilidad extracontractual en cuanto se aplica la responsabilidad estricta y la limitada posibilidad de acuerdos de exoneración en la responsabilidad contractual.

Los Clubes de Protección e Indemnización buscan proteger los intereses de armadores y fletadores frente a las reclamaciones de terceros provenientes de un contrato o de una

disposición legal que lo obligue y la cual se complementa con otros seguros como el de mercancías, el de casco y el de maquinaria.

Una de las coberturas más importantes amparada por los Clubes de Protección e Indemnización es la contaminación por hidrocarburos, la cual tiene el carácter de responsabilidad de riesgos, que significa que el seguro debe responder ante cualquier daño, independientemente de quien sea el culpable de la catástrofe, evitando de esta manera largos procesos judiciales internacionales.

Respecto a las diferencias existentes entre los seguros de protección e indemnización y el contrato de seguro, tenemos que en las mutuales no es viable un asegurado o un beneficiario diferente a este; el club mutual no asume el riesgo bajo su responsabilidad patrimonial, por consiguiente no se puede predicar el atributo de la aleatoriedad y no se presenta la prima o precio seguro.

Las asociaciones mutuales y los clubes de protección e indemnización tienen escaso desarrollo legal en Colombia, que amerita una reglamentación. De otra parte, las posiciones de las entidades que de una u otra manera tienen competencia sobre el tema, si bien contienen grandes aportes, no se han concretado en una propuesta de reglamentación tendiente a dar la claridad requerida y hacer más expedito el otorgamiento y aprobación de las cartas de garantía dentro de las investigaciones que adelanta la Autoridad Marítima.

La Autoridad Marítima Nacional considera que las asociaciones mutuales -clubes- son fondos de armadores que aportan voluntariamente, para sufragar el pago de la responsabilidad en que incurran los buques afiliados en cualquier parte del mundo y las indemnizaciones que resulten probadas en procesos judiciales o administrativos y las conciliaciones a que hubiere lugar. Su objetivo no es el ánimo de lucro y ningún Club de Indemnización y Protección puede participar en el territorio colombiano de la actividad aseguradora propiamente dicha, por expresa prohibición de la legislación colombiana.

La Superintendencia Bancaria considera que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla la posibilidad de autorizar a una compañía del exterior para la colocación permanente de sus seguros, sino prevé la posibilidad de autorizar a un particular de manera excepcional e individual, a contratar un determinado seguro en el exterior cuando concurren razones de interés general que lo amerite.

Las cartas de garantía dentro de las investigaciones adelantadas por siniestros marítimos ocasionados por buques de bandera extranjera, en aguas jurisdiccionales colombianas, pueden ser tomadas en el exterior, bajo el régimen legal de cada país de origen y sin necesidad de autorización alguna de la Superintendencia Bancaria.

La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que existe una clara diferencia entre el contrato de seguro y el mutual, que puede involucrar un factor de aseguramiento, sin que por ello participe en la actividad aseguradora.

Por último, se sugiere que teniendo en cuenta la importancia de la expedición de la garantía dentro de las investigaciones por siniestro marítimo, y la escasa legislación existente sobre el tema que fije unas pautas claras para su expedición, se hace necesario reglamentar aspectos como el monto, la vigencia, la cobertura y la forma de expedición de las mismas, así como la representación de los Clubes de Protección e Indemnización, con el fin de que su otorgamiento sea expedito y eficaz al momento de responder por los daños, perjuicios, multas y costas.

INGENIERÍA CIVIL Y MEDIO AMBIENTE. Análisis económico de los daños del Puertigot [online]. España [cited 21 abril 2005]. Available from Internet: <www.Miliarum.com>

BIBLIOGRAFÍA

ANAVE. Aspectos jurídicos de las terminales portuarias [online]. [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.ANAVE.es>

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso, Tomo I. Bogota: Editorial TEMIS S.A., 2002. Internet: <www.zen.de>

BELTRAN MONTIEL, Luis. Curso de derecho de la navegación. Buenos Aires: Editorial ASTREA, sexta reimpresión, 1988. OMI y ROGRAM. Vías del Mar, 2001.

BLAS SIMONE, Osvaldo. Seguros Marítimos. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002. [cited 21 abril 2005]. Available from Internet: <www.NVG.com>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-940 del 15 de octubre de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. [online]. España [cited 5 mayo 2005]. Available from Internet: <www.rac.es>

DE GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRIA, Francisco. Tratado de Derecho Marítimo Español, tomo cuarto. Bilbao: Artes Graficas GRIJELMO, 1941. [online]. España [cited 21 abril 2005]. Available from Internet: <www.legislativa.com>

DICCIONARIO, Pedagógico Universal. Editorial Prolibros Ltda., Santafe de Bogotá, 1994. <www.ANAVE.com>

GUZMAN ESCOBAR, José Vicente. La jurisdicción marítima en Colombia. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2002. Concepto ref. 94053255-14. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 1996.

HAZELWOOD, P&I Club. En: BLAS SIMONE, Osvaldo. Seguros Marítimos. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002. ARIA Concepto ref. 1998047462-1. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 30 de octubre de 1998.

INGENIERIA CIVIL Y MEDIO AMBIENTE. Análisis económico de los daños del Prestige [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.Miliarium.com>

LLERAS, CAICEDO, SUESCUN Y ASOCIADOS. Oficio No. 0284/93 del 11 de mayo de 1993.

MARCUS ROHWETTER. Marea negra en las profundidades del mar. Caos bajo control [online]. [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.zeit.de>

MONTERO, Francisco y PEREZ, Cayetano. Manual Curso Investigaciones de Sinistros Marítimos. Seminario Internacional OMI y ROCRAM, Viña del Mar, 2001.

NAVEGACIONES NVG. Los efectos de la marea negra del mar Egeo [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.NVG.com>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario [online]. España [cited 5 mayo 2005]: Available from Internet: <www.rae.es>

RUIZ SOROS, José María. La responsabilidad civil por daños por contaminación marítima procedente de buques [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: Boletín Informativo y del Cuaderno Profesional Marítimo N° 390, mayo 2001. <www.ANAVE.com>

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto ref. 94053255-14. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 1996.

SUPERINTENENCIA BANCARIA. Concepto ref. 1998047462-1. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 30 de octubre de 1998.

ANEXO A

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto ref. 1998047462-4. 115 consultas. 39 respuesta final. Bogota, 05 de febrero de 1999.

THROUGH TRANSPORT MUTUAL INSURANCE ASSOCIATION LTD. Amplio paquete de coberturas [online]. [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.ttclub.com>

21 agosto 1972. La colisión de dos petroeros libaneses, el "Lafayette" y el "Domingo González", en el estrecho de Sudán, provocó el derrame de 100.000 toneladas de crudo.

7 junio 1975. El petroero japonés "Ehawa Niwa" se hundió a 500 metros de profundidad en el estrecho de Malaca, en el océano Índico, vertiendo 100.000 toneladas de petróleo.

14 enero 1976. El buque francés "Dampyr Brevoy", con una carga de 250.000 toneladas de petróleo, se partió en dos frente a la costa norte de Quebec, en Francia. Se necesitaron tres meses para limpiar la costa.

12 mayo 1976. Cien mil toneladas de crudo se derramaron frente a las costas de La Coruña al hundirse el súper petroero español "Uguita", tras chocar de forma colisoria, probablemente a consecuencia de una fuga.

16 marzo 1978. El petroero de bandera libanesa "Amoco Cedar" naufragó en las costas de la Florida después de derramar 223.000 toneladas de crudo que contaminaron 160 kilómetros cuadrados de las playas de la zona.

ANEXO A:

PRINCIPALES SINIESTROS MARÍTIMOS A NIVEL MUNDIAL POR CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS¹

18 marzo 1967. El naufragio del petrolero liberiano "Torrey Canyon", frente a la costa sur oeste de Gran Bretaña (Islas Scilly), causó una marea negra de 300 kilómetros cuadrados al derramar 123.000 toneladas de petróleo.

21 agosto 1972. La colisión de dos petroleros liberianos, el "Taxanita" y el "Oswego Guardian", en el litoral de Sudáfrica, provocó el derrame de 100.000 toneladas de crudo.

7 junio 1975. El petrolero japonés "Showa Maru" en singladura a Singapur naufragó en el estrecho de Malaca, en el océano Indico, vertiendo 237.000 toneladas de petróleo.

24 enero 1976. El buque francés "Olimpyc Braveary", con una carga de 250.000 toneladas de petróleo, se partió en dos frente a la costa norte de Quessant, en Francia. Se necesitaron tres meses para limpiar la costa.

12 mayo 1976. Cien mil toneladas de crudo se derramaron frente a las costas de La Coruña al incendiarse el súper petrolero español "Urquiola", tras encallar de forma misteriosa, probablemente a consecuencia de una laja.

16 marzo 1978. El petrolero de bandera liberiana "Amoco Cádiz" naufragó en las costas de la Bretaña francesa, derramando 223.000 toneladas de crudo, que contaminaron 360 kilómetros cuadrados de las playas galas.

¹ NAVEGACIONES NVG. Los efectos de la marea negra del mar Egeo [online]. España [cited 21 abril 2005]: Available from Internet: <www.NVG.com>

3 junio 1979. El buque plataforma mexicano "Ixtoc One" se rompió en la bahía de Campeche (México) y vertió al mar 420.000 toneladas de crudo. La enorme marea negra afectó durante más de un año las costas de un área de más de 1.600 kilómetros cuadrados.

5 agosto 1983. El naufragio del petrolero español "Castillo de Bellver" frente al cabo de Buena Esperanza, en la costa sudafricana, causó el vertido al mar de 250.000 toneladas de crudo, que provocaron una mancha de más de 40 kilómetros cuadrados. Tres de sus tripulantes murieron.

1 febrero 1989. El rompehielos argentino "Bahía del Paraíso" se estrelló contra un arrecife en la Antártida dejando una enorme marea negra, que según Greenpeace tendrán que pasar cien años para que ésta desaparezca en su totalidad.

24 marzo 1989. El buque norteamericano "Exxon Valdez" chocó contra un arrecife, en el estuario de Prince William Sound, en Valdez (Alaska) y vertió al agua 42 millones de litros de petróleo, causando una marea negra de 250 kilómetros cuadrados, en el mayor desastre ecológico de la historia de EEUU.

8 junio 1990. Dos buques -el "Spring Falcon" y el "Maya 8", liberiano y panameño, respectivamente- colisionaron en el golfo de Bohai, frente a las costas de Dalian (China) y provocaron una mancha de petróleo de 70 kilómetros de longitud por 18 de ancho.

25 enero 1991. Irak arrojó al golfo Pérsico unos 11 millones de barriles de crudo de los pozos de Kuwait para dificultar el desembarco aliado, causando el mayor desastre ecológico de la historia. La mancha de petróleo, de 100 kilómetros de largo por 32 de ancho, provocaron unos daños de los que, según los expertos, el Golfo podría tardar dos siglos en recuperarse.

3 diciembre 1992. El buque griego "Mar Egeo" encalló frente a la Torre de Hércules en La Coruña cuando transportaba 79.300 toneladas de crudo. La marea negra, de unos 50 kilómetros cuadrados, comenzó a invadir las rías de Ferrol, Ares y Betanzos.

20 enero 1993. El súper petrolero danés "Maersk Navigator", con unas 255.000 toneladas de crudo, chocó contra el japonés "Sanko Honor", con 96.000 toneladas, frente a la isla indonesia de Sumatra. La marea negra, de 56 kilómetros cuadrados, afectó a uno de los depósitos de coral y vida marina más ricos del mundo.

18 agosto 1993. Un submarino francés de propulsión nuclear y un petrolero de la misma nacionalidad colisionaron en el golfo de Fos-sur-Mer, en la costa mediterránea gala, y unas 2.800 toneladas de hidrocarburos se derramaron en el mar.

10 octubre 1993. Un petrolero griego vertió 800 toneladas de crudo en el puerto heleno de Pilos y causó una mancha de petróleo de unos siete kilómetros de largo y más de 300 de ancho.

24 enero 1994. El petrolero maltés "Cosmas" explotó en el mar de China, a 530 kilómetros al sureste de Hong Kong, cuando transportaba 23.000 toneladas de crudo. Nueve tripulantes del barco murieron en el accidente.

5 marzo 1994. Unos 500.000 litros de gasóleo llegaron a las costas de la turística localidad de Pattaya (sureste de Tailandia) al colisionar un petrolero propiedad de Esso y un buque de bandera panameña.

13 marzo 1994. El petrolero "Nassia", con 98.000 toneladas de crudo, y un carguero, ambos chipriotas, se incendiaron tras chocar en el Estrecho del Bósforo, en las cercanías de Estambul, y contaminaron sus aguas. La colisión causó al menos 36 muertos.

25 junio 1994. La corrosión del petrolero español Castillo de Bellver, que naufragó en 1983 en las costas sudafricanas, provocó un nuevo escape en el buque que aún contenía más de 100.000 litros de crudo en su interior y provocó el mayor siniestro ecológico conocido en Sudáfrica.

29 de marzo de 1991. Cerca de 1.900 toneladas de petróleo fueron vertidas al mar

25 octubre 1994. La rotura de un oleoducto en la república autónoma de Komi, norte de Rusia, el agosto anterior -accidente ocultado hasta la fecha-, causó una catástrofe ecológica de grandes dimensiones, al derramar entre 200.000 y 300.000 toneladas de petróleo sobre los campos de Usinsk y los ríos Usa y Kolva.

12 marzo 1995. Una marea negra (30.000 litros de fuel oil) de más de 20 kilómetros de longitud contaminó las aguas del Danubio a su paso por la Baja Baviera, debido al accidente del petrolero holandés "Patric".

un agujero de 6 metros por 2, causado por el choque del navío francés, "St. Jacques II".

15 febrero 1996. El petrolero de bandera liberiana "Sea Empress" embarrancó en la costa suroeste de Gales, derramando 70.000 toneladas de crudo. El Gobierno británico decretó el estado de emergencia.

2 de enero 1997. Un fuerte temporal hizo naufragar a unos 160 kilómetros de las costas de la isla nipona de Oki, en el Mar del Japón, al petrolero ruso "Najodka", cargado con 19.000 toneladas de crudo, que formaron una mancha de petróleo de unos 1.800 metros de largo y de entre 100 y 500 de ancho. Uno de los 32 tripulantes del buque murió en el accidente.

12 diciembre 1999. El petrolero de bandera maltesa "Erika" se hundió frente a las costas de la Bretaña francesa y derrama unas 10.000 toneladas de fuel. En total unos 400 kilómetros de costa resultaron contaminados y unas 13.000 aves murieron.

29 diciembre 1999. Un petrolero de bandera rusa se parte en dos frente a las costas de Estambul con unas 4.000 toneladas de crudo en sus depósitos

17 de enero de 2001. El buque "Jessica" encalló en la bahía "Naufragios" de la Isla San Cristobal, en las Galápagos, con 240.000 galones (unos 900.000 litros) de combustible a bordo y vertió al mar gran parte de su carga.

JURISDICCIONALES COLOMBIANAS 2003 A LA FECHA*

29 de marzo de 2001. Cerca de 1. 900 toneladas de petróleo fueron vertidos al mar en el sureste de Dinamarca tras producirse una colisión entre un petrolero de las Islas Marshall que transportaba 30. 000 toneladas de crudo y un carguero con pabellón maltés. Se trata de uno de los mayores casos de contaminación marina registrados en aguas danesas.

23 de abril de 2001. Unas 110 toneladas de petróleo se derramaron en el Canal de la Mancha a menos de dos kilómetros al norte de Douvres, tras la colisión entre un pesquero francés y un petrolero maltés. El derrame se produjo como consecuencia de un agujero de 6 metros por 2 causado por el choque del navío francés, "St Jacques II", contra el casco del petrolero "Gudermes", que navegaba con rumbo a África.

ANEXO B:

**SINIESTROS MARÍTIMOS EN AGUAS
JURISDICCIONALES COLOMBIANAS 2003 A LA FECHA²**

The table is a large grid with approximately 10 columns and 20 rows. The content is extremely faint and illegible. It appears to be a data table with various categories and numerical values.

GRUPO LEGAL MARITIMO
BOGOTÁ, COLOMBIA

² DIRECCION GENERAL MARITIMA. Grupo Legal Marítimo. Abril 30 de 2005.

**GRUPO LEGAL MARITIMO
INFORME GARANTIA DE POLIZAS**

ECHA INICI INVESTIG.	CP	CLASE SINIESTRO	NOMBRE MOTO NAVE	NACIONALIDAD	CUANTIA	COMPANIA
	CP1		SHAULA	PANAMA		NORTH OF ENGLAND P&I
FEB.17/02	CP1	COLISION	MADELEINE		40000	SAMPO MARINE
ENE.27/04	CP1	ENCALLAMIENTO	HIDALGO	LIBERIA	10000	
SEP.9/04	CP2	HOMBRE AL AGUA	KAPITAN PASTUSHENKO	UCRANIA	100000	P&I BRITISH MARINE LUXEMBOURG S.A
	CP3		ORHAN DEVAL	TURQUIA	15000	THE UNITED KINGDOM MUTUAL STEAMSHIP ASSURANCE ASSOCIATION LIMITED
JUN.26/03	CP3	ENCALLAMIENTO	PANTOKRATOR	BERMUDA	190612	NORTH OF ENGLAND P&I
DIC.21/03	CP3	ENCALLAMIENTO	CALA PANAMA	ANTIGUA & BERMUDA	350000	GARD SERVICES AS P&I
DIC.9/04	CP3	VARADURA	CLIPPER LANCELOT	BAHAMAS	152000	NORTH OF ENGLAND
AGO.4/03	CP4	COLISION	ALMA ATA	TURQUIA	3000000	THE STANDART STEAMSHIP OWNERS PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION LTD
FEB.11/02	CP5	ARRIBADA FORZOSA	DESTINY	PANAMA	20000	AQUAMAR PANDI SERVICES LTDA
MAR.11/05	CP5	ENCALLAMIENTO	CHEMBULK NEW ORLEANS	SINGAPUR	10000	THE JAPAN SHIP OWNWERS MUTUAL PROTECTION & INDEMNITY ASSOCIATION
SEP.22/02	CP7	ENCALLAMIENTO	KORA			
JUN.26/02	CP12	ENCALLAMIENTO	SULTAN			P&I ASEGURADORA DO ATLANTICO S.A.R.L.
NOV.8/99	CP14	ENCALLAMIENTO	SINGAPORE ACE	PANAMA		THE STANDARD STEAMSHIP OWERS PROTECCION AND INDEMNITY ASSOCIATION LTD
FEB.1/03	CP14	ARRIBADA FORZOSA	SEABORD EXPLORER II		6000	NORTH ENGLAND P&I
OCT.11/02	CP14	COLISION	NISIOTISA	PANAMA	30000	
NOV.18/04	CP14	ENCALLAMIENTO	JASSAY	BOLIVIA		

ANEXO C:

Superintendencia Bancaria
San José de Bogotá D.C.

PRONUNCIAMIENTOS SUPERINTENDENCIA BANCARIA

3100

Destinatario
ALICIA GAST PINEDA
Cargo
MULTINSPEC LTDA.
Carrera 9 No. 74-05 oficina 405
Ciudad

Referencia 94080225-14
115 Consultas
10 Respuestas
Sin anexos

Estimada señora:

Con respecto a nuestra oficio 94080225-14 del 10 de mayo de 1995 relacionada con la cooperación en el ámbito nacional de Through Transport Mutual Insurance Association Limited, en adelante TTClub para informar que esta entidad constituye una asociación que se registra en este oficio, de conformidad con esa organización, es de naturaleza aseguradora y que a fin de poder actuar en Colombia es preciso que solicite la autorización de que se trata en el artículo 105 del estatuto orgánico del sistema financiero.

Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones:

Servicios ofrecidos por el TTClub

De acuerdo con la documentación remitida por ustedes, el TTClub ofrece las seguridades que deben acreditar los operadores por quienes que desean operar en los terminales marítimos del país.

Según lo previsto en el artículo 5 del decreto 799 de 1992, el operador siempre debe cumplir con los requisitos técnicos de operación establecidos por la Superintendencia General de Aduanas, así como el que en concordancia con estos estatutos se establecen para las

Superintendencia Bancaria
Santafé de Bogotá D.C.

3100

Doctora
ALICIA GAST PINEDA
Gerente
MULTINSPEC LTDA.
Carrera 9 No. 74-08, oficina 403
Ciudad

Referencia: 94053255-14
115 Consultas
39 Respuesta final
Sin anexos

Estimada doctora:

Damos alcance a nuestro oficio 94053255-14 del 16 de mayo de 1995 relacionado con la operación en territorio nacional de Through Transcor Mutual Insurance Association Limited, en adelante TTI Club para indicarle que esta Entidad concluyó que la operación que se describe en este oficio desarrollada por esa organización, es de naturaleza aseguradora y que a fin de poder adelantarla en Colombia es preciso que obtengan la autorización de que se ocupa el artículo 168 del estatuto orgánico del sistema financiero.

Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes

Consideraciones:

Servicios ofrecidos por el TTI Club

De acuerdo con la documentación remitida por ustedes, el TTI Club ofrece las coberturas que deben acreditar los operadores portuarios que deseen operar en los terminales marítimos del país.

Según lo previsto en el artículo 5 del decreto 2091 de 1992, el operador portuario debe cumplir los reglamentos técnicos de operación expedidos por la Superintendencia General de Puertos así como los que en concordancia con estos elaboren las sociedades portuarias.

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda
Hoja N° 2

De otra parte, en el artículo 6 del decreto citado se establece que el operador portuario será responsable por los daños que cause desde que se hace cargo de las mercancías, equipos e instalaciones portuarias hasta que las coloca a disposición de la persona facultada para recibirlas y que, para amparar los riesgos, los operadores portuarios constituirán pólizas apropiadas.

En desarrollo de lo anterior, en los reglamentos de operación de las distintas sociedades portuarias del país, aprobados por la Superintendencia General de Puertos, se establece que los operadores deben, entre otros requisitos, presentar póliza de responsabilidad civil extracontractual por accidentes y daños a las instalaciones, a terceros y a la carga respectivamente, además de suscribir las garantías que dicha sociedad determine necesarias ante posibles daños que por su culpa sean causados a terceros, a las instalaciones del terminal marítimo y a la carga.

En ese orden, el [redacted] Club expide una póliza de seguro cuyo asegurado es el operador o sociedad portuaria, en la cual se establecen las condiciones generales del seguro tales como las coberturas otorgadas, las exclusiones², los términos y definiciones del contrato³, los límites de responsabilidad⁴, el deducible pactado⁵, la prima y la forma de liquidación⁶ y el anuncio de que el asegurado se convierte en miembro del [redacted] Club. Los amparos ofrecidos incluyen cobertura de costos por prestación de servicios, responsabilidad civil⁷, violación de derechos personales⁸, multas⁹, costos adicionales¹⁰ y otras coberturas discrecionales¹¹.

II Aspectos normativos de la actividad aseguradora

Hasta la expedición de la Constitución Política en 1991, la actividad aseguradora en sí misma no revestía caracteres constitucionalmente relevantes. Los aspectos que compartía al interior del número 14 del artículo 120 dervaban del manejo de ahorro implícito en los seguros de vida. Por contraste, la actividad correspondiente a los demás seguros seguía la

¹ Véanse resoluciones 1395, 1396 y 1397 de 1993 de la Superintendencia General de Puertos.

² Véase Parte 1, sección 2 numerales 2.2, 3.2.4.2, 5.2, 7.3, 8.3, 11.1.2 de las reglas del club (Club Rules).

³ Véase Endoso C1 numeral 6.

⁴ Véase Endoso C1 numeral 4.

⁵ Véase forma C1 numeral 3.

⁶ Véase Endoso P1 numeral 1.

⁷ Véase Parte 1, sección 2 numeral 2 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

⁸ Véase Parte 1, sección 2 numeral 4 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

⁹ Véase Parte 1, sección 2 numeral 5 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

¹⁰ Véase Parte 1, sección 2 numeral 7 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

¹¹ Véase Parte 1, sección 2 numeral 10 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

¹² Véase Parte 1, sección 2 numeral 12 de las reglas del club (Club Rules) y Endoso C1 numeral 1.

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Foja N° 3

suerte del resto de las áreas económicas, en cuanto a la posibilidad de intervención estatal, regulación, supervisión y control.¹³

El constituyente de 1991 consideró que la actividad aseguradora es de interés público. Adicionalmente se dispuso, en consecuencia, que esa dedicación sólo puede desarrollarse previa autorización estatal.¹⁴

La limitación identificada en el párrafo anterior es compatible con lo que se había establecido en el artículo 35 de la ley 45 de 1990 y que continúa vigente en el número 3 del artículo 108 del estatuto orgánico del sistema financiero.

Con lo anterior no significamos que en Colombia sólo existan participantes locales del mercado asegurador. Queremos decir que tanto domésticos como foráneos deben estar unidos por las autoridades¹⁵ y que el Estado supervisará el comportamiento de las aseguradoras.¹⁶ El tipo de autorización dependerá de la naturaleza, el sitio de operación permanente principal, la nacionalidad y la clase de negocio al que planea dedicarse cada asegurador. De esa manera, las entidades aseguradoras que pretendan llevar a cabo operaciones con carácter permanente se deberán establecer en el país como sociedades anónimas o cooperativas y, en ambos casos, obtener autorización de la Superintendencia Bancaria.¹⁷ Si la actividad fuera a desarrollarse en Colombia circunscrita a uno o varios contratos individualizados, la organización extranjera deberá obtener igualmente vistos buenos particulares.

Hasta aquí el análisis deviene sin mayor dificultad. El principal escollo está en determinar "qué" es esa actividad aseguradora, la cual, independientemente de quién la desarrolle, es de interés público y no puede desplegarse en nuestro país sin la aquiescencia de las

¹³ Véase sentencia del 17 de febrero de 1978 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Piniña.

¹⁴ Véase artículo 325 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁵ El artículo 30 de la ley 45 de 1990, incorporado en el artículo 108, numeral 3, del estatuto orgánico del sistema financiero señala: "Solo 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."

A su vez, el artículo 39 del citado estatuto, el cual incorporó la previsión contenida en el artículo 32 de la ley 45 de 1990, consagra la prohibición de celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en nuestro país, o naceno con agentes o representantes que trabajen para las mismas.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 188 del estatuto orgánico del sistema financiero "Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, estos deberán contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia o con entidades aseguradoras del exterior previa autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Bancaria. Al mismo principio estará sujeta el aseguramiento de los residentes en el país, en cuanto a sus personas o sus responsabilidades, salvo que se encuentren en viaje internacional y solo por el periodo de duración de dicho viaje."

¹⁶ El artículo 38, numeral 1, que incorporó el artículo 39 de la Ley 45 de 1990, establece que la actividad aseguradora se encuentra sujeta a supervisión estatal ejercida por la Superintendencia Bancaria.

¹⁷ Ver artículos 53, numerales 1 y 2 y 108, numeral 3, del estatuto orgánico del sistema financiero.

020

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda
Hoja N° 4

autoridades¹⁶. A continuación se expone en que consiste esa actividad y por qué lo que se describió que adelanta el TTClub llena las condiciones. Para ese efecto nos aproximaremos al tema primero desde el punto de vista subjetivo, para establecer que el TTClub es una entidad aseguradora y, en segundo término, desde el punto de vista objetivo, para concluir que la operación de esa organización comparte las características de la naturaleza asegurativa.

III Aspecto subjetivo

En nuestra legislación positiva, el único indicativo en el sentido que buscamos está en el número 2 del artículo 38 del estatuto orgánico del sistema financiero. Allí se indica que la actividad aseguradora es la realizada por las empresas o cooperativas de seguros. En efecto en el artículo mencionado se señala: "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 ..."

Junto a lo anterior tenemos que la actividad aseguradora es tenida por universal en su esencia. Guardadas algunas particularidades concretas, el contenido de lo que hacen las entidades aseguradoras en todo el mundo es igual aspecto que se tratará en el acápite del análisis de la operación desde el punto de vista objetivo.

Teniendo entonces que, tal como se señaló, la legislación nacional refiere el concepto de actividad aseguradora a aquella que es desarrollada por entidades de ese tipo y a condición generalizada del negocio asegurador en el planeta, para determinar si en nuestra legislación una operación es asegurativa o no, es muy relevante la naturaleza de la organización que la desarrolla. En este análisis, por supuesto, se deberán respetar los conceptos que cada jurisdicción tenga en cuenta para este propósito.

↳ Seguro propio, mutuo, seguro,
L. 336/56 - Art. 61, ARD,
EPS,

¹⁶ No obstante lo establecido en el artículo 38 numeral 2. del estatuto orgánico del sistema financiero no existe una definición legal que sea independiente de los sujetos autorizados para ejercerla. Dicha circunstancia obedece también a la ausencia de una definición legal de seguro en la que "Por tratarse de una institución típicamente jurídica, ha sido estudiada y reglamentada en las diversas legislaciones, las cuales, sin embargo, han sido bastante reservadas sin duda por el peligro que encarna toda definición legal de acuerdo con el antiguo principio *Omnia definitio in iure civili periculosa est*: Digesto (D. 1. XVII) Ley 2021 Tratado de Seguros Luis Benítez de Lugo Revmundo Instituto Eclonía Reus, Madrid 1955 volumen página 64

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda
Hoja N° 5

A) Personería jurídica y naturaleza del TTClub

De acuerdo con la información suministrada en comunicación radicada bajo el número 94053255-6 el 26 de enero de 1995, el TTClub se encuentra constituido bajo las leyes de Bermuda y registrado bajo el No. 01750 como asegurador. De ello da fe el certificado de registro de enero 1 de 1981, expedido por el Registrador de Compañías.

B) TTClub incorporado como asegurador

En el mismo sentido, la referencia mutual se encuentra autorizada para llevar a cabo negocios de seguro y reaseguros en Bermuda.⁹

Así mismo, en los términos de la autorización de la Secretaría del Estado para el Comercio y la Industria del Reino Unido, expedida el 6 de octubre de 1988 y de la certificación de noviembre 21 de 1994, El TTClub se encuentra habilitado para llevar a cabo negocios de seguro en ese país.¹⁰

La mencionada certificación del Department of Trade and Industry es clara al señalar que la compañía debe reportar a la citada entidad la confirmación del margen de solvencia de la asociación y acreditar que sus miembros han aceptado las reglas que los obligan a pagar las sumas necesarias para cumplir los requerimientos de ese margen. Se resalta que las previsiones de margen de solvencia son propias de las aseguradoras y buscan garantizar que dichas entidades cuenten con los recursos necesarios para absorber pérdidas en el momento en que las primas cobradas resulten insuficientes para atender los siniestros.¹¹

C) El TTClub como asociación mutual

En los numerales precedentes se observa cómo dentro de las certificaciones se identifica al TTClub como una entidad de seguros mutual.¹² Esa naturaleza mutual nos merece las siguientes consideraciones que refuerzan la conclusión sobre su carácter asegurador:

⁹ Ver certificado de conformidad expedido el 18 de marzo de 1994 por la Asistente de Registro de Compañías de las Islas Bermuda.

¹⁰ Accidentes, enfermedad, vehículos terrestres, mercancía en trenes, aviación, barcos, mercadería en tránsito, incendio y desastres naturales, daños a la propiedad, responsabilidad derivada de manejo de vehículo automotores, aviones y naves, responsabilidad general, crédito, fianzas, riesgos financieros y expensas legales.

¹¹ Véase Juan Carlos Galindo, Manual de Derecho Europeo de Sociedades, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores N° 17, 1995, pag. 252.

¹² En el documento "Introducción al Club y sus servicios" se indica que el "Through Transport Mutual Insurance Association Limited" es un asegurador mutual conocido como el "TTClub". En el mismo documento se explica el proceso de la mutualidad.

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 5

1) Concepto

Castelo Matrán y Guardiola Lozano²³ definen la mutualidad como la "entidad aseguradora constituida por la asociación de personas que se reparten entre sí los riesgos que individualmente les corresponde, fijando las cantidades con que cada una de ellas ha de contribuir al resarcimiento de los daños o pérdidas colectivas. El objeto fundamental de una mutualidad es la consecución de una cobertura colectiva y mancomunada frente a los riesgos individuales de sus asociados, al mínimo coste posible. Dentro del régimen asociativo, cabe distinguir a efectos prácticos entre mutuas puras (a prima variable) y societades mutuas (a prima fija). Las primeras, al final de cada ejercicio, realizan una distribución del coste de los siniestros entre todos los asociados, en la proporción previamente determinada. Normalmente, cobran de cada uno de ellos una cantidad inicial de entrada, para tener fondos con que ir haciendo frente a los siniestros durante el ejercicio y reducir el trabajo administrativo... Por el contrario, las societades mutuas de prima fija tienen características de trabajo y técnicas semejantes a una aseguradora mercantil... puesto que cobran una prima inicial y pueden efectuar al final del ejercicio un reparto de los excedentes entre los asegurados, del mismo modo que las societades anónimas o llevan a cabo entre sus accionistas en forma de dividendos."

En el mismo sentido Magee sostiene que la forma mutualista opera cuando los asegurados y los aseguradores constituyen un grupo idéntico o, dicho de otra manera, cuando los asegurados son los dueños del capital con que se pagan las pérdidas.²⁴

2) Características

- Socio y asegurado son calidades inseparables de la persona que en virtud del pago de la cotización o prima ingresa a la mutualidad.²⁵

- "Los socios no contratan directa e indirectamente entre sí, ni con los que se adhieren sucesivamente: es la Entidad que se forma la que contrata en nombre

²³ Julio Castelo Matrán, Antonio Guardiola Lozano, Diccionario Mapfre de Seguros, Edit. Mapfre, Madrid, 1992, Págs. 241 y 242.

²⁴ John H. Magee Seguros Generales, Traducido por Carlos Castillo, Union Tipografica Editorial Hispanoamericana, Mexico, Tomo 1, página 12.

²⁵ "Los mutualistas acuden a administrar directamente a masa de sus propios riesgos eliminando la intervención de una tercera persona. De lo que se sigue en consecuencia, que participaran de forma total y directa en los resultados que se produzcan de los riesgos integrados en la mutualidad..." Gamdo y Comas, Ensayo para una Teoría de la Mutualidad, Librería Bosch, Barcelona, 1960, pag 24.

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 7

y representación de la universalidad de aquellos, obligándoles recíprocamente, y la que goza del derecho de exigir a cada uno de los mutualistas el desembolso de una suma, cualquiera que sea, en concepto de cotización, y la que está en el deber de indemnizar a cuantos de aquéllos hubieran sido víctimas de siniestros.²⁶

-Las primas o cotizaciones que pagan los miembros de la asociación conforman un fondo que soporta las pérdidas que puedan sufrir éstos de acuerdo con las especiales características de las coberturas ofrecidas.

Son estas especiales características las que han permitido a la doctrina y a la legislación de otros países distinguir entre seguros mutuos y seguros a prima fija, ofrecidos los primeros por sociedades mutuales reconocidas como entidades aseguradoras y los últimos por las compañías que tradicionalmente conocemos, no obstante darse ya la figura de mutuas a prima fija como desarrollo ulterior de su actividad.

IV) Aspecto objetivo

La calidad que registra la mutual TTClub es de entidad aseguradora. Esto permitiría concluir sobre la naturaleza aseguradora de sus operaciones. Sin embargo, resulta conveniente estudiar su operación para efectos de calificar objetivamente su actividad como de aseguradora.

A) Definiciones doctrinarias de seguro

- 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."²⁷

En la modalidad de protección ofrecida por el TTClub el pago de la prima es requisito fundamental para el otorgamiento de la cobertura: De acuerdo con las reglas del TTClub (Club Rules) en el numeral 1 de la sección 5 de la parte II, se establece que el precio a pagar por el seguro será una prima mutual. En el punto 2.1.1(a) de la sección 5 de la misma parte se establece que el no pago

²⁶ Luis Benítez de Lugo Reymanco, Ob. cit. página 184

²⁷ Fundación Madre Estudios Instituto de Ciencias del Seguro Manual de Introducción del Seguro, Ed. Madre S.A. Madre 1990 pag 2.

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 8

de la prima dentro de los plazos especificados conduce a la cancelación del seguro, circunstancia que no requiere formalidad adicional.

El contrato ofrecido a los operadores portuarios contempla los eventos objeto de la cobertura, en la forma de una serie de riesgos que se consignan en la parte I Sección II de las reglas del club riesgos asegurados (Risks Insured). Así: Servicios asegurados; responsabilidad por carga, naves de clientes y otras propiedades; responsabilidad ante terceros; violación de derechos personales; multas; incremento en costos; y, coberturas discrecionales.

De otra parte en la cartilla de servicios e información general sobre el TTClub en la sección "Guía para reclamaciones" (Claims Guidelines), en el numeral 10 se establece que el TTClub procura pagar dentro del término de un mes el reembolso de las pérdidas sufridas.

- 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."²⁸

En la cartilla anteriormente referida se explica que mediante el TTClub los asegurados tienen un mecanismo de autoseguro colectivo. En esta figura las primas forman un fondo de propiedad del TTClub. Con los recursos de este fondo se cubren las pérdidas de los asegurados, así como los costos de reaseguro y otros egresos en que incurran los directivos en representación del TTClub, lo que evidencia que la operación del TTClub se basa en el principio aludido.

El sustitutivo al miembro del TTClub afectado por la ocurrencia de una pérdida amparada por la póliza, se da en la medida que, una vez presentada la reclamación se ve reembolsado por los daños sufridos, tal y como se indicó en el numeral precedente.

- 3) También hay doctrinantes quienes sostienen que el seguro es "un instrumento social por el que se 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."²⁹

²⁸ Julio Castillo Matrán - Antonio Guardiola - Ob. Cit. pag 348

²⁹ Aviles, A. - "The Economic Theory of Risk Insurance" Citado por John H. Magee en Seguros Generales - Ob. Cit. pag 4

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda
Caja N° 9

En la parte E, sección 1 numeral 1 de los estatutos del TTClub (Bye-Laws) se establece que todos los seguros del TTClub contribuirán y se cargarán contra un fondo común.

Teniendo en cuenta que el fondo es de propiedad del TTClub, como se mencionó en el literal anterior, se confirma que los riesgos son asumidos por la persona jurídica del TTClub la cual sufre la disminución de sus recursos a causa de la pérdida sufrida por el asegurado y el pago consecuente.

- 4) Otros tratadistas señalan 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."²⁰

Tal como se indicó en el numeral 1 precedente en la modalidad de protección ofrecida por el TTClub el pago de la prima es requisito fundamental para el otorgamiento de la cobertura.²¹

Igualmente, en el numeral 1 mencionado se subraya cómo el contrato ofrecido a los operadores portuarios contempla los eventos objeto de la cobertura, en la forma de una serie de riesgos que se consignan en la parte I Sección II riesgos asegurados (Risks Insured).

De otra parte en la cartilla de servicios e información general sobre el TTClub en la sección "Guía para reclamaciones (Claims Guidelines), en el numeral 10 se establece que el TTClub procura pagar dentro del término de un mes el reembolso de las pérdidas sufridas.

- 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 presubestable, que puede ser soportado fácilmente por cada unidad patrimonial."²²

²⁰ Benítez de Lugo Reymundo, citado por Isaac Maibenn Seguros, Ediciones Decalma S.A. Edición actualizada por Juan Carlos Morandi, Buenos Aires, 1983 pag. 57

²¹ véase numeral 1 sección de la parte I de las reglas del club y numeral 2.1.1 a) de la sección 6 de la misma parte

²² Julio Castedo Matran, Antonio Guardiola, Ob. Cit. Pág. 348

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 10

En el numeral 8 del capítulo "Underwriting Service" de la cartilla de servicios del TTClub, se indica que el seguro ofrecido cubre principalmente aquellas pérdidas que el asegurado no puede presupuestar o predecir fácilmente. En efecto, tal como se aprecia en el endoso B1, numeral 4 de las pólizas muestra, las coberturas pueden llegar hasta US\$1.000.000, mientras que las pmas pueden ascender a US\$ 12.500 dólares o a una tasa aplicada al volumen de operaciones.

Adicionalmente se observa que, en el capítulo El Club (The Club) se indica cómo mediante las reservas que mantiene el TTClub, se puede controlar el valor de las pmas en el momento que el costo potencial de los riesgos se incrementa.

B) Elementos esenciales del seguro

Como puede apreciarse en el anterior análisis, los servicios ofrecidos por el TTClub revisten todos los elementos esenciales del contrato de seguro establecidos para Colombia en el artículo 1045 del código de comercio, a saber: interés asegurable, riesgo asegurable, prima o precio del seguro y obligación condicional del asegurador.

Tratándose del interés asegurable, descrito en el artículo 1083 del mismo ordenamiento, se observa que este recae respecto del operador portuario quien se encuentra expuesto a un posible detrimento patrimonial con ocasión de la ocurrencia de los riesgos inherentes a su actividad. Asegurar el interés se exige en el artículo 5 del decreto 2091 de 1992 y las resoluciones emanadas de la Superintendencia General de Puertos mencionadas al inicio del presente oficio.

En cuanto al riesgo asegurable, definido en el artículo 1054 del código de comercio, y que consiste, genéricamente, en la posibilidad de que se produzca un evento dañoso e incierto que no se traduce en los hechos a los cuales se encuentra expuesta la actividad del operador portuario, como son, entre otros, los daños a la carga, la responsabilidad ante terceros, las multas, los incrementos en costos. Estos pasan a ser riesgos asegurados cuando se delimitan concretamente en las Reglas del Club, las circunstancias bajo las cuales se cubre su acaecimiento.

De otra parte, en relación con la prima, retomando el principio de la mutualidad se observa que ésta radica en que el seguro como operación técnica organizada supone el aporte de la colectividad de los asegurados a un fondo que permite que las pérdidas de unos pocos sean asumidas a través de las contribuciones. Así se puede señalar que la prima es la contribución que cada persona hace a ese fondo y que, como tal, en los términos del numeral 3 del artículo 1045 del estatuto

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Foja N° 11

mercantil, representa el precio del seguro. La prima en favor del TTClub se erige en la prestación a cargo del asegurado para acceder a la protección y para ingresar como miembro del TTClub.

En lo referente a la obligación condicional del asegurador, se observa que la misma se contempla claramente en la Guía para Reclamaciones (Claims Guidelines), cuando se indica que el TTClub reembolsará dentro del término de un mes el valor de las pérdidas sufridas. En igual sentido en la parte I sección 6 numeral 2 de las reglas del TTClub, se reitera la aludida obligación.

C) Elementos característicos adicionales

Los aspectos que se relacionan a continuación evidencian que el objeto del TTClub no es la conformación de un fondo para el manejo de los recursos aportados por sus miembros, sino que, como entidad aseguradora independiente asume riesgos, que a su vez puede trasladar a un reasegurador, constituye reservas y realiza inversiones designadas de los miembros del club individualmente considerados.

- 1) Los ingresos de la asociación por primas pueden revestir la modalidad de prima fija, prima mutua o una combinación de las dos. Los asegurados que paguen en alguna proporción primas mutuales podrán ser requeridos para una prima suplementaria. Igualmente, para efectos de la terminación del seguro se puede exigir una prima de liberación, que debe corresponder a un estimativo de las primas suplementarias que habría tenido que pagar el miembro que cesista.²³

En los eventos en que la prima corresponda exclusivamente a la de prima fija, se trata de la forma convencional de operación del seguro.

Por otra parte, en el informe anual de 1994 se resalta que, gracias a las finanzas del TTClub, desde 1974 se ha evitado el cobro de primas suplementarias. Adicionalmente dicho informe menciona que para "non-ship operators", dentro de los cuales se incluyen los operadores portuarios, la política del club ha sido la de evitar las primas suplementarias mediante la constitución de fondos suficientes, toda vez que dichos operadores se encuentran acostumbrados a tomar sus seguros sobre una base de prima fija.

Si bien la forma como se cobran las primas puede diferir con el esquema tradicional de seguro en el cual se cobra una prima fija, dicha diferencia no

²³ Véase Parte E sección 1 numerales 2, 3 y 4 de las Bye-Laws

Superintendencia Bancaria
Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda
Hoja N° 12

desvirtúa la esencia del concepto de prima, puesto que tales modalidades apuntan a la forma de liquidación de la misma y no al concepto de contraprestación por la asunción de riesgos. Adicionalmente, en la práctica, la forma de liquidación de las primas del TTClub ha sido similar a la de los seguros convencionales, es decir, mediante el cobro de prima fija

- 2) Los asegurados no pueden disponer libremente de los aportes que se hacen a la asociación. Si bien pueden surgir devoluciones de primas, éstas se condicionan a que existan excedentes en los resultados obtenidos durante el ejercicio.³⁴ Aún así es posible que los excedentes no sean devueltos al asegurado, sino que sean destinados a un fondo de reserva para cubrir pérdidas futuras o pasadas de un grupo de personas en el cual podrían no estar incluidos los mismos asegurados.³⁵

En efecto, tales reservas pueden ser utilizadas para compensar deficiencias en cierres de año diferentes al que generó los excedentes.³⁶ Adicionalmente los resultados de varios años pueden ser consolidados en uno solo y tal resultado tomarse para todos los efectos como un solo año.³⁷

De forma similar a las compañías de seguros, el TTClub constituye reservas para los siguientes propósitos:

- Cumplir con requerimientos patrimoniales exigidos por la reglamentación para compañías de seguros, entre los cuales figura el atinente a margen de solvencia.³⁸
- Eliminar la posibilidad de primas suplementarias para años pasados, presentes o futuros.
- Reducir deficiencias en el resultado de años cerrados (Closed Policy Years)
- Proteger a la asociación contra pérdidas realizadas o no realizadas de sus inversiones o por efectos de cambio.³⁹

³⁴ Véase Ene-Laws Parte E, sección 2, numerales 2.1.2 y 2.2.

³⁵ Véase Ene-Laws Parte E, sección 2, numeral 2.1.1.

³⁶ Véase Ene-Laws Parte E, sección 2, numeral 3.

³⁷ Véase Ene-Laws Parte E, sección 2, numeral 4.

³⁸ Ver certificación de Department of Trade and Industry de Reino Unido.

³⁹ Véase Ene-Laws Parte E, sección 3.

Superintendencia de Seguros

Santafé de Bogotá D.C

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 13

Con relación a las inversiones de estos fondos, los directores pueden unir en un solo fondo los recursos correspondientes a las reservas y a los años-póliza (policy years). Los rendimientos generados eventualmente pueden ser asignados a la reserva en detrimento de la porción que haya podido generar los recursos de un año-póliza.⁴⁰

Por otra parte, no está previsto ni en las reglas ni estatutos del club que la responsabilidad hacia el asegurado se limite por la suficiencia de los fondos disponibles o de los aportes recibidos durante el año.

Todo lo anterior desvirtúa la hipótesis que el TTClub sea simplemente un fondo de dineros de propiedad de los miembros.

- 3) Los deducibles según se anuncia en el folleto de promoción del TTClub página 47 numeral 8, tienen como propósito que el asegurado participe en el riesgo, función que también se contempla en el esquema tradicional de seguro, merced a la cual una cuota en el riesgo o la pérdida debe afrontarse por el asegurado.⁴¹

La existencia de deducibles a cargo del asegurado evidencia que en la operación del TTClub también se traslucen riesgos. En efecto, en la medida que cada miembro del club por la vía del pago de una prima se precave de una eventual pérdida que excede cuantitativamente ese valor, está liberándose de asumir el riesgo, riesgo que asume el TTClub.

- 4) El contrato de reaseguro supone la existencia de un riesgo asumido por el asegurador, que a su vez traslada al reasegurador.⁴² En la parte D, numeral 5 de los estatutos del TTClub (Bye-Laws), se menciona la posibilidad que tienen los ejecutivos (Managers) de realizar contratos de reaseguro sobre cualquiera de los riesgos asegurados. En este orden, se colige que el TTClub actúa como asegurador puesto que se encuentra en capacidad de ceder riesgos.

V) Lexicografía

A lo largo de los estatutos y reglas del TTClub utilizan términos propios del contrato de actividad aseguradora, los cuales sugieren estar en presencia de un seguro:

Risk Insured (riesgos asegurados)

⁴⁰ Véase Parte E, Sección 4, Numeral 1 y 3 de los Bye Laws

⁴¹ Véase artículo 1103 del código de comercio

⁴² Ver artículo 1104 del código de comercio

Superintendencia Bancaria

Santafé de Bogotá D.C.

Doctora Alicia Gast Pineda

Hoja N° 14

Exclusions	(exclusiones)
Period of Insurance	(periodo de seguro-vigencia)
Indemnity Insurance	(seguro de indemnización)
Deductibles	(deducible)
Limits of Liability	(limite de responsabilidad)
Assured	(asegurado)
Premiums	(pimas)
Cancellation of Insurance	(cancelación del seguro)
Claims	(reclamación)
Recoveries	(recobros)
Insurance brokers	(corredores de seguros)
Reinsurance	(reaseguro)
Co-insurers	(coaseguradores)
Indemnity	(incemnización)
Policy	(póliza)

VI. Forma de proceder

Ahora bien, retomando el contenido del citado artículo 188 del estatuto orgánico del sistema financiero, la operación en territorio colombiano del TCClub en su calidad de entidad aseguradora del exterior, a efecto de amparar los riesgos a los cuales se encuentra expuesta a actividad de los operadores portuarios y sus responsabilidades, está condicionada a la autorización que por razones de interés general imparta la Superintendencia Bancaria de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo señalado.

Tales razones de interés general se encuentran, naturalmente, ligadas en forma estrecha al desarrollo del país y el fomento de la actividad portuaria y, en especial, a la adecuada protección contra los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la actividad de los operadores portuarios. Para tal efecto, frente a las solicitudes que los particulares eleven a la Superintendencia Bancaria, se tendrá especial cuidado en analizar, además de la situación del mercado y la oferta de las aseguradoras nacionales, el precio, la suficiencia de los amparos ofrecidos, los servicios ofrecidos, la cobertura nacional, regional o mundial de las entidades y el manejo del reaseguro.

Atentamente,

CCFIA
OFIC. DE ASISTENCIA
EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA
Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización

3160

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Santafé de Bogotá, D.C.

Nro. Rad. : 1998047462-2 Fecha : 30/10/1998 06:00 PM
Tramite : 115 CONSULTAS 390
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL 12-9
Dep.remite: 3160 DIV.JUR.DE SEGUROS Y REASEGU 3010
Anexos : N

Contralmirante
ALFONSO CALERO ESPINOSA
Director General Marítimo
Armada Nacional
Ministerio de Defensa Nacional
Avenida Eldorado Can Carrera 52
Ciudad

Referencia: 1998047462-1
115 Consultas
39 Respuesta Final
Sin anexos

Estimado Señor:

Damos respuesta a su comunicación de la referencia mediante la cual nos consulta acerca de la necesidad del otorgamiento de autorización estatal para el ejercicio de la actividad que desarrollan los Clubes de Protección e Indemnización.

1. La actividad aseguradora

Sobre el particular, me permito manifestarle que el criterio de esta Entidad puesto en el oficio No. 94053255 - 33 del 23 de enero de 1996 es el siguiente:

"Hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la actividad aseguradora en sí misma no revestía caracteres constitucionalmente relevantes. Los aspectos que compartía al interior del número 14 del artículo 120 derivaban del manejo del ahorro implícito en los seguros de vida. Por contraste, la actividad correspondiente a los demás seguros seguía la suerte de las áreas económicas, en cuanto a la posibilidad de intervención estatal, regulación, supervisión y control.¹

¹ Véase Sentencia del 17 de febrero de 1978 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo Ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Contralmirante Alfonso Calero Espinosa
Radicación No. 1998047462-1

Hoja No. 2

"El constituyente de 1.991 consideró que la actividad aseguradora es de interés público. Adicionalmente se dispuso, en consecuencia, que esa dedicación sólo puede desarrollarse previa autorización estatal.

"La limitación identificada en el párrafo anterior es compatible con lo que se había establecido en el artículo 35 de la ley 45 de 1990 y que continúa vigente en el número 3 del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

"Con lo anterior no significamos que en Colombia sólo existan partícipes locales del mercado asegurador. Queremos decir que tanto domésticos como foráneos deben estar unguidos por las autoridades² y que el Estado supervisará el comportamiento de las aseguradoras.³ El tipo de autorización dependerá de la naturaleza, el sitio de operación permanentemente principal, la nacionalidad y la clase de negocio al que planea dedicarse cada asegurador. De esa manera, las entidades aseguradoras que pretenden llevar a cabo operaciones con carácter permanente se deberán establecer en el país como sociedades anónimas o cooperativas y, en ambos casos, obtener autorización de la Superintendencia Bancaria. Si la actividad fuera a desarrollarse en Colombia circunscrita a uno o varios contratos individualizados, la organización extranjera deberá obtener igualmente vistos buenos particulares.

"Hasta ahí el análisis deviene sin mayor dificultad. El principal escollo está en determinar "qué" es esa actividad aseguradora, la cual, independientemente de

² El artículo 30 de la ley 45 de 1990, incorporado en el artículo 108, numeral 3, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala: "Solo 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."

A su vez, el artículo 39 del citado estatuto, el cual incorporó la previsión contenida en el artículo 32 de la ley 45 de 1990, consagra la prohibición de celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en nuestro país, o hacerlo con agentes o representantes que trabajen con las mismas.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero "Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículo matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, éstos deberá contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia 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, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el período de duración de dicho viaje."

³ El artículo 38, numeral 1 que incorporó el artículo 29 de la Ley 45 de 1990, establece que la actividad aseguradora se encuentra sujeta a supervisión estatal por la Superintendencia Bancaria.

010

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Contralmirante Alfonso Calero Espinosa

Radicación No. 1998047462-1

Hoja No. 3

quién la desarrolle, es de interés público y no puede desplegarse en nuestro país sin la aquiescencia de las autoridades.⁴

"... En nuestra legislación positiva, el único indicativo en el sentido que buscamos está en el número 2 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Allí se indica que la actividad aseguradora es la realizada por las empresas o cooperativas de seguros. En efecto en el artículo mencionado se señala: '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 operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades ...**'(Resaltado fuera de texto).

"Junto a lo anterior tenemos que la actividad aseguradora es tenida por universal en su esencia. Guardadas algunas particularidades domésticas, el contenido de lo que hacen las entidades aseguradoras en todo el mundo es igual..."

Así las cosas, teniendo en cuenta que, tal como se señaló, la legislación nacional refiere el concepto de actividad aseguradora a aquella que es desarrollada por entidades de este tipo y la condición generalizada del negocio asegurador en el planeta, para determinar si en nuestra legislación una operación es asegurativa o no, es muy relevante analizar en cada caso en particular, la naturaleza de la organización que la desarrolla. En este análisis, por su puesto, se deberán respetar los conceptos que cada jurisdicción tenga en cuenta para este propósito.

Es importante mencionar que mediante el oficio inicialmente citado, esta Entidad concluyó que, específicamente en el caso de Thought Transport Mutual Insurance Association Limited, "... la operación ... desarrollada por esa organización, es de naturaleza aseguradora y que a fin de poder adelantarla en Colombia es preciso que obtengan la autorización de que se ocupa el artículo 188 del estatuto orgánico del sistema financiero."

⁴ No obstante lo establecido en el artículo 38, numeral 2, del estatuto orgánico del sistema financiero, no existe una definición legal que sea independiente de los sujetos autorizados para ejercerla. Dicha circunstancia obedece también a la ausencia de una definición legal de seguro en la que " Por tratarse de una institución típicamente jurídica, ha sido estudiada y reglamentada en diversas legislaciones , las cuales, sin embargo, han sido bastante reservadas sin duda por el peligro que encarna toda definición legal de acuerdo con el antiguo principio *Omnis definitio in jure civile periculosa est* (Digesto, lib L, tit XVII, Ley 202)". Tratado de Seguros, Luis Benitez de Lugo Reymundo, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, volumen 1, página 54.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Contralmirante Alfonso Calero Espinosa

Radicación No. 1998047462-1

Hoja No. 4

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de la autorización a una compañía del exterior para la colocación permanente de sus seguros en Colombia. Lo que se encuentra previsto es la posibilidad de autorizar por vía excepcional y de manera individual a un particular que así lo solicite, para contratar un determinado seguro en el exterior cuando para tal efecto en cada caso concurren razones de interés general que lo ameriten.

De otra parte, en Colombia las asociaciones mutuales se encuentran reguladas por el Decreto 1480 de 1989, el cual las define como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente con un mínimo de veinticinco (25) personas naturales con el objeto de brindarse ayuda recíproca y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social, razón por la cual no podemos afirmar que los Clubes de Protección e Indemnización sean asociaciones de este tipo.

Así las cosas, cuando asociaciones foráneas pretendan ejercer su objeto social en Colombia, en cada caso en particular y en la medida en que su actividad se relacione con la aseguradora, esta Entidad efectúa un análisis acerca de la naturaleza de las mismas con el fin de que su ejercicio se adecue a la normatividad vigente en el país.

2. Interpretación del artículo 72 del Decreto - Ley 2324 de 1984

La norma en estudio establece:

"**Caución:** A los buques, naves o artefactos navales cuyos capitanes, oficiales o tripulaciones se encuentren sometidos al proceso de investigación por accidentes o siniestros marítimos, no se les autorizará el zarpe a menos que hayan constituido garantía suficiente, a satisfacción de la Capitanía de Puerto respectiva, para responder por los eventuales daños, perjuicios, multas y costas del proceso y siempre que los oficiales o tripulantes requeridos para el esclarecimiento de los hechos hayan asistido a las respectivas diligencias o se hayan desembargado y puesto a las órdenes del Capitán de Puerto.

"**Parágrafo.-** Las anteriores garantías y demás cauciones que puedan solicitar los Capitanes de Puerto podrán ser otorgadas por aseguradores de casco o asociaciones o clubes de protección e indemnización siempre que previamente hayan acreditado a satisfacción del Director General Marítimo y Portuario su

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Contralmirante Alfonso Calero Espinosa

Radicación No. 1998047462-1

Hoja No. 5

solvencia económica y la constitución de un representante o agente o apoderado permanente en Colombia."

De otra parte el artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone:

"Restricción al aseguramiento en el exterior. Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves, y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, éstos deberán contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia 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, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el período de duración de dicho viaje."

Ahora bien, consideramos que no existe contradicción o incompatibilidad entre las disposiciones anteriores, lo único que se impone es una interpretación armónica y no aislada de las mismas, en el sentido de que el párrafo del artículo 72 del Decreto - Ley 2324 de 1984 establece las varias posibilidades por las cuales puede optar el interesado para garantizar ante la autoridad respectiva su responsabilidad, las cuales deben enmarcarse dentro de la ley.

Por lo anterior, debemos aplicar el método sistemático de interpretación de la ley, consagrado en el artículo 30 del Código Civil que establece: " El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía..."

"Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto."

En efecto, cuando el párrafo del artículo 72 del Decreto Ley 2324 de 1984, se refiere a "... aseguradores de casco, asociaciones, o clubes de protección e indemnización ...", además del requisito que la misma norma establece, en el caso de que dichas asociaciones o clubes de protección e indemnización pretendan ejercer la actividad aseguradora, se deberá obtener la autorización de que trata el artículo 188 del precitado Estatuto.

Un aspecto elemental para la contratación de los seguros en el exterior, hace relación a las gestiones realizadas por el peticionario para obtener las coberturas

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Contralmirante Alfonso Calero Espinosa
Radicación No. 1998047462-1

Hoja No. 6

deseadas en el mercado nacional. En este orden, el requerimiento de la Superintendencia en tal sentido no demanda mayores conocimientos de seguros por parte de los interesados, pues cualquier persona puede solicitar una cotización de seguros a cualquiera de las compañías legalmente autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia.

En tal sentido, el requerimiento busca conocer cual es la respuesta del mercado nacional a los riesgos que se pretendan trasladar, partiendo de las condiciones de aseguramiento ofrecidas a los interesados por parte de las aseguradoras que ofrecen las coberturas y de esta manera analizar la operación concreta.

Las razones de interés general de que trata el artículo 188 mencionado, deben estar, naturalmente ligadas en forma estrecha al desarrollo del país y el fomento de la actividad portuaria y, en especial, a la adecuada protección contra los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la actividad de los operadores portuarios. Para tal efecto, frente a las solicitudes que los particulares eleven a la Superintendencia se tendrá especial cuidado en analizar, además de la situación de mercado y la oferta de las aseguradoras nacionales, el precio, la suficiencia de los amparos ofrecidos, los servicios ofrecidos, la cobertura nacional, regional o mundial de las entidades y el manejo del reaseguro.

En los anteriores términos hemos dado respuesta a su solicitud con el alcance al que hace referencia el artículo 25 del código contencioso administrativo.

Atentamente,

COPIA

Original Firmado Por:

CARLOS JULIO MORA GUTIERREZ

CARLOS JULIO MORA GUTIERREZ

Intendente de Seguros y Reaseguros (E)

3160

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

3160

Santafé de Bogotá, D.C.

Nro. Rad. : 1998047462-6 Fecha : 05/02/1999 05:15 PM
Tramite : 115 CONSULTAS 274
Actividad : 39 RESPUESTA FINAL 90-0
Dep.remite: 3160 DIV.JUR.DE SEGUROS Y REASEGU 0502
Anexos : N

Doctor

FELIPE VALLEJO GARCIA

Felipe Vallejo & Abogados

Carrera 9 No. 74 -08 Oficina 203

Ciudad

SUPERINTENDENCIA BANCARIA
Documento original controlado por
VAL 05 FEB. 1999

Referencia: 1998047462-4
115 Consultas
39 Respuesta Final
Sin anexos

Estimado Doctor:

Damos respuesta a su comunicación de la referencia mediante la cual nos solicita aclaración del concepto de esta Superintendencia contenido en el oficio radicado con el número 1998047462-2 el 30 de octubre de 1998, en relación con la restricción al aseguramiento en el exterior consagrada en el numeral 1 del artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero frente "...a los armadores extranjeros que tocan nuestros puertos y que ocasionalmente expiden cartas de garantía, las cuales no son seguros..."

1. Restricción al aseguramiento en el exterior - Alcance del numeral 1 artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

La norma en estudio establece: "1. Restricción al aseguramiento en el exterior. Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano, éstos deberán contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia 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, salvo que se encuentren en viaje internacional y sólo por el período de duración de dicho viaje."

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Doctor FELIPE VALLEJO GARCIA

Referencia: 1998047462-4

Hoja No. 2

Evidentemente, el supuesto de hecho de la norma que nos ocupa lo constituyen: "los seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en territorio colombiano", es decir, que la restricción al aseguramiento en el exterior se aplica exclusivamente a los seguros sobre los bienes mencionados ya sea que se encuentren matriculados en el país o ubicados en el territorio colombiano y precisamente, bajo este supuesto se orientó y fundamentó nuestro concepto anterior.

En este orden de ideas, el pronunciamiento emitido (sobre el cual se solicitó aclaración), y que constituye la posición asumida en forma reiterada por esta Entidad sobre la materia, en ningún caso hacía referencia a los seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos que no estén matriculados en el país y sobre los bienes que no se encuentren ubicados en el territorio colombiano los cuales pueden ser tomados en el exterior, bajo el régimen legal de cada país de origen y sin necesidad de autorización alguna por parte de esta Entidad de control, por cuanto no se encuentran sometidos a la restricción ya mencionada, en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2. Disposiciones comunes para la habilitación de empresas operadoras de naves - Capítulo V del Decreto 1611 de 1998

No obstante lo anterior, vale la pena precisar que en los artículos 16 y 17 del Decreto 1611 de 1998, se establecen los requisitos que deben cumplir las empresas nacionales y extranjeras, con el fin de obtener la habilitación para poder operar como empresas de servicio público de transporte marítimo internacional. Dichos artículos disponen que en ambos casos adicionalmente, deben acreditarse los requisitos establecidos en el capítulo V del Título II del mismo Decreto, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

"Capítulo V

"Disposiciones comunes para la habilitación de empresas operadoras de naves

"Artículo 19. Requisitos comunes. Para obtener habilitación, la empresa deberá presentar a la Dimar solicitud escrita, para servicio de cabotaje ésta deberá presentarse por Intermedio de la Capitanía de Puerto de matrícula de una de sus naves. La solicitud correspondiente deberá cumplir con el lleno de los requisitos prescritos en este título para el servicio que pretende prestar, además de los que se transcriben a continuación:

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Doctor FELIPE VALLEJO GARCIA

Referencia: 1998047462-4

Hoja No. 3

"... 2. Relacionar las naves de bandera nacional o extranjera, según sea el caso, disponibles para el servicio que pretende prestar. Las naves deben estar debidamente clasificadas por una sociedad clasificadora reconocida por la Dimar y contar con los certificados de seguridad y navegabilidad vigentes expedidos por ésta o por la Autoridad Marítima del Estado de Pabellón y anexar copia del certificado de clasificación respectivo.

" ... 5. Presentar los siguientes documentos:

"a) Copia de la póliza u original del certificado de la cobertura para responder por pérdida o avería de la carga, expedido por una compañía de seguros o un Club de protección e Indemnización (P&I).

"b) Original de las pólizas o certificado de cumplimiento de las disposiciones legales sobre marinería mercante y de competencia desleal, expedidos por una compañía de seguros legalmente constituida o establecida en Colombia o, Club de Protección e Indemnización (P&I) con representación en Colombia y debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, la cual debe ser otorgada por el monto señalado en el numeral 6 del presente artículo..."

"c) Original de la póliza constituida para responder por la eventual violación a las normas sobre contaminación marina, expedida por una compañía de seguros legalmente constituida o establecida en Colombia o, Club de Protección e Indemnización (P&I) con representación en Colombia y debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, la cual debe ser otorgada por el monto señalado en el numeral 6 del presente artículo..." (La negrilla no es del texto)

3. Actividad Aseguradora - Regulación en Colombia

En virtud de mandato Constitucional, tal y como se precisó en el oficio No. 1998047462-2 del 30 de octubre de 1998 proferido por esta Entidad, la actividad aseguradora en Colombia es de interés público, y en consecuencia solo puede desarrollarse previa autorización estatal.

Al respecto, es necesario reiterar que de acuerdo con la legislación vigente en el territorio nacional, la actividad aseguradora, dentro del contexto del numeral 2 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se encuentra bajo supervisión estatal, razón por la cual, el ejercicio de esta actividad requiere autorización de la Superintendencia Bancaria, tal y como se prevé en el numeral 3 del artículo 108 del mismo ordenamiento.

Es así como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece las directrices generales para la actividad aseguradora, y dispone en su artículo 53, que las entidades aseguradoras deben constituirse bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas. Frente a tales entidades se encuentra dirigida la competencia de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente, el mencionado Estatuto en su artículo 39 prohíbe: "celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerlo con agentes o representantes que trabajen para las mismas", y en su artículo 188 contempla la restricción al aseguramiento en el exterior para los bienes matriculados en el país o ubicados en el territorio colombiano, como ya se mencionó en el primer punto.

Así las cosas, la regla general en materia de contratación de seguros sobre barcos matriculados en el país, se encuentra dirigida en el sentido de que deben ser suscritos con compañías legalmente establecidas en Colombia y excepcionalmente es factible su expedición por entidades aseguradoras del exterior, en aquellos casos en que en forma particular esta Superintendencia evalúe y califique con fundamento en razones de interés general que lo ameriten, conforme con lo ordenado en el artículo 188 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

4. Competencia de la Superintendencia Bancaria

La Constitución Política de Colombia en su artículo 6, establece el principio de legalidad al cual se encuentran sujetos los servidores públicos: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

"Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquellos que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de autorización legal."¹

¹ Corte Constitucional. Sala Plena Sentencia C-337, agosto 19 de 1.993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA

Doctor FELIPE VALLEJO GARCIA

Referencia: 1988047462-4

Hoja No. 5

En efecto, las funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria se encuentran contenidas principalmente en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las cuales se ejercen exclusivamente respecto de las entidades vigiladas, a que se refiere el numeral 2 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero.

En consecuencia, carece de competencia para autorizar a barcos de bandera extranjera para contratar seguros o cualquier otra clase de cobertura (carta de garantía) con compañías extranjeras, en primer término, porque sus tomadores no son nacionales, y en segundo lugar porque los bienes asegurados tampoco se encuentran matriculados en nuestro país.

En este mismo sentido, dentro de las funciones atribuidas a esta Entidad, no se encuentra la de autorizar a los Clubes de P & I para ejercer su actividad en el país, teniendo en cuenta que se trata de empresas extranjeras, ajenas a nuestra legislación.

En los anteriores términos hemos dado respuesta a su solicitud con el alcance a que alude el artículo 25 del Código contencioso Administrativo.

Atentamente, Original Firmado por
LILIANA SARMIENTO MARTINEZ

LILIANA SARMIENTO MARTINEZ
Superintendente Delegado Para Seguros y Capitalización

3160

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF. MM.
"TOMAS RUEDA VARGAS"



052000