

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2**

Tunja, 23 de septiembre de 2020

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal
Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-01**

Tema: Daño con ocasión de accidente de tránsito sucedido en vehículo automotor que acababa de terminar jornada laboral en el consorcio demandado, que se encontraba ejecutando obra pública. Se estudia el caso bajo el título de imputación de riesgo excepcional por daños ocasionados en ejecución de obra pública y en ejercicio actividad peligrosa. Se niega responsabilidad de la administración al tener por acreditada la culpa personal del agente como eximente de responsabilidad a la que se suma concurrencia de culpas por el actuar de la víctima. Se confirma y se incrementa el monto de los perjuicios morales reconocidos

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2015, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de reparación directa, con el fin de que se concedan las siguientes:

1.Pretensiones

Declarar al Departamento de Boyacá, al consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 y a los particulares Rodolfo Aldana Camacho y Yeikis Alexander Cubillos, administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales, ocasionados a los demandantes, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 4 de febrero de 2012, en la vía Tibaná – Garagoa Boyacá, sitio

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

“el comillo”, vereda San José, donde falleció su hija, hijastra y hermana ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ.

Que, como consecuencia de la anterior, se condene a los demandados a pagar a los demandantes los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes por concepto de lucro cesante (\$ 45.684.000) para la madre de la víctima, quien recibía ayuda económica de su hija antes de su deceso y por concepto de daños morales reconociendo a cada uno de los demandantes la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que se condene a las demandadas a pagar a los demandantes los intereses de toda índole, así como la correspondiente indexación y/o actualización, sobre las sumas que se concilien, desde el día de la ejecutoria de la conciliación y hasta que se verifique el pago total de lo conciliado.

2. Fundamentos fácticos

En el acápite de hechos familiares se narra la relación de la víctima del accidente de tránsito con cada uno de los demandantes, justificando con ello la legitimación por activa de los demandantes.

En cuanto a los hechos origen del daño se narró en la demanda lo siguiente:

El Departamento de Boyacá celebró el contrato de obra No 002043 del 19 de septiembre de 2011, con el Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, cuyo objeto era “El contratista se obliga para con el Departamento de Boyacá a realizar el mejoramiento del tramo vía Tibaná - Sisa de acuerdo con el pliego de condiciones y propuesta presentada”

Anayibe Cadena Hernández, el 23 de enero de 2012, había ingresado a laborar al Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, en desarrollo de las obras del contrato de obra No 002043 del 19 de septiembre de 2011, que dicho consorcio suscribió con el Departamento de Boyacá y que se encontraba en plena ejecución, mencionado en el hecho primero, desempeñando el cargo de Auxiliar de tráfico – palettera, con una

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

asignación básica mensual de \$ 634.500 m/cte., labor que desempeñó hasta el día de su fallecimiento ocurrido el 4 de febrero de 2012.

El día 4 de febrero de 2012 siendo aproximadamente las 2:30 de la tarde, Anayibe Cadena Hernández, cuando se encontraba en el campamento del Consorcio Proyecto Viales Boyacá 2 luego de terminar su jornada laboral fue recogida junto con sus compañeros de trabajo Ana Camila Molina Junco, Luis Alfredo Lozada Gasca, Hayber Herreño Vargas y Yeikis Alexarder Cubillos para ser transportados en cercanías a su residencias en la volqueta pegaso modelo 1972, color azul, de placas CSF-035, la cual se encontraba al servicio del consorcio en mención y que era conducida por el último de los citados. Dicho vehículo era de propiedad del señor Rodolfo Aldana Camacho.

En el desplazamiento de la volqueta, en el sitio denominado el comillo de la vereda San José vía que de Tibaná conduce a Garagoa – Umbita Boyacá, la misma sufrió accidente volcándose y terminando en el río Tibaná, resultando heridos los ocupantes. Anayibe Cadena Hernández fue conducida al Hospital San Rafael de Tunja a donde llegó sin signos vitales.

Con respecto al accidente, funcionario policial de tránsito de Boyacá, levantó informe policial de accidentes de tránsito, donde detalló las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente.

3. Fundamentos de derecho y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Luego de hacer referencia a la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de una daño antijurídico, refirió que las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes de Colombia en su vida, presupuesto que se desconoció en el caso de Anayibe Cadena Hernández, pues por negligencia, descuido, impericia, falta de responsabilidad de las entidades públicas involucradas, y falta de vigilancia a través de sus agentes, tenían la posición de garante de la citada como empleada, en desarrollo de una actividad de transporte para acercarla a su residencia, lo cual produjo su deceso.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Señala que existió falla en el servicio por cuanto la administración por ausencia de responsabilidad omitió tomar medidas para prever hechos como el narrado. Existió al efecto falta de previsibilidad de lo imprevisible, al haber omitido el deber de impedir el transporte de empleados con sobrecupo en vehículos destinados exclusivamente para el traslado de materiales, así mismo de permitir el consumo de bebidas embriagantes al conductor y sus acompañantes, por lo que no se actuó como debía hacerlo, acaeciéndose en una falla del servicio.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 21 de marzo de 2014 ante el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.¹

Mediante proveído del 19 de mayo de 2014, ese despacho admitió la demanda y ordenó notificar al Departamento de Boyacá, al representante legal de Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, a Jorge Díaz Murcia GERVAP S.A.S y pavimentos y construcciones el Dorado Ltda. – ingenieros contratistas integrantes del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, a Rodolfo Aldana Camacho y Yeikis Alexander Cubillos Avella y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011.²

1. Contestaciones de la demanda

1.1. Por parte del CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2

Adujo que en el caso bajo estudio no existe responsabilidad del consorcio, pues el daño no fue producto de las actividades propias relacionadas con la ejecución del contrato suscrito con el Departamento de Boyacá, ya que el accidente de tránsito sobrevino fuera del campamento de trabajo, con posterioridad a la jornada habitual de trabajo establecida y no se encontraba realizando ninguna labor encomendada por el consorcio. Adujo además que no es de la esfera normal ni del giro normal

¹ Ver folio 100 del expediente

² Ver folios 119 a 121 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

de sus actividades contractuales, controlar las actividades de los trabajadores una vez terminados sus turnos de trabajos; sus desplazamientos y demás gestiones de tipo persona, son asumidos por su cuenta y riesgo.

De otra parte, la ARP Positiva Compañía de Seguros S.A en oficio 14100 de fecha 20 de mayo de 2014, conceptuó que las causas que originaron el hecho no estaban relacionadas con la actividad laboral para la cual fue contratada la occisa, por lo que no se cataloga como accidente de trabajo, sino que obedece a un evento de origen común de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del decreto 1295 de 1994.

No existe entonces relación de causalidad entre el daño y alguna actuación que pueda ser endilgada al consorcio, luego no existe responsabilidad alguna.

Indicó en cuanto a lo pedido por concepto de lucro cesante, que no es dable afirmarse que la víctima fuese a laborar con el consorcio hasta los 25 años de edad con igual salario, toda vez que el lucro cesante solo es determinable cuando quien sufre el daño continua con vida y no ve la posibilidad de seguir generando dicho ingreso, por ende es erróneo la aplicación de este concepto en el caso que ocupa este escrito y más aún cuando no se ha establecido que la forma de reparación sea por la vía administrativa.

Propuso como eximentes de responsabilidad:

- **Hecho de un tercero**

Determinado por la impericia o negligencia de Yeikis Alexander Cubillos Avella, quien conducía el vehículo en estado de embriaguez y también por parte de la propia víctima. Dicho eximente de responsabilidad rompe el nexos causal propio de la responsabilidad de la demandada, toda vez que la ingesta de alcohol, el sobrecupo en la cabina, la sinuosidad de la vía, impidió el control sobre el vehículo y se causó el accidente.

- **Culpa exclusiva de la víctima**

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

La actuación de la víctima fue determinante en la producción del daño, toda vez que abordó el vehículo con sobrecupo, porque además del conductor y la víctima iban 3 personas más, circunstancia que aunada a la embriaguez del conductor fue exclusiva en la producción del daño.

La conducta asumida por la víctima contrarió las normas de tránsito y ello causó el accidente de tránsito, que posteriormente le causó la muerte. De otra parte, el accidente de tránsito ocurrió en horario no laboral, el vehículo no era de propiedad del consorcio y tampoco estaba destinado al transporte de empleados o trabajadores del consorcio, y tanto el conductor como los ocupantes del vehículo habían ingerido alcohol, circunstancias que eximen de toda responsabilidad tanto al Estado como a los demandados, por cuanto los hechos generadores del daño ocasionado no obedecieron a la acción u omisión de ninguno de ellos.

1.2. Por parte de Rodolfo Aldana Camacho

Argumentó que no le asiste responsabilidad en el daño toda vez que, si bien el automotor era de su propiedad, también es cierto que para la fecha de ocurrencia de los hechos esta no estaba bajo su tenencia, pues estaba arrendada al Consorcio Proyectos Viales Boyacá por contrato verbal efectuado entre el propietario de la volqueta y el consorcio. Además, en la demanda no se identifica con exactitud los cargos frente a la presunta responsabilidad de parte de este demandado.

De otra parte, toda vez que la jornada laboral culminó a las doce del mediodía, significa que para la hora del accidente, el automotor debía estar dentro de las instalaciones del consorcio, pero por el contrario, horas después de terminada la jornada laboral, el conductor y la víctima se encontraban tomando cerveza, y luego se dirigían al pueblo a continuar departiendo, por lo que no es dable endilgar responsabilidad al señor Aldana Camacho, pues ellos tomaron y asumieron su propio riesgo al desplazarse en el automotor a pesar de las condiciones en que se encontraban debido a las bebidas que habían consumido momentos antes.

Propuso las siguientes excepciones:

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva**

Toda vez que el señor ALDANA CAMACHO había arrendado el vehículo al consorcio quien lo tenía bajo su guarda y cuidado. El aquí demandado no tenía injerencia en las órdenes dadas por el consorcio en el manejo de los vehículos.

- **Hecho de la víctima**

Ello porque terminada la jornada laboral la víctima y sus compañeros consumieron bebidas alcohólicas y según lo afirmado por el mismo conductor al propietario del vehículo, se dirigían a continuar “la rumba en el pueblo”, de donde se concluye que la víctima ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción del daño sufrido.

- **Ausencia de elementos que configuren su responsabilidad**

Concluye la defensa señalando que no hay una relación de causalidad entre el daño y el actuar del señor Aldana Camacho ya que la responsabilidad del vehículo al momento del accidente era del Consorcio. Era obligación del conductor luego de la jornada laboral dejar el vehículo en las instalaciones del consorcio, luego el daño se produjo por la indebida actuación del conductor de manejar bajo los efectos del alcohol y de la víctima al subirse al automotor sin precaver las consecuencias.

1.3. Por parte de Yeikis Alexander Cubillos Avella

Sustentó su defensa en las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la acción administrativa de Yeikis Alexander Cubillos Avella** por no concurrir en él la calidad de funcionario, contratista, servidor público o similar con la administración estatal, sus entes territoriales o entidades en particular o similares, que le permita estar legitimado en este tipo de acción que deben dirigirse contra entidades de carácter estatal.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Señaló que **Yeikis Alexander Cubillos Avella** mantenía un vínculo laboral privado con el propietario del vehículo accidentado.

- **Pago de perjuicios a favor de los actores mediante póliza de seguros SOAT AT 1329 23726240 6** de la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. que se hiciera efectivo por la parte actora y que fuera el seguro del vehículo de placa CSF 035 que condujera en su calidad de particular el señor YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS AVELLA quien solo mantenía un vínculo laboral privado con otro particular propietario del vehículo.

1.4. Por parte del Departamento de Boyacá

Sustentó su defensa en las siguientes excepciones:

- **Ausencia de nexos causal**

Luego de hacer un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el nexo causal, señaló que:

“En el presente caso estamos en presencia de un claro de ausencia de nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño probado, toda vez que, la actividad de la administración que sirve de sustento para solicitar la indemnización, esto es, la ejecución del contrato de obra No 002043 de 2011, suscrito entre el CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2 Y EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, no tiene relación causa efecto con la muerte de la señorita ANAYIBE CADENA, la cual, por demás, se ocasionó en virtud de un accidente de tránsito, por fuera de la jornada laboral y por supuesto por fuera de la ejecución del contrato de obra, ya que tal y como lo manifiesta el apoderado de los demandantes, “luego de terminar su jornada laboral fue recogida junto con otras personas para ser transportados en cercanías a su residencia, en una volqueta que al parecer se encontraba al servicio del CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2”, y sin que se pueda insinuar, si quiera, que el transporte de la señora CADENA, obedeció a la ejecución del contrato de obra No 002043 habida consideración a que no existe un principio de prueba que pueda determinar que el vehículo accidentado se encontraba a órdenes del CONSORCIO y que principalmente dicho desplazamiento se ocasionó en virtud de alguna orden o convenio entre las partes esto es CONTRATANTE DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2; en ese orden de ideas, como la muerte de la señorita ANAYIBE CADENA se dio por fuera de la ejecución del contrato de obra no existe nexo entre el daño probado en este caso la muerte de la señorita CADENA, con la actividad desplegada por la administración, esto es, la ejecución del contrato de obra y en ese orden de ideas la una no es consecuencia de la otra, así queda acreditado en el decir del apoderado del demandante cuando manifiesta expresamente que: luego de terminar su jornada laboral, fue recogida en una volqueta para ser trasladada a su residencia, así queda acreditado con la misma demanda cuando ni siquiera se hace alusión a los actos hechos y omisiones en que incurrió el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ para indicar el grado de responsabilidad que le asiste a esta en el accidente de tránsito”

- **Hecho de un tercero**

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Luego de explicar el concepto del hecho de un tercero señaló que *“para el caso sub examine encontramos que la muerte de la señora NAYIBE CADENA (sic) se dio con ocasión de un accidente de tránsito, en el que se vio involucrada la volqueta de placas CFS-035 209 de propiedad del señor RODOLFO ALDANA CAMACHO y al parecer al servicio del CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2, conducida por el señor YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS, es claro, que la señorita ANAYIBE CADENA una vez terminada su jornada laboral a órdenes del CONTRATISTA, procedió a tomar por voluntad propia sin cumplir órdenes de su empleador o con ocasión de la ejecución del contrato de obra, un vehículo que la acercara hasta su lugar de residencia, cuando al llegar al sitio denominado “El comillo” de la vereda San José en la vía que de Tibaná conduce a Garagoa – Úmbita Boyacá, la volqueta sufrió un aparatoso accidente volcándose y terminando en el río Tibaná, se ha podido determinar que la causa del accidente obedeció a la imprudencia e impericia del conductor del vehículo quien, en estado de embriaguez, perdió el control del mismo volcándose y ocasionando la muerte de la señorita ANAYIBE CADENA, en ese orden de ideas le era materialmente imposible al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ prever que la volqueta en la cual se desplazaba la señora ANAYIBE CADENA iba a sufrir un accidente donde perdiera su vida, o no podía impedir que esta tomara un vehículo”*

- Hecho de la víctima

Para el caso, se tiene que la víctima, de manera voluntaria, sin cumplir órdenes de su empleador o en virtud de la ejecución del contrato de obra, subió a una volqueta que la acercaría hasta su lugar de residencia cuando Kilómetros más adelante el vehículo sufrió el accidente, causado por la negligencia e imprudencia del señor Yeikis Alexander Cubillos, quien en estado de alicoramiento conducía el vehículo que tomó la señorita ANAYIBE CADENA y que posteriormente le causó la muerte.

Afirmó la defensa:

“Como quiera que la señorita ANAYIBE CADENA tomó el vehículo por voluntad propia, por fuera de su jornada laboral, sin mediar orden de su empleador, y conociendo de antemano las condiciones especiales en que se encontraba el conductor de la volqueta, asumió el riesgo que conllevaba el hecho de que este último condujera en estado de embriaguez y sin que su empleador o el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ la hubiese impulsado a subirse al rodante, en ese orden de ideas, el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ le era materialmente imposible prever y evitar que la señorita ANAYIBE CADENA tomara el vehículo que posteriormente le causó la muerte, máxime cuando el mismo apoderado de los demandantes manifiesta que fue por fuera de la jornada laboral, máxime cuando no existe certeza de que el vehículo accidentado, se encontraba a órdenes del CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2, máxime cuando no existe prueba sumaria que determine que el desplazamiento del vehículo se dio en virtud o en ocasión a la ejecución del objeto del contrato, así las cosas la IMPREVISIBILIDAD E IRRESISTIBILIDAD se configuran a este caso en tanto y en cuanto a pesar de haber tomado las medidas del caso la señorita ANAYIBE CADENA subió a un vehículo conducido por una persona en estado de alicoramiento exponiendo su integridad física al punto de perder la vida y en ese orden de ideas no se puede hablar de una falla de la administración cuando la víctima fue quien propició con su actuar dicho daño”

1.5. Por parte de la Previsora S.A Compañía de Seguros S.A. en calidad de llamada en garantía por parte del Departamento de Boyacá

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Lo anterior en virtud de la póliza de garantía tomada por el Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 cuyo objeto era amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista en virtud del contrato No 002043 de 2011 relacionado con el tramo de la vía Tibaná Sisa.

Coincide la Previsora S.A con los argumentos exceptivos propuestos por el Departamento de Boyacá, a saber, la ausencia de nexo causal, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, bajo las mismas consideraciones expuestas por la entidad territorial. Aunado a lo anterior señaló que no existe prueba idónea que acredite el daño ocasionado.

Como excepciones de fondo al llamamiento en garantía, propuso las siguientes:

- **Falta de cobertura del certificado aportado**, toda vez que la póliza aportada tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011 y los hechos se presentaron el 4 de febrero de 2012.
- **Falta de cobertura para los hechos motivo del proceso**, pues el seguro otorga cobertura por responsabilidad civil extracontractual imputada a los asegurados y derivadas de las actividades desarrolladas por el contratista asegurado, siendo beneficiarios del seguro los terceros afectados.

Los amparos otorgados y discriminados en la carátula de la póliza No 1010617, no da cobertura para los hechos que originaron el presente proceso y adicionalmente debe tenerse en cuenta que el amparo patronal no fue otorgado por la compañía.

El seguro expedido cubre exclusivamente la responsabilidad civil extracontractual que le sea imputable al contratista asegurado, excluyendo cualquier obligación derivada de responsabilidad contractual.

- **Exclusiones pactadas contractualmente**, que según la póliza es aclarar en señalar que no ampara la responsabilidad civil del asegurado en caso de accidentes de trabajo de sus empleados, responsabilidad civil patronal.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- **Delimitación contractual de los riesgos**, evidenciándose de la póliza que dentro de los amparos contemplados no se encuentra el suceso soportado por la víctima, pues los hechos que generaron el fallecimiento de Anayibe Cadena Hernández no fueron ocasionados por ningún trabajador en el ejercicio normal de sus actividades y por lo mismo no tienen cobertura por la póliza expedida.

Señaló al efecto que la póliza que sirve de base al llamamiento en garantía, solamente asegura la responsabilidad civil extracontractual del asegurado, esto es, la responsabilidad que se le pueda imputar por las actividades que realicen personas vinculadas al asegurado mediante el contrato de trabajo y que afecten a terceros.

- **Inexistencia de solidaridad**, pues de existir alguna obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora, esta debe emanar del contrato de seguro y no del capricho de los demandantes.

Las obligaciones asumidas por la aseguradora se encuentran limitadas a los términos establecidos en el contrato de seguro conforme lo consagra el art. 1079 del C de Co que indica: “El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada...” y por lo mismo no puede el demandante pretender cosa distinta a la delimitada en el objeto negocial.

Es equivocado intentar que se declare la responsabilidad solidaria entre el asegurado y el asegurador ya que las obligaciones que le puedan corresponder a cada uno tienen una fuente diferente. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que no existe norma que consagre la solidaridad solicitada, ni convención contractual que así la determine.

- **Inexistencia de cobertura por el concepto de daño moral**, pues la póliza solo ampara perjuicios patrimoniales.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- **Límite de valor asegurado, limitación de responsabilidad de la Previsora S.A. Compañía de seguros al monto de la suma asegurada, artículo 1079 de Código de Comercio.**
- **Aplicación del deducible pactado en la póliza, el cual debe ser asumido por el asegurado y por lo mismo deberá ser descontado de la indemnización que le corresponda asumir a la aseguradora.**
- **Limitación de responsabilidad de la Previsora S.A. Compañía de Seguros a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil, artículo 1111 del Código de Comercio.**

2. Audiencia inicial

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja mediante auto de 26 de mayo de 2015 fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.³

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, se decretaron pruebas a fin de dar curso a las excepciones propuestas por las demandadas.⁴

El 13 de julio de 2015 se dio continuación a la audiencia inicial decidiendo las excepciones previas y dando curso a las demás etapas de la audiencia inicial llegando hasta el decreto de pruebas. Se fijó fecha para el recaudo e incorporación de pruebas⁵

3. Audiencia de pruebas

El 20 de agosto de 2015 se incorporaron las pruebas decretadas y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.⁶

4. Alegatos de conclusión

³ Ver folio 319 a 320 del expediente.

⁴ Ver folios 322 a 324 del expediente

⁵ Ver folios 338 a 355 del expediente.

⁶ Ver folios 409 a 426 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

4.1. Alegatos de conclusión presentado por la parte demandante⁷

Señaló que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que la señora ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ, para el momento de su fallecimiento se encontraba en servicio – vinculada laboralmente como auxiliar de tráfico – Paletera, del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, en desarrollo de las obras que dicho consorcio ejecutaba con ocasión del contrato de obra pública No 002043 del 19 de septiembre de 2011, celebrado con el Departamento de Boyacá, y que para dicho momento se transportaba en la volqueta de placas CSF-305, automotor que se encontraba al servicio de dicho consorcio, contratista, cuyo conductor la recogió junto con otros trabajadores del consorcio, los cuales se encontraban en la vía donde realizaban trabajos y los pretendía acercar al campamento o a un lugar más cercano para su regreso a casa o a desarrollar otras actividades al culminar su horario laboral de trabajo, teniendo en cuenta que era un día sábado.
- Que la muerte de Anayibe Cadena Hernández, ocurrió como consecuencia de un accidente de tránsito de la volqueta de placas CSF-305, al servicio del consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, la cual cumplía trabajos dentro de la ejecución de las obras públicas del contrato No 002043 de 2011, suscrito entre la Gobernación de Boyacá y el precitado Consorcio, cuando fue recogida junto con otros compañeros de labor, para ser acercadas al término de la jornada laboral a un lugar cercano para cumplir actividades de descanso.
- Que según las pruebas testimoniales trasladadas de proceso penal, el conductor de la volqueta señaló que el vehículo que conducía debía ser alimentado o tanqueado de combustible, y teniendo en cuenta que habían 4 trabajadores del consorcio, entre ellos el topógrafo – Hayber Herreño - ,el maestro de obra – Luis Alfredo Lozada y las auxiliares Camila Molina y Anayibe Cadena Hernández, y teniendo en cuenta que se encontraban retirados del campamento y de la vía principal para desplazarse hacia su lugar de destino, luego de concluir la jornada laboral, fueron transportados en la volqueta que venía de

⁷ Ver folios 459 a 468 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

descargar un viaje de material, para la obra que estaban ejecutando, y hallándose en dicho desplazamiento fue que sucedió el accidente en el que perdió la vida la víctima.

Visto lo anterior, justificó la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas teniendo en cuenta que las obras públicas que se adelantaban o ejecutaban para el 4 de febrero de 2012, eran del Departamento de Boyacá pues dicha vía estaba bajo su administración, quien ejecutaba las obras de manera indirecta a través del contratista.

Por su parte, el vehículo accidentado prestaba sus servicios al Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 en desarrollo del contrato de obra No 2043 de 2011, lo que determinó que el conductor de la volqueta Yeikis Cubillos, prestara sus servicios al consorcio al igual que la víctima, quienes prestaban un servicio laboral para la ejecución de las obras contratadas por el Departamento de Boyacá, siendo el contrato de obra pública el conector que ata a la administración y a los particulares, existiendo entonces solidaridad en las obligaciones que surjan de la relación contractual o extracontractual de las obras que estaban cumpliendo.

Señaló que los daños y perjuicios ocasionados a la víctima directa y a los demandantes fue como consecuencia del ejercicio de actividad peligrosa – conducción de vehículos, por lo cual es procedente aplicar el régimen objetivo de presunción de responsabilidad, por cuanto con dichas actividades se crea un riesgo grave y anormal para la comunidad que impone la necesidad de reparar los daños que de allí derivan, y que al mismo tiempo se acude a la teoría del Riesgo excepcional, para analizar los casos en los cuales el Estado, al prestar un servicio a la comunidad, utiliza medios o recursos que generan riesgos especiales que exceden los peligros que normalmente deben soportar los asociados en el diario vivir.

En estos casos de accidentes de tránsito, donde el factor de imputación es del riesgo a que la administración somete a los asociados, pues quien crea dicho riesgo o se aprovecha de él, debe indemnizar los daños que se produzcan cuando aquel desemboque en un siniestro, es decir cuando el peligro latente creado en forma consciente se concreta en un daño de la víctima.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Con frecuencia se da el caso de que el Estado se sirve de vehículos ajenos o pertenecientes a una persona particular para cumplir sus funciones o prestar un servicio, es por ello que si en desarrollo de esa labor se presenta un accidente, se le aplica el régimen objetivo de presunción de responsabilidad, lo que opera tanto cuando el vehículo es prestado a un funcionario o entidad del Estado para ese cometido, como cuando la entidad o el funcionario aprovechan el vehículo particular que se encuentra bajo su custodia.

En este caso que nos ocupa, rige la presunción de responsabilidad, dado que el funcionario que tenía la obligación de cuidar y vigilar que el vehículo se guardara en las instalaciones del Consorcio Contratista, al conceder el permiso al subalterno de utilizarlo y de llevarlo para su casa para tanquearlo, que fue lo sucedido en este proceso, donde en el desplazamiento del vehículo que estaba al servicio del Consorcio en ejecución de una obra pública ocasionó el daño cuya indemnización se pretende

Adujo que en el presente caso no se dan eximentes de responsabilidad y que se encuentran demostrados los perjuicios materiales y morales de los demandantes.

De otra parte señaló que no se demostró dentro del proceso que la causa eficiente del accidente haya sido la ingesta de bebidas embriagantes, en especial por parte del conductor, pues si bien pudo coadyuvar en su producción, la conducta no fue determinante, así mismo el haber ejercido su actividad bajo dicho influjo, de ninguna manera exonera de responsabilidad al Consorcio y/o al Departamento, dado que por el contrario debían velar por el desempeño y la disciplina de sus colaboradores y trabajadores bajo su servicio que ejecutaban las obras, entre estos el conductor, así mismo sobre el estacionamiento de los vehículos luego de cumplir los trabajos.

Tampoco es de recibo, que se pretenda eludir la responsabilidad, atribuyéndole la misma a la víctima por haberse subido de manera voluntaria al automotor siniestrado, dado que era apenas natural que si sus jefes, entre ellos el topógrafo y el maestro de obra y su compañera de trabajo se subieron al vehículo era porque era correcto que fueran acercados al sitio más cercano para tomar su regreso a casa o a sus actividades

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

extra laborales, una vez concluyó la jornada laboral. Además, la posición de garante la tenía el conductor.

Finalmente realizó un estudio sobre la procedencia del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional.

4.2. Alegatos de conclusión presentados por el Consorcio Proyectos Viales Boyacá⁸

Reiteró los argumentos de defensa esbozados en el escrito de contestación de la demanda y añadió que el consorcio no prestaba a los empleados el servicio de transporte y la volqueta accidentada estaba contratada era para el transporte de materiales y escombros. No obstante, al momento del accidente la volqueta no iba cargada.

Reiteró que según lo expresado por Cristian David Villa a los empleados de la obra se les otorgaba auxilio de transporte y no existe prueba de que algún mando del Consorcio haya dado la orden de movilizar la volqueta el día del accidente. Reiteró que ni los daños materiales ni morales se encuentran probados y que la causa del accidente obedeció a la maniobra inadecuada del conductor que momentos antes había consumido bebidas alcohólicas, lo que fue la causa determinante del accidente, hecho que además era imprevisible e inevitable tanto para la entidad estatal como para el Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2.

4.3. Alegatos de conclusión presentados por el Departamento de Boyacá⁹

Reiteró los planteamientos de defensa esbozados con la contestación de la demanda.

4.4. Alegatos de conclusión presentados por Yeikis Alexander Cubillos Avella¹⁰

⁸ Ver folios 441 a 448 del expediente

⁹ Ver folios 452 a 453 del expediente

¹⁰ Ver folios 450 y 451 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Reiteró los planteamientos de defensa esbozados con la contestación de la demanda.

4.5. Alegatos de conclusión presentados por Rodolfo Aldana Camacho¹¹

Adujo que no se logró probar en el expediente la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paternas, paternos filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar teniendo en cuenta que se probó que la fallecida no vivía con ninguna de las personas que solicita la indemnización, lo que desvirtúa la ayuda económica brindada a la madre de la víctima, pues quedó establecido además que ella convivía con su abuela y su tío.

Señaló que en el presente caso no se encuentra acreditado el nexo causal entre el daño y la conducta del propietario de la volqueta, pues el testimonio del ingeniero que para la época laboraba en el consorcio y del mismo conductor, coinciden en afirmar que Anayibe se encontraba consumiendo bebidas alcohólicas junto a otros de sus compañeros entre ellos el conductor de la volqueta en la que ocurrió el accidente, que **NO ES CIERTO** que la occisa fuese recogida en dicho automotor para ser transportada a cercanías de su residencia, pues igualmente coinciden que ANAYIBE vivía en lugar diferente al que ocurrió el accidente. Además, que dicho automotor no era apto ni estaba destinado al transporte de personas.

Además, según declaración del mismo conductor la occisa subió a dicho automotor por cuenta propia, tomó esa decisión por su propia voluntad, no fue coaccionada y forzada por nadie a subirse a la volqueta la cual no tomaría el rumbo para cercanías o para la vía que la conduciría a su residencia como se afirma en la demanda, sino que tomaría otro trayecto que la alejaría aún más de su sitio de residencia. Además, era conocedora del estado de embriaguez del conductor configurándose entonces la culpa de la víctima.

4.6. Alegatos de conclusión presentados por LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS

¹¹ Ver folios 45

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Reiteró los planteamientos de defensa esbozados con la contestación de la demanda.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 27 de noviembre de 2015, negó las pretensiones de la demanda, en lo que toca al Departamento de Boyacá y al Consorcio demandado, y accedió respecto de los particulares, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Señaló que el régimen de responsabilidad bajo el cual debe estudiarse el presente caso es el objetivo por cuanto está relacionado con el desarrollo de una actividad peligrosa, pues el Estado, en el contrato de obra pública, como generador y organizador de una actividad de riesgo debe responder por los daños que ocasione a ese tercero colaborador o contratista, ya que el hecho de que delegue la realización de la obra no lo releva de responder, pese a que no sea guardián de la maquinaria o patrono de los trabajadores del contratista.

Se considera entonces que en estos eventos quien realiza una obra pública a nombre de la administración, comparte con ella la condición de guardián de la actividad de construcción, la cual por el riesgo que se crea tanto frente a terceros, como frente a quienes ejecutan directamente la obra.

Abundó el a quo en jurisprudencia sobre la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, pues cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente; ella es la dueña de la obra y por ese hecho es responsable de los daños antijurídicos que se causen a raíz de la ejecución de las obras públicas en dichas condiciones materializadas.

Luego, estudió el a quo el hecho de la intervención de vehículos automotores – actividad peligrosa - caso en el cual, el título de imputación es el riesgo excepcional; pues se entiende que es a la administración a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad, quien viene obligado a responder por los perjuicios que se

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

ocasionen al realizarse el riesgo creado. Entonces, atendiendo a la teoría del riesgo excepcional estudió el caso concreto.

Tuvo entonces por acreditado el a quo el daño antijurídico y adujo que, bajo el régimen de riesgo excepcional, al demandante le concierne la demostración del daño y de la relación de causalidad existente entre este y el hecho de la administración, realizado por medio del contratista, sin que le sirva de nada a la entidad pública demostrar la ausencia de culpa; deberá entonces probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

Luego de estudiar la teoría de la culpa exclusiva de la víctima consideró la juez de primera instancia que se encuentra desvirtuada la existencia de relación causal entre la actividad administrativa consistente en la ejecución de la obra pública en comento y los perjuicios sufridos por los demandantes, pues el accidente no tuvo causa eficiente y adecuada en la actividad de la administración, a pesar de lo riesgosa, sino en la conducta asumida por la víctima y el señor Yeikis Alexander Cubillos.

Consideró que de las pruebas allegadas al proceso se pudo establecer que el accidente ocurrió por fuera del tramo sobre el cual se estaba desarrollando la obra pública. En consecuencia, pese a que se trata de la ejecución de una actividad peligrosa, ello no es óbice para reconocer que la víctima no obró en debida forma o, en otras palabras, en la que le era jurídicamente exigible, Por el contrario, actuando de manera imprudente, puso en peligro su propia vida al decidir transportarse en la volqueta con sobrecupo, dando ello lugar al accidente que produjo su muerte.

Consideró que las pretensiones no deben prosperar dado que la víctima se transportaba en un vehículo que al tenor del artículo 2 del Código Nacional de Policía, está destinada a la realización de obras industriales y no al transporte de pasajeros. De otra parte, el vehículo transitaba con sobrecupo, con una puerta dañada, sin ninguna seguridad, lo que supone el desconocimiento del destino que debe darse a un vehículo industrial como el referido.

Se desconocieron entonces normas del Código Nacional de Transporte Terrestre atinentes al uso del cinturón de seguridad y a la prohibición de transitar un vehículo

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

con sobrecupo de pasajeros. En consecuencia, se evidencia el contraste entre el comportamiento esperable, jurídicamente obligatorio del conductor y los tripulantes incluida la occisa, y el proceder que estos optaron por desplegar, pues desconocieron la naturaleza industrial del vehículo, y las condiciones de seguridad para poder desplazarse.

No obstante, dicho riesgo fue asumido por la víctima y dicha imprudencia sumada a la del actuar imprudente y descuidado del conductor, constituyeron la causa eficiente y necesaria para la producción del resultado, circunstancia que excluye de responsabilidad a la administración, pues la culpa exclusiva de la víctima, rompe el nexo causal con la administración.

De otra parte, tuvo en cuenta que en el sub lite, la víctima del daño, no actuó con el deseo de ejecutar un servicio, pues su función era la de palettera, ni lo hizo bajo la impulsión del mismo, pues ya había terminado su jornada laboral, la víctima no se dirigía o disponía a realizar tarea alguna relacionada con el objeto para el cual fue contratada, el vehículo se utilizó para transportar ocupantes a sitio diferente al de ejecución de la obra, y el accidente ocurrió por fuera del lugar donde se desarrollaba la obra. En consecuencia, no está conectada la actividad en concreto censurada, con el servicio público implicado, lo que conlleva la negativa de las pretensiones.

Luego, realizó el a quo el juicio de responsabilidad frente a los particulares demandados, señalando que las causas determinantes en el deceso de Anayibe Cadena, fueron la conducta de Yeikis Alexander Cubillos por conducir el vehículo bajo el influjo del alcohol, con sobrecupo y a ello debe sumarse la conducta imprudente de la víctima al inobservar la naturaleza del vehículo en el que se transportaba, sus condiciones y sobre todo el estado de embriaguez del conductor. Indicó además que conforme al artículo 2356 del Código Civil al dueño del vehículo con el que se causó el daño, está llamado a responder por el mismo, toda vez que se presume que es guardián de la actividad del vehículo.

La simple vinculación entre el vehículo – volqueta – y el consorcio no genera dependencia si la última no contaba con la administración del bien, pues tal y como quedó demostrado en el proceso era de competencia exclusiva de su propietario, único

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

con posibilidad de contratar al conductor de la volqueta, hecho que fue aceptado por el señor Rodolfo Aldana. Si bien es cierto, en el presente asunto pareciera que la presunción de guardián, fue desvirtuada por el propietario del vehículo, como quiera que el mismo estaba arrendado verbalmente al consorcio Proyectos viales Boyacá, también lo es que el señor Rodolfo Aldana se reservaba la facultad de escoger su conductor, es decir finalmente y por fuera de la jornada de trabajo para la cual estaba destinada la volqueta, quien tenía la guarda y cuidado del vehículo era su propietario.

En consecuencia, se configuró concurrencia de culpas entre el propietario del vehículo por el hecho ajeno y por el desarrollo de una actividad peligrosa y el conductor del vehículo, por el hecho propio con culpa probada, sumada a la conducta imprudente y negligente de la víctima que, en igual medida, contribuyó para causar o producir el hecho dañoso.

Reconoció entonces el a quo por concepto de perjuicios morales a la madre de la víctima - Flor Marina Hernández Daza - la suma de 30 S.M.L.M.V, al padre de la víctima - Guillermo Cadena Palacio – la suma de 10 S.M.L.M.V, y a la hermana de la víctima – Sandra Milena Cadena Hernández – la suma de 50 S.M.L.M.V, los cuales estarían a cargo de Yeikis Alexander Cubillos y Rodolfo Aldana Camacho; No obstante por la concurrencia de culpas redujo la indemnización en un 50%. Por su parte, negó dichos perjuicios respecto al padrastro – Jairo Parra Castillo – por no haber sido probados.

Para el reconocimiento de los perjuicios morales analizó la juez las pruebas testimoniales, para concluir que no se evidenció esos lazos de confraternidad que caracterizan al núcleo familiar, especialmente en lo que toca a la madre y padre de la víctima, pues respecto de aquella se probó que no convivía con su hija desde que tenía 1 año, y respecto de este, poco se dijo en el expediente. Se probó que la víctima siempre estuvo bajo la custodia y cuidado de su abuela materna y de su tío, desvirtuando con ello la presunción de perjuicios morales. Con respecto a la hermana si los tuvo por acreditados. Los perjuicios materiales se negaron por no haber sido probados.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandante¹², se contraen en lo fundamental a los siguientes aspectos:

1. No existió culpa exclusiva de la víctima

Dado que no existe un hecho probado de la víctima que tenga relación con el daño, pues no tenía poder autoridad o mando dentro del consorcio para disponer o dar órdenes respecto de la volqueta accidentada; no dispuso el consumo de bebidas embriagantes por parte del conductor ni el tránsito del vehículo con sobrecupo; tampoco era responsable de las condiciones mecánicas del automotor ni determinó la ruta, la velocidad, el orden de ubicación en la cabina. Anayibe Cadena no ejecutó ninguna maniobra tendiente a producir el volcamiento del automotor y que cayera al abismo y luego al río.

La actuación de la víctima fue pasiva y se circunscribió a abordar junto con otros compañeros el vehículo al servicio de la obra pública y por cuenta del consorcio, el cual los acercaría al campamento o al municipio de Jenesano, donde cumpliría labores de tanqueo de combustible de este para luego ser guardado en el campamento, tal como lo señaló el conductor en su testimonio.

El a quo no hizo ninguna relación no precisó cual fue la conducta exteriorizada por la víctima que determinó la ocurrencia del daño, no se demostró su actuar ilícito y culpable configurativa de delito o cuasidelito. De otra parte, la culpa exclusiva de la víctima, debe ser atribuible solo a ella, ajena a otras personas, pero en el caso, se le atribuyó responsabilidad a la víctima y al conductor, de donde se desvirtúa la exclusividad.

No está acreditado que la víctima conociera el estado de embriaguez del conductor, tampoco que el transporte de 5 personas implicaba sobrecupo. Dichos eventos no fueron responsabilidad de la víctima, tampoco el hecho de no tener cinturón de seguridad o de tener el vehículo una puerta dañada. Además, no existe documentos al

¹² Ver folios 519 a 541 del expediente

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

interior del consorcio que prohibiera transporte de pasajeros en la volqueta para el regreso a su residencia.

En síntesis, no se dan ninguno de los elementos configurativos de la culpa exclusiva de la víctima, a saber, una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño; el hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor; el hecho de la víctima debe ser ilícito y culpable.

Ahora bien, al momento del accidente la volqueta se encontraba en arriendo para el consorcio, de donde se infiere que tanto la volqueta como su conductor, a través del contrato de arriendo verbal entraron a ser elemento y persona a cargo del contratista consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, y de contera por la solidaridad contractual también existía un vínculo obligacional con el Departamento de Boyacá, dado que entraron a trabajar para el cumplimiento y ejecución de la obra pública contratada.

En el caso, el Estado a través del Departamento de Boyacá, fue el generador y organizador de la actividad que se ejecutaba a través del contrato de obra en cuya ejecución colaboraba como palettera Anayibe Cadena Hernández, toda vez que el hecho de que el Departamento de Boyacá no ejecute directamente la obra, sino que la haya contratado o delegado a su contratista, no lo releva de la obligación de responder y de resarcir los daños y perjuicios que se hayan causado a la víctima y a los perjudicados, compartiendo de esta forma la condición de garante y guardiana de la actividad de construcción que implica gran riesgo, no solo para los terceros, sino para los que ejecutan directamente la obra, en este caso los empleados del contratista, actividad que es considerara de gran riesgo.

Hizo alusión a la responsabilidad objetiva del Estado por el ejercicio de actividades peligrosas, para el caso, cuando el Estado pone en movimiento un vehículo para la prestación de un servicio ejerce una actividad peligrosa que crea riesgos o peligros para la comunidad y por ello está obligado a asumir la reparación del daño que ocasione en esas circunstancias. La misma responsabilidad le asiste cuando el Estado se sirve de vehículos ajenos para cumplir sus funciones o prestar un servicio. Al efecto, el conductor y la víctima laboraban para el consorcio contratado por el Departamento, vínculo contractual que ata a los particulares y a la administración en

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

la cadena de solidaridad de las obligaciones surgidas como consecuencia de dicho contrato.

En el caso que nos ocupa, rige la presunción de responsabilidad, dado que el funcionario que tenía la obligación de cuidar y vigilar que el vehículo se guardara en las instalaciones del consorcio contratista, al conceder el permiso al subalterno de utilizarlo y de llevarlo para su casa para tanquearlo, que fue lo sucedido en este proceso, donde en el desplazamiento del vehículo que estaba al servicio del consorcio en ejecución de una obra pública y se le autorizaba al conductor para llevarse el vehículo, en el cual transportaba a la víctima y le generó su muerte, el Estado es responsable por los daños ocasionados, dado que el vehículo debió permanecer guardado, pero como existía la autorización de llevárselo para el suministro de combustible, situación por la que lo hace responsable al Estado de los daños que se ocasionan con dicho automotor a su servicio a terceras personas, como sucedió con la víctima. Llamó la atención en la ausencia de eximentes de responsabilidad.

El Departamento de Boyacá y el Consorcio tenían la posición de garante de la vida y la integridad de los trabajadores que ejecutaban la obra; al efecto, quien estaba a cargo de la volqueta y de su conductor era el consorcio, quien debía vigilar el cumplimiento de órdenes impartidas, entre estas, guardar los vehículos en el campamento, el traslado de personas y operarios y las prohibiciones y restricciones que tuvieran, lo cual no se hizo.

De otra parte, recurrió la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con el valor reconocido por concepto de perjuicios morales, los cuales no se acompañan con el test de proporcionalidad, establecido por el Consejo de Estado para su reconocimiento, pues la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Ello exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte. Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum

Medio de Control : **Reparación Directa**
 Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
 Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
 Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza respecto a la dignidad y valoración de las relaciones propias del núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos) sin olvidar para su estimación los criterio que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Concluyó señalando que en sentencia que transcribe in extenso pero que no referencia, el Consejo de Estado concluyó que cuando se encuentran reunidos los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad la tasación se realizará así:

Con convivencia	Sin convivencia, pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (Simple presunción de registro civil)
Familiares inmediatos y cónyuge 100 S.M.L.M.V	50 S.M.L.M.V	25 S.M.L.M.V
Familiares derivados 50 S.M.L.M.V	25 S.M.L.M.V	10 S.M.L.M.V

Señaló entonces que la indebida tasación obedeció a que el a quo no valoró en debida forma cada una de las testimoniales allegados al expediente, que dieron cuenta del perjuicio moral que generó la pérdida de Anayibe Cadena a cada uno de los demandantes. Asimismo, indicó que el perjuicio patrimonial cuya indemnización pide la madre de la víctima se encuentra probado con los testimonios rendidos dentro del proceso.

Concluyó que bajo la teoría del riesgo excepcional es irrelevante el lugar donde sucedió el accidente de la volqueta, dado que es claro que venía del lugar donde se ejecutaba la obra, recogió a los trabajadores y se dirigía al campamento, por lo que no se podían negar las pretensiones bajo el argumento de que el accidente no hubiese ocurrido dentro de la vía donde se ejecutaba la obra, dado que fue un vehículo al servicio de la obra y que era conducido para ser guardado y/o tanqueado de combustible, por tanto, existía una relación de conexidad con el servicio y/o labor de ejecución de la obra pública que se estaba llevando a cabo o en ejecución.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Solicita entonces revocar la sentencia de primera instancia y condenar a todos los demandados responsables de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de la muerte de Anayibe Cadena Hernández.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.¹³

Mediante providencia del 1 de abril de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.¹⁴

A través de proveído de 13 de junio de 2016 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA.¹⁵

1. Alegatos de conclusión

Presentó escrito la parte demandante, el Consorcio demandado, el Departamento de Boyacá los particulares demandados y la aseguradora llamada en garantía, quienes reiteraron los argumentos del recurso de apelación y los esbozados en la defensa ejercida en primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

¹³ Ver folio 553 del expediente

¹⁴ Ver folio 560 del expediente

¹⁵ Ver folio 563 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico y plan metodológico

Conforme a los argumentos esbozados en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, corresponde a este Tribunal determinar si tal como lo expone el demandante en su escrito de impugnación, en el presente caso se debe condenar a las demandadas por estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad estatal, para lo cual:

- Se hará un recuento de los hechos probados en el plenario
- Se analizarán los presupuestos de la responsabilidad del Estado y el título de imputación aplicable al caso según lo establecido en el fallo de primera instancia y los argumentos esbozados en el recurso de apelación.
- Se analizará si debe reconocerse los perjuicios materiales y si se debe incrementar el monto de los morales reconocidos por el a quo.

3. De los hechos probados

Se encuentran acreditados a través de las pruebas incorporadas al plenario los siguientes hechos:

- **Con respecto a la legitimación en causa por activa**
- Registro civil de nacimiento de Anayibe Cadena Hernández, en el que figura como madre la señora Flor María Hernández Daza y como padre Guillermo Cadena Palacio.¹⁶
- Registro civil de nacimiento de Sandra Milena Cadena Hernández, en el que figura como madre la señora Flor María Hernández Daza y como padre Guillermo Cadena Palacio, lo que la acredita como hermana de Anayibe Cadena Hernández.¹⁷

¹⁶ Ver folio 24 del expediente

¹⁷ Ver folio 26 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- Copia de la escritura pública No 2733 del 4 de julio de 2008 por medio de la cual se declaró la Unión Marital de hecho de Flor María Hernández Daza y Jairo Parra Castillo.¹⁸
- Además, con respecto al señor Jairo Parra Castillo se encuentra acreditado en el expediente a través de los testimonios rendidos por VALENTINA MANCIPE MARTÍNEZ, INÉS MARTÍNEZ PÁEZ e ISAAC AVILA CORTES, que este era padrastro de Anayibe Cadena, por ser compañero permanente de la señora Flor María Hernández Daza.

- **Con respecto al hecho de la muerte**

- Registro civil de defunción de Anayibe Cadena Hernández en el que se establece que su fallecimiento se dio el 4 de febrero de 2012.¹⁹
- Informe pericial de necropsia No 2012010115001000018 suscrito por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que se señaló: Conclusión pericial: Mujer adolescente joven de 19 años quien fallece por shock neurogénico secundario laceración cerebral por trauma craneoencefálico severo. Manera de muerte: violenta. Accidente de tránsito. La cual debe ser establecida por la autoridad teniendo en cuenta los hallazgos de necropsia y el contexto de la información allegada a la investigación.²⁰

- **Con respecto al contrato de obra**

- Copia del contrato No 2043 de 2011, celebrado entre la Gobernación de Boyacá y el Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 cuyo objeto era: “El contratista se obliga para con el Departamento de Boyacá a realizar el mejoramiento tramo vía Tibaná Sisa” de acuerdo con el pliego de condiciones y la propuesta presentada.” (...) **DURACIÓN:** La duración del presente contrato será hasta el 31 de diciembre de 2011 contados a partir de la firma del acta de iniciación. (...) **CLÁUSULA SÉPTIMA: VIGILANCIA Y SUPERVISIÓN.** La vigilancia y control de la ejecución del contrato será ejercida a través de un interventor externo contratado, quien tendrá como función verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, la cual se regirá por el manual de interventoría y supervisión No 00002 de enero 05 de 2009 emanado por la Gobernación de Boyacá. **PARÁGRAFO PRIMERO:** EL INTERVENTOR verificará que todos los trabajadores que laboren en la ejecución del presente contrato se encuentren afiliados al sistema de seguridad social integral y de las propias a la ejecución del contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El Departamento de Boyacá, además ejercerá el control y vigilancia de la ejecución de los trabajos a través de un supervisor a la interventoría, quien tendrá como función verificar el cumplimiento de las obligaciones del Interventor. El supervisor ejercerá un control integral sobre el proyecto, para los cual podrá en cualquier momento, exigir al interventor la información que considere necesaria, así como la adopción de medidas para mantener, durante la ejecución del contrato, las condiciones técnicas, y económicas existentes, al momento de la celebración del contrato. **CLÁUSULA OCTAVA GARANTÍA ÚNICA:** EL CONTRATISTA constituirá, por intermedio

¹⁸ Ver folios 27 a 31 del expediente.

¹⁹ Ver folio 25 del expediente.

²⁰ Ver folios 83 a 86 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

de Compañía de seguros legalmente establecidos en el país y de acuerdo con lo establecido en los Decreto 4828 de 2008 y 2493 de 2009 una garantía que ampare: e) De Responsabilidad Civil con fundamento en el decreto 2493 del 03 de julio 2009, amparo de responsabilidad civil frente a terceros derivada de la ejecución del contrato (...). **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA (...)** 4. Disponer de los equipos y el personal necesario para el desarrollo del contrato atendiendo oportunamente los requerimientos. 5. El contratista deberá abrir dos frentes de trabajo simultáneos con el personal y equipo necesario el cual sería Una retroexcavadora, una motoniveladora, un vibro compactador, cinco volquetas, una mezcladora para ejecutar las actividades de obra en el plazo estipulado. (...) **CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA**, responderá al DEPARTAMENTO por los daños que le cause a los bienes de mismo y/o terceros, ya sea por responsabilidad directa o de su personal, de los subcontratistas, proveedores o personal de éstos, resarciendo los perjuicios a satisfacción del DEPARTAMENTO. (...)

- A dicho contrato se anexaron fotocopia del certificado de cámara de comercio del consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, fotocopia de la póliza de garantía y cumplimiento y fotocopia de la póliza de responsabilidad civil.²¹
- DVD contentivo de toda la actuación precontractual y contractual desarrollada con ocasión de la ejecución del contrato de obra No 002043 de 2011 celebrado entre el Consorcio Proyectos Viales Boyacá y el Departamento de Boyacá.²²
- **Con respecto al arriendo de la volqueta de placas CSF 035 al consorcio Proyectos Viales Boyacá 2**

Se acreditó dentro del expediente que el Consorcio en cita estaba obligado según la cláusula **décima primera** del contrato referido con anterioridad a disponer de los equipos y el personal necesario para el desarrollo del contrato atendiendo oportunamente los requerimientos. 5. El contratista deberá abrir dos frentes de trabajo simultáneos con el personal y equipo necesario el cual sería Una retroexcavadora, una motoniveladora, un vibro compactador, cinco volquetas, una mezcladora para ejecutar las actividades de obra en el plazo estipulado. (...)

Que, conforme a ello, una de las volquetas que se encontraba al servicio de la obra era de placas CSF 035, la cual no era propiedad del consorcio, sino que le prestaba sus servicios bajo la figura de contrato de arriendo verbal de la misma, hecho entre el consorcio y el señor Rodolfo Aldana Camacho – propietario del vehículo.

Se acreditó, además, que junto con la entrega de la volqueta que hizo su propietario al consorcio, envió el conductor que la dirigiría durante en el desarrollo de las labores asignadas a la obra, es decir, a Yeikis Alexander Cubillos, quien a su vez sostenía contrato laboral con el señor Rodolfo Aldana Camacho que era el encargado de pagar sus salarios. En otras palabras, la volqueta fue alquilada al consorcio, pero la misma sería manejada por el conductor de confianza del propietario.

Al respecto se pueden estudiar las siguientes pruebas documentales:

²¹ Ver folios 32 a 61 y 69 a 74 del expediente.

²² Ver DVD obrante a folio 236 del expediente

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- Certificado CPVB2-107-2043-2011 expedido por el ingeniero residente de obra del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 en la que indicó:

“En atención a su solicitud ante el requerimiento de la Fiscalía 34 Seccional de Ramiriquí, bajo la gravedad del juramento afirmamos para lo pertinente dentro del Proceso No 155996103218201280015 por el presunto delito de HOMICIDIO CULPOSO siendo indiciado YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS AVELLA que, la volqueta de placas CSF 035 y de su propiedad, se encontraba al servicio del CONSORCIO POYECTOS VIALES BOYACÁ 2, únicamente para el transporte de materiales y sobrantes productos de la excavación, dentro de la obra que adelantamos entre los Kilómetros k7+000 al Km 11+500 de la vía Tibaná – Garagoa Sector (Tibaná Sisa) Tramo Vial que forma parte del anillo turístico de Márquez Departamento de Boyacá, operación que realizó desde las siete (7) de la mañana hasta las doce (12) del día sábado cuatro (4) de febrero del año dos mil doce (2012), siendo siempre conducida y operada por el señor YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS AVELLA dentro de nuestra obra.”²³

- Certificación expedida por el representante legal suplente del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 en la que indicó:

“De conformidad con lo ordenado en la audiencia celebrada el día 25 de junio de la presente anualidad, me permito remitir la constancia de vinculación laboral que mediante contrato verbal se celebró con el señor RODOLFO ALDANA CAMACHO identificado con cédula de ciudadanía No 79.768.648 de Bogotá, propietario de la volqueta de placa CSF 035, marca PEGASO, modelo 1972, cuyo trabajo era:

- a. Dicho vehículo se utilizó para el transporte de materiales y sobrantes productos de la excavación, dentro de la obra que se adelantó entre los K7+000 al K 11+500 de la vía Tibaná- Garagoa sector (Tibaná- Sisa).
- b. El horario establecido fue de lunes a viernes de 7 a.m. a 12 m.
- c. Para sitio de estacionamiento o parqueadero se estableció en el lote donde se encontraba ubicado el campamento de la obra, el cual estaba localizado dentro de la abscisa K 7+550, es decir, dentro del perímetro de la obra en ejecución.
- d. El pago aproximado mensual se estableció en la suma de cinco millones de pesos mensuales.”²⁴

- La apoderada judicial del señor Rodolfo Aldana Camacho, ante requerimiento hecho por la juez de primera instancia en el trámite de las excepciones previas a fin de obtener copia del contrato laboral suscrito por YEIKIS ALEXANDER CUBILLO AVELLA, allegó memorial en el que indicó que:

“Entre el señor Rodolfo Aldana Camacho y Yeikis Alexander Cubillos existía un contrato verbal en el que este último trabajaría como conductor de la volqueta transportando materiales.

En el mes de Enero de 2012 más exactamente desde el día 15 de Enero el señor Aldana Camacho dejó en arriendo la volqueta de placas CSF-035 al Consorcio Proyectos Viales Boyacá para el transporte de materiales a la obra que realizaba el consorcio, siendo conductor del mismo Yeikis Alexander Cubillos; los términos del acuerdo o contrato verbal que sostenía el señor Cubillos con el señor Aldana era que se le cancelaría el salario mínimo establecido para ese año es decir la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETCIENTOS PESOS más el siete por ciento de lo que el vehículo dado en arriendo facturaba mensualmente, además al trabajador se le tenía afiliado al sistema de seguridad social y riesgos profesionales.

²³ Ver folios 213 del expediente

²⁴ Ver folio 334 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Si bien es cierto el señor Aldana Camacho le cancelaba al señor Yeikis Alexander Cubillos por ser conductor de la volqueta, este recibía órdenes directas del encargado de la obra contratado para esa época por el Consorcio Proyectos Viales Boyacá.²⁵

- Obra certificación expedida por Germán Antonio Núñez Nuvan en su calidad de representante legal suplente del consorcio²⁶, quien certificó:

“Para el día 4 de febrero de 2012 la volqueta de placa CSF-035 se encontraba realizando acarreos internos dentro de la obra, por contrato verbal que tenía el señor RODOLFO ALDANA CAMACHO, propietario del vehículo en mención con el señor PEDRO ENRIQUE VELAZQUEZ CC 11374967, quien es contratista de algunas de las actividades de la obra.

(...)

El señor YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS identificado con C.C. No 1033739639 para el 4 de febrero de 2012 se desempeñaba como conductor de la volqueta CSF-035, este operario dependía del señor RODOLFO ALDANA CAMACHO en calidad de propietario del automotor en mención, su horario de trabajo es de lunes a viernes, de las 7 a las 5 p.m. con una hora de almuerzo, y el sábado de 7 A.M a 12 m”

- Declaración de parte de Rodolfo Aldana Camacho en su calidad de propietario de la volqueta accidentada identificado con C.C 79768648, rendida el 20 de agosto de 2015, quien manifestó: que con el señor YEIKIS CUBILLOS sostenía contrato verbal en el que le pagaba un sueldo y le daba un porcentaje por conducir el vehículo. No obstante, las funciones las recibía directamente del consorcio a quien estaba asignado el vehículo y él.

- **Con respecto a los hechos que generaron el daño**

a. Se tiene acreditado que Anayibe Cadena Hernández el día 4 de febrero de 2012 se encontraba laborando en el cargo de paletara o controladora de tráfico, y cuyo empleador era el Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2. Al respecto se encuentran las siguientes pruebas documentales:

- Copia de la hoja de vida y certificados de afiliación a Salud, pensiones y riesgos profesionales de Anayibe Cadena Hernández.²⁷
- Copia del oficio No CPVB2-066-2043-2011 por medio del cual el consorcio Proyectos viales Boyacá 2 informa al director de contratación de la Gobernación de Boyacá que Anayibe Cadena Hernández se encontraba afiliada a la ARP Positiva, al fondo de pensiones y cesantías Horizonte y a la eps SaludCoop. Señaló que, respecto al informe para la ARP, informa que como se trató de un accidente de tránsito ocurrido varas horas después de terminada la jornada de trabajo del sábado 4 de febrero de 2012, se le enviaron en su lugar informe correspondiente al reporte de accidente de tránsito elaborado en el lugar de los hechos por el ITBOY.²⁸

²⁵ Ver folios 335 y 336 del expediente.

²⁶ Ver folios 145 a 147 del anexo No 1

²⁷ Ver folios 158 a 166 del expediente.

²⁸ Ver folio 87 del expediente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- Liquidación de salarios y prestaciones sociales realizada a Anayibe Cadena Hernández.²⁹
- Declaración extra proceso 13402 suscrita por Cristian David Villada Cano ante la Notaría Primera de Pereira quien expresó: “Que conocí de trato, vista y comunicación a ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ quien falleció en accidente de tránsito el 4 de febrero de 2012 en horas de la tarde, y laboraba en el CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2, empresa en la cual yo laboré desde el 30 de enero de 2012 hasta el 15 de junio de 2012 en el cargo de AUXILIAR SISOMA. Igualmente expresó que ella tenía como función CONTROLADORA DE TRÁNSITO o PALETERA.³⁰

b. Se probó que la jornada laboral de Anayibe Cadena Hernández para el día 4 de febrero de 2012 culminó a las doce del mediodía. Al respecto obra la siguiente certificación:

- Certificación expedida por el Consorcio GI BOYACÁ Ingeniero residente de interventoría, en la que se indicó que el día 4 de febrero de 2012, se laboró por parte del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2, contratista de obra del contrato 2043 de 2011, en horario de 7:00 a.m. a 12 m. Por lo tanto, a la hora en la cual sucedió el accidente de tránsito de la volqueta CSF 035, dicho personal no estaba laborando.³¹
- Declaración extra proceso 13402 suscrita por Cristian David Villada Cano ante la Notaría Primera de Pereira quien expresó que el sábado 4 de febrero el horario de trabajo culminó a las 12 del medio día, manifiesto que le consta que a ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ, se le pagaba el subsidio de transporte por lo que la empresa no la transportaba terminando el horario laboral. Manifiestó que la persona fallecida, en el momento del accidente no estaba en horario de trabajo.”³²
- Certificado CPVB2-107-2043-2011 expedido por el ingeniero residente de obra del Consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 en la que indicó:

En el horario preestablecido, es decir a la hora de las doce (12) meridiano del día sábado cuatro (4) de febrero de dos mil doce (2012) el ingeniero residente en la obra en mención JAIME TOMÁS SUESCA identificado con la cédula de ciudadanía No 7170148 expedida en Tunja, ordenó el cese de todas las actividades laborales y operativas a los obreros, trabajadores y demás empleados, como también para los operarios de las máquinas y vehículos al servicio de nuestra empresa en el contrato que adelantamos en la vía en referencia, orden que fue acatada de inmediato por todos los anteriores.”³³

- Obra certificación expedida por Germán Antonio Núñez Nuvar en su calidad de representante legal suplente del consorcio³⁴, quien certificó:

La señorita ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ identificada con C.C. NO 1016046258 para el 4 de febrero de 2012 se desempeñaba como AUXILIAR DE TRÁFICO (PALETERA)

²⁹ Ver folios 90 a 92 del expediente.

³⁰ Ver folio 179 del expediente

³¹ Ver folio 156 del expediente.

³² Ver folio 179 del expediente

³³ Ver folios 213 del expediente

³⁴ Ver folios 145 a 147 del anexo No 1

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

al servicio del CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2, su horario de trabajo es de lunes a viernes, de las 7 A.M a las 4:30 PM con una hora de almuerzo, y el sábado de 7 A.M a 12 m.

(...)

EL CONSORCIO PROYECTOS VIALES BOYACÁ 2 si tiene medio de transportes propio para los empleados y trabajadores de la obra a través de la camioneta de placas IBR 099, vehículo conducido para el sábado 4 de febrero por el señor LUIS ALFONSO APARICIO LÓPEZ C.C. No 4.206.775 de Paz del Río.

(...)

Frente al caso de la señorita ANA YIBE CADENA HERNÁNDEZ no se le proporcionaba transporte puesto que vivía al frente del proyecto, por esta situación y razón se desplazaba por sus propios medios (a pie) desde el lugar de su casa al trabajo y viceversa.

(...)

c. Que, culminada la jornada laboral, Anayibe Cadena Hernández compartió con otros compañeros trabajadores de la obra una cerveza en una tienda aledaña a la obra. Entre dichos compañeros se encontraban Yeikis Alexander Cubillos, Heyber Herreño, Camila Molina y Luis Lozada

Luego de culminar dicho compartir, los cinco compañeros abordan la volqueta de placas CSF 035 conducida por Yeikis Alexander Cubillos quien toma la vía hacia el municipio de Tibaná y luego de pasar por la vereda denominada el aguacate, al coger una curva, pierde el control del vehículo y se produce su volcamiento terminando en el río Tibaná. Anayibe Cadena, por las múltiples lesiones es conducida desde Tibaná hasta el Hospital San Rafael de Tunja, donde fallece. Se prueba este hecho con las siguientes pruebas documentales:

- Copia auténtica del informe policial de accidentes de tránsito en donde se registraron los hechos ocurridos el día 4 de febrero de 2012 a las 15:00 horas en la vía Tibaná – Garagoa sector el comillo vereda San José, el cual fue atendido por el señor PT. Martínez Pedraza Julio.

De dicho informe se evidencia que se trató de una curva, pendiente, vía en doble sentido en asfalto en buen estado, con parcheo y seca, con demarcación de línea de borde y sin ninguna otra señal de tránsito. El vehículo era una volqueta de servicio público, con soat y sin póliza de responsabilidad civil, de placas CSF 035 modelo 1972 con capacidad de 4 pasajeros y de propiedad de Rodolfo Aldana Camacho. Iba conducida por Yeikis Alexander Cubillos quien dio positivo a prueba de embriaguez en grado 2.

En reporte de accidente anexo para compañía aseguradora se indicó: “Área Rural vía pública tramo de vía material asfalto, plano, curva, sin señalización, el vehículo al coger la curva perdió el control y se fue al río Tibaná, se deja constancia que o se envió copia de la cédula del conductor ya que se perdió en el accidente callo (sic) al río” Se anexan documentos del vehículo.³⁵

- También, como prueba de los hechos que ocasionaron el daño, se incorporó al plenario como prueba trasladada copia del expediente penal³⁶ adelantado en contra de Yeikis Alexander Cubillos por los hechos narrados en la demanda. De dicho expediente, se extraen además de los hechos narrados en la demanda, los siguientes hechos relevantes:

³⁵ Ver folios 76 a 82 del expediente

³⁶ Caratulado como Anexo No 1.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Según informe de Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia se indicó: “encontramos a una volqueta que se había salido de la vía viniendo hasta el lugar de los hechos en el que encontramos una volqueta que se había salido de la vía cuando venía en sentido Vereda San José hasta el municipio de Tibaná, y que en la curva después del puente había tenido el accidente saliéndose de la vía y cayendo al río de una altura aproximadamente de quince (15) metros de la vía. En compañía de varias personas procedimos a auxiliar a los ocupantes del vehículo siniestrado que eran en total cinco personas entre ellas dos mujeres jóvenes y tres hombres, una de las mujeres estaba bastante grave con fluido sanguíneo por la boca y la nariz y en estado inconsciente pero con signos vitales, los demás estaban con varias lesiones leves en varias partes del cuerpo, razón por la cual a la joven en estado más grave se transportó en la ambulancia del municipio hacia el puesto de salud en tanto que los demás heridos en el vehículo de la estación (...)

Por la gravedad de las heridas que presentó la joven ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ, de 21 años, según diagnóstico médico de la sala de urgencias trauma craneoencefálico severo, fue remitida al Hospital San Rafael de Tunja. Se solicita al médico de turno de urgencia que realizara prueba de embriaguez al conductor de la volqueta accidentada señor YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS AVELLA, quien resulta con embriaguez grado dos a quien de inmediato del reporte médico se le notifica y firma en el hospital los derechos del capturado y acta de buen trato, el capturado luego de las suturas en la cara y cabeza es dado de alta por el médico de urgencia y trasladado a la estación de policía para seguir con los procedimientos de captura en flagrancia(...)³⁷

Declaraciones rendidas por Hayber Herreño Vargas y por Luis Alfredo Lozada quienes iban en la volqueta accidentada el día 4 de febrero de 2012 y quienes coincidieron en afirmar que previo a abordar la volqueta tomaron tres cervezas, y luego alrededor de las dos y treinta de la tarde, las cinco víctimas se subieron al vehículo, el cual se volcó cayendo al río y culminando con el deceso de Anayibe Cadena Hernández.

Declaración rendida por Ana Camila Molina Junto, quien manifestó: “Yo me encontraba trabajando en el consorcio VIAL Boyacá 2, me encontraba con mi compañera ANAYIBE CADENA HERNÁNDEZ laborando en el Kilómetro 2 del municipio de Tibaná y a nosotras nos habían dicho que nosotros trabajamos hasta las 12 del medio día que es el horario del sábado. Cuando terminamos entregamos nuestro reporte diario y el señor Fiscal de obra nos brindó una gaseosa en la tienda ubicada en ese mismo sector, luego de esto, una de las personas que trabajaba en el consorcio quien es el conductor de la volqueta de nombre YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS nos brindó una cerveza a todos los que estábamos ahí presentes, salimos de ahí como a la 1:30 pm. Luego de esto yo salí con LUIS ALFREDO LOZADA hacia el campamento a entregar la radio y la paleta. Luego la volqueta ingresó a las instalaciones del consorcio, el plan era almorzar en compañía de mis señores padres, y mis compañeros con los cuales estaba, entonces mientras yo llamaba a mis padres para avisarles de que íbamos para allá, todos mis compañeros ya se habían subido a la cabina de la volqueta, el conductor nos informó que la puerta del pasajero del lado derecho no se podía abrir por ende nos tocó subirnos a todos por la puerta del conductor. Luego el arrancó el venía bien todo iba normal no iba rápido, yo le pregunté al conductor que si se encontraba bien porque él me había manifestado que estaba cansado yo le manifiesto que por qué no se quedaba un poco en el campamento para que descansara y que se fuera más tarde y él me dijo que no; entonces cuando ya íbamos cerca del lugar en donde yo me iba a quedar con mis compañeros que era antes de llegar al puente en donde ocurrió el accidente pero él me manifestó que no que siguiéramos hasta el pueblo de Tibaná a lo cual yo le dije que no, entonces ahí fue cuando el cómo que aceleró más y cuando llegamos al sector de la curva yo lo único que hice fue cogerme de LUIS LOZADA porque yo iba hablando con él y al ver que ya íbamos con dirección al río pues me cogí de él” En cuanto a la ubicación de los pasajeros señaló: De izquierda a derecha se encontraba primero el conductor de la volqueta, enseguida el él iba yo sentada sobre un cajón o como guantera que tiene la volqueta, enseguida iba HAYBER HERREÑO el cual se encontraba sentado sobre la silla de al lado del conductor, NAYIBE iba encima de las piernas de HAYBER.

³⁷ Ver folios 5 y 6 del Anexo No 1.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

- Versión rendida por Pedro Enrique Velásquez quien manifestó:

... ese día se trabajó hasta el mediodía 12:00, de ahí en adelante no sabe que pasó “yo estaba en Garagoa, cuando yo llegué ya estaba todo guardado en el campamento como a las 4 de la tarde me enteré de un accidente con una volqueta, cuando llegamos al lugar la volqueta (...) concluida la obra no la dejó en el campamento, los demás vehículos si estaban en el campamento (...)”.

- Declaración de parte de Rodolfo Aldana Camacho en su calidad de propietario de la volqueta accidentada identificado con C.C 79768648, **rendida el 20 de agosto de 2015 dentro de la audiencia de pruebas, quien manifestó:**

Que de los hechos ocurridos el 4 de febrero de 2012 los conoció por una llamada que le hizo Pedro Enrique Velásquez informando del accidente del vehículo y que YEIKIS le manifestó que él había tomado el vehículo abusivamente y no lo había guardado, se había puesto a tomar con los demás ocupantes del vehículo.

Manifestó que terminada la hora de trabajo el vehículo debía guardarse en el parqueadero de la obra donde quedaban guardados los demás vehículos. Reiteró que el consorcio tenía a su cargo el vehículo y al conductor, él lo único que hacía era pagar el salario y hacer el mantenimiento al vehículo.

Argumentó que su vínculo con el consorcio era sostenido por reglas consistentes en que él les entregaba el vehículo para movimientos de tierra de la obra y ellos disponían del vehículo por mensualidad y del conductor. A cambio se pagaba una mensualidad. Señaló que el conductor tenía claro que las volquetas no están diseñadas para cargar pasajeros.

- Mediante pruebas testimoniales también se tuvo conocimiento de los siguientes hechos: **Cristian David Villada Cano** C.C 4512159, quien rindió testimonio en la audiencia de pruebas adelantada el 20 de agosto de 2015, manifestó ser administrador ambiental especialista en salud ocupacional. Como hechos relevantes, señaló:

Que conoció a Anayibe Cadena Hernández, a la mamá y al tío y en el funeral al resto de la familia. Hizo acompañamiento en el hospital cuando su cuerpo es trasladado a la ciudad de Tunja.

En lo que toca a los hechos materia de estudio manifestó que el día 4 de febrero de 2012 se laboró hasta el mediodía, y como todos los sábados se daba la alimentación, almorzó, pero el conductor encargado de brindarle el servicio de transporte al ingeniero residente, al civil, el ambiental y a los topógrafos, ese día manifestó que debía demorarse haciendo otras cosas, por lo que terminada la jornada laboral, él se dirigió en un carro de la red postal de Colombia 472, hacia Tunja.

Que siendo las dos y cuarto lo llamaron para informarle que había pasado un accidente que debía devolverse a Tibaná, pero luego le llamaron y le pidieron que se quedara porque una muchacha había sido remitida para Tunja.

Se acercó al Hospital de Tunja y preguntó por Anayibe Cadena, después de mucho rato le dijeron que había fallecido.

Se buscó información en la memoria de la empresa y se le comunicó a la familia. A las nueve, diez de la noche llegó la mamá, con el esposo y un tío de ella, a ellos ya le habían dado la noticia en el hospital, él les dijo que la jornada se había terminado a las doce y no sabía nada del accidente.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Ya por terceros se supo que ellos se habían quedado tomando cerveza en la tienda que quedaba como kilómetro .3 o .5 por encima de donde estaba el campamento, y se vinieron para Tibaná en la volqueta Yeikis el conductor, los dos topógrafos Hayber Herreño, Luis Alfredo Gasca, Ana Camila Junco y Anayibe Cadena.

Anayibe vivía hacia el otro lado del proyecto, es decir hacia la vía Garagoa y el accidente fue hacia el otro lado, es decir hacia la vía a Tibaná, a ellos no se les suministraba transporte, para eso tenían el subsidio y estaba prohibido el transporte de personas en las volquetas y si lo hacían no era por orden de la empresa.

Manifestó tener conocimiento de que Camila, Luis Alfredo Gasca y Anayibe se iban a quedar en la vereda el aguacate que es como 500 mts antes donde sucedió el accidente, lo que manifiestan es que Yeikis no paró, no quiso hacer la parada y que los iba a llevar hasta el pueblo y pasando el puente los cogió la curva y pasó el accidente.

Argumentó que en el reglamento interno de trabajo se estipula que las volquetas no son aptas para el transporte de pasajeros.

Según la narrativa del testigo, el accidente sucedió por fuera del tramo contratado en la obra.

Señaló que la maquinaria se quedaba en el campamento como la motoniveladora y algunas volquetas, otras volquetas, los conductores que vivían en el pueblo, las llevaban y las traían al siguiente día. Con respecto a ello, los que llevaban vehículo particular dejaban la volqueta en el campamento, los otros conductores las llevaban y las traían de regreso al día siguiente

Señaló que el día de los hechos la volqueta se dirigía para Tibaná, pero no en función de la obra porque la jornada terminó fuera del horario laboral y no estaba cargando material ni realizando actividad alguna de la obra, no había orden directa de transportar pasajeros. Terminado el horario laboral no es responsabilidad de la empresa ver que hacen sus empleados.

- **Declaración de parte de YEIKIS ALEXANDER CUBILLOS AVELLA C.C 1033739639**

Manifestó que el sábado en que ocurrió el accidente solo iba a trabajar solo hasta las once de la mañana y a esa hora los otros señores de las volquetas se fueron. Sin embargo, a él le pidió el favor el maestro cuyo nombre no recuerda que, si podía llevar un viaje de excavación y se podía ir, él no vio problema.

Adujo que estaba haciendo sol y el maestro les brindó una cerveza y luego cada uno de los presentes realizó la misma actividad.

Luego uno de los topógrafos Hayber Herreño les dijo a los demás compañeros que como él iba para Tibaná los podía llevar y así fue “nosotros veníamos cuatro entre la cabina, los nombres no me acuerdo y nos desplazábamos del campamento a donde nos hospedábamos en Tibaná y en un puente en una curva me salió un carro y por esquivarlo frené y la volqueta se me atravesó y cuando me di cuenta estaba en el río.”

Señaló que iba para Tibaná a tanquear la volqueta y allí se hospedaba, los otros ocupantes del vehículo no saben a qué iban. Manifestó que por lo regular como siempre había que ir a tanquear a Tibaná, entonces una de las volquetas siempre se llevaba para el pueblo, y la volqueta que se llevaba al pueblo esa era la volqueta del transporte de por la tarde y de por la mañana a otro día.

Señaló que cuando ingresó a ejercer labores no se le puso en conocimiento reglamento interno de trabajo y no se le puso en conocimiento prohibición de transportar trabajadores.

Manifestó que no existía ni registro ni protocolo para llevar los vehículos a tanquear. Argumentó que las volquetas se quedaban en el campamento para evitar gasto de

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

combustible y al que le tocaba turno llevaba para tanquear. Aclaró que la volqueta no debía quedar en el campamento, ellas quedaban ahí para evitar gasto de combustible. Señaló que Anayibe Cadena se subió al vehículo por propia voluntad y no por orden dada por miembros del consorcio. Afirmó que el accidente no se presentó en el lugar donde se estaba desarrollando la obra pública.

4. Presupuestos de la responsabilidad del Estado

En primer orden dirá la Sala que, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad, a saber:

- i) El daño antijurídico, y
- ii) La imputación de este a la administración.
- iii) El nexo de causalidad entre la actividad de la administración y la producción del daño

Al efecto, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sobre los presupuestos para la configuración de la responsabilidad del Estado, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de enero de 2013 dentro del expediente No 73001-23-31-000-2000-00737-01, siendo demandante Edelmira Durán de Suárez y otros, señaló:

“Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias del 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio – simple, presunta y probada: daño especial – desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal.; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

principios y valores que fundamental la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”.

4.1. Del daño antijurídico

Conforme a la narrativa de los presupuestos fácticos que rodearon el caso bajo estudio, se encuentra acreditado con suficiencia el daño antijurídico que han tenido que soportar los demandantes, en su calidad de madre, padre, hermana y padrastro, con el deceso de Anayibe Cadena Hernández en el accidente de tránsito que tuvo lugar el 4 de febrero de 2012, en la vía que de Garagoa conduce a Tibaná.

Lo anterior, dado que no estaban obligados a soportar la pérdida de su ser querido.

5. Del título de imputación aplicable al caso

5.1. De la responsabilidad del Estado derivada de la ejecución de obras públicas

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado³⁸ ha recordado el título de imputación aplicable a los daños antijurídicos derivados del actuar del Estado, en el ejercicio de las obras públicas por este realizadas.

Al efecto, ha señalado el alto tribunal:

“22.1. En este orden de ideas, la responsabilidad de tales demandados debe analizarse debido a la ocurrencia de un daño vinculado con la ejecución de una obra, ya fuere porque la contrataron o porque eran los propietarios del bien sobre los cuales esta se desarrolló. Se trata de un escenario que la jurisprudencia ha desarrollado bajo el principio de “*ubi emolumentum ibi onus esse debet*” (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista⁴⁷, en palabras del Consejo de Estado:

Al respecto resulta ilustrativo señalar que la ley y la jurisprudencia han sido claras en señalar que es procedente imputar al Estado el daño padecido por los ejecutores de la obra o por terceros ajenos a ella, en consideración a su condición de dueña de esta. Así lo explicó la Sala, con fundamento en que “*el régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente.*” Se advierte además que la entidad puede obtener

³⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia fechada del tres (03) de abril de dos mil veinte (2020.Radicación número: 66001-23-31-000-2012-00147-02(51846)

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

de su contratista o asegurador el reembolso de lo pagado por concepto de la indemnización a terceros, en consideración a que el primero asume esa obligación al contratar con el Estado, como también la de garantizar las indemnizaciones por daños causados al personal utilizado para la ejecución del contrato o a los terceros, conforme lo prevé la ley 80 de 1993, arts. 25 numeral 19 y 60 de la Ley 80 de 1993), en el entendido de que *“dicha circunstancia, por sí sola no exime de responsabilidad a la entidad propietaria de la obra pública, sin perjuicio de que pueda obtener el reembolso de las sumas pagadas del contratista o de la compañía de seguros”*⁴⁸.

22.2. Ahora bien, como se trata de daños causados a un trabajador en la ejecución de una obra pública, la responsabilidad se analizará desde un régimen subjetivo, pues pese a que la construcción de obras se considera una actividad riesgosa, se entiende que en la creación de este participó voluntariamente el trabajador, de quien se predica que asumió el riesgo propio de la labor. Sobre el particular ha dicho la Sección Tercera:

Tratándose de la ejecución de obras públicas la jurisprudencia ha manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que, **si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio**. En cambio, por regla general, un tratamiento distinto operó si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad antes las cargas públicas.

La Sala en sentencia de 8 de noviembre de 2007⁴⁹, sostuvo que la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, **distinguendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado**.

En la misma sentencia se sostuvo que aunque en la construcción de obras públicas dado el carácter peligroso que encierra su ejecución, proveniente de los instrumentos que se utilizan en ella y de la intervención que con ocasión de las mismas se hace en la naturaleza, como sucede cuando la construcción amerita la remoción de tierra, desvío del cauce de aguas, tala de árboles etc. **el trabajador que se vincula a dicha actividad asume voluntariamente el riesgo que ella involucra y tiene sobre sí la obligación de extremar las medidas de seguridad para evitar lesionarse. Bajo esta orientación frente a los daños que sufre quien ejerce una actividad peligrosa, originados en el evento, impacto o consecuencia adversa propia del mismo riesgo, el asunto deberá gobernarse bajo el régimen de la falla probada del servicio y no del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional**. La construcción de obras que requiera como ésta la remoción de tierra, origina un riesgo de naturaleza anormal y, el trabajador que ejerce dicha actividad, participa en la creación del riesgo que ella supone. En este sentido, deberá acreditarse que, a pesar de extremar los deberes de cuidado, el evento dañoso ocurrió por una falla del servicio⁵⁰ (Se destaca).”

Ahora bien, en el caso bajo estudio, considera la Sala que si bien el daño fue soportado de manera directa por una trabajadora del consorcio – Nayibe Cadena Hernández – dicha situación por sí sola no permite a la Sala aplicar al caso la falla en el servicio como título de imputación, en la medida en que su deceso no se presentó en el ejercicio de su actividad laboral, sino en accidente de tránsito,

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

ocasionado según el apoderado de los demandantes en vehículo que estaba bajo custodia del consorcio, y bajo la conducción de persona que también se encontraba bajo subordinación del consorcio.

Entonces, se considera que como la parte demandante afirma que el daño devino como consecuencia de la ejecución de obra pública y que además por el ejercicio de actividad peligrosa determinada por la conducción de vehículo que estaba bajo custodia del consorcio y cuyo conductor era subordinado del mismo, el caso debe estudiarse bajo el título de imputación objetiva por riesgo excepcional.

- **Del riesgo excepcional por la ejecución de obra pública en el caso concreto**

Y en este sentido dirá la Sala que debe tenerse en cuenta los presupuestos de orden fáctico para que el juez pueda estudiar la responsabilidad del Estado por la ejecución de una obra pública. Al efecto, debe existir la prueba de la obra que se encuentra en ejecución, y para efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe acreditarse el nexo del daño con la ejecución de esta.

Lo anterior, toda vez que no es dable condenar al Estado por las actividades privadas de sus funcionarios o agentes, es decir, la administración no puede responder por las actividades de sus servidores fuera del servicio público. Al efecto, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia preceptúa que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas,” entendida dicha acción u omisión en el ejercicio de las funciones propias del servicio.

En este sentido, está de acuerdo la Sala con la juez de primera instancia cuando acude al test de conexidad de que habló el Consejo de Estado en sentencia del 7 de junio de 2007³⁹ para colegir que, en el presente caso, el nexo con el servicio se encontraba descartado, toda vez que el daño sufrido por los aquí demandantes con

³⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Sentencia fechada del siete (7) de junio de 2007 Radicación número: 76001-23-31-000-1995-02796-01 (16089).

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

el deceso de Anayibe Cadena Hernández no se presentó en el lugar del servicio o ejecución de la obra,⁴⁰ el señor Yeikis Alexander Cubillos no actuó con el deseo de ejecutar un servicio propio de la obra, ni bajo la impulsión del servicio, lo que descarta el nexo del que se ha venido hablando.

En tal sentido, la respuesta a dicho test de conexidad del servicio en lo que toca a si el agente actuó con instrumento propio del servicio sería positiva, sin embargo, se considera que ese solo hecho no permite encontrar presente el nexo de su actuar con el servicio, en la medida en que la jornada laboral como quedó probado ampliamente en el proceso ya había culminado y no se estaba en el ejercicio propio de alguna labor de la obra.

Lo anterior hace palpable la ruptura del nexo del hecho dañoso con la ejecución de la obra pública, y para esta sala es suficiente para no dar aplicación en este caso al título de imputación de riesgo excepcional por la ejecución de obra pública.

De manera más reciente y con mayor resonancia en la jurisprudencia se encuentra la conceptualización atinente a la percepción de la víctima. Esta postura, que también abandona la indagación acerca del móvil de la conducta, se preocupa por identificar si, a ojos de la víctima, el agente actúa prevalido de su condición de autoridad pública:

"(...) 'Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer **si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública**, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos, lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer '**si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público**'. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)⁴¹

Esta última posición, aunque aborda el problema desde una perspectiva diferente, esto es, no desde el punto de vista del servicio (o del agente) sino de la víctima, en realidad no presenta diferencias irreconciliables con el test de conexidad o la tesis de la ocasionalidad necesaria. De hecho, el Consejo de Estado ha entendido armónicamente

⁴⁰ Hecho que fue aceptado por el conductor de la Volquete Ye

⁴¹ CE 3A, 19 abr. 2018, e25000-23-26-000-2007-00166-01(44236), M. Velásquez.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

estas corrientes para concretar que, para que el daño sea imputable a la Administración, la actuación del agente debe aparecer externamente como una expresión del servicio o consecuencia de su funcionamiento:

"(...J, Ahora bien, en doctrina que la Corporación ha acogido, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal tenga vínculo con el servicio, **se requiere que esta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público**, tomando en consideración, para este efecto, tanto su ligamen fáctico como jurídico. (...)"⁴²(Subraya y negrilla fuera del texto original)"

De manera similar, en otra oportunidad, el órgano de cierre de esta jurisdicción explicó:

"(...) El nexo con el servicio no se desprende por el solo hecho que el objeto con el que se produzca el daño sea de propiedad estatal o esté destinado al servicio. **Solo existe nexo con el servicio cuando el daño se produce en circunstancias que constituyen expresión o consecuencia de su funcionamiento.** Que el daño sea producido con un bien de propiedad estatal o con otro diferente es una situación estrictamente circunstancial, **no configura nexo con el servicio, si las condiciones en que se produjo el hecho no constituían expresión del servicio público, sino que, por el contrario, se enmarcan en la órbita privada de los agentes.** (...)"⁴³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, no desconoce la Sala que la parte demandante ha venido insistiendo que en todo caso el vehículo accidentado en el que se presentó la muerte de Anayibe Cadena Hernández, estaba bajo la custodia del Consorcio aquí demandado, quien debió verificar que terminadas las labores del 4 de febrero de 2012 el mismo quedara guardado y estacionado, y no permitir transporte de pasajeros ni de su conducción a lugar diferente al parqueadero habilitado para ello.

No obstante, se considera que dicho postulado debe estudiarse no desde la óptica del riesgo excepcional, sino desde la falla en el servicio propiamente dicha, porque hace referencia a la omisión en el cumplimiento de un deber propio de la administración.

Sin embargo, dicho argumento esbozado por la parte actora tampoco está llamado a prosperar en la medida en que se halla ausente prueba alguna que permita a la

⁴² CE 3A, 26 nov. 2014, e19001-23-31-000-2000-03226-01(26855), H. Andrade.

⁴³ CE 3C, 7 Mar. 2016, e5001-23-31-000-2006-00217-01 (37669), G. Sánchez.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Sala colegir que la administración incumplió algún postulado legal o contractual de vigilancia sobre el vehículo accidentado.

Como se vio en las pruebas documentales y testimoniales, la volqueta de placas CSF-035 fue suministrada al consorcio Proyectos Viales Boyacá 2 mediante contrato verbal, cuya legalidad no controvierte la sala, pero que a la postre no permite dilucidar si en efecto la volqueta para el momento en que culminaban las actividades diarias debía quedar estacionada, o por el contrario, su conductor estaba autorizado a movilizarse en ella hasta su lugar de hospedaje para luego, al día siguiente, regresar a sus labores, máxime cuando quedó acreditado que su conductor no contaba con transporte diferente para llegar a la obra.

Nótese al efecto, que son contradictorias las afirmaciones hechas dentro del plenario, pues mientras el conductor del vehículo Yeikis Alexander Cubillos en su declaración de parte manifestó que algunos conductores llevaban las volquetas para ser tanqueadas de combustible, el propietario de esta, Rodolfo Aldana, en su versión afirmó que el vehículo debía quedar estacionado.

Luego, el mismo Alexander Cubillos dijo que no existía obligación alguna de dejar las volquetas en la obra y que quienes lo hacían, era para ahorrar combustible, además de ser notorio, que las volquetas transportaban los pasajeros que así lo necesitaban. De otra parte, las volquetas debían llevarse para abastecerlas de combustible.

Tampoco dentro de las obligaciones contractuales adquiridas por el consorcio estaba la de vigilar el estacionamiento de la maquinaria con posterioridad a la jornada laboral, máxime cuando su contratación era informal y no se tiene conocimiento en el expediente, si la misma se hacía por meses, por días o por cuánto tiempo se alquilaba el automotor.

En últimas, si bien se encuentra acreditado que para el día 4 de febrero de 2012 se encontraba en ejecución el contrato No 2043 de 2011, lo cierto es, que se halla ausente prueba que permita colegir a la Sala que el consorcio omitió algún deber

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

de vigilancia sobre el automotor, y ello no permite dar prosperidad a dicho argumento apelativo esbozado por la parte actora.

De la responsabilidad extracontractual del Estado en el ejercicio de actividades peligrosas como conducción de vehículos

Ahora bien, la parte actora en el curso del proceso y en su recurso de apelación, también pidió el estudio de la imputación de responsabilidad al Estado por riesgo excepcional, en la medida en que el deceso de Anayibe Cadena Hernández se presentó como consecuencia de un accidente en vehículo automotor que estaba bajo custodia del Consorcio demandado y que, al permitir su movilización, generó el riesgo, debiendo por ello indemnizar a los hoy demandantes.

La tesis así planteada y que estudió el a quo, parte de la premisa inequívoca de que el vehículo automotor de placas CSY-035 pertenecía o por lo menos estaba bajo custodia del consorcio temporal Proyectos Viales Boyacá 2 para el momento en que ocurrieron los hechos, **situación que la Sala, se reitera, no ha encontrado acreditada en el expediente.**

Y es que se insiste que **la volqueta siniestrada no era de propiedad del consorcio sino de un particular que la alquilaba y la enviaba a la obra junto con su conductor de confianza, y de otra, su contratación informal no permite deducir que la guarda sobre el vehículo para el momento del accidente estaba en cabeza del consorcio, porque las pruebas allegadas al expediente son contradictorias.**

Al efecto, existe certificación emitida por el consorcio en la que se indica que había parqueadero habilitado para los automotores; la versión de Rodolfo Aldana, propietario del vehículo que señala que el automotor debía quedar estacionado; la versión del administrador ambiental David Villa quien en su testimonio afirmó que no era obligatorio dejar las volquetas, pues en algunos casos, sus conductores las llevaban a sus lugares de hospedaje para regresar al otro día en la mañana a trabajar, además porque algunos conductores contaban con carros particulares, y finalmente la declaración de Yeikis Alexander Cubillos – conductor del vehículo

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

– quien afirmó que no era obligatorio dejar las volquetas en el campamento y que quiénes las dejaban, lo hacían para ahorrar combustible, pero que en todo caso estaban autorizados para transportarse en ellas.

Dicha situación como se indicó rompe de entrada el nexo con el servicio, lo que deja sin piso la responsabilidad del Estado, e que impone la negativa de las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, no discute la Sala que el hecho de que el conductor de la volqueta estuviese contratado directamente por el dueño del vehículo y no por el consorcio, no es óbice para que en caso de generar un daño por su actuar dentro de la ejecución de la obra, sean llamados a responder tanto el consorcio como la entidad territorial, en aplicación de la teoría ya referida sobre la responsabilidad por el ejercicio de actividades del giro ordinario de su fin estatal. Sin embargo, se reitera, en el caso bajo estudio, lo que evidencia la Sala es ausencia de nexo entre el hecho dañoso y el servicio.

No obstante, si en gracia de discusión aceptara la Sala que la prestación del servicio por parte de la volqueta durante la jornada de la mañana del 4 de febrero de 2012, hace presumir que la guarda del vehículo era responsabilidad del consorcio, ello no variaría la decisión de la primera instancia que negó la declaratoria de responsabilidad de la administración, en la medida en que se considera que los hechos que rodearon el accidente, permiten atribuir la responsabilidad, a criterio de esta Sala, **a la culpa personal del agente como eximente de responsabilidad, al que debe concurrir culpa de parte de la víctima por su actuar imprudente.**

Al efecto, la culpa personal del agente como eximente de responsabilidad, se presenta cuando se evidencia que lo que determinó el daño fue la imprudencia e impericia del agente estatal, por omisión de su deber objetivo de cuidado y por su actuación por fuera del marco de las funciones que le fueron encomendadas por la entidad contratante.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

En el recurso de apelación, la parte demandante insiste en que las entidades estatales demandadas y el consorcio deben responder por el ejercicio de la actividad peligrosa de poner en marcha un vehículo, porque ello creó un riesgo para la comunidad, debiendo reparar por ello el daño. Además, porque el vehículo debió quedar guardado y el consorcio no vigió el cumplimiento de esta obligación o deber. Además, no hizo cumplir la obligación de utilizar el vehículo solo para la remoción de tierra y actividades industriales y no para el transporte de pasajeros.

Sin embargo, considera la Sala que asegurar que el consorcio estaba obligado a prohibir la circulación de la volqueta después de culminada la jornada laboral, sin la existencia de obligación legal o contractual que así lo corrobore, constituye una suposición de la que no puede valerse la Sala para establecer responsabilidad extracontractual.

Y en últimas, si bien como se verá **la actuación de Yeikis Alexander Cubillos es reprochable por el consumo de bebidas alcohólicas y el sobrecupo para transitar el vehículo**, lo cierto es que **ello no fue en desarrollo de actividades propias del servicio ni prevalido de su calidad de trabajador del consorcio temporal Proyectos Viales 2, al contrario, obedeció a la realización de una conducta personal, lo cual desborda el margen de control de la demandada.**

Al respecto, el Consejo de Estado⁴⁴ ha señalado:

Así lo ha querido documentar esta Corporación cuando se ha referido a que “Las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública”³⁹.

Culpa personal del agente como causal de exoneración de responsabilidad

De acuerdo con los hechos probados, la Sala considera que el accidente que derivó en la muerte de Miguel Ángel Monsalve Angarita no obedeció a una falla del servicio en cabeza de Empresas Públicas de Cali, sino a lo que ha sido conocido por esta Corporación como culpa personal del agente.

⁴⁴ **CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)** Sentencia fechada del veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) **Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04319-01(40843).**

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

La culpa personal del agente estatal es una figura jurídica reconocida jurisprudencialmente que consiste en aquel o aquellos hechos que se producen como consecuencia directa, determinante y sustancial de la acción, negligencia, impericia o imprudencia del agente o funcionario estatal bien sea por fuera del ejercicio de sus labores, misiones o deberes legales, institucionales o funcionales, o bien en su fuero de despliegue privado aunque haya la intervención de bienes, elementos u objetos ligados a la actividad estatal, como ocurre con los vehículos o las armas de dotación de las que están provistos estos sujetos, pero que no están destinados, ligados o vinculados a la actividad, función o servicio público de manera inescindible cuya prueba está en cabeza de quien invoca la imputación del daño antijurídico al Estado⁴⁰. (subraya y negrilla propias).

En el caso concreto, los funcionarios de EMCALI reconocieron haber terminado las labores que les habían sido asignadas y se dirigieron a una finca cercana del lugar donde prestaron el último servicio a adelantar asuntos personales. Así quedó constatado con una de las declaraciones rendidas por los trabajadores durante la investigación adelantada por la oficina de control interno de EMCALI, tras el accidente que cobró la vida del joven Monsalve Angarita (transcripción literal incluidos posibles errores):

(...)

De igual forma, el jefe del Departamento de Operación y Mantenimiento zona sur-oriente de la gerencia de energía de EMCALI, Jaime Isajar, en la misma diligencia coincidió en que ambos funcionarios actuaron fuera de las labores que les habían sido encomendadas, respondiendo exclusivamente a su esfera personal (transcripción literal incluidos posibles errores) “

(...)

Y es que de la declaración de parte rendida por Yeikis Alexander Cubillos y de las versiones rendidas por los testigos en el curso del proceso penal, allegado como prueba a este proceso, se colige que **el accidente del 4 de febrero de 2012 en el que perdió la vida Anayibe Cadena Hernández, no se presentó por causa o con ocasión del servicio, y por el contrario si se originó en el desconocimiento de las normas de tránsito nacionales que imponen a los conductores la prohibición de manejar en estado de embriaguez y con sobrecupo y a su vez el deber de mantener en óptimas condiciones el vehículo.**

De lo anterior se puede evidenciar que Yeikis Alexander Cubillos actuó deliberadamente con imprudencia e impericia, sobrepasando los límites impuestos por la normativa en materia de tránsito y movilidad por conducir en estado de embriaguez y con sobrecupo en el vehículo que estaba bajo su responsabilidad, el cual además se encontraba con fallas en su puerta derecha, eventos estos, que no fueron determinados por las entidades demandadas, que a la par, no pueden resultar responsables por las actuaciones que de forma consiente e individual ejercen sus agentes.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Por tanto, se concluye que independientemente de que la entidad demandada hubiese o no instruido a Yeikis Alexander Cubillos sobre sus deberes como conductor de la volqueta, lo cierto es que las obligaciones desconocidas por este, no nacen de su contrato laboral ni del reglamento interno, toda vez que la prohibición de conducir en estado de embriaguez, de no tener sobrecupo y de utilizar maquinaria industrial para sus fines específicos y no para el cargue de pasajeros, son imperativos de orden legal respecto de los cuales no se puede manifestar desconocimiento. **Por ello, resulta improcedente reprocharle al consorcio Proyecto Viales Boyacá 2, algún tipo acción u omisión pues no hay elementos de juicio para establecer un incumplimiento obligacional de su parte.**

En suma, los hechos relatados por los demandantes fueron ajenos a la prestación del servicio por lo que no es predicable ningún tipo de responsabilidad a cargo del Estado.

Bajo la tesis sostenida por esta Sala, se **considera que le asiste razón a la parte actora al considerar que no era procedente declarar la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, pues su actuación no fue la única determinante en la consecución del daño**, lo cual no impide a la Sala afirmar que en efecto, la víctima, Anayibe Cadena Hernández actuó de manera imprudente al abordar un vehículo no apto para pasajeros, con sobrecupo en su cabina – tanto así que ella iba ubicada al interior de la volqueta, como quedó establecido, en las piernas de otro de sus ocupantes por lo que de manera evidente no podía usar cinturón de seguridad - y además, asumiendo el riesgo de abordar un vehículo cuyo conductor estaba en estado de embriaguez, lo cual para ella resultaba evidente, porque había ingerido bebidas alcohólicas en su compañía, comportamiento este, que jurídicamente no es el esperado y que por ende, se considera que además de la culpa personal del agente, existe culpa compartida con la víctima.

6. De la tasación de perjuicios hecha por el a quo

No se referirá la Sala a la responsabilidad solidaria decretada por el a quo entre el conductor y el dueño de la volqueta, porque dicho aspecto no fue objeto de recurso de apelación.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Pero si lo hará, en lo que toca a la tasación de los perjuicios, toda vez que consideró el demandante que los perjuicios morales son inferiores en relación con lo demostrado en el expediente. Aunado a lo anterior, señaló que considera que se encuentran acreditados los perjuicios materiales respecto de la señora Flor María Hernández, en la medida en que probó la ayuda económica que le brindaba la occisa a su señor madre. Solicita se valoren los testimonios rendidos en el proceso, a los que la juez de primera instancia no se realizó valoración alguna.

6.1. Del lucro cesante

Considera la Sala que en lo tocante al lucro cesante pedido por la señora Flor María Hernández en su calidad de madre de la víctima, **le asistió razón al a quo en negarlos por no haberse allegado prueba suficiente que demuestre su dependencia económica** y porque aun cuando algunos testigos manifestaron que Anayibe Cadena ayudaba a su madre, todos coincidieron que era de manera esporádica y solo cuando podía hacerlo.

A más de lo anterior, nótese que **en el expediente no se acreditó con certeza a que ayuda se refiere la madre de la víctima** en la medida en que para el momento de los hechos la occisa no llevaba ni un mes laborando para el consorcio, y antes de ello, las pruebas testimoniales dieron cuenta de que trabajaba en algunas temporadas de vacaciones y con lo poco que ganaba ayudaba a su madre y a su abuela.

De lo anterior se infiere que Anayibe Cadena podía brindar a su madre y abuela ayudas esporádicas y mínimas que no permiten colegir una indemnización por concepto de lucro cesante. De la valoración de las pruebas testimoniales allegadas al plenario se tienen las siguientes afirmaciones que confirman la ayuda esporádica y mínima que podía brindar Anayibe su mamá:

- Testimonio rendido por LUIS FRANCISCO HERNÁNDEZ DAZA el día 20 de agosto de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas. Quien manifestó los siguientes aspectos relevantes:

Que Anayibe Cadena Hernández era su sobrina por ser el hermano de la mamá de la víctima.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Señaló que Anayibe se dedicaba al estudio, a la agricultura, y quería trabajar para ayudarle a la abuelita, a la mamá, y a él como su tío. Señaló que Anayibe vivía con su abuelita – Alicia Daza - y él como su tío desde muy pequeña, la madre venía a visitarla seguido.

Señaló que Anayibe aportaba económicamente a la mamá, cada que necesitaba, por ahí cada mes, le colaboraba, no sabe en cuanto, pero cuando había lo hacía. Anayibe visitaba por ahí cada dos o tres meses a su madre y cuando había le ayudaba económicamente.

- Testimonio rendido por ISAAC AVILA CORTES el día 20 de agosto de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas. Quien manifestó los siguientes aspectos relevantes:

Manifestó que él era cultivador de frutos y Anayibe Cadena por temporadas le ayudaba en la recolección de las frutas.

Señaló que el hogar sobrevivía porque la mamá venía en las temporadas frutales a recoger fruta y la niña le ayudaba en ello.

Sabía que Anayibe le colaboraba económicamente a su mamá y a su abuelita, pues Anayibe ayudaba en la recolección de fruta para el sustento de la mamá.

A el testigo le consta que cuando Anayibe recibía su sueldo manifestaba que era para ayudarle a su mamá porque lo que esta ganaba no era suficiente para el sustento. Dicha ayuda no la conoce en cifras. No le consta la entrega del dinero, solo sabía que se iban a mercar y Anayibe pagaba el mercado. Este evento no le consta.

La madre de Anayibe se vio afectada económicamente porque Anayibe ya no le ayudaba. Señaló que Anayibe estaba muy contenta con el trabajo en el consorcio y le hacía ilusión que con el mismo le podía ayudar a su mamá y además podía seguir estudiando.

- Testimonio rendido por INÉS MARTÍNEZ PÁEZ el día 20 de agosto de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas. Quien manifestó los siguientes aspectos relevantes:

Manifestó conocer a Anayibe Cadena Hernández a quien conoció porque era su vecina desde que tenía más o menos tres años, y desde esa época vivía con su abuelita y su tío.

Manifestó que Anayibe trabajó en un almacén de ropa un año antes de su fallecimiento.

La familia de Anayibe vivía de los animales – vacas y gallinas en la finca de la abuelita de Anayibe – y Anayibe aportaba económicamente para el sostenimiento de las personas con las que vivía y le hacía aportes además de su abuelita, a su mamá, porque cuando la mamá estaba alcanzada le ayudaba para lo que ella necesitaba. Particularmente a la abuelita vio que le daba dinero para ayudas de las necesidades.

Señaló que la mamá de Anayibe la visitaba seguido junto con el padrastro, máximo cada mes venían a visitarla o la mandaban a ir a Bogotá a visitarlos.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Con la muerte de su Anayibe sus familiares sufrieron mucho dolor. Al día de hoy la mamá todavía llora por la muerte de su hija.

Previo a su muerte Anayibe trabajaba en la carretera

- Testimonio de VALENTINA MANCIPE MARTÍNEZ el día 20 de agosto de 2015 en el curso de la audiencia de pruebas. Quien manifestó los siguientes aspectos relevantes:

Manifestó conocer a Anayibe Cadena Hernández más o menos desde que ella tenía 5 años, eran vecinas y amigas, ella vivía con la abuelita y el tío constantemente en la vereda San José. Con la mamá, el padrastro y la hermana se veían cada mes que venían a visitarla.

Anayibe no vivía con su mamá, padrastro y hermana, al parecer porque la mamá trabajaba en Bogotá. Anayibe se quedó acompañando a su abuelita, pero su mamá siempre estaba muy pendiente, le pagaba las cuotas y obligaciones del colegio y estaba pendiente de las reuniones del colegio, le consta porque Anayibe fue compañera del colegio de su hijo por lo que le consta lo narrado.

Después de que Anayibe Falleció el dolor de una pérdida de un ser querido ha sido muy triste y doloroso para su familia. Ella era la alegría de todos en su familia, la cual cambió totalmente, fue algo que no se puede expresar porque no se siente, pero si se les nota el decaimiento, no tenían el ambiente que tenían antes.

Anayibe quería trabajar para ayudarle a su familia pues incluso la casa donde vivían no tenía luz y ella tenía ilusión de trabajar para ayudarle.

Anayibe previo a su fallecimiento trabajaba de palettera en un consorcio y le consta porque ella trabajó ahí ofreciendo sus productos, ella estaba muy feliz de adquirir dicho trabajo y quería seguir trabajando.

Manifestó que cuando ella estudiaba, trabajaba los fines de semana y con lo poquito que ganaba colaboraba con su familia, es decir todos colaboraban para el sustento de la familia antes de empezar ella a trabajar. Ya cuando tenía trabajo fijo empezó a colaborarles más a ellas cuando empezó a trabajar con el consorcio, incluso antes de ganar su primer sueldo se endeudó para ir a hacer mercado con la abuelita.

Le consta que Anayibe pagaba la leche y el mercado

Los referiros testimonios son insistentes en afirmar que la ayuda económica que recibía Flor María Hernández de su hija Anayibe Cadena, era esporádica, cuando había trabajo y se podía ayudar, más no se logró establecer una dependencia económica que permita acreditar el lucro cesante pedido, o en otras palabras, que permita afirmar que el fallecimiento de la víctima dejó sin ingresos a su mamá, pues tampoco se logró establecer qué tan periódica era la ayuda, pues los testigos

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

manifestaron que cada tres meses, otros que cada dos meses o cada mes. Por lo anterior, en este sentido se confirma la sentencia de primera instancia.

Al efecto el Consejo de Estado concibe el lucro cesante como “**la ganancia frustrada** o el provecho económico que deja de **reportarse y que**, de no producirse el daño, **habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima**. Pero que, como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”⁴⁵. (Negrilla de la Sala)

De manera insistente, la Sala de esta Sección ha dicho que, para que un perjuicio resulte indemnizable, se debe tener certeza de este:

“El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el **requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto**, como quiera que **el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización**. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública⁵⁴. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras”⁴⁶.(Negrilla de la Sala)

Conforme a dicho criterio se considera que no se encuentra probado de manera cierta el perjuicio de lucro cesante pretendido por la madre de Anayibe Cadena Hernández, por lo que en este sentido se confirma la sentencia de primera instancia.

6.2. De los perjuicios morales

Recurrió la parte demandante la decisión de primera instancia al considerar que debe elevarse la cuantía de los perjuicios reconocida. **Al efecto, considera la Sala que debe modificarse en este sentido la sentencia de primera instancia por lo siguiente:**

Frente a los perjuicios morales, es preciso recordar que estos se componen por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja,

⁴⁵ Sentencia del 7 de julio de 2011 (expediente 18008), que reitera, entre otros, en sentencia del 21 de mayo de 2007 (expediente 15989), del 1 de marzo de 2006 (expediente 15989), del 1 de marzo de 2006 (expediente 17256) y del 1 de febrero de 2016 (expediente 55149)

⁴⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006 (expediente 13-168)

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.⁴⁷

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas⁴⁸:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil (bisabuelos, tíos, sobrinos y biznietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil (primos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá sólo la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros para hacer presumir la existencia del daño moral. Para los niveles

⁴⁷ SU CE- Sección Tercera MP Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA de fecha 28 de agosto de 2014. No radicado 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251)

⁴⁸ CE Sección Tercera SU 28 de agosto de 2014. Exp 26251 CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Exp. 27709 Carlos Alberto Zambrano

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva⁴⁹.

Como se indicó anteriormente, para los niveles 1 y 2 se requerirá sólo la prueba del estado civil para presumir la existencia del daño moral. Por lo tanto, respecto a Flor María Hernández Daza y a Guillermo Cadena Palacio, toda vez que se encuentra acreditada la consanguinidad en primer grado, por ser padres de la víctima, se les reconocerá el valor de los 100 S.M.L.M.V, que se reducirán a la mitad por existir culpa compartida con la víctima, es decir a cada uno se reconocerá 50 S.M.L.M.V.

Con respecto a los perjuicios morales reconocidos a Sandra Milena Cadena, se considera que se tasaron conforme al nivel 2 referido anteriormente, esto es, en 50 S.M.L.M.V por tener segundo grado de consanguinidad comprobado. No obstante, por la concurrencia de culpas la condena continúa en los 35 S.M.L.M.V reconocidos en primera instancia.

Se comparte con el a quo el criterio según el cual con respecto al padrastro Jairo Parra Castillo no se acreditó el perjuicio moral de manera suficiente y que sin lugar a equívocos permitiera a la sala evidenciar la congoja sufrida por la partida de Anayibe Cadena Hernández. Lo anterior, pese a que la sentencia de unificación estudiada anteriormente, en lo que toca a la calidad de padrastro señaló que

“Jesús Antonio Acevedo (padrastro): el padrastro del menor se ubica en el nivel No. 1 de relación afectiva propia de las relaciones paternas, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil, no obstante, como en el presente caso el demandante no es el padre biológico de la víctima la prueba idónea no es el registro civil de nacimiento, si no toda aquella que acredite la relación afectiva de este con el menor Iván Ramiro.”

Al efecto, las testimoniales recibidas en el plenario no dan cuenta de la relación afectiva del señor Jairo Parra Castillo con Anayibe Cadena Hernández, más allá de una relación cortés de aprecio e incluso cariñosa, pero ello no alcanza a ser motivo para que esta Sala acceda al resarcimiento de perjuicio moral, máxime cuando está acreditado que nunca convivieron porque ella lo hacía con su abuela y su tío.

⁴⁹ Ibídem

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los motivos aquí expuestos en esta providencia y se modificará el monto de los perjuicios morales reconocidos.

7. Costas y agencias en derecho

La Sala no condenará en costas y agencias en derecho en segunda instancia a la parte demandante, en virtud a que el recurso de apelación prosperó de manera parcial en lo que toca a la modificación del monto de los perjuicios morales y conforme a lo establecido en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los numerales 3 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, la condena en costas en segunda instancia procede cuando se confirma íntegramente o se revoca la decisión de primera instancia, situación que no se presenta en el asunto, en razón a que la decisión se modifica.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Segunda de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja el día 27 de noviembre de 2015, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, salvo el numeral cuarto que se modifica y en su lugar se dispone:

“**CUARTO.** - Como consecuencia de la anterior declaración se condena al señor Yeikis Alexander Cubillos y al señor Rodolfo Aldana Camacho a pagar por concepto de perjuicios morales:

Cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Flor María Hernández Daza

Cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Guillermo Cadena Palacio.

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**

Veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la joven Sandra Milena Cadena Hernández”.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

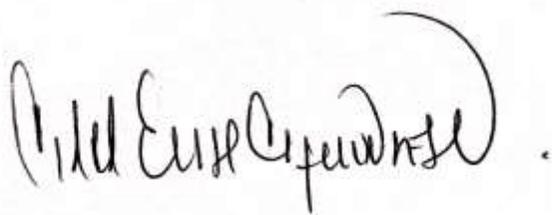
TERCERO. En firme esta providencia, por secretaría remítase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias de rigor.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión virtual de la Sala Segunda de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

Medio de Control : **Reparación Directa**
Demandante : **Flor María Hernández Daza y otros**
Demandado : **Departamento de Boyacá – Consorcio Temporal Proyectos Viales
Boyacá 2 y otros**
Expediente : **15001-33-33-004-2014-00050-00**



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado