

CONSECUENCIAS SOCIOJURÍDICAS DE LA PRESTACIÓN INFORMAL DEL TRANSPORTE PÚBLICO

Diego Alejandro Castaño Rodríguez¹, Cristian Andrés Galindo Téllez¹, Juan Manuel López Pastrana¹, Jilmer Augusto Rocha Cabrera¹, Jair Soto Aranda¹, Yohaira Andrea Gamboa González¹

Resumen

La prestación informal del servicio público de transporte es de relevancia nacional en razón a la proliferación de este servicio y a la correlativa demanda de parte de la ciudadanía, hecho que ha desencadenado problemáticas en diversos campos. En tanto, se pretendió establecer las posibles consecuencias sociales y jurídicas que se presentan con ocasión a esa actividad a través de un análisis cualitativo y cuantitativo, como analítico descriptivo de los actores involucrados, incidencia del marco legal colombiano y el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes colombianas. Producto del cual se determinó la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión al deber de control sobre esta actividad; la responsabilidad civil de los transportadores informales por los posibles daños que causen a los usuarios, como los delitos en que se pueden ver inmersos; a su vez se identificó la inexistencia de una política pública eficiente que contrarreste este fenómeno social. Permitiendo concluir que los municipios objeto de estudio pueden ser acreedores de responsabilidad administrativa por el irrisorio control que realizan a esta actividad informal, y en unos municipios aun siendo viable la formalización, por carencia de voluntad no se realiza; correlativamente, quienes ejecutan esta actividad no son conscientes de las consecuencias jurídicas que acarrear sus prácticas; todo esto por factores sociales como el desempleo y el bajo nivel educativo de quienes en esta labor encuentran el sustento para sus hogares.

Palabras clave: Desempleo, informalidad, responsabilidad, transporte informal, transporte público.

Abstract

The informal provision of the public transport service is a national importance issue since it has triggered problems in various fields, due to its proliferation and the correlative demand of the citizens. Meanwhile, it was tried to establish the possible social and legal consequences that appear on occasion of that activity through a qualitative and quantitative analysis, as well as analytical descriptive of the involved actors, the incidence of the Colombian legal frame and the jurisprudential development of the high Colombian courts on the subject. With the foregoing, it was possible to determine the non-contractual liability of the State by omission to the control duty over this activity; the civil liability of the informal transporters because of the possible damages that they cause to the users, aside from the crimes in which they can be immersed. In the same way, the inexistence of an efficient public policy that counteracts this social phenomenon was also identified; allowing us to conclude that, the municipalities under study may be creditors of administrative responsibility for the derisory control they perform on this informal activity; in some municipalities, although formalization is viable, lack of will is not done. Correlatively, those people who execute this activity are not aware of the legal consequences that their practices bring; all this due to social factors such as unemployment and the low educational level of those who, in this task, find sustenance for their homes.

Key words: Unemployment, informality, responsibility, informal transport, public transport.

Recibido: 21/05/2017 **Aceptado:** 30/10/2017

¹ Estudiante de pregrado de la facultad de ciencias jurídicas y políticas universidad Surcolombiana Neiva. E-mail: dacro94@hotmail.es

Introducción

La investigación que aquí se presenta muestra el proceso de aproximación a una realidad concreta que se instala en la cotidianidad de gran parte de los municipios del país que por la necesidad de transporte, se ha incorporado y naturalizado dentro de la dinámica misma de nuestro contexto departamental; la utilización de medios de transporte público informal en los municipios de Hobo, Yaguará, Palermo y Rivera se torna punto de reflexión en tanto no ha sido abordado de manera específica desde las investigaciones en derecho y que en consecuencia no existe una literatura que ahonde en las implicaciones de estas prácticas, como de los efectos jurídicos que estas tienen en el marco de las garantías y derechos de los ciudadanos.

En ese sentido la investigación desde su naturaleza analítica, descriptiva genera un acercamiento importante a los móviles de la realidad social que propician una serie de condiciones materiales para que prolifere el uso del transporte público informal, lo cual una vez articulado y confrontado entre en estos cuatro municipios del departamento del Huila, permitió determinar aspectos generales sobre los factores que lo generan, entendiendo que este fenómeno no ocurre como un hecho aislado que irrumpe la normativa establecida sobre la materia, sino que está atravesado por causas de carácter, histórico, social, administrativo y político que dan como resultado las condiciones para que este fenómeno se dé de la manera en que actualmente se presenta.

Por lo anterior una primera aproximación a la descripción de la realidad representa un aporte muy valioso para la construcción de la literatura al respecto, debido a que supone un fuerte impacto dentro de los grupos sociales donde se desarrolla la actividad, ya que replantea las dinámicas de utilización de estos medios de transporte, bien sea por razones de seguridad o legalidad que los grupos sociales podrán identificar; además que se difumina el papel del Estado sobre el control, seguimiento y regulación a dicho fenómeno haciendo un llamado de atención y generando así una discusión sobre el nivel de desarrollo que la jurisdicción como la administración poseen sobre el tema, propiciando un avance que hasta el momento no está claramente descrito o contemplado en la doctrina, la jurisprudencia o la Ley.

Para ello, se estableció como objetivo general Identificar las consecuencias socio-jurídicas que nacen de la prestación informal del servicio público de transporte terrestre rodoviario en los municipios del Hobo, Yaguará, Palermo y Rivera respecto al Estado y al transportador informal frente a su prestación. Esto, partiendo de describir y analizar, que causas originan por un lado que alguien preste el servicio y del otro, quien lo use; seguidamente identificar y analizar que normatividad en Colombia regula dicha práctica, junto con la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, para finalmente determinar qué implicaciones sociales y legales acarrearán para los partícipes de la misma, teniendo en cuenta que no es una práctica ilícita, es generalizada y que suscita derechos y deberes en colisión desde varios frentes.

Metodología

Método mixto, es decir, que implica lo cuantitativo y lo cualitativo, en tanto que reconoce la naturaleza de algunos aspectos que deben ser analizados en su condición particular, por los desarrollos distintos que ha tenido en cada uno de los municipios estudiados, pero al tiempo permite de manera cuantitativa considerar los elementos comunes que se dan ya sea por efectos de las normas existentes, o por las realidades sociales que comparte. Adicionalmente esta investigación se hizo con enfoque analítico-descriptivo, ya que permitió realizar un análisis en primera medida de las diferentes implicaciones, causas, factores aleatorios y por su puesto de las consecuencias sociales que trae consigo el desarrollo del transporte informal. Sin embargo, esta no se remitió de manera exclusiva a la descripción de dichas características y factores, sino que se posibilitó el análisis de otras dimensiones que involucran el actuar del Estado en su papel garante de una serie de condiciones para la vida digna.

En esta medida, la investigación identifica y analiza la normatividad que existe en Colombia sobre transporte público, sumado a la jurisprudencia de las altas cortes como la Corte Suprema De Justicia, Consejo De Estado y Corte Constitucional, esto enfocado en poder determinar las responsabilidades jurídicas civiles, administrativas y penales en las actuaciones diarias de las partes que intervienen en el desarrollo de este tipo de transporte, lo cual una vez articulado con la aproximación descriptiva del entorno de vida de los transportadores informales y del desarrollo de la actividad propiamente,

se logra dilucidar las consecuencias sociales y jurídicas que se presentan con ocasión a la prestación informal del transporte público, construyendo así la respuesta al interrogante que esta investigación representa.

Las herramientas e instrumentos utilizados: encuestas, revisión documental de registros y textos especializados. Instrumentos que fueron seleccionados por la efectividad en la recopilación de información, además de su concreción a la hora de la sistematización. Permitiendo un acercamiento directo con la comunidad estudiada, quienes a través del diligenciamiento de encuestas arrojaron elementos importantes de información que no se aprecian de manera explícita en las preguntas realizadas pero que aportan a vislumbrar aproximaciones a las causas generadoras de la problemática.

En este sentido la revisión documental fue un aspecto trascendental, puesto que fue la que permitió consolidar un cuerpo teórico de análisis, además de facilitar la conformación de un criterio de contraste entre lo que sucedía en la realidad recopilada con información en las encuestas, con lo que en la normativa estipulaba debía cumplirse, además que dio lugar a un análisis de la evolución y disparidad entre diferentes territorios en tanto a las medidas tomadas en el desarrollo de la normativa sobre la regulación de la prestación del servicio de transporte informal. El contraste sobre la comparación de los datos estadísticos realizados por los diferentes entes territoriales además de los registros propios de las autoridades competentes en materia de inspección, vigilancia y control del transporte público, dejaron ver las medidas tomadas y las consecuencias resultantes desde el punto de vista de estos, que otorgan como resultado la proliferación y la constancia en el tiempo de este fenómeno en los distintos municipios.

Resultados

El transporte en Colombia

En materia de transporte es de gran importancia dejar claro que se entiende por tal, a los medios que son utilizados para la movilidad por parte de las personas. Estos medios utilizados para la movilidad se encuentran clasificados en tres (3) categorías que responden a la modalidad y forma de desplazamiento, las cuales son; aéreo, terrestre y acuático, estos son utilizados por las personas para optimizar las posibilidades de acceso a

diferentes áreas de la geografía en el territorio nacional, de manera indiferente a las motivaciones que tengan para dicho desplazamiento.

Estas tres modalidades tienen divisiones en relación con sus características, funcionamiento y finalidad. En el caso del transporte acuático existen dos subdivisiones una compuesta por el transporte marítimo y el transporte fluvial. El transporte aéreo no tiene ninguna división en particular, a diferencia del transporte terrestre que se encuentra comprendido por las siguientes modalidades: férreo y carretero (Acosta de Valencia, 2004). En cuanto al transporte terrestre a su vez se dividen en otras subcategorías definidas como transporte de servicio particular, o transporte de servicio público. Esta última la del servicio público es la categoría de interés para la investigación, y por tanto será la que presente una conceptualización y desarrollo dentro del presente documento.

Haciendo revisión documental y en particular de documentos en materia legislativa sobre el tema particular de transporte podremos encontrar las leyes 105 de 1993, desarrollada en leyes como la 336 de 1996, desarrolladas a su vez cada modalidad del transporte público en decretos tales como el 1554 de 1998, el 170, 171, 172, 173, 174 y 175 de 2001 y el 4125 de 2008; Y actualmente en la compilación de toda la regulación en materia de transporte público en el Decreto Único Reglamentario 1079 de 2015.

Teniendo en cuenta las anteriores modalidades mencionadas y de acuerdo con el acercamiento previo a los municipios definidos como zonas de estudio para esta investigación, se pudo constatar a través de observación participante que de manera informal se está prestando el servicio público de transporte en vehículos particulares clase motocarro; y Vehículo automotor tipo motocicleta. Siendo importante aclarar que por transporte informal se entiende "Prestar un servicio de transporte público sin la autorización legal para hacerlo, es decir, siendo un vehículo destinado al transporte privado, se está usando para prestar el servicio público de transporte." (Salas Escobar, 2014).

Ahora bien, desde un punto de vista de aplicación de la legislación que versa sobre el transporte público autorizado, en particular sobre el denominado "motocarro" por ser el medio informal mayoritario que se utiliza en los municipios objeto de estudio, se hace

necesario un análisis que permita ubicar con mayor precisión cuales son los aspectos que quedan por fuera de la concepción de la norma (Vacíos normativos) confrontando el decreto 4125 de 2008 que reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor mixto en motocarro, el cual por la cantidad de habitantes es el único medio de transporte urbano viable que se puede autorizar en los municipios estudiados.

El ejemplo de la aplicación de esta normatividad se ve en el municipio de Flandes Tolima, el cual es el pionero en este tema, logrando formalizar y autorizar el medio de transporte automotor mixto, motocarro, que cuenta con una empresa asociativa de trabajo llamada Empresa de Transportadores Flamencos, con más de cinco años de experiencia, la cual está integrada actualmente por 50 personas que se benefician directamente, entre propietarios, conductores y personal administrativo. De igual forma, la empresa cuenta con un parque automotor de 26 vehículos, los cuales prestan el servicio de transporte de personas con sus bienes y cargas, por rutas establecidas, en vías secundarias y terciarias entre las diferentes veredas del municipio hacia el centro urbano de acopio o cabecera municipal, esto en concordancia con la regulación y las disposiciones establecidas en el Decreto 4125 de 2008, art.2, el cual dispone:

Artículo 2°. Servicio público de transporte terrestre automotor mixto en motocarro. Es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada y autorizada, a través de un contrato celebrado entre la empresa de transporte y cada una de las personas que utilizan el servicio para su traslado simultáneo con el de sus bienes o carga del sector veredal al centro urbano de acopio dentro de la jurisdicción de un municipio. (Decreto 4125, 2008, art. 2)

En el desarrollo de su actividad la Empresa de Transportadores Flamencos ha experimentado dificultades en su funcionamiento, en especial con temas relacionados con los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, entre otras garantías, y en especial cuando se trata de la aplicación de algunas disposiciones del Decreto 4125 de 2008, particularmente del artículo 15, el cual establece lo siguiente:

Artículo 15. Propiedad de los equipos. La prestación del servicio público de transporte en motocarro sólo podrá realizarse por la empresa a través del propietario del

equipo para lo cual deberá acreditar los siguientes requisitos dentro de los términos previstos para iniciar la prestación del servicio, según el caso:

1. Relación del equipo automotor con el que se prestará el servicio, con indicación del nombre y cédula del propietario, clase, marca, placa, modelo, número de chasis, capacidad, y demás especificaciones que permitan su identificación de acuerdo con las normas vigentes.
2. Copia de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual exigidas en el presente decreto.

Colorario a lo expuesto, se está ante un vacío en el evento en que se presenten casos de incapacidades laborales, fuerza mayor y diferentes circunstancias que eventualmente lograrían interferir en la debida prestación del servicio, ya que es clara la norma en manifestar que debe ser específicamente el propietario del vehículo el que debe prestar el servicio, creando un problema y una falencia teniendo en cuenta que existe una demanda pasajeros que hay que cubrir y no puede ser afectada por la aplicación taxativa de la norma, además de violar directamente derechos fundamentales.

En busca de la aplicación de esta normatividad sin afectar la prestación del servicio, La empresa Flamencos dentro de sus estatutos estableció que familiares de los propietarios de los vehículos vinculados a la empresa, también tienen la posibilidad de operar estos vehículos, dado el caso de que el propietario formalmente vinculado a la empresa no lo pueda hacer; a pesar de que esto da una alternativa a la aplicación taxativa de la norma, es una aplicación en virtud de los lineamientos constitucionales, sin embargo existe el riesgo de que esta medida sea sancionada por la autoridad que realiza la vigilancia de la prestación de estos servicios, puesto que la normativa interna de la empresa va más allá de lo que se ha estipulado en la ley.

Otro vacío normativo, se puede establecer en las disposiciones del decreto 4125 del 2008, modificado parcialmente por el decreto 198 del 2013, en su artículo 29 y 43, en cuanto al Procedimiento para la adjudicación de rutas y horarios en los niveles de servicio básico y lujo, en él se dispone que si el adjudicatario no entra a prestar el servicio dentro del plazo señalado, el Ministerio de Transporte hará efectiva la póliza de cumplimiento de la propuesta, evento en el cual la entidad mediante acto

administrativo motivado podrá otorgar la habilitación dentro de los 15 días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea favorable para la prestación del servicio.

La norma ofrece como solución a la posible deficiencia para la ejecución del servicio la autorización hasta por 6 meses a los propietarios de los vehículos vinculados a una empresa cuya habilitación haya sido cancelada o aquella con licencia de funcionamiento que no obtuvo la habilitación para seguir prestando el servicio público. Siendo claro que esta medida es insuficiente debido a que en el evento en que no exista un segundo proponente; que la administración no considere favorable una propuesta o en el caso que no haya una cantidad de propietarios que cubra el 80% de los vehículos vinculados a una empresa para cubrir el servicio correspondiente, quedaría insatisfecha la demanda del servicio hasta tanto no se logre consolidar el proceso de adjudicación de una nueva empresa, en lugar de ser más flexibles con estas posibles soluciones y así evitar se siga presentando la informalidad en la prestación del servicio.

Análisis en los municipios de Hobo, Yaguará, Rivera y Palermo

Prosiguen los resultados producto de las encuestas realizadas en los municipios objeto de esta investigación. Vislumbrándose como caracterización de los transportadores informales en los municipios estudiados, que existe una marcada diferencia frente al género, siendo en su mayoría hombres, mientras que en una minoría son mujeres las que prestan el servicio, pluralmente conformados por personas no mayores a 30 años, ubicados en los estratos socioeconómicos 1 y 2, que igualmente en su gran mayoría solo han culminado el bachillerato. En virtud de lo anterior, es claro que estas personas al reunir las características señaladas son las más vulnerables en una sociedad, ya sea desde el punto de vista económico y/o de oportunidad, evidenciando una clara falta de política pública del Estado frente a la población pobre y joven del departamento del Huila.

De igual forma, gracias a los resultados de la investigación cuantitativa desarrollada por medio de encuesta a los prestadores, se pudo fundamentar la conclusión de que el tipo de transporte que se presta en determinado municipio, es directamente proporcional al nicho económico del ente municipal, es decir que en los

municipios donde hay una predominante economía agrícola se ve un tipo de transporte de carga y/o mixto, esto en aras de cumplir con la demanda de aquellos servicios; mientras que en los que no cuentan con aquel tipo de economía se especializan en el transporte de personas.

Por otro lado, se evidenció claramente una displicencia del sector ejecutivo en los municipios de El Hobo, Yaguará y Rivera, frente a la problemática del transporte informal, ya sea desde un punto de vista de las consecuencias sociales, como jurídicas; evidenciando una clara falta de voluntad política por parte de aquellos gobiernos municipales, por tratar el tema de la prestación del transporte informal desde la formalización, o también desde la coerción como lo son las sanciones mismas a quienes prestan aquel servicio. Ya que de acuerdo a la información suministrada por la autoridad competente para ejercer control sobre el tránsito en los municipios observados, siendo el Instituto de Tránsito y Transporte del Huila, en los periodos comprendidos entre 2013, 2014, 2015 y 2016 en el municipio de Palermo tan solo se impusieron un total de 30 comparendos por la infracción D: 12 contenida en el código nacional de tránsito, la cual sanciona la prestación de servicio de transporte informal con una multa equivalente a 30 salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv). Mientras en el municipio de Rivera reportó un total de 17 comparendos por la infracción D: 12; en el de Hobo tan solo 3 comparendos y en la municipalidad de Yaguará un total de cero (0) comparendos. Información suministrada que asiente el afirmar que las acciones realizadas por las autoridades competentes no son suficientes para el control efectivo del transporte informal en los mencionados municipios, teniendo en cuenta que la totalidad del transporte público urbano que se presta en las cabeceras municipales se hace a través de vehículos no homologados para la correcta prestación del servicio y sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

A diferencia de los municipios anteriormente señalados, se encuentra el municipio de Palermo el cual al poner en evidencia un auténtico problema en la zona, se realizó un diagnóstico pertinente que buscaba hacer frente a las nuevas necesidades surgidas, cuyo resultado permitió como solución viable la habilitación del servicio público de transporte en la modalidad de motocarro en dicho municipio. De esta manera para iniciar el proceso, el alcalde de la época específicamente para el periodo

2012 y 2015 haciendo uso de sus facultades constitucionales y legales Ley 105 de 1993, ley 336 de 1996, decreto 4125 de 2008 y demás disposiciones complementarias, tomo las decisiones necesarias para mejorar la condiciones de la prestación del servicio de motocarro en su jurisdicción; con lo anterior se dejó de considerar el motocarro como un tipo de transporte informal; adjudicando el servicio a una empresa denominada "COOTRANSPAL LTDA" que cuenta con 13 inscritos en el censo y la empresa "OLA PALERMO" con 17 personas inscritas que sumadas cumplen con la capacidad máxima establecida en el permiso transitorio y la mínima de 28 vehículos requeridos según la oferta y demanda del servicio, empresas que constituyeron pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, con el fin de cubrir los daños materiales y lesiones personales que se encuentren debidamente relacionadas en que podrá incurrir el asegurado a terceros durante el desarrollo de la actividad y la vigencia de la póliza; generando consigo nuevas oportunidades laborales, impulsando la creación del sector empresarial y dándole una nueva cara y visión a la población palermuna.

Responsabilidad civil

Se debe partir entendiendo la actividad transportadora como de riesgo o peligro, implica que cuando se ejerce el transporte público informal, es decir, se ofrece un servicio de transporte público sin acogerse a las prerrogativas de habilitación; en su condición de informal y por tanto de no contar con las garantías mínimas a que por mandato reglamentario corresponden al desarrollo de dicha actividad, se podría estar configurando ya sea una responsabilidad civil contractual o una extracontractual, disputa jurídica en la cual se encuentra esta materia en cuestión, lo cual ha sido complejo y riesgoso dilucidar, siendo lo apropiado sentar la discusión y dejar abierto el debate, el cual radica en si existe o no contrato de transporte, al prestarse este servicio público de manera no autorizada.

Por una parte, se plantea que no puede existir un contrato de transporte, basándose en los elementos mínimos de todo contrato de acuerdo a la legislación colombiana, es decir, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; afirmándose que al ser el transporte público una actividad calificada que solo puede ser realizada por aquellos a quienes el ministerio de transporte habilite y otorgue dicha prestación, estaría-

mos frente a un contrato sin la "capacidad jurídica" para prestarlo, en razón a que los prestadores informales no tendrían la facultad administrativa y reglamentaria para hacerlo; Presentándose una nulidad del contrato por incapacidad jurídica.

En relación a lo anterior, es posible afirmar que la responsabilidad será extracontractual, ya que el prestador informal del servicio de transporte en este caso, entrará a responder patrimonialmente por los daños y perjuicios ocasionados al transportado, siendo el daño objeto de estructura del derecho a la responsabilidad, tal como lo menciona (Hinestrosa, 1969) "En todo caso de responsabilidad el punto de partida es el daño que debe repararse integralmente, salvo la existencia de un motivo exonerador o atenuador de la indemnización" (p.256). Es así, que se tiene sentado por la Corte Suprema de Justicia en materia extracontractual, y están fundadas en el postulado general de derecho, según el cual "nadie debe sufrir perjuicio de un hecho ajeno" (CSJ Civil, Rad. 66001-3103-2006-00190-01/2011, R. Díaz).

Contemplando la referida corporación que bajo el hecho de una actividad peligrosa e ilegal, el fallador aprecie el marco de circunstancia de un hecho dañino en relación a la actividad de prestación de transporte público informal, de tal suerte que cuando se produce el daño se analizara las circunstancias de modo, tiempo y lugar, sus características, complejidad, grado o magnitud del riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular la "incidencia causal de la conducta de los sujetos" (CSJ Civil, Rad. 66001-3103-2006-00190-01/2011, R. Díaz).

Contrario sensu, hay quienes manifiestan desde un punto de vista más flexible del análisis de la normatividad colombiana, que no existe impedimento para considerar la existencia de un contrato, ya que habría ilicitud en la medida que existiera una prohibición expresa de la conducta, siendo el transporte informal desde este postulado una actividad por fuera de la regulación, mas no declarada ilegal. Aunado a lo anterior y a la luz del derecho civil colombiano se podría dar por sentado que en la prestación del transporte informal existe contrato de transporte ya sea de personas o de cosas, principalmente porque esta prestación contiene los elementos constitutivos base y primarios de todo negocio jurídico de derecho privado tales como, que

exista el consentimiento de las partes; y por otro lado, que este sea considerado oneroso, en otras palabras que se pague un precio por la prestación del mismo (Orduz, 2004).

En virtud de los elementos señalados anteriormente, es necesario establecer que en el momento en que un usuario utiliza este medio de transporte y el prestador lo ofrece, existe un consentimiento de las partes quedando en evidencia el primer elemento señalado. De igual forma, es claro que, debido a la prestación de aquel transporte, que el usuario paga por la utilización de aquel medio, quedando así consagrado el segundo elemento constitutivo del contrato de transporte. Viéndose de este análisis la existencia de un contrato de transporte ya sea de carga o de personas de contenido civil, más allá de si se está o no habilitado por parte de las entidades correspondientes lo cual solo otorgaría al contrato el carácter de comercial; punto en el cual se encuentra la principal confrontación de las dos tesis anteriormente señaladas y por lo cual sería irresponsable ser tajantes y referenciar una sola teoría.

Responsabilidad penal

Jurisprudencialmente en materia penal, se ha avanzado sobre el tema de estudio en un único aspecto que puede llegar a configurar un elemento típico con ocasión y a causa directa de la prestación informal del servicio de transporte público, este único aspecto se ubica dentro de lo que puede ser entendido como accidente de tránsito y serán delitos de estricta incidencia sobre personas.

Ahora bien, hay una sola circunstancia para el transporte informal de carga en que se puede ver inmerso un transportador a causa de un hecho típico y es el escenario de causar homicidio culposo transportando carga sin el cumplimiento debido de los requisitos legales, así lo deja ver el numeral 4° del art 110 del Código Penal:

Artículo 110. Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. Modificado por la Ley 1326 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La pena prevista en el artículo anterior se aumentará
(...) 4. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

Los tipos penales del Código Penal que se pueden configurar con ocasión a la actividad transportadora, de acuerdo a la jurisprudencia de la sala penal de la CSJ por regla general son, el homicidio culposo art 109 y sus agravantes art 110 Código Penal en Sentencia con radicado 27431 de 26 de septiembre de 2007, lesiones personales culposas art 120 y los agravantes de las lesiones personales, y omisión de socorro art 131 del C.Pe. y se estableció recientemente el homicidio art 103 del C.Pe. en la modalidad de dolo eventual. Lo anterior con el fin de proteger los bienes jurídicos vida e integridad física. Ahora bien, si la causa del siniestro objeto de investigación se debe al actuar único y exclusivo de la víctima, se exime de toda responsabilidad civil, penal y contravencional al conductor del vehículo (Ortiz, 2006).

Responsabilidad administrativa

La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, es determinada por regla general por las actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública (Silva, 1997). Es dable adicionar, que la responsabilidad del Estado en materia extracontractual no se determina por la relatividad o las circunstancias concretas de prestar el servicio, sino por determinada obligación que este tenga vinculada en una norma previa, siendo excusable y justificable tales como fuerza mayor o caso fortuito, es decir, en materia del transporte terrestre que es el objeto de estudio se aduce que el régimen aplicable es el de la falla probada teniendo en cuenta el material probatorio para demostrar la culpa exclusiva del victimario sobre la víctima, siendo este exclusivo y determinante a la hora de realizar dichos actos que generan una antijuridicidad y lesividad sobre el particular (CE, Rad. 10865/1999, R. Hoyos).

Para esto, se debe tener en cuenta el hecho y el riesgo, ya que estos conceptos son los que modifican o alteran el estado físico de una cosa o a una persona en un momento determinado teniendo en cuenta las circunstancias en que sucedieron en el momento de la modificación y/o transformación, originado de un comportamiento irregular bajo conductas tales como la impericia, la imprudencia o la negligencia (Ortiz, 2006) por el cual se entiende también la contingencia de un daño, elemento básico y primordial de la responsabilidad del Estado como anteriormente mencionamos (García, 1978).

Elementos para constituir la responsabilidad administrativa según el C. de Estado:

La existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño. (CE, Rad. 25041/2012, D. Rojas)

Siendo el nexo causal el medio por el cual se determina la culpa personal del infractor, el cual está suscitado entre los nexos perceptibles e imperceptible, es decir, lo tangible por el ser humano teniendo en cuenta las características primordiales tales como el nexo espacial y/o jurisdiccional, el nexo temporal, el nexo instrumental, y por otro lado, está el nexo imperceptible, que es por medio del cual se reconoce la voluntad del agente (Sarmiento García, 2003). Y el daño, que consiste en la disminución patrimonial o no, sufrida por una persona o un grupo de personas pero que debe ser probada por la víctima (Henao, 2001). Teniendo claro que este concepto de daño no está en ningún ordenamiento jurídico, por tanto, el mismo se ha dado por el avance en la doctrina y en la jurisprudencia (Pinzón, 2006).

Pero ¿Cuál es la obligación del Estado frente al transporte informal? Ha dicho el C.E:

(...) los artículos 111 y 112 del estatuto, dotan de facultades a los organismos municipales encargados del control del transporte informal, para la imposición de sanciones consistentes en multas a los particulares que presten servicio público de transporte y a los de servicio público que no estén vinculados legalmente a una empresa. (CE, Rad. 25041/2012, D. Rojas)

Por ello es imprescindible ubicar dentro de la línea argumentativa, que la conducta o actuación idónea para imputarle responsabilidad al Estado por la actuación irregular de terceros, se debe a la ausencia en el deber de control sobre la actividad considerada riesgosa, informal o ilegal, del cual el tercero ejecuta la acción y el Estado omite el control sobre el riesgo de manera consciente, naturalizando la conducta o actividad (falta de señalización violando el principio de señalización y otros principios básicos en materia del transporte), y aun previendo la posibilidad de causar un daño asume la

responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico a la víctima como también a los terceros perjudicados.

Así, aplicando todo lo anterior al objeto de estudio, se debe establecer que el Estado está en la obligación de responder por los daños antijurídicos ya sea por acción o por omisión (art 90 C.P), este último aludido en el presente trabajo; en la medida, en que en el transporte informal, los prestadores no cuentan con la habilitación para prestar aquel servicio, por lo cual es obligación del Estado como garante en virtud del mandado legal en materia de transporte, al tener el deber de inspección, vigilancia y control de este servicio público esencial, de hacer control material y efectivo, a través de diversos mecanismos sobre aquellos particulares que estén prestando el servicio público de transporte de manera no autorizada e informal, al cual terminan acudiendo los ciudadanos por distintas razones tales como, nula oferta en los medios de transporte, oferta insuficiente, altos costos dado que “los costos del transporte representan una barrera comercial muy importante; situaciones que podrían cambiar con mayor inversión en infraestructuras, aprovechando los diferentes medios de transporte” (Cárdenas, Gaviria, & Meléndez, 2005) o en municipios como los estudiados, indiferencia ante estos fenómenos sociales, llegando al punto de crear en los ciudadanos que usan estos medios de transporte informal una confianza legítima en la medida en que asumen que están ante un servicio público tácitamente permitido por la autoridad; razón por la cual en el evento en que se produzca un daño antijurídico a alguna persona, sería el Estado igualmente responsable por omisión en el ejercicio de sus funciones de los daños o perjuicios que llegaren a sufrir sus asociados, de acuerdo al caso en concreto.

Es así, como a pesar de que no se encuentra consagrado legal o jurisprudencialmente este tipo de responsabilidad exclusiva por un daño producido a causa de la prestación del servicio de transporte público informal, que se estaría configurando la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión a su deber de inspección, vigilancia y control sobre la prestación del servicio público de transporte.

Discusión

Luego de todo el desarrollo jurisprudencial, doctrinal, de observación y de solicitud de información, en aras de resolver el interrogante que la investigación tiene por

objetivo, se logró identificar por ejemplo en materia social, producto de las encuestas realizadas a los transportadores, una causa de la proliferación de la prestación informal del transporte público en los municipios estudiados, es el desempleo y como a través de esta actividad logran obtener una fuente principal o única de ingresos en la mayoría de los casos, siendo personas en generalidad no mayores de 30 años, cuyos grupos familiares son de estrato socioeconómico bajo y con muy bajos índices educativos. Siendo palmario que estas personas al reunir las características señaladas son las más vulnerables en una sociedad, ya sea desde el punto de vista económico y/o de oportunidad, evidenciando una clara falta de política pública del Estado frente a la población pobre y joven del departamento del Huila.

De igual forma, gracias a los resultados del análisis cuantitativo producto de las encuestas, se pudo fundamentar la conclusión de que el tipo de transporte que se presta en determinado municipio, es directamente proporcional al nicho económico del ente municipal, es decir que en los municipios donde hay una predominante economía agrícola se ve un tipo de transporte de carga y/o mixto, esto en aras de cumplir con la demanda de aquellos servicios; mientras que en los que no cuentan con aquel tipo de economía se especializan en el transporte de personas.

A su vez, se pudo determinar a raíz de la información suministrada por las entidades territoriales, la falta de control efectivo por parte de los municipios en cabeza de los entes de control tal como lo es la policía de tránsito departamental del Huila, lo cual quedó evidenciado en los resultados de la cantidad de sanciones administrativas aplicables a esta conducta, la cual es inversamente proporcional a la cantidad de prestadores que existen en los diferentes municipios investigados. Ahora bien, analizando la posición de las administraciones locales frente a la problemática, es claro que, a diferencia del municipio de Palermo, no existe una voluntad política de habilitar el aludido servicio público de transporte mixto motocarro, para atacar de frente la problemática, convirtiéndose este en un tema simplemente utilizado por los aspirantes políticos como mecanismo de ganar adeptos, según refieren los encuestados.

Por otro lado, desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial, iniciando con la responsabilidad estatal, se precisa que a la fecha no hay fallo del Consejo de

Estado que responda directamente la pregunta de investigación, sin embargo se logró identificar una tesis por hechos con estructura similar en la cual se pueda endilgar un tipo de responsabilidad extracontractual al Estado por falla en la prestación del servicio público del transporte a título de omisión, esto enmarcado en el deber que tienen las entidades administrativas de hacer control e intervenir en la prestación de este servicio ya que es un deber legal y constitucional, dejando así una puerta abierta a posibles análisis del tema del transporte informal, a cuyo no muy largo plazo en virtud de los múltiples y lamentables siniestros en este tipo de transporte informal, el honorable Consejo de Estado se pueda pronunciar.

En cuanto a la posible responsabilidad que recaiga sobre los transportadores informales, en materia civil se debe mencionar igualmente que, no existe una claridad frente a los posibles tipos de responsabilidad, tal como lo son la contractual y la extracontractual, ya que hasta el momento no se ha desarrollado jurisprudencia al respecto y la doctrina encontrada en esta investigación apunta a la segunda, salvaguardando el hecho de que existen algunos teóricos que determinan sería una responsabilidad contractual. No obstante, si se da por sentado que existiría responsabilidad civil del transportador informal indistintamente de la tipología, en caso de llegar a causar daño o perjuicio alguno a una persona con ocasión a la prestación directa del servicio de transporte informal, teniendo inexorablemente que llegar a indemnizar daños materiales e inmateriales que establece la sala civil de la CSJ. Empero, partiendo del análisis mayoritario de que se trata de una responsabilidad civil extracontractual por no contar con el lleno de los requisitos legales, se debe reseñar que no por ello esto se convierte en una actividad ilícita, sino que simplemente es la consolidación de un negocio jurídico no perfeccionado, dejando a un lado la tesis que reza, que al no tener el servicio habilitado por ende se consolida en una conducta ilegal.

En cuanto al desarrollo de la investigación en materia penal, el panorama es más claro en la medida en que por el solo hecho de ser transportador informal no se infringe delito alguno. La única responsabilidad penal que se puede consolidar para el prestador informal radica si en la ejecución de su conducta genera lesión a la integridad física o la vida de una persona en un accidente de tránsito; derivando en la titularidad de acciones penales como el homicidio culposu o homicidio

doloso a título eventual, de acuerdo con el caso en concreto y también la consumación del delito de lesiones personales culposas, todas las anteriores con posibles agravantes, pero particularmente el agravante de transportar personas o carga sin el lleno de requisitos legales.

Finalmente, se reseña que si bien hay unos derechos que se contraponen en el escenario del servicio de transporte público prestado de manera informal, tales como el derecho fundamental al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio o a la libre locomoción, existen también en oposición a ellos normas de alta jerarquía y de interés general, llegando a sostener la Corte Constitucional en la sentencia C-033 de 2014, que claramente no hay vulneración alguna de los derechos inicialmente mencionados en razón a la primacía del interés general sobre el particular y el deber constitucional del Estado de vigilar, controlar y reglamentar la prestación de este servicio por el riesgo que representa la actividad transportadora en los vehículos automotores para la sociedad. Así, de lo manifestado por la corte constitucional, se concluye que los municipios estudiados deben encontrar dentro de sus gobernantes voluntad política, tal como ocurrió en el municipio de Palermo, para implementar políticas públicas que busquen solucionar de manera armónica este conflicto socio jurídico. Esto con el fin de que se brinde un servicio público seguro y confiable a la comunidad y a la vez se dé alternativas de empleo para los transportadores, que como se pudo evidenciar en su mayoría, es la única fuente de ingresos para su mínima subsistencia.

Referencias

Acosta de Valencia, Z. M. (23 de agosto de 2004). Regulación De Los Servicios De Transporte En Colombia Y Comercio Internacional. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/265.pdf>

Cárdenas, M., Gaviria, A., & Meléndez, M. (2005). La Infraestructura Del Transporte En Colombia. Bogotá.

Código Penal Colombiano, Ley 599 del 24 de julio del 2000

Consejo de Estado, 31/08/1999, sent. con rad. 10865, CP Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, 29/08/2012, sent. con rad. 25041, CP Danilo Rojas Betancourt.

Corte Constitucional, 29/01/2014, rad. C-033, MP Nelson Pinilla

Corte Suprema de Justicia, 05/04/2011, rad. 66001-3103-003-2006-00190-01.

García, M. G. (1978). La Responsabilidad En El Transporte Aéreo De Personas. Bogotá: Universidad Externado.

Henao, J. C. (2001). El daño, análisis comparativo de la responsabilidad. Bogotá: Ediciones Ibáñez.

Hinestrosa, F. (1969). Derecho Civil: Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Orduz, A. B. (2004). De Los Negocios Jurídicos En El Derecho Privado Colombiano. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Ortiz, J. J. (2006). Responsabilidad contractual y extracontractual en accidentes de tránsito. Bogotá: Ediciones Jurídica Radar.

Pinzón, O. J. (2006). Precisiones acerca de la responsabilidad del Estado Legislador en Colombia. Piélagus, 7-24.

Reglamento del servicio público mixto en motocarro (Decreto 4125 del 2008).

Salas Escobar, C. J. (21 de noviembre de 2014). Director Territorial Huila del Ministerio de Transporte. (Facta Nom verba I, Entrevistador)

Sarmiento García, M. G. (2003). Estudios de Responsabilidad Civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Silva B. A. (1997). Tratado de Derecho Constitucional, t. IV (2a ed.). Santiago de Chile: Ediciones Jurídica.