



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Referencia	110013331037-2010-00252
Sentencia	SC3-20092463
Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO Y OTROS
Demandado	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y otro
Tema	Régimen de responsabilidad en cuanto a los accidentes de tránsito derivados de obstáculos sobre las vías que no están señalizados. Señalización vial. Responsabilidad solidaria del Estado en actuaciones del contratista cuando se trata de obras públicas. Régimen de responsabilidad subjetivo- falla en el servicio. No se demostró la omisión en la señalización de la vía que se encontraba en construcción y donde ocurrió el accidente.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por la señora DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO, DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA, MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA, CARLOS ARTURO PRADA ARDILA Y OLGA PRADA ARDILA contra el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO.

I. ANTECEDENTES.

1. La Demanda.

En demanda del 20 de octubre de 2010 los señores DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO, DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA, MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA, CARLOS ARTURO PRADA ARDILA Y OLGA PRADA ARDILA, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron la declaratoria de responsabilidad del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVIAS y EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, siendo sus pretensiones las siguientes:

1.1 Declárese que a LA NACIÓN, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVIAS solidariamente con el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO son responsables por la totalidad de los daños y perjuicios causados a DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO, DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA, MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA, CARLOS ARTURO PRADA ARDILA Y OLGA PRADA ARDILA, por la injusta, prematura y trágica muerte del señor CARLOS ENRIQUE PRADA BOHÓRQUEZ, el 1 de agosto de 2009, en un accidente de tránsito en la vía que de Bogotá conduce a Silvania – Girardot, a la altura de la autopista Sir, carrera 4 con calle 23, municipio de Soacha- Cundinamarca.

1.2 Condénese a LA NACIÓN, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVIAS solidariamente con el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO a pagar a los demandantes la totalidad de daños y perjuicios irrogados, así:

- A. Daños morales:
[A los demandantes DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO, DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA, MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA, CARLOS ARTURO PRADA ARDILA 100 SMLMV y a la demandante OLGA PRADA ARDILA 50 SMLMV, sin perjuicio del mayor valor que resulte de la aplicación del principio de la equidad ,de la ley y la jurisprudencia para la época de la sentencia]
- B. Daños materiales
Derivados de la pérdida del ingreso generado por la víctima para su hogar, que, como se probara en el curso del proceso, devengaba ingresos mensuales de \$ 854.668.
B.1 A la compañera permanente de la víctima y sus pequeños hijos, DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO, DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA y MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA, con el 75% de la pérdida de ingreso para el hogar calculado así:
(...) Total del perjuicio material para el hogar (Compañera e hijos) \$152.117.502.
- C. Daños y perjuicios a la vida en relación: [30 SMLMV para cada uno de los demandantes]
- D. A todos los demandantes, por las sumas invertidas en la consecución de asistencia jurídica para hacer valer sus derechos, costas en proceso y agencias en derecho. El monto del pago por los honorarios cuota Litis de los abogados se hará con sujeción a la tarifa del colegio de abogados de Bogotá.
- E. En el lucro cesante se incluirán los intereses compensatorios de la falta del uso del capital representativo de la indemnización, según el artículo 1615 del Código Civil, que se está debiendo desde el 10 de abril de 2009, y se pagaran, al igual que el capital, en pesos valor constante, a la fecha de ejecutoria de la sentencia. (...)"

Como fundamento de las pretensiones se expuso que el 1° de agosto de 2009, falleció el señor Carlos Enrique Prada Bohórquez al caer abrupta y sorpresivamente de su moto en una alcantarilla destapada y abierta en plena vía pública, en la autopista sur a la altura de la carrera 4 con calle 23- Municipio de Soacha, vía que conduce de Bogotá hacia Silvania – Girardot.

Refiere que el occiso se dirigía, en su motocicleta, de su lugar de trabajo en la ciudad de Bogotá al sitio donde vivía en el Municipio de Soacha, trayecto dentro del cual en plena vía pública fue sorprendido por una alcantarilla que se encontraba sin su correspondiente protección o tapa, y sin advertencia alguna, es decir sin señalización, ni iluminación, y solo después del accidente fue colocado una valla protectora y cintas de advertencia.

Indica que esta vía estaba siendo adecuada para el Transmilenio, y por lo tanto, se encontraba en readecuación y reparaciones, pero sin restricción alguna, sin polisombra y ausente a esa hora el personal necesario para advertir sobre los riesgos y peligros creados por las mismas entidades o contratistas.

Aclara que la vía donde ocurrió el accidente conforma el sistema de red vial nacional y se denomina arterial o de primer orden, encontrándose concesionado por el INVIAS al INCO a quienes les corresponde indudablemente su mantenimiento, reparación y custodia. Finalmente, refiere a los perjuicios que ocasionó la muerte del señor Carlos Enrique Prada

Bohórquez a los demandantes.

2. Actuación procesal en primera instancia.

La demanda fue presentada ante el Juzgado 37 Administrativo del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2010 (fl.39 Cp1) quien con auto del 6 de diciembre de 2010 remitió por competencia a los Tribunales Administrativos de Cundinamarca (fl. 41 y 42 Cp1) correspondiéndole al Magistrado Ramiro Pazos Guerrero quien con providencia del 27 de mayo de 2011, admitió la demanda (fl 46 Cp1) no obstante, con auto del 5 de agosto de 2011 declaró la falta de competencia en razón a la cuantía en aplicación de la Ley 1450 de 2011 y devolvió el proceso a los juzgados administrativos (fls. 49 y 50 Cp1) donde fue nuevamente repartido correspondiéndole al Juzgado 32 Administrativo del Circuito de Bogotá, quien, con providencia del 13 de septiembre de 2011, remitió al juzgado que conoció primero del asunto (fl. 54 y 55 Cp1) quien ordenó a la parte actora el pago de los gastos y ordenar la respectiva notificación previamente ordenada por el Tribunal (fls. 62 y 63 ib.) Una vez surtido el trámite de notificaciones, la demandada INCO contestó la demanda y llamó en garantía a Suramericana de Seguros SA y a la concesión Autopista Bogotá – Girardot. (fls. 75 a 77 Cp1 y cuaderno 2 y 3)

El 11 de diciembre de 2015, se negaron los llamamientos en garantía, (fl. 151 Cp1) decisión que fue apelada y revocada con auto del 6 de mayo de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 163 a 169 Cp1)

Se decretaron las pruebas pedidas por las partes con auto del 26 de octubre de 2017(fl.188 y 189 Cp1.)

Finalmente, el 31 de enero de 2019 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (fl. 304 vlt a Cp2)

3. Sentencia de primera instancia.

El 31 de mayo de 2019, el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C profirió sentencia de primera instancia, en la que negó las pretensiones de la demanda.

El a quo respecto del Instituto Nacional de Vías precisa que conforme al artículo 1º del Decreto 2618 de 2013, esta autoridad tiene competencia a la Infraestructura no concesionada, por tanto, como quiera que el accidente se produjo en una vía que para la época de los hechos se encontraba concesionada (contrato GG040-2004) no existe causal legal, contractual o fáctica que permita tener a este demandado como sujeto pasivo dentro de esta acción.

Aclara que no es procedente la excepción de preclusión de la oportunidad para vincular al litigio a Seguros Generales Suramericana S.A, pues fue notificado del llamamiento dentro de los 90 días que dispone la norma.

Descendiendo al caso en concreto respecto del hecho dañoso indica que no existe controversia entre las partes de que el día 1 de agosto de 2009 se produjo un accidente en el que fallece Carlos Enrique Prada Bohórquez, quien conducía una moto que terminó al

interior de un hueco, impacto que tuvo como consecuencia la muerte inmediata de este conductor.

Precisa que donde ocurrió el accidente no puede entenderse como vía conforme a lo establece el Código Nacional de Tránsito Terrestre, pues la misma no se encontraba abierta al público, tal como se demuestra con el croquis incluido en el informe pericial donde se describe que el carril donde se encontraba la denominada "alcantarilla" corresponde al central de un total de 6 que se encontraba en construcción.

Acerca del nexo causal indica que el manual de señalización fue adoptado por la Res. 001050 de 2004, el cual no aplica a la Agencia Nacional de Infraestructura, dado que dentro de sus funciones no se incluye la actividad de señalización vial, y tampoco en la demanda se explica cuáles fueron sus funciones incumplidas, por lo tanto, no resulta probada dicha falla de manera que pueda servir de nexo de causalidad respecto del hecho dañoso.

Resalta que la demanda no se encuentra dirigida en contra del entonces particular que intervenía la vía, siendo aquel el que hubiese podido incurrir en la falla, aun pese a que la vía no estuviere abierta al público.

Manifiesta que, pese a que se dice en la demanda que la vía se encontraba concesionada por el Instituto Nacional de Vías al Instituto Nacional de Concesiones, esta afirmación no se prueba dentro del proceso, como tampoco se explica la forma en que surge responsabilidad solidaria respecto de estas dos autoridades por la vía de contrato o disposición legal.

Agrega que si se entendiera que existe un deber de garantía del Estado respecto a las actividades del contratista, en este caso un particular concesionario, conforme a la postura del Consejo de Estado, tampoco hay lugar a declarar la responsabilidad dado que no se explica el por qué la víctima ejerciendo una actividad peligrosa decide circular al interior del carril en obra, pues al tratarse de un tramo en construcción, no podía entenderse como vía para efecto de circulación como lo prevé el Código Nacional de Tránsito Terrestre; además se encuentra demostrado con el croquis la presencia de montículos de tierra, así como maletines de señalización, sin que este acreditada la existencia de alguna circunstancia que impidiera la visibilidad, al tiempo que se anotó una huella de frenado de 15 metros, indicando la elevada velocidad en que se desplazaba el conductor.

Concluye que se presenta culpa exclusiva de la víctima pues en tanto desarrollaba una actividad peligrosa, no estaba evidenciado que la desarrollara de manera ajustada a la normatividad de tránsito y de manera prudente y cuidadosa. Igualmente, no se explica cómo decide circular por una vía cerrada, a pesar de encontrarse con dos carriles que estaban en operación, recordándose así que conforme al artículo 94 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, las motos no deben usar el carril central, deben transitar por la derecha de las vías y nunca utilizar vías exclusivas del servicio público. (fls. 357 a 377 CP 3)

II. RECURSO DE APELACIÓN.

El 26 de junio de 2019, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia, partiendo de que el a quo realizó un indebido estudio del caso, como quiera que aplicó la teoría de falla en el servicio, cuando debió aplicar régimen de responsabilidad objetiva, pues el Consejo de Estado ha precisado que la construcción y/o reparación de vías es una actividad peligrosa de la administración.

Por otro lado, resalta que el a quo en su sentencia debió valorar lo siguiente:

- i) Responden solidaria y jurídicamente por los perjuicios causados, las propietarias (o sus concesionarias) de las vías en construcción, por ser bienes bajo su guardia en potencia de causar daño. Pues está demostrado que la vía donde ocurrió el accidente hace parte del tramo vial de cod. No. 4005 Girardot- Sylvania- Bogotá la cual inicia en Girardot y termina en la calle 13 de Bosa, al igual que dicha vía conforma el sistema de la red vial nacional y se denomina arterial o de primer orden, encontrándose concesionada a cargo del Instituto Nacional de Concesiones INCO para efectos de su administración y mantenimiento.
- ii) El régimen aplicable es de responsabilidad objetiva y no falla en el servicio, por lo tanto, correspondía a las entidades demandadas demostrar un eximente de responsabilidad que rompiera el nexo de causalidad, situación que no ocurre en el sub-lite, pues no allegaron ninguna prueba que demostrara las negaciones indefinidas hechas en la demanda. Agrega que con el croquis se demuestra que el lugar no tenía señalización. Resalta que el daño deviene del riesgo creado por la construcción de la vía donde ocurrió el accidente.
- iii) Hechos notorios. Sostiene que el a quo no tuvo en cuenta el hecho notorio de que la autopista sur fue intervenida para la construcción del sistema integrado de Transmilenio, que esta obra tuvo varios retrasos, que a medida que avanzaban los obras iban habilitando carriles sin importar que fueran de Transmilenio, que para la época de los hechos no había sido inaugurado el sistema integrado, es decir no transitaban buses de Transmilenio; tampoco tuvo en cuenta los testimonios que dieron fe de este hecho notorio.

Finalmente, insiste que se encuentra demostrada la responsabilidad de las demandas que al ejercer una actividad peligrosa como lo es la construcción no reparación de carreteras debió haber cumplido a cabalidad con una debida señalización tal como lo indicaba el manual de dispositivos de carreteras que fue allegado al expediente. Además, los testigos indicaron la falta de señalización en la vía, la falta de polisombra o cierre de la vía, la ausencia de personal en la vía de contratistas, igualmente advirtieron que periódicamente habilitaban una vía y la otra según iba el avance de la obra. (fls. 380 a 389 Cp3)

El 12 de julio de 2019, se concedió el recurso de apelación antes referenciado por parte del a quo (fl. 392 ib.)

1. Actuación procesal en Segunda Instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 24 de septiembre de 2019, el Magistrado Sustanciador admitió el recurso de apelación en mención; y el 15 de octubre de 2019 corrió traslado a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto (fls. 396 y 398 ib.)

El 24 de octubre de 2019, presentó alegatos de conclusión la representante de Seguros Generales Suramericana S.A, quien solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia como quiera que no existen los elementos de responsabilidad patrimonial del estado, ya que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, la única responsabilidad que resulta comprometida en el accidente de tránsito es la de la víctima directa al transitar por una vía no habilitada para la circulación, una vía en construcción. (fls. 399 a 409 ib)

La parte actora presentó alegatos de conclusión el 30 de octubre de 2019, a través de los cuales reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (fls. 410 a 421ib)

El 31 de octubre de 2019, presentó alegatos de conclusión el apoderado de la Concesión Autopista Bogotá- Girardot, quien sostiene que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, pues la parte actora no demostró el actuar culposo de esta concesión, y antes por el contrario se demostró que la misma había realizado el respectivo cerramiento con polisombra, con un frente de acceso para el paso y tránsito de maquinaria, vehículos y personal para la ejecución de la obra. Manifiesta que se presenta culpa exclusiva de la víctima pues fue el propio actuar imprudente del motociclista que generó el accidente. (fls. 422 a 428 ib)

El Agente del Ministerio no allegó concepto.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Teniendo en cuenta el debate jurídico propuesto por el recurso de apelación en mención la Sala se ocupará de resolver:

- ¿El a quo aplicó un régimen de responsabilidad en el sub lite que no correspondía, dado que estudio el caso por falla en el servicio y no bajo el régimen objetivo de responsabilidad aplicable cuando se trata de la construcción y/o reparación de vías al ser esta una actividad peligrosa de la administración?
- ¿Con los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente se demuestra la responsabilidad de las entidades demandadas por la falta de señalización de la vía donde ocurrió el accidente?

Tesis de la sala

- El a quo aplicó el régimen que correspondía al sub lite, como lo es el régimen subjetivo- falla en el servicio, pues conforme a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de la omisión en la señalización de las vías por parte de las entidades públicas, el régimen a aplicar es éste, y no el régimen objetivo, dado que el daño no proviene como consecuencia de la actividad peligrosa frente a la ejecución de la obra, sino por la supuesta falta de señalización en la vía, situación que se deberá demostrar dentro del proceso.
- Con las pruebas obrantes en el expediente no se demuestra la falla en el servicio por parte de la entidad propietaria de la vía, pues antes por el contrario se encuentra probado que i) la vía donde ocurrió el accidente se encontraba en construcción, por lo tanto, no estaba habilitada para el tráfico vehicular ni de motocicleta ii) esta vía se encontraba aislada y con señalización y iii) al lado de esta vía en construcción se encontraban tres carriles habilitados para el tráfico de vehículos en el sentido en que iba el occiso, no obstante, aquel decidió transitar por la vía en construcción.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 133 y 134E del C.C.A, y del artículo 198 de la Ley 1450 de 2011" descongestión por razón de la cuantía en la jurisdicción contenciosos administrativo" el cual dispone la aplicación del artículo 157 del CPACA en cuanto al razonamiento de la cuantía para proceso radicados antes del 2 de julio de 2012.

2. Caducidad.

Al respecto es de anotar que el término de caducidad de la acción de reparación directa se contabiliza a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, de acuerdo con lo establecido en el No. 8 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, para efectos de establecer la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se tendrá en cuenta la fecha del accidente donde falleció el señor Carlos Enrique Prada Bohórquez siendo el día 1 de agosto de 2009 (fls. 12 y 13 Cp1) Entonces, entre el 2 de agosto de 2009 al 2 de agosto de 2011 corría el término de caducidad. La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2010 (fl. 39 ib.) por lo tanto, sin necesidad de tener en cuenta el término de suspensión de términos con la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, se tiene la demanda como presentada en tiempo.

3. Legitimación en la causa.

3.1 Por activa.

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan:

Demandante	Parentesco con la víctima directa	Prueba
DIANA LUCERO VALBUENA GALINDO	Compañera permanente	Testimonios (fls. 232 y 233 Cp2)
DANIEL ESTEBAN PRADA VALBUENA	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 9 Cp1.
MARIANA CAMILA PRADA VALBUENA	Hijo	Registro civil de nacimiento fl. 10 ib.
CARLOS ARTURO PRADA ARDILA	Padre	Registro civil de nacimiento fl. 6 ib
OLGA PRADA ARDILA	Tía	Registros civiles de nacimiento fl. 5 y 11 ib

3.2 Pasiva.

Respecto a la legitimación de las demandadas por ser un debate propuesto en el recurso de apelación se resolverá en las consideraciones de esta sentencia.

4.- Argumentación Jurídica.

4.1 Los elementos de la responsabilidad del Estado en el marco de la falla del servicio.

Conforme lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples pronunciamientos, que la declaración de responsabilidad patrimonial y administrativa será posible siempre que se acredite la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma, así: i) el daño antijurídico, patrimonial o moral, que el demandante no tenía por qué soportar, ii) la acción o la omisión constitutiva de una falla del servicio de la Administración y iii) la relación o nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores³.

Al respecto, dijo el Consejo de Estado:

“la responsabilidad del Estado resulta comprometida siempre que logre establecerse en el proceso: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la que se habrían evitado los perjuicios, ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, iii) la existencia de un daño antijurídico y iv) la relación de causalidad entre la omisión y el daño.”⁴

Tal y como lo ha establecido el Máximo Tribunal Administrativo y la doctrina. “En ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”⁵

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del pasado 1 de agosto de 2016⁶, reitero la posición antes adoptada por tal Órgano, así:

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura. El daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad y, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada,

como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; así, la ocurrencia del daño y su antijuridicidad son presupuestos indispensables que generan el deber de reparar y, por tanto, corresponde al juez constatar su existencia, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada.

4.1.1.- Daño.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."

El daño, para efectos de que sea indemnizable, exige que se acrediten los siguientes requisitos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser personal y cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura ; al respecto, la Sala ha considerado que:

"De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga".

4.1.2.- Acción u omisión de la entidad demandada.

La falla del servicio, como título para imputar responsabilidad al Estado, se configura por alguno de los siguientes supuestos: (i) retardo, (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia, u (iv) omisión o ausencia del mismo.

En relación con lo anterior, el Consejo ha señalado que:

El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁷.

Así las cosas, en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla del servicio, adicional al daño antijurídico se requiere que la entidad demandada haya actuado de manera tardía, irregular, ineficiente o que no haya actuado.

4.1.3.- Nexo de causalidad.

Finalmente, existe un tercer elemento sin el cual no se puede configurar la responsabilidad del Estado, como lo es el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la acción u omisión

de la administración. Se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; por tanto, corresponde al juez, en principio, constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado éste, analizar la posibilidad de imputarlo o no a la entidad demandada, de manera que si el daño no está acreditado se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre configurada una falla en la prestación del servicio.

El nexo causal, entonces, debe ser definido como la relación necesaria y eficiente entre el daño antijurídico cierto y la acción u omisión de la administración. En el ámbito de la responsabilidad estatal la importancia de la imputación implica que la responsabilidad por daños antijurídicos se atribuye a la autoridad pública porque entre la acción u omisión y el daño existe una relación que, no necesariamente debe ser de naturaleza fáctica o científica, como causa a efecto, sino de naturaleza normativa. Por eso la diferencia entre *imputatio facti* y *imputatio juris*⁸ ha sido estudiada por la doctrina y aceptada por el jurisprudencia como fundamento de la obligación de reparar el daño antijurídico, ya que es sólo en ese momento cuando el juez debe decidir el título de imputación que le permitiría otorgar la justicia debida.

“La jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva.⁹”

4.2. Régimen de responsabilidad en cuanto a los accidentes de tránsito derivados de obstáculos sobre las vías que no están señalizados.

Se debe señalar que el Consejo de Estado ha sido pacífico en sostener que el régimen de responsabilidad, en lo que respecta a los hechos relacionados con omisiones en la señalización vial, es el subjetivo por falla en el servicio, aclarando o precisando lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Sala viene sosteniendo reiteradamente que con la ejecución de obras públicas la administración expone a un riesgo a los asociados, razón por la cual la responsabilidad en esta materia es objetiva¹, régimen que se mantiene siempre que sea la dueña de la obra con independencia de que la entidad pública acometa directamente la construcción o la contrate, por cuanto la actividad es riesgosa.²

En cuanto a la calidad de la víctima, recientemente la jurisprudencia ha sostenido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración -vinculado a la entidad estatal o al contratista-, resulta aplicable la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio y que si la víctima del daño es un tercero ajeno a la construcción la responsabilidad es objetiva³.

¹ Sentencias del 31 de octubre de 1991, expediente 6515, ponente Julio Cesar Uribe Acosta; del 8 de junio de 1997, expediente 13540, ponente Daniel Suárez Hernández; del 7 de junio de 2007, expediente 16089, ponente Mauricio Fajardo Gómez; del 28 de noviembre de 2002, expediente 14397 y del 13 de febrero de 2003, expediente 12654, ponente Alier Eduardo Hernández.

² Sentencias del 3 de octubre de 1985, expediente 4556, ponente Carlos Betancur Jaramillo; del 25 de junio de 1997, expediente 10504, ponente Jesús María Carrillo; del 28 de noviembre de 2002, expediente 14397 y del 13 de febrero de 2003, expediente 12654, ponente Alier Eduardo Hernández; del 1º de marzo de 2006, expediente 15284, ponente María Elena Giraldo; del 8 de noviembre de 2007, expediente 15967, ponente Ruth Stella Correa Palacio; del 29 de enero de 2009, expediente 16689, ponente Miriam Guerrero de Escobar.

³ Sentencias del 1º de marzo de 2006, expediente 15284, ponente María Elena Giraldo Gómez; del 8 de noviembre de 2007, expediente 15967, ponente Ruth Stella Correa Palacio; del 29 de enero de 2009, expediente 16689, ponente Miriam Guerrero de Escobar.

Y en los casos en que la administración incurre en un incumplimiento de sus deberes referidos a la adecuada señalización, exponiendo al peligro a los asociados, dichos asuntos se han gobernado bajo el régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio^{4, 5}

Es decir, no es procedente la aplicación de un régimen objetivo cuando se trata de falta de señalización de la vía, dado que esta situación no obedece al ejercicio de la actividad peligrosa como consecuencia de la ejecución de una obra pública.

En reciente sentencia del Consejo de Estado⁶ se precisó que en relación a la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la desatención, omisión o inactividad de las autoridades públicas encargadas de la conservación, mantenimiento y señalización de las vías, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio, por lo tanto, debe observarse, el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado y, de otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. Entonces, se ha sostenido i) que la responsabilidad que deriva de incumplir obligaciones de control que se ejercen en las vías no es objetiva, debiéndose establecer que se produjo un incumplimiento de alguna o todas ellas⁷; (2) lo que implica encuadrar dicha responsabilidad bajo el régimen de la falla en el servicio, sin perjuicio de analizar los demás fundamentos⁸; (3) debe acreditarse que la actividad desplegada por la administración pública fue inadecuada ante el deber que legalmente le correspondía asumir⁹ (4) para lo anterior se precisa establecer el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración pública para lo que se consideran los siguientes criterios: (i) *“en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación”*¹⁰; (ii) *“qué era lo que a ella podía exigírsele”*¹¹; y, (iii) *“sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende”*¹²

4.3.- Señalización vial.

El Código Nacional de Tránsito, ley 769 de 2002, vigente para la época del accidente, reguló las condiciones para realizar trabajos en las vías públicas, así: **“ARTÍCULO 101. NORMAS PARA REALIZAR TRABAJOS EN VÍA PÚBLICA. Siempre que deban efectuarse trabajos que**

⁴ Sentencias del 16 de febrero de 2001, expediente 12161, ponente Jesús María Carrillo Ballesteros; del 17 de junio de 2004, expediente 14452, ponente María Elena Giraldo Gómez; del 14 de abril de 2005, expediente 15630, ponente Ramiro Saavedra Becerra; del 11 de agosto de 2005, expediente 15648, ponente María Elena Giraldo; del 5 de diciembre de 2005, expediente 14536, ponente Alier Eduardo Hernández.

⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Bconsejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, Sentencia Treinta (30) De Septiembre De Dos Mil Once (2011), Radicación Número: 15001-23-31-000-1994-04061-01(21218)

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01894-01(50036)

⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8487. Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8487. *“ 1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. (...)”*. Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8487. Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8487. Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8487. Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre 11 de 1997, expediente 11764. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

alteren la circulación en las vías públicas, el interesado en tal labor obtendrá en forma previa la autorización correspondiente de la autoridad competente **y señalará el sitio de labor mediante la colocación de señales preventivas, reglamentarias e informativas que han de iluminarse en horas nocturnas** (negrilla fuera de texto).

Conforme a esta ley corresponde al Ministerio de Transporte, (artículo 5º) reglamentar las características técnicas de la demarcación y señalización de toda la infraestructura vial. La misma norma le fija al Ministerio de Transporte la responsabilidad de determinar los elementos y los dispositivos de señalización necesarios en las obras de construcción (párrafo del artículo 101), las señales, barreras, luces y demarcación en los pasos a nivel de las vías férreas (artículo 113) y la reglamentación del diseño y la definición de las características de las señales de tránsito, su uso, su ubicación y demás características (artículo 115).

Así, atendiendo a las anteriores disposiciones normativas, se ha expedido el Manual de Señalización Vial, el cual ha sido adoptado por diferentes resoluciones (n.º 10000, del 19 de octubre de 1977, n.º 8408 del 2 de octubre de 1985 y n.º 5246, del 2 de julio de 1985¹⁰) que para el caso en concreto, teniendo en cuenta la normatividad aplicable paracuando sucedieron los hechos (6 de abril de 2008) correspondía la aplicación al "Manual de Señalización Vial – Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras yCiclorrutas de Colombia", adoptado a través de la resolución No. 1050 de 2004, el cual disponía en su capítulo 4 señalización de calles y carreteras afectadas por las obra, los siguiente:

"4.2.1 Señales preventivas Tienen por objeto advertir a los usuarios de la vía sobre los peligros potenciales existentes en la zona, cuando existe una obra **que afecta el tránsito y puede presentarse un cierre parcial o total de la vía. Las señales preventivas deberán ubicarse con suficiente anticipación al lugar de inicio de la obra.** Estas señales se identificaran por el código SPO-Número.

Las señales preventivas tienen forma de rombo y sus colores serán naranja para el fondo y negro para símbolos, textos, flechas y orla. En vías urbanas tendrán como mínimo un tamaño de 75 ó 90 por 75 ó 90 cm; para carreteras y vías urbanas de alta velocidad su tamaño será como mínimo de 90 por 90 cm ó 120 por 120 cm. Se colocarán a el (los)lado(s) (derecho y/o izquierdo) de la vía que se afecte por la obra.

Cuando se requieran señales preventivas con texto, su forma será rectangular. Las letras del mensaje serán de una altura mínima de 15 cm, utilizando el alfabeto de la serie D.Además de la señales preventivas contenidas en el capítulo 2, se podrán utilizar las siguientes, para la señalización de obras que afecten las vías: SPO-01. TRABAJOS EN LA VÍA. (...)

4.2.2 Señales reglamentarias

(...)

SRO-01. VÍA CERRADA

Esta señal se empleará para notificar a los conductores el inicio de un tramo de vía por el cual no se permite circular mientras duren las obras.

4.2.3 Señales informativas. Se utilizarán señales informativas en la ejecución de obras, para indicar con anterioridad el trabajo que se realiza, distancia y otros aspectos que resulte importante destacar. Se identifican con el código SIO Número. Las señales de información deberán ser uniformes y tendrán fondo naranja reflectivo, mensaje y orla de color negro. Para el texto se utilizará el alfabeto tipo D, con una altura mínima de letra de 20 cm.

Las señales informativas en la ejecución de obras que afectan el tránsito por las vías son:
(...) SIO-02. SIO-03 . INFORMACIÓN DE INICIO O FIN DE OBRA

Esta señal indicará el inicio de los trabajos en la vía o zona adyacente a ella, con el mensaje "INICIO DE OBRA". Igualmente, se instalará otra señal con las mismas características, pero indicando el sitio de finalización de la obra, con la leyenda "FIN DE OBRA". Las letras tendrán una altura de mínimo 20 centímetros, utilizando el alfabeto tipo D.

(...) 4.3 DISPOSITIVOS PARA LA CANALIZACIÓN DEL TRÁNSITO

La función de estos elementos es encauzar el tránsito a través de la zona de trabajos y marcando las transiciones graduales necesarias en los casos en que se reduce el ancho de la vía o se generan movimientos inesperados. Deberá poseer características tales que no ocasionen daños serios a los vehículos que lleguen a impactarlos.

Será necesario que se contemplen medidas especiales que garanticen el paso de los vehículos en forma gradual y segura a través del área de trabajo, **considerando la seguridad de los peatones, los trabajadores y los equipos de la obra. Estos elementos deberán estar precedidos por señales preventivas e informativas y en las horas de oscuridad serán complementados con dispositivos luminosos.** (...)

4.3.5 Barreras plásticas flexibles (maletines)

Son dispositivos, en material **plástico, utilizados para restringir y canalizar el tránsito vehicular, cuando se genera un cierre total o parcial de la vía.** Generalmente como dispositivos de canalización, se colocan en serie a una distancia máxima de separación de 3 m; su color deberá ser naranja y contarán con franjas de lámina reflectiva Tipo III o IV, distribuidas en sentido horizontal y vertical. Las barreras plásticas deberán tener un diseño similar al mostrado en la figura 4.5.

Para lograr que estos dispositivos tengan un peso que evite su fácil movimiento, deberán ser llenadas con agua o arena. Sus dimensiones mínimas en metros serán: altura 0,60 m, longitud 0,70 m y ancho 0,40 m. Cuando su utilización sea nocturna, se hace necesario adosarles una lámpara intermitente. (...)

4.3.6 Tabiques, cintas plásticas y mallas.

Estos elementos tienen por objeto cercar el perímetro de una obra e impedir el paso de tierra o residuos hacia las zonas adyacentes al área de trabajo. Las mallas y cintas plásticas se fijan a tabiques de madera o tubos galvanizados de 2 pulgadas de diámetro de 1,40 a 1,60 m de altura libre, que se hincan en forma continua sobre el terreno distanciados cada

3 m, aproximadamente. Los tabiques también podrán estar sostenidos sobre bases de concreto. Ver figura 4.6.

Deberán ser colocados de tal forma que no afecten la visibilidad de los vehículos en las intersecciones. Los tabiques o tubos estarán pintados, exteriormente, con franjas alternas de color blanco y naranja elaboradas en lámina reflectiva Tipo I, de 10 cm de ancho e inclinadas a 45° de arriba hacia abajo, indicando el sentido del flujo vehicular cuando su cara externa está de vista a la calzada. Para mayor seguridad, durante la noche podrán acompañarse de dispositivos luminosos intermitentes.

Estos elementos se usarán también para la canalización de personas sobre andenes y senderos peatonales, indicando el corredor previsto para la circulación, con un ancho acorde a su demanda y bajo condiciones prevalecientes de seguridad y comodidad.

Se utilizarán como mínimo dos hiladas de cinta, con una separación entre sí de 50 cm, de colores naranja y blanco, alternados. También podrán usarse cintas de colores negro y amarillo o amarillo y blanco.

Las mallas y cintas no se utilizarán en señalización de cierres parciales o totales de calzada; tampoco en casos de excavaciones que representen un peligro potencial para los peatones. La cinta reflectiva podrá usarse como ayuda y no como un dispositivo de señalización"

4.3. Responsabilidad solidaria del Estado en actuaciones del contratista cuando se trata de obras públicas.

Cuando se trata de la ejecución de obras públicas, la jurisprudencia ha sostenido que en aquellos casos cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, y en desarrollo de ésta se causa daños a particulares o a sus dependientes, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, ya que " i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal.^{11/12}

Ahora, en reciente sentencia del Consejo de Estado¹³, sobre este tema, reiteró este postulado, no obstante, al verificar que la responsabilidad recaía en un 100% a la Unión temporal, resolvió:

El Decreto 01 de 1984 no estableció norma especial respecto de la forma en que están llamados a responder los particulares y la administración en aquellos eventos en los que concurran en la causación de un daño antijurídico, tal como sí lo hizo la Ley 1437 de 2011, el artículo 90 Superior prevé la obligación del Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, son independencia de si hubo o no coparticipación de un privado. **Así las cosas, si la administración como propietaria de la obra tiene responsabilidad en el asunto, ha de acudir en forma solidaria a la satisfacción de la condena, aunque por virtud de ella pueda repetir contra el particular, en todo o en parte, el valor pagado.**

Como se anticipó, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sí se ocupó del tema al disponer que “en todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.

Aunque este último ordenamiento procesal no es aplicable a la presente controversia, el análisis de una demanda de inconstitucionalidad promovida en contra del precitado artículo 140 determinó algunas consideraciones de la Corte Constitucional en relación con la forma en que han de imponerse dichas condenas. Si bien la decisión de la Corte fue inhibitoria, al considerar que los cargos de la demanda de constitucionalidad partían de una interpretación del accionante y no del tenor mismo de la norma demandada, reflexionó así:

Como se ha indicado, la interpretación histórica y literal del mencionado inciso permite a la Sala señalar que éste no fija un cláusula de exclusión de la responsabilidad solidaria que podría surgir entre el Estado y en particular concausantes de un daño, ni indica la forma cómo la obligación de reparar se hace exigible frente a la víctima. De su contenido se desprende el deber que tiene el juez de realizar en su sentencia el juicio de proporción teniendo en cuenta la influencia causal en el hecho o la omisión en la ocurrencia del daño, es decir, analizando los elementos fácticos, probatorios y jurídicos necesarios para definir la responsabilidad extracontractual y la consecuente obligación de reparar, sin que ello implique, como lo afirman los actores, definir una obligación conjunta de resarcimiento del daño en detrimento de los intereses y la efectiva reparación integral al perjudicado.

Entonces, para la Sala resulta adecuado reiterar que el juicio de proporción que fija la norma demandada no implica la exclusión ni la derogatoria tácita o parcial de la posibilidad de dar aplicación a la solidaridad según defina el juez contencioso administrativo siguiendo las reglas trazadas en el derecho viviente, sino que regula la división de la condena entre los codeudores llamados a reparar de acuerdo al título de imputación y a la naturaleza de la responsabilidad que determine el operador judicial, con la consecuente exigibilidad de la obligación de pagar la indemnización a la víctima.

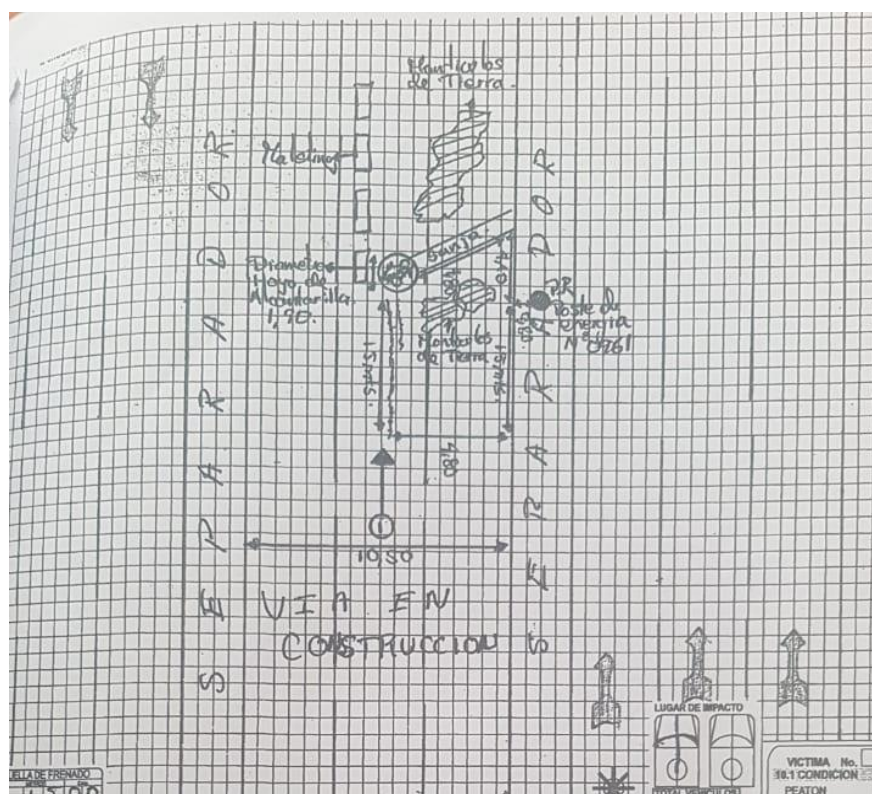
Bajo dicha perspectiva y en una interpretación del ordenamiento jurídico que garantice la protección de los derechos de las víctimas, esta Sala considera que aun cuando el particular deba concurrir al pago de la condena en forma total y, más aún, cuando solo lo hará en forma parcial, el Estado debe ser obligado en forma solidaria a la satisfacción de las condenas impuestas, con el fin de garantizar la solvencia del deudor y hacer efectivo el derecho a la reparación integral. Ello sin perjuicio de las acciones que tendrá para recobrar la parte que corresponda al particular.” (Subrayado de texto fuera texto).

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de Prueba relevantes para la resolución del recurso de apelación.

En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas, a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia¹³:

- 1.1 Registro de defunción del señor Carlos Enrique Prada Bohórquez, quien falleció el día 1° de agosto de 2009. (fl. 7 Cp1)
- 1.2 Informe de policía de accidente de tránsito No. A 0623840 suscrito por Franklim Carita Castaño-Ponal – placa 01088, 1. oficina Soacha, 2. Gravedad con muerto, 3. Clase de accidente- caída ocupante, 4. Lugar- Autopista Sur Cr 4 con calle 23, 4.1 Localidad o comuna Soacha, 5. Fecha y hora – 01/08/2009 un sábado a las 5.30, 6. Características del lugar, 6.1 área- urbana, 6.2 sector- comercial 6.4 diseño- tramo de vía, 6.5 tiempo normal, 7. Características de la vía- recta, plano, con aceras, doble sentido, tres calzadas, tres carriles, de asfalto, estado en reparación, condiciones secas, iluminación artificial- día, señales ninguna, demarcación- línea de borde y de carril; 8. Conductores- Carlos E. Prada Bohórquez- muerto, con licencia de conducción categoría 2, en el vehículo de placas BXV18 AKT –AK 125 modelo 2008, seguro obligatorio- mundial de seguros, clase de vehículo motocicleta servicio particular, huella de frenado 15 metros, hipótesis 157. (fls. 12 y 13 Cp1) como croquis se encuentra la siguiente imagen:



- 1.3 Informe pericial de necropsia No. 200901012575400218 de 01 de septiembre de 2009, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, realizado a Carlos Enrique Prada Bohórquez del cual se destaca lo siguiente:

"(...)

OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSIÓN PERICIAL: El reporte de iniciación el día de hoy 01 de agosto de la anualidad que avanza la sala de radio de Soacha nos informa vía avantel sobre la existencia de un cuerpo sin vida de quien en vida respondía al nombre de Carlos Enrique Prada

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

Borges (...) quién se vio involucrado en un accidente de tránsito en la vía autopista sur carrera 4º calle 23 quedando con una moto dentro de una alcantarilla ubicada en calzada que se está adecuando para que Transmilenio. (...) el grupo de turno URI SIJIN realiza desplazamiento hasta donde se ubica el cadáver con el fin de realizar la correspondiente inspección técnica a cadáver, donde se observa un hueco con agua en la vía y dentro de este se halla una motocicleta AKT 125 color azul y al lado un cuerpo sin vida de sexo masculino, al observar en la vida se encuentra una huella de frenado de 5 a 6 metros en dirección al hueco donde se encontró el hoy occiso es de anotar que alrededor del hueco se hallan montículos de tierra se le asigna número de acta para continuar con el procedimiento una vez allí se procede a tomar el registro necro dactilar se procede a rotular e iniciar el registro de cadáver de custodia del occiso para posteriormente solicitar al INML unidad Soacha la correspondiente necropsia y los demás que el perito estime pertinentes. De inspección de cadáver No. 143 Grupo URI/ SIJIN. En Soacha siendo la ---- hora del día 1 del mes de agosto de 2008 de conformidad con el contenido de los artículos 213 y 214 del Código de Procedimiento Penal los suscritos servidores de la Policía Judicial PT (...) rasgo investigador se trasladó al lugar ubicado en la autopista nt sur con 4º calle 23 vía pública autopista carrera vía pavimentada que no está en servicio para vehículos (...)

Causa básica de la muerte incidente de tránsito

Manera de muerte violenta" (fls. 14 a 20 Cp1)

- 1.4 Certificación del 30 de septiembre de 2009, suscrita por la Directora de Talento Humano de ESINCO S.A, donde señala que el señor Carlos Enrique Prada Bohórquez desde el 21 de abril de 2009 hasta el 31 de julio de 2009, fecha en la que falleció, desempeñó el cargo de Técnico Electricista con un contrato de obra o labor determinada y con un salario mensual de \$ 854.668. (fl. 21 ib.)
- 1.5 Oficio No. 37662 del 1 de septiembre de 2009, suscrito por el Subdirector de Apoyo Técnico del Instituto Nacional de Vías, a través del cual contesta derecho de petición , informando que en cuanto a la vía que de Bogotá conduce a Fusagasugá en el trayecto después de Bosa, más exactamente a la altura de la autopista sur No. 23-53, Soacha, hace parte del Tramo vial código No. 4005 Girardot- Silvania- Bogotá CON pr INICIAL 0+000 y termina en la calle 13 de Bosa con límites del perímetro urbano del Distrito capital, y que dicha vía conforma el sistema de Red Vial Nacional y se denomina arterial o de primer orden, encontrándose concesionada a cargo del Instituto Nacional de Concesiones INCO para efectos de su administración y mantenimiento. (fl. 24 ib)
- 1.6 Fotografías que muestran una moto azul dentro de un hueco, junto a un cuerpo. (fls. 25 y 26 ib)
- 1.7 Otro si No. 8 del contrato de concesión GG 40 de 2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Autopista Bogotá Girardot S.A. (78 a 99 ib)
- 1.8 Oficio No. CABGIN 0645 -10 del 7 de octubre de 2010, a través del cual el Gerente General de Concesiones Autopista, informa al Director de Interventoría Consorcio CONCOL B & C, a través del cual adjunta registro fotográfico respecto al accidente presentado el 1 de agosto de 2009, en la carrera 4 con calle 23, aclarando que: " i) El apéndice 3 del contrato de concesión al cual hace referencia la interventoría establecer las obligaciones durante la etapa de operación y mantenimiento sobre el corredor concesionado anotando que no aplica esta obligatoriedad en el sector donde ocurrió el accidente en razón a que corresponde al sector de la calzada exclusiva del sistema de Transmilenio la cual fue adicionada a nuestro contrato de concesión mediante otrosí núm18; dicha calzada estaba debidamente señalizada y aislada tal como se ve en el registro fotográfico anexo ii) el accidente se presentó en horas de la madrugada

los trabajadores del subcontratista fueron quienes informaron a la policía de su hacha en el momento en que se dio inicio a la jornada laboral " (fl. 98 ib)

- 1.9 Registro fotográfico de señalización de obra K 3 + 500, el cual se encuentran tres fotos ilegibles tomadas el 14 de julio de 2009 - descripción excavación pozo señalado y cerramiento calzada Transmilenio, 7 de julio de 2009 – descripción- cerramiento obra, el 1 de agosto de 2009- retiro motocicleta después del accidente- se evidencia cerramiento lateral. (fl. 99 ib.)
- 1.10 Oficio No. 01-0058-2011 del 5 de enero de 2011, suscrito por el Director de interventoría Consorcio CONCOL informando lo siguiente:
 1. Mediante oficio No. 01557-2010 del 27 de septiembre de 2010 está interventoría solicita información a la concesión autopista Bogotá Girardot, sobre el accidente ocurrió el 01 de agosto de 2009 en la carrera 4 calle 23 en el municipio de Soacha.
 2. qué mediante oficio CABG –IN 064510 del 7 octubre 2010 el concesionario suministra un registro fotográfico donde se evidencia la implementación de un cerramiento perimetral en el frente de la obra donde ocurrió el siniestro además de una adecuada demarcación de un pozo de inspección existente.
 3. según lo evidenciado en la imagen el vehículo motocicleta accidentado fue levantado dentro del frente de la obra es decir transitaba dentro del perímetro delimitado pese a que existiera la señalización y aislamiento implementado por el concesionario con el fin de prevenir y evitar que personas ajenas estuvieran dentro de este frente de obra.

Ahora bien con respecto a la investigación que se adelanta con relación al accidente la concesión autopista Bogotá Girardot informa que no fue realizado por ésta, ya que al parecer fue catalogada como un accidente de tránsito y por lo tanto la información de los hechos se encuentra en manos de las autoridades competentes.

De acuerdo a lo anterior se puede establecer que el concesionario cumplió con los requisitos establecidos en las fichas de manejo ambiental y en el programa de seguridad industrial y salud ocupacional aprobado para el proyecto que es parte del contrato número GG040-2004 sus apéndices y otros sí es modificatorios en el cual contemplan como medida preventiva para la protección tanto a sus trabajadores como el personal ajeno a la hora de disponer de señalización y aislamiento de todas las áreas de trabajo " (fls. 100 y 101 ib)

- 1.11 Contrato de concesión N°040 de 2004 celebrado entre INCO con la concesión Autopista Bogotá Girardot. (fl.156 cd ib.)
- 1.12 Informe presentado el 13 de diciembre de 2017 bajo juramento del presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, respecto a los hechos debatidos en la demanda, donde hace referencia al objeto y funciones de dicha entidad tal como lo contempla el Decreto 4165 de 2011, dentro de los cuales no se encuentra ejecutar y adelantar obras de construcción, mantenimiento y señalización de vías concesionadas, sino administrar los contratos de concesión, así, sostiene que no es posible imputar acción u omisión a esta entidad, pues por el contrario, se encuentra demostrado que corresponde al CONCESIONARIO Bogotá- Girardot las labores de construcción y rehabilitación, así como la operación y mantenimiento de dichas obras, que incluye la señalización de la vía. (fls .210 a 201 Cp2)
- 1.13 Registro civil de defunción del señor Prada Ardila Carlos Arturo. (fl. 231 ib.)
- 1.14 Testimonio de Germán Aguilera Maldonado a quien se le toma el juramento de rigor,

y manifiesta que no tiene ninguna relación con la demandante; refiere a que conoce los hechos por los cuales va a declarar sosteniendo que Carlos Prada era un amigo y eran amigos; que aquel se accidentó en la autopista sur la cual estaba destruida, tenía un carril que conducía hacia melgar, la autopista por donde construían el Transmilenio estaba total en construcción a veces colocaban la paralela de ida y otras veces la autopista, no se sabía cuándo uno iba a pasar a la una o la otra; refiere que él estuvo en el sitio del accidente, que en el mismo no había n señalizaciones solo habían "regueros"; refiere que si existía huella de frenada; que llegó al sitio del accidente porque tenía que comprar en el "madrugón" y tenía que pasar por ahí; que él vivía en Soacha Compartir; se le pone de presente las fotografías obrantes en el expediente frente a las cuales manifiesta que no fueron tomadas por él, que se las entregó a la demandante Diana Galindo, porque se las entregó un amigo "José" y se distribuyen las mismas, que cree que esas fotos las debió tomar la Fiscalía; que mientras el accidente se hizo un cercamiento, pero con anterioridad no había señalización, que cada vez que iban a Soacha tocaba mirar cual carril estaba habilitado; que en todo momento ocurrían accidentes en esa vía; que el occiso era muy precavido y cuidadoso en la conducción de la motocicleta; aclaró que "regueros" es desperdicios, arena, varillas, que se imaginan que estaban porque estaban construyendo en la vía; se le pone de presente la foto visible 40 cuaderno 3 del llamamiento en garantía, para efectos de que manifestara si esos "regueros" se refiere a los que se encuentran en la foto, quien dice que sí. (fls. 232 y 233 Cp2)

- 1.15 Testimonio de Jaime Molina Tibio a quien se le toma el juramento de rigor, y manifiesta que es residente de Soacha, que conocía al difunto desde hace mucho tiempo, y a su señora también, desde hace 15 años, siendo un buen matrimonio; la compañera permanente del difunto es Diana Valbuena y que siempre han vivido juntos bajo el mismo techo; que siempre ha vivido en Soacha y que su sitio de trabajo también queda allí; que ocasionalmente utilizaba la vía de autopista sur para realizar diligencias en Bogotá; que no vio ninguna accidente en esa vía; que muy poco frecuentaba la vía, pero que era muy deficiente la señalización cuando pasaba por esas vías. (fls. 232 y 233 Cp2)
- 1.16 Testimonio de Carlos Arturo Hernández Contreras a quien se le toma el juramento de rigor, y manifiesta que es cuñado de Diana Lucia Valbuena; refiere que paso por el lugar de los hechos y estuvo ahí como 5 minutos pero no sabía que era su conculñado; manifiesta que el occiso vivía con Diana Valbuena y su hijos, que llevaban viviendo varios años, aproximadamente 8 años; sostiene que todos los días pasa por la autopista sur, y cuando paso por ahí la estaban terminando, que en ocasiones los hacían cambiar de calzada por el lado derecho o lado izquierdo, los mismos trabajadores; que después del accidente pusieron unas cintas en el hueco donde se accidentó el occiso; que el occiso venía de trabajar; que la vía ya estaba para echarle pavimento para habilitarla.
- 1.17 Testimonio de José Luis Rodríguez Hernández a quien se le toma el juramento de rigor, y manifiesta que es amigo de la demandante Diana Lucero Valbuena Galindo, que conocía a su esposo, y que aquél murió a causa de una alcantarilla destapada; que el occiso vivía con su esposa Diana y su hijos; que es usuario de la autopista sur, porque trabaja en Bogotá y todos los días pasa por la misma; que no existía señalización ni iluminación en esta vía para la época de los hechos; que en ese entonces, cerraban o abrían los carriles y no se sabía por dónde se debía transitar, que aun así terminada la obra se realiza esto por parte de la policía de tránsito. (fls. 232 y 233 Cp2)
- 1.18 Interrogatorio de Diana Lucero Valbuena Galindo quien indica que recibe una pensión

- por parte de MAFRE de un salario mínimo. (fls. 232 y 233 Cp2)
- 1.19 Manual de señalización Vial – dispositivos para la regulación del tránsito en calles, carreteras y ciclorutas de Colombia adoptado mediante la Resolución No. 1050 de 5 de mayo de 2004. (fls. 244 y 245 Cp2)
- 1.20 Informe de afiliación del señor Carlos Enrique Prada Rodríguez a Salud Total EPS, describiendo sus beneficiarios, y los datos del empleador y el periodo de afiliación y formatos relacionados con su historia laboral y afiliación al sistema de seguridad social (fls. 250 a 267 ib)
- 1.21 Contrato Individual de Trabajo por obra o labor suscrito entre el señor Carlos Prada Bohórquez con Esico S.A (fls. 268 y 270 ib)
- 1.22 Certificación suscrita por el Gerente de indemnizaciones de la Compañía Seguros Mundial, donde sostiene que en virtud de la póliza de seguros de daños corporales causados a las personas en accidente de tránsito, correspondiente al vehículo de placas BXU 18 con vigencia comprendida desde el 15 de marzo de 2009 hasta el 15 de marzo de 2010, se presentó reclamación así: " póliza: 1317-10064672-2, afectado Carlos Enrique Prada Bohórquez, Concepto: muerte, Fecha siniestro 1/08/2009, siniestro 11-2009-10089690 estado cobertura agotada , total pago \$ 9.937.800. " (fls. 282 y 283 ib)
- 1.23 Acta No. 1 inicio contrato No. BGG040 del 1 de julio de 2004 de fecha 29 de julio de 2009, en donde se señala "que el propósito de suscribir el ACTA DE INICIO DE LAS OBRAS del otrosí No. 18 del contrato No. BGG440-2004 cuyo objeto es la " construcción de la primera etapa del Sistema Integrado del Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de pasajeros del municipio de Soacha como extensión de la Troncal Norte Quito Sur , por el sistema de precio global fijo no reajutable, de acuerdo a lo especificado en el anexo No. 1, conforme a los estudios técnicos, planos , diseños y especificaciones suministrados por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, del Distrito Capital al Ministerio del Transporte y a su vez por este al INCO quien los entregó al concesionario quien declara conocerlos y aceptarlos" (fl. 60 Cuaderno 3 llamamiento en garantía)
- 1.24 Memoria técnica No. 13 trayecto 1 " informe y anexos" del periodo comprendido entre Junio, Julio y Agosto de 2009, realizado por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot, respecto al avance de las obras, de la cual consta que es entregada el 22 de septiembre de 2009, al Director de la Interventoría Consorcio CONCOL B&C S.A, dentro de la cual se describe
- " 1.1 OBRAS EN CONSTRUCCION Y/O MATENIMIENTO
- Durante el periodo de la presente memoria técnica, se realizaron en el trayecto 1 las obras de construcción y/o mantenimiento que a continuación se enuncian:
- 1) Terminación y puesta al servicio dela calzada mixta norte desde el K0+285(INICIO) hasta el K 3+670 (calle 22 Tropezon)
 - 2) Cerramiento para la construcción de las calzadas exclusivas de Transmilenio Soacha.
 - 3) Rehabilitación de la calzada sur de la autopista sur
- (...)
- El 01 de julio de 2009, se iniciaron las labores de instalación de cerramiento de obra, con el fin de poder realizar algunos estudios complementarios a los existentes en la calzada exclusiva del AITM (se muestran fotos de cerramiento) (fls. 61 a 92 ib)
- 1.25 Memoria técnica No. 14 trayecto 1 del periodo comprendido entre Junio, Julio y Agosto de 2009, realizado por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot, respecto al avance de las obras de septiembre- noviembre de 2009. (fls . 93 a 124 ib)

2. Precisiones del caso.

Del caso: Lo pretendido dentro del presente proceso es la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por los daños y perjuicios, ocasionados con la muerte del señor CARLOS ENRIQUE PRADA BOHÓRQUEZ, el 1 de agosto de 2009, en un accidente de tránsito en la vía que de Bogotá conduce a Silvania – Girardot, a la altura de la autopista Sir, carrera 4 con calle 23, municipio de Soacha- Cundinamarca, debido a la mala señalización, sin polisombra, sin iluminación y sin personal que advirtiera sobre los riesgos y peligros creados por las mismas entidades o contratistas.

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda considerando que se presenta culpa exclusiva de la víctima pues en tanto desarrollaba una actividad peligrosa, no estaba evidenciado que la desarrollara de manera ajustada a la normatividad de tránsito y de manera prudente y cuidadosa. Igualmente, no se explica cómo decide circular por una vía cerrada, a pesar de encontrarse con dos carriles que estaban en operación.

La parte actora, presentó recurso de apelación sosteniendo que el *a quo* aplicó un régimen de responsabilidad diferente al que se debía aplicar pues no se trata de falla del servicio, sino de régimen objetivo donde las demandas deben demostrar el eximente de respetabilidad, situación que no se presenta en el sub lite; refiere a que el *a quo* no tuvo en cuenta los hechos notorios, y las declaraciones de los testigos que dieron fe de ese hecho notorio.

Teniendo en cuenta las posiciones jurídicas antes señaladas, y el tema de prueba que convoca el presente pronunciamiento, la Sala entra a estudiar lo discutido en el recurso de apelación.

3. Análisis probatorio.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora precisando sobre el mismo, como primera medida, que no es procedente aplicar régimen de responsabilidad objetiva en el caso en concreto, como lo pretende el apelante, pues conforme a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado y expuesta en el acápite "4.2. Régimen de responsabilidad en cuanto a los accidentes de tránsito derivados de obstáculos sobre las vías que no están señalizados", respecto a la omisión en la señalización de las vías por parte de las entidades públicas, el régimen a aplicar es el de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, y no el objetivo, dado que el daño no proviene como consecuencia de la actividad peligrosa frente a la ejecución de la obra, sino por la supuesta falta de señalización en la vía, situación que se deberá demostrar dentro del proceso.

Visto lo anterior, los demás argumentos expuestos por el apelante se entrarán a estudiar conforme a los elementos de la responsabilidad del Estado, por falla en el servicio, así:

Daño:

Este elemento se encuentra demostrado en el sub-lite, consistente en la muerte del señor Carlos Enrique Prada Bohórquez, el día 1 de agosto de 2009, cuando se transportaba en una moto AKT 125 y al caer en un hueco en la vía, pierde la vida. (1.1, 1.2 y 1.3)

Imputación a las entidades demandadas:

Falta de legitimación por pasiva. Es de precisar que conforme al Decreto 2161 de 1992, a quien le corresponde la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias y demás obras que requiere la infraestructura vial es al Instituto Nacional de Vías, no obstante, mediante Decreto 1800 de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones- INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería Jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial de concesiones, por lo mismo y tanto, esta disposición ordenó que se subrogara o cediera a favor de esta entidad hoy Agencia Nacional de Infraestructura (Decreto 4165 de 2011- art. 25) la posición contractual de INVIAS en las concesiones, en tanto se tratara de contratos relacionados con el cumplimiento de su misión institucional.

Ahora, INVIAS manifiesta que la vía donde ocurrió el accidente hace parte del Tramo vial código No. 4005 Girardot- Sylvania- Bogotá CON pr INICIAL 0+000 y termina en la calle 13 de Bosa con límites del perímetro urbano del Distrito capital, y que dicha vía conforma el sistema de Red Vial Nacional y se denomina arterial o de primer orden, encontrándose concesionada a cargo del Instituto Nacional de Concesiones-INCO para efectos de su administración y mantenimiento (1.5), situación que se rectifica con el contrato de concesión GG 40 de 2004 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones y la Sociedad Autopista Bogotá Girardot S.A (1.7, 1.11) y el otrosí No. 18. Éste contrato contempla como objeto “ construcción de la primera etapa del Sistema Integrado del Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de pasajeros del municipio de Soacha como extensión de la Troncal Norte Quito Sur, por el sistema de precio global fijo no reajutable, de acuerdo a lo especificado en el anexo No. 1, conforme a los estudios técnicos, planos, diseños y especificaciones suministrados por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, del Distrito Capital al Ministerio del Transporte y a su vez por este al INCO quien los entregó al concesionario quien declara conocerlos y aceptarlos”(1.23). En el anterior sentido, el Instituto Nacional de Concesiones INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura, es la propietaria de la obra pública y no el Instituto Nacional de Vías, por lo tanto, esta Sala se encuentra conforme con la decisión del a quo de declarar la falta de legitimación por pasiva de esta entidad.

Así las cosas, es cierto, como lo afirma el apelante, que la entidad pública, en este caso INCO hoy ANI, al ser la propietaria de la vía donde ocurrió el accidente, debe responder solidariamente, no obstante, debe demostrarse la falla en el servicio respecto a la omisión en la señalización, situación que se estudiara en el siguiente acápite. (ver acápite 4.3 Responsabilidad solidaria del Estado en actuaciones del contratista cuando se trata de obras públicas)

Imputación del daño antijurídico. Entonces, respecto del accidente donde resultó muerto el señor Carlos Enrique Prada Bohórquez, obra informe de policía del accidente de tránsito suscrito por un Agente de Policía, siendo la primera autoridad en llegar al sitio de

los hechos, donde se describe que la clase del accidente es caída del ocupante quien se encontraba en el vehículo motocicleta placas BXV18 AKT –AK 125 modelo 2008, el día 1 de agosto de 2009 a las 5:30 am, que la vía estaba en estado de reparación, no se encontraban señales algunas en el lugar del accidente, en el croquis se describe metros antes del lugar del accidente " VIA EN CONSTRUCCION" y se dibujan maletines al lado del accidente, como también, montículos de tierra antes y después de donde ocurrió el accidente, también una huella de frenado de 15 metros.(1.2)

Por su parte, el informe pericial de necropsia realizado por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al cuerpo del señor Carlos Enrique Prada Bohórquez, señala que la SIJIN realiza desplazamiento al lugar de los hechos con el fin de realizar la correspondiente inspección técnica a cadáver, donde se observa un hueco con agua en la vía y dentro de este se halla una motocicleta AKT 125 color azul y al lado un cuerpo sin vida de sexo masculino, al observar en la vida se encuentra una huella de frenado de 5 a 6 metros en dirección al hueco donde se encontró el hoy occiso, alrededor del hueco se hallan montículos de tierra, y que la vía se encontraba pavimentada pero no estaba al servicio para vehículos. (1.3)

Respecto de que si la vía se encontraba señalizada, el Gerente General de Concesiones Autopista informa al Director de Interventoría Consorcio CONCOL B & C, a través del cual adjunta registro fotográfico respecto al accidente presentado el 1 de agosto de 2009, en la carrera 4 con calle 23, que dicha calzada estaba debidamente señalizada y aislada tal como se ve en el registro fotográfico anexo. (1.8) no obstante, este registro fotográfico se encuentra ilegible (1.9).

Ahora, el Director de interventoría Consorcio CONCOL, concluye que con el registro fotográfico se evidencia la implementación de un cerramiento perimetral en el frente de la obra donde ocurrió el siniestro, además de una adecuada demarcación de un pozo de inspección existente; igualmente, manifiesta según lo evidenciado en la imagen el vehículo motocicleta accidentado fue levantado dentro del frente de la obra es decir transitaba dentro del perímetro delimitado pese a que existiera la señalización y aislamiento implementado por el concesionario con el fin de prevenir y evitar que personas ajenas estuvieran dentro de este frente de obra. Concluyendo que el concesionario cumplió con los requisitos establecidos en las fichas de manejo ambiental y en el programa de seguridad industrial y salud ocupacional aprobado para el proyecto que es parte del contrato número GG040-2004 sus apéndices y otros sí es modificadorios en el cual contemplan como medida preventiva para la protección tanto a sus trabajadores como el personal ajeno a la hora de disponer de señalización y aislamiento de todas las áreas de trabajo (1.10)

Sobre este punto, también obra memoria técnica No. 13 trayecto 1 " informe y anexos" del periodo comprendido entre Junio, Julio y Agosto de 2009, realizado por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot, respecto al avance de las obras, de la cual consta que es entregada el 22 de septiembre de 2009, al Director de la Interventoría Consorcio CONCOL B&C S.A, en cumplimiento a lo establecido en el contrato GG040-2004, cláusula 46 "al finalizar cada trimestre durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación, y durante los veinte (20) Días siguientes a cada vencimiento trimestral, el Concesionario deberá entregar al Interventor un informe donde conste el estado de avance de las obras," (1.11) donde se describe que se realizó "Cerramiento para la construcción de las calzadas exclusivas de Transmilenio Soacha" (1.24)

En este sentido, para la Sala se encuentra probado que i) la vía donde ocurrió el accidente se encontraba en construcción, por lo tanto, no estaba habilitada para el tráfico vehicular ni de motocicleta (1.2, 1.3) ii) esta vía se encontraba aislada y con señalización(1.8,1.10,1.24) y iii) al lado de esta vía en construcción se encontraban tres carriles habilitados para el tráfico de vehículos en el sentido en que iba el occiso, no obstante, aquel decidió transitar por la vía en construcción.

Ahora si bien es cierto, en el informe policial de tránsito se indica que no se encontraba ninguna señal, es de precisar, que, primero, las señales relacionadas con el cierre de la obra- denominadas señales preventivas deben ubicarse con antelación al lugar del inicio de la obra y/o la señales reglamentarias de vía cerrada deben estar al inicio del tramo por el cual no se puede circular, en este sentido, el croquis solo refleja una parte del tramo de la vía en construcción donde ocurrió el accidente, más no desde su inicio y finalización, por lo mismo, no se puede acreditar que no existía señalización, máxime cuando el interventor de ese contrato concluye que el frente de la obra estaba debidamente señalizada y aislada.(1.10), y pese a que se allegan fotos ilegibles al proceso(1.9) este agente interventor Consorcio CONCOL al analizadas las mismas las cuales fueron allegadas por la Concesión Autopista Bogotá – Girardot y que se presume no se encontraban ilegibles en ese momento, concluye que ese concesionario cumplió con los requisitos de señalización y aislamiento, conclusión que no fue controvertida dentro del proceso, además obra memoria técnica No. 13 trayecto 1 " informe y anexos" del periodo comprendido entre Junio, Julio y Agosto de 2009, realizado por la Concesión Autopista Bogotá-Girardot, donde indica que desde el 1 de julio de 2009, se iniciaron labores de instalación de cerramiento de obra para la construcción de las calzadas de Transmilenio(1.24) ; y segundo, pese a que el testigo Germán Aguilera Maldonado manifiesta que estuvo en el lugar de los hechos y refiere que en el mismo no había señalización, es de precisar que, conforme a lo expuesto anteriormente, en dicho tramo no podía estar la señalización preventiva o reglamentaria de cerramiento de la vía, ya que la misma debía estar desde el principio de la obra (1.14) y que si bien los demás testigos sostienen que la vía de la autopista sur no existía señalización y que en ocasiones los cambiaban de una calzada a otra (1.15,1.16, 1.17) no refieren específicamente a donde ocurrieron los hechos, sino lo hacen de forma general refiriéndose a la autopista sur.

En este sentido, no es de recibo el argumento del apelante que con el croquis se demuestra que la vía no tenía señalización, pues por el contrario se demuestra que se trataba de un tramo de una vía que estaba en construcción, y por lo mismo y tanto, las señales preventivas y / o reglamentarias, debían estar ubicadas previamente y no en el lugar de los hechos, por ello, no se describe en este informe que se encontrara señal alguna.

Tampoco, se comparte el argumento del apelante relacionado con que el daño deviene del riesgo creado por la construcción de la vía donde ocurrió el accidente, pues como se expuso anteriormente, el daño que se concretó en el sub lite y alegado en la demanda, no deviene de la construcción de la vía sino de la presunta omisión en la señalización de la obra, situación que no se demostró dentro del proceso de la referencia, pues antes por el contrario se encuentra demostrado que el señor Carlos Enrique Prada Bohórquez (Q.E.P.D) invadió una vía no habilitada al público para transitar por encontrarse la misma en construcción con cerramiento desde el 1º de julio de 2009, cuando disponía de otras tres carriles habilitados para el tráfico de vehículos en el mismo sentido en que se dirigía (1.2,1.3, 1.24).

Además de lo anterior, lo que ocurre es que hay una culpa exclusiva de la víctima, porque al no estar habilitada la vía para el tránsito normal al público y estar destinada precisamente para realizar la obra, por esa razón estaba prohibido su paso (1.2, 1.3,1.8,1.10,1.24- Resolución No. 1050 de 2004- capítulo 4- 4.2.2 Señales reglamentarias- vía cerrada), al haber incumplido con el deber de abstenerse de transitar por una vía en construcción y con expresa prohibición, quien debe correr con costo de los riesgos es el mismo afectado al presentarse el fenómeno de culpa exclusiva de la víctima.¹⁴

En el anterior sentido, la manera adecuada de abordarse el caso es bajo el régimen de la falla o culpa y no el objetivo, porque una cosa es que haya una vía en construcción y que se esté habilitado su circulación pero de manera restrictiva donde se deben adoptar ciertas medidas preventivas y prohibitivas, luego al circular por dichas vías hay unos riesgos propios creados por la misma construcción, y otra cosa es que se esté construyendo una vía y no esté habilitado su paso, y que el afectado viole las prohibiciones para no circular, en este último caso, el régimen es el de falla o culpa, tal como ha insistido el Consejo de Estado.

Respecto del argumento del apelante sobre los hechos notorios que se circunscriben alrededor de la construcción de la autopista Sur y que no fueron tenidos en cuenta por el a quo, es de precisar, que los mismos, no pueden catalogarse como notorios, toda vez que no se demostró que la ciudadanía en general tuviere conocimiento de esta situación, por lo tanto, correspondía al interesado probar lo dicho en la demanda (art. 167 C.G.P). Ahora si bien es cierto, los testigos coinciden en que en la autopista sur se habilitaban ambas calzadas para el tráfico (1.14,1.16, 1.17) también es cierto, que no se refirieron al lugar en específico donde ocurrieron los hechos, como tampoco, que al momento de los hechos estuviera habilitada la vía donde transitaba el occiso y no en construcción.

En este orden de ideas, a lo demostrarse la omisión por parte de la entidad demandada respecto a la señalización de la vía, y como quiera que se demostró fue que el occiso Carlos Enrique Prada Bohórquez fue quien invadió el carril que se encontraba en construcción, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

4. Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena, al no existir prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁴ Sobre este tema ver sentencias CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 41001-23-31-000-2006-00097-01(52859); SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, tres (03) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 05001-23-31-000-2009-01173-01(48569); SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, cinco (5) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 27001-23-31-000-2011-00108-01(46712)

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019, por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, en segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado