



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de marzo de 2023

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2019-00136-00
ACTOR: CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE POPAYAN Y OTROS
M. CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA núm. 040

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.¹

El grupo accionante conformado por CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, quienes actúan en nombre propio y en representación del menor de edad D.E.B.V.; RICAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS, ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ VARGAS, HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR, WILSON ALFREDO VARGAS OSORIO, PAOLA ANDREA VARGAS OSORIO, SOLEDAD OSORIO SILVA, SANDRA XIMENA DELGADO CHAVES, CRISTIAN CAMILO MENESES DELGADO; BRUNA DEL PILAR BOHORQUEZ CHAVEZ a nombre propio y en representación del menor de edad B.E.H.B.; LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ CHAVEZ, JESUS FERNANDO DELGADO CHAVEZ, ANGIE LORENA HURTADO BOHORQUEZ, PATRICIA DEL SOCORRO BOHORQUEZ CHAVEZ, JOHANA CAROLINA MONTOYA BOHORQUEZ y CESAR ENRIQUE DEVIA BOHORQUEZ, asistidos de apoderado judicial instauraron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad administrativa de la NACION – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER, el MUNICIPIO DE POPAYAN, el ACUEDUCTO Y ALCANTARRILLADO DE POPAYAN S.A. E.S.P., la FIDUCIARIA BOGOTA S.A., FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA y la empresa MOVILIDAD FUTURA S.A.S.; y el consecuente reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios que afirmaron fueron ocasionados por los hechos ocurridos el 28 de diciembre de 2013 en accidente de tránsito, que conllevó a la muerte del señor CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.

Como base fáctica de las pretensiones, narró la parte actora que el 28 de diciembre de 2013 el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS perdió la vida como consecuencia de un accidente de tránsito, cuando al desplazarse como parrillero de la motocicleta marca YAMAHA RX 115 de placas MSW-03 por la vía principal de la calle 5ª con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, cayó luego de ser expulsado al momento en que el conductor del automotor cayera tras intentar evitar un profundo hueco que se hallaba sobre la vía. Aseguró que dicho hueco tuvo origen en las obras que se realizaban en varios sectores de la ciudad, en ejecución del contrato de obra PAF-AFT-002-2012 celebrado entre el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER, administrado por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y FAGAR SERVICIOS 97 S.L. SUCURSAL COLOMBIA.

Adujo que, para el mes de diciembre de 2013, la vía principal de la calle 5ª del barrio San José que conduce al centro de la ciudad de Popayán, venía siendo objeto de intervenciones a raíz de la ejecución del citado contrato de obra PAF-AFT-002-2012, con el cual se pretendía la optimización de las redes de acueducto requeridas para la implantación y

1 Folios 1 a 21 del C. Ppal. 1.

pavimentación de las vías de las rutas donde haría operación el Plan Estratégico de Transporte Público del municipio de Popayán.

Agregó que el lugar donde ocurrió el mencionado accidente no contaba con señalización de ningún tipo, como son las señales transitorias, preventivas, informativas e incluso reglamentarias, que previnieran a los usuarios del mal estado de la vía y la ejecución de obras sobre la misma, para evitar accidentes, siendo esta obligatoria en todo tramo vial donde se estén realizando actividades o trabajos sobre las calzadas, y aquella responsabilidad de señalizar recae sobre las autoridades responsables de las vías definidas en la Ley 769 de 2002.

Que la rehabilitación de la malla vial estaba a cargo de MOVILIDAD FUTURA S.A.S., por cuanto dicha vía estaba incluida dentro del Plan Estratégico de Transporte Público del municipio de Popayán.

En la oportunidad para formular alegatos de conclusión, este extremo procesal reiteró los argumentos esbozados en la demanda y consideró que las entidades accionadas son administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, el 28 de diciembre de 2013, consecuencia del referido accidente de tránsito por el mal estado de la vía a raíz de las obras que se realizaban en dicho sector.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de las entidades demandadas.

1.2.1.- Movilidad Futura S.A.S.²

El mandatario judicial de esta entidad se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a varios hechos de la misma, afirmó que deben probarse dentro del proceso; ahora, respecto a la responsabilidad imputada a su representada, señaló que Movilidad Futura S.A.S. no era la entidad contratante de obras en el sector donde ocurrió el fatal accidente, resaltando que no le compete la reposición de redes de servicios públicos domiciliarios, ni el mantenimiento de vías públicas, sino la construcción de la infraestructura vial en cuanto al pavimento de calzadas, zonas verdes y espacio público peatonal de los tramos viales por donde habrá de circular el Sistema Estratégico de Transporte Público de pasajeros de Popayán -SETP y porque para la época de los hechos su mandante no tenía ejecución de obras en la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán.

Agregó que, las normas jurídicas que se invocaron en la demanda fundamentan la responsabilidad civil extracontractual del Estado, pero consideró que no son aplicables en el presente caso a Movilidad Futura S.A.S., por cuanto no se configuran los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en relación con los hechos de la demanda, por lo que afirmó se desvirtúa la existencia del daño antijurídico que se invocó como fundamento de la responsabilidad que se pretende endilgar a Movilidad Futura S.A.S. Propuso las excepciones de: *"FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA"* e *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO O POR TRABAJOS PÚBLICOS"*.

En la oportunidad para presentar sus alegaciones finales, el apoderado judicial de esta sociedad afirmó que, tal y como se probó en el proceso, a la fecha de la ocurrencia del suceso su representada no adelantaba obras en ese lugar, por lo que se debe declarar la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva, reiterando que se demostró con la prueba documental arrimada al juicio, así como con la prueba testimonial, en las que se dejó en claro que al momento del suceso la empresa que representa no había intervenido el sector, y que además, ya se había terminado el contrato que por mantenimiento del acueducto y alcantarillado había celebrado la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. E.S.P.

2 Folios 13 – 20 del PDF 09.- CONTESTACIONMOVILIDADFUTURA

1.2.2.- Municipio de Popayán³.

Asistida de apoderado judicial, esta entidad territorial se opuso a la prosperidad de la demanda, realizando el respectivo pronunciamiento frente a cada uno de los hechos en que esta se sustenta, de lo cual se resalta su aceptación en cuanto a que el 30 de noviembre de 2012 se celebró entre MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER – y el MUNICIPIO DE POPAYAN los CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – 056 Y 057 – DE COOPERACION TECNICA Y APOYO FINANCIERO; por otro lado, también afirmó que el municipio de Popayán no ostenta la calidad de parte contractual dentro del contrato de obra celebrado el 30 de enero de 2013 entre el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER, ADMINISTRADO POR FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA.

Agregó que no le consta a la administración municipal que los contratistas no hubiesen cumplido con la obligación de incorporar señales de tránsito preventivas e informativas como consecuencia de la realización de la obra en mención. Propuso las excepciones que denominó “*FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA*”, “*AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE POPAYAN*”, “*HECHO DE UN TERCERO*”, y “*EXCEPCION INNOMINADA O GENERICA*”.

En sus alegatos conclusivos, la defensa técnica del municipio de Popayán señaló que se encuentra acreditada la ocurrencia del accidente de tránsito que involucró vehículo tipo motocicleta de marca YAMAHA RX-115 de placas MSW-03 en la cual se movilizaba como conductor HERNAN ALEXANDER MONTERO SANCHEZ y como pasajero CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, que dicho accidente dejó como consecuencia que el último de los citados falleciera en el Hospital Susana López de Valencia como consecuencia de las graves lesiones causadas en el accidente.

De igual manera, manifestó, que se demostró en el proceso que en la vía se ejecutaban obras de adecuación por parte de contratistas ajenos a la administración municipal, y que los citados jóvenes menores de edad se movilizaban en una motocicleta a alta velocidad, causando con ello el siniestro, aspecto que afirma demostrar la existencia de una causal eximente de responsabilidad, cual es la culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero, que para el caso concreto es el conductor de la motocicleta a quien se le adelanta investigación en la Fiscalía General de la Nación consecuencia de un presunto homicidio culposo derivado de los hechos, resaltando finalmente que en el informe pericial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses quedó evidenciado que la muerte se da a causa de un accidente de tránsito de muy alta energía, por lo que concluyó no existir prueba de la responsabilidad de las entidades demandadas.

1.2.3.- La Nación – Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.⁴

Por intermedio de representante judicial, esta entidad manifestó que no le constan los hechos descritos en la acción incoada, toda vez, que, afirmó, la cartera ministerial en razón de las funciones y competencias establecidas en el Decreto – Ley 3571 de 2011, es la entidad encargada en la formulación de políticas en materia de desarrollo territorial y urbano planificado del país y de prestación de servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, competencias dentro de las cuales no participó en los hechos que alude la parte demandante.

De igual manera, afirmó que el presente caso carece de pruebas que fundamenten sus pretensiones, y no hay lugar al reconocimiento de ningún tipo de daño, pues no se presentan los elementos constitutivos requeridos para demostrar las presuntas omisiones en las que pudo incurrir el ministerio, toda vez, que hace falta los presupuestos materiales,

3 Folios 1 – 18 del PDF 12.- CONTESTACION DEMANDA MUNICIPIO POPAYAN.

4 Folios 1 a 19 del PDF 15.- CONTESTACION DEMANDA MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO.

como la legitimación, entendida como la aptitud otorgada por la ley para reclamar el reconocimiento de un derecho. Adicionalmente, señaló que se presenta una culpa exclusiva de la víctima debido a que el parrillero no contaba con casco de seguridad como se aprecia en fotografía del occiso del diario Extra del 30 de diciembre de 2013.

En virtud de los argumentos planteados se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la parte actora, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos que permitan demostrar algún tipo de responsabilidad administrativa por acción u omisión, dado que no tuvo injerencia alguna en el presunto daño antijurídico en que se sustenta la demanda. Propuso las excepciones de *“FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD”, “INIMPUTABILIDAD DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE VÍNCULO CONTRACTUAL”, “EXIMENTES DE EVENTUAL RESPONSABILIDAD” e “INNOMINADA DE OFICIO”*.

Dentro de la oportunidad procesal para formular alegatos conclusivos, reiteró que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, de acuerdo a las funciones y competencia legales, es la entidad encargada en la formulación de políticas en materia de desarrollo territorial y urbano planificado del país y de prestación de servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, y que no participó en los hechos que alude la parte demandante ha ocasionado, que en ningún momento se evidencia su participación en la ejecución del proyecto de obras de acueducto y/o alcantarillado a través del contrato No. PAF – ATF-002-2012, celebrado entre el Patrimonio Autónomo Fidecomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y FAGAR servicios S.L. SUCURSAL COLOMBIA, por lo que afirmó existir falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del ministerio actuante.

Por otro lado, manifestó que al municipio de Popayán le correspondía por función administrativa, constitucional y legal, la construcción y mantenimiento vial por la vía principal de la calle 5ª carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad, lugar donde ocurrió el siniestro, ya que, las obras fueron entregadas por el contratista a la entidad territorial antes del accidente de tránsito.

1.2.4.- Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER.

La Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER no ejerció el derecho de defensa en la oportunidad procesal prevista para el efecto.

En sus alegatos de conclusión, respecto a los hechos sobre el parentesco, señaló que no se probó la relación afectiva entre la víctima, los tíos y primos, ni la relación marital con la señora Heimi Juliana Bojorge. Por otro lado, afirmó estar demostrado con el informe policial la culpa exclusiva de la víctima debido al exceso de velocidad en una zona escolar que demuestra el actuar negligente de quienes se trasladaban en la motocicleta.

Señaló como causas del accidente del señor Carlos Manuel Bohórquez: la conducción negligente del señor Hernán Alexander Montero, la falta de señalización y mantenimiento vial a cargo del municipio de Popayán, que la vía había sido entregada al municipio de Popayán para que realizara el mantenimiento de la misma, ya que, había sido terminada en el tramo de la calle 5ª con carrera 35 en agosto de 2013; que la capa de relleno o sub-base para dejar transitable la calle 5ª era un elemento provisional con una durabilidad no más de 4 meses.

Manifestó que las normas que regulan lo concerniente a la responsabilidad en el mantenimiento vial no señalan responsabilidad alguna a FINDETER, ni por mandato legal, ni funcional, ni contractual, y que el objeto social de la financiera es la promoción del desarrollo regional y urbano, mediante la financiación y asesoría en lo referente a diseño, ejecución y administración de proyectos o programas de inversión.

1.2.5.- Fiduciaria Bogotá S.A. y Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica - FINDETER⁵.

La Fiduciaria Bogotá actuando en nombre propio y como vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, declaraciones y/o condenas.

Señaló que el MINISTERIO DE VIVIENDA y FINDETER suscribieron contrato interadministrativo para la prestación del servicio de asistencia y administración de los recursos para la contratación de las obras e interventorías correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico. Para el desarrollo del objeto de dicho contrato FINDETER suscribió con fiduciaria Bogotá S.A. un contrato de Fiducia Mercantil para la transferencia a la fiduciaria a título de fiducia mercantil por parte del Fideicomitente, los recursos provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central, la conformación de un patrimonio autónomo con los recursos transferidos, la administración de los recursos económicos recibidos y adelantar las actividades para el proceso de contratación de los ejecutores de los proyectos seleccionados por el comité fiduciario.

Precisó que, para la ejecución de los Convenios Interadministrativos nro. 056 y 057, FINDETER dio apertura a la convocatoria PAF-ATF-002-2012 (acueducto) y PAF-AFT 041-2012 (alcantarillado), y se suscribió el contrato con el Consorcio Redes Alcantarillado Popayán para PAF-ATF 041-2012 (alcantarillado) y para la Convocatoria PAF-ATF-002-2012 (acueducto) contratista FAGAR SERVICIOS 97 AL. SUCURSAL COLOMBIA y como interventor fue seleccionado CONSORCIO PROSPERIDAD.

Por otro lado, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de FIDUCIARIA BOGOTA y del PATRIMONIO AUTONOMO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER, por no tener relación material en la causa, y no existir conexión con los hechos del litigio. Frente a estos se pronunció solicitando la desvinculación del proceso, por no tener relación con los hechos en que se funda, al evidenciarse, a su juicio, culpa exclusiva de la víctima, y por no ser el llamado a responder.

Propuso las excepciones de: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD”, “EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA VICTIMA”, “EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE FALTA DE PREVISIBILIDAD DE LO PREVISIBLE”, “CAUSA EXTRAÑA DEL PRESUNTO DAÑO”, “EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE INEXISTENCIA DE PRUEBA CONTUNDENTE DE LOS PERJUICIOS Y/O DAÑOS”, “EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE INEXISTENCIA DE ACTIVIDAD, HECHO, OMISIÓN U OPERACIÓN ADMINISTRATIVA ANTIJURÍDICA”, “EXCEPCIÓN DE MERITO DE INSUFICIENCIA PROBATORIA” y “EXCEPCION DE MERITO DE INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”.*

Esta entidad llamó en garantía al CONSORCIO PROSPERIDAD y al CONSORCIO REDES Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN, debido a la existencia de relación contractual entre los mencionados y la fiduciaria.

En sus alegaciones conclusivas, la apoderada judicial de esta entidad fiduciaria al igual que FINDETER señaló que no se probó la relación afectiva entre la víctima, los tíos y primos, como tampoco la relación marital con Heimi Juliana Bojorges. Por otro lado, afirmó quedar demostrada la culpa exclusiva de la víctima, en atención al informe policial que destaca como hipótesis del accidente el exceso de velocidad en zona escolar, lo que demuestra un actuar negligente de los actores que se trasladaban en la motocicleta.

Resaltó que la vía había sido entregada al municipio de Popayán para que se realizara el mantenimiento de la vía, que la obra ya había sido terminada en el tramo de la calle 5ª con carrera 35 en agosto de 2013 y que la Ley 105 de 1993 es clara al indicar en el artículo 17 que la infraestructura vial urbana está a cargo del municipio.

5 Folios 1 a 18 del PDF 13.- CONTESTACION DEMANDA FINDETER.

Finalmente, concluyó que el conductor de la motocicleta y el parrillero, incumplieron normas de tránsito de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional, como el uso de casco de seguridad y respetar señales de tránsito, conclusión que afirmó evidenciarse en el Informe Policial de Accidente de Tránsito, aseverando que transitaban en zona escolar con exceso de velocidad, por lo que considera se evidencia culpa exclusiva de la víctima.

1.2.6.- Sociedad FAGAR.

La sociedad FAGAR guardó silencio en las diferentes etapas del proceso.

1.2.7.- Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A.

Esta Sociedad contestó la demanda de manera extemporánea, razón por la cual, no se tendrán en cuenta sus argumentos de defensa y contradicción.

En la oportunidad para presentar sus alegatos de conclusión, señaló que se encuentra probado en el proceso que el conductor de la motocicleta en donde se movilizaba la víctima se encontraba conduciendo a alta velocidad, que las causas del fallecimiento de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS obedeció a la expulsión de pasajero que posteriormente impactó contra un poste ubicado en el lugar, lo que evidencia el exceso de velocidad. Adicionalmente, afirmó que la motocicleta no contaba con revisión técnico mecánica de conformidad con el interrogatorio surtido por el abogado William Gómez Chicue y el informe de tránsito, y que en declaraciones rendidas por el conductor de la motocicleta se evidencia que conocía el estado de la vía, por haber transitado frecuentemente el sector.

Respecto a la prueba documental aportada, manifestó que el contrato de obra celebrado entre la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DE FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER y FAGAR SERVICIOS 97 S.L. SUCURSAL COLOMBIA evidencia que en la ejecución no hubo intervención por parte del Acueducto y Alcantarillado de Popayán, ya que, fue contratada con los recursos de la Nación, directamente por FINDETER, para el proyecto del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán y que fue el contratista quien realizó trabajos de optimización de las redes de acueducto y alcantarillado.

Concluyó que de conformidad con las características patológicas y forenses que analizaron la causa de la muerte de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, se evidencia exceso de velocidad por parte del conductor de la motocicleta, consecuentemente la culpa exclusiva de la víctima, al no cumplirse las normas de tránsito y no guardar el deber objetivo de cuidado, dado que conocía el estado de la vía, además de la configuración de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán no fue la empresa encargada de las obras que se estaban ejecutando en la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José, en la fecha del siniestro.

1.3.- Postura de los llamados en garantía.

1.3.1.- Consorcio Prosperidad.⁶

La apoderada judicial de la Sociedad Restrepo y Uribe S.A.S. y de la señora Mary Luz Mejía de Pumarejo, integrantes del Consorcio Prosperidad, sobre el llamamiento en garantía, en referencia a los requisitos exigidos para la procedencia de esta figura procesal, señala que existen elementos formales y sustanciales previamente definidos por la ley y por un órgano de cierre, que en su concepto llevan a concluir con certeza que el llamamiento en garantía propuesto no está llamado a prosperar; que para el caso el llamante omitió los requisitos establecidos, pues como prueba solo aportó el contrato de interventoría PAF-ATF-0039-2012 suscrito entre el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER y Consorcio Prosperidad, del cual, a su juicio, no se puede predicar ninguna conducta dolosa o culposa que derive en la responsabilidad del consorcio.

6 Folios 93 a 109 del PDF 35.- cuaderno de llamamiento en garantía nro. 1.

Manifestó que el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 dispone que para que opere en debida forma el llamamiento en garantía frente a Restrepo y Uribe S.A.S., miembro del Consorcio Prosperidad, obligatoriamente deben concurrir unos elementos, los cuales son: el deber de aportar prueba sumaria de su responsabilidad (llamado en garantía) al haber actuado con dolo o culpa grave y que la entidad pública llamante no haya propuesto en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, agregando que este no se cumplió en razón a que en el escrito de contestación de la demanda se alegó dentro de las excepciones, la excepción de mérito de responsabilidad objetiva de la víctima.

De igual manera, afirmó que es imperativo para el caso concreto tener en cuenta el precedente judicial existente respecto de los casos análogos a la hora de decidir sobre la responsabilidad del consorcio y cada uno de sus miembros, y la procedencia del mismo.

Finalmente, respecto a la notificación del llamamiento en garantía, manifestó que el llamante inobservó las cargas procesales establecidas en el numeral cuarto del auto que lo admite, por cuanto, dijo, no remitió a cada uno de los integrantes del Consorcio Prosperidad los traslados correspondientes en el término de 10 días indicado, no remitió a la dirección correcta de Restrepo y Uribe S.A.S. el traslado correspondiente y no allegó al expediente la certificación de entrega emitida por la empresa de servicio postal autorizado para que el juzgado procediera a realizar la notificación electrónica, sumado a esto, alegó una indebida notificación electrónica.

Mary Luz Mejía de Pumarejo miembro del Consorcio Prosperidad, mediante apoderada judicial allegó escrito de contestación al llamamiento en garantía con contenido igual al presentado por Restrepo y Uribe S.A.S.

El consorcio, en sus alegaciones finales, en síntesis, manifestó que no puede ni debe ser llamado a responder patrimonialmente por la comisión de hechos o conductas imputables exclusivamente a terceros y a la culpa exclusiva de la víctima, afirmando que el accidente fue producto de la negligencia, descuido e impericia del señor Hernán Alexander Montero en la conducción de la motocicleta. Asimismo, señaló que las obligaciones de señalización y el mantenimiento posterior de la vía escapan al resorte obligacional del interventor.

Asimismo, adujo configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez, que el Consorcio Prosperidad no fue quien causó el accidente, ni por acción ni por omisión, que cumplió a cabalidad con el contrato de interventoría PAF-ATF-0039-2012 y que su actuación no puede considerarse la causa eficiente del daño, por lo que considera no resulta procedente el llamamiento en garantía realizado por FINDETER, pues tanto esa parte, como el demandante, no demostraron la culpa grave o el dolo, y no se acreditaron los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, aduciendo que, por el contrario, quedó probado que cuando el demandado principal afirma culpa de un tercero o hecho exclusivo de la víctima, insistió, no es procedente el llamamiento en garantía del interventor.

Señaló también que el contrato de interventoría no es un contrato de garantía y que no se cumplieron los requisitos legales para la prosperidad del llamamiento en garantía, ya que, FINDETER no cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, esto es, que quien haga el llamamiento en garantía tiene la carga de acreditar así sea de manera sumaria, la actuación dolosa o gravemente culposa del llamado en garantía, lo que no se cumple con afirmar que el llamado ostentaba la calidad de interventor en un contrato, y sumado a esto, afirmó el apoderado judicial, que en la contestación de la demanda FINDETER alegó como excepción “RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA VÍCTIMA” y “CAUSA EXTRAÑA DE PRESUNTO DAÑO”, lo cual, reiteró, configura una contradicción con lo señalado en la normativa anteriormente citada.

Finalmente, solicitó que se desestime las pretensiones de condena sobre los perjuicios morales y materiales debido a que, afirma, no fueron acreditados dentro del proceso, y de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

1.3.2.- Consorcio Redes Alcantarillado Popayán.⁷

Por intermedio de apoderado judicial, este consorcio contestó la demanda y se pronunció frente a cada uno de los hechos, y con respecto a la participación de su representada, afirmó que es cierto que se celebraron los Convenios Interadministrativos nro. 056 y 057 entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. – FINDETER y el municipio de Popayán, relacionados con la construcción de obras para el sistema estratégico de transporte de la ciudad de Popayán, que a la empresa FAGAR SERVICIOS 97 S.L. SUCURSAL COLOMBIA se le asignó el contrato “*Construcción de Obras de Optimización de Redes de Acueducto*” y al CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN se le adjudicó la “*Construcción de obras de optimización redes de Alcantarillado primera etapa del sistema estratégico de transporte público del municipio de Popayán*”, y finalmente MOVILIDAD FUTURA S.A.S. y MUNICIPIO DE POPAYAN les correspondía la rehabilitación de la vías intervenidas para alcantarillado y acueducto, luego que estas fueran entregadas por los contratistas.

Resaltó que el proyecto abarcó tres grandes obligaciones, cada una con un obligado diferente, primero la instalación del acueducto por parte de FAGAR, segundo la instalación de alcantarillado por el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN y finalmente la pavimentación de los tramos intervenidos por MOVILIDAD FUTURA S.A.S. y MUNICIPIO DE POPAYAN.

Aseguró que, en ningún momento el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO DE POPAYAN contrató obras relacionadas con la pavimentación o mantenimiento de las vías donde esta empresa hacía su intervención, por el contrario, agregó, la obligación asumida únicamente era la instalación de la red de alcantarillado, siendo uno de los tramos intervenidos para instalar el alcantarillado el de la calle 5 entre carreras 28 y 37 sector izquierdo donde se cumplió con todas las obligaciones de seguridad vial.

Precisó que luego de la entrega de la obra al MUNICIPIO DE POPAYAN, la empresa MOVILIDAD FUTURA S.A.S. asumía inmediatamente las labores de mantenimiento vial, incluyendo las medidas de seguridad de la vía, tales como señalización, y demás, de acuerdo a las normas técnicas vigentes sobre la materia, y manifestó que la intervención realizada por el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN fue desde el 15 de julio de 2013 hasta el 14 de agosto de 2013, por lo que concluyó que para la fecha del supuesto accidente su representada había entregado la obra al MUNICIPIO DE POPAYAN hacia más de cuatro meses, considerando así el rompimiento del nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Propuso las excepciones de “*HECHO DE UN TERCERO – CULPA DEL MOTOCICLISTA POR EXCESO DE VELOCIDAD*”, “*HECHO DE UN TERCERO – CULPA DE UN CICLISTA*”, “*CONTRIBUCION DE LA VICTIMA EN LA CONCRECION DEL DAÑO*” y “*AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD*”.

Por otro lado, JUAN CARLOS CANENCIO SANCHEZ como miembro del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO DE POPAYAN realizó llamamiento en garantía de la aseguradora CONFIANZA S.A. y a ESPINA Y DELFIN COLOMBIA, esta última no fue aceptada por el despacho.

El Consorcio Redes Alcantarillado Popayán no formuló alegatos conclusivos.

1.3.3.- Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.⁸

Mediante mandatario judicial debidamente constituido, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. se pronunció frente a cada hecho de la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones en esta elevadas, en especial, a ser condenada a pagar cualquier

7 Folios 80 a 94 del PDF 36.- cuaderno de llamamiento en garantía nro. 2.

8 Folios 73 a 87 del PDF cuaderno de llamamiento en garantía nro. 4.

suma de dinero a la demandante o reembolsar al llamante en garantía, con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual nro. RO035996 y la póliza de cumplimiento nro. 05 CU70663.

Realizó el respectivo pronunciamiento frente a cada uno de los hechos del llamamiento en garantía en el cual señaló que no existe cobertura en la Póliza de Responsabilidad Extracontractual nro. RO035996 y la póliza de cumplimiento nro. 05 CU70663 frente a los hechos en que se sustenta la demanda de reparación directa.

Frente a la demanda propuso la excepción *“INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA DE SU CARGA PROCESAL DE ACREDITAR LA CULPA”*. Y propuso las excepciones al llamamiento en garantía *“AUSENCIA DE COBERTURA DEL LUCRO CESANTE”*, *“AUSENCIA DE COBERTURA DE LOS DAÑOS EXTRA PATRIMONIALES PRETENDIDOS EN LA DEMANDA”*, *“INEXIGIBILIDAD DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO POR NO COBERTURA DE LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA”* y *“EXCEPCION GENERICA”*.

En la oportunidad dispuesta para alegatos de conclusión no emitió pronunciamiento alguno.

1.4.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público delegada ante este despacho no rindió concepto en el presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la fecha de presentación de la demanda y el lugar de ocurrencia de los hechos, este juzgado es competente para conocer del asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

Según el libelo introductorio, el hecho dañino tuvo lugar el 28 de diciembre de 2013, por lo que era posible poner en marcha el medio de control hasta el 29 de diciembre de 2015. La demanda se presentó el 31 de julio de 2015 (fl. 121 C. Ppal.), es decir, en la oportunidad para interponer el medio de control de reparación directa, previsto en el artículo 164 numeral 2 literal i) del CPACA, sin que hubiera incidido en ello el término de suspensión del término de caducidad acaecido por el trámite prejudicial surtido ante el Ministerio Público.

2.2.- Problemas jurídicos.

En concordancia con la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, corresponde al despacho establecer las circunstancias de modo en las cuales se desarrollaron los hechos del 28 de diciembre de 2013, donde falleció el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ, y determinar, si el hecho resulta imputable a alguna de las entidades demandadas, y si, las entidades llamadas en garantía deben responder por la eventual condena que se imponga.

También deberá determinarse si a la fecha de los hechos que originaron este litigio existía alguna relación sentimental entre CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS y HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR.

2.3.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que la muerte del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS les resulta imputable a FAGAR SERVICIOS 97 SL Sucursal Colombia y CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN, al constatarse que estas no actuaron de manera diligente en el cuidado de las obras que se realizaban en la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, configurándose así una falla en el servicio.

Se negarán las pretensiones de la demanda frente a las demás entidades accionadas y vinculadas como terceros, por no evidenciarse falla en el servicio a estas imputable y/o relación contractual de aseguramiento vigente para la fecha de ocurrencia del hecho dañoso.

Para explicar la tesis planteada se abordará el análisis de los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Legitimación en la causa, (iii) Tacha de testigos, (iv) Marco jurídico- generalidades de la responsabilidad del Estado, (v) Accidentes de tránsito causados por falla en el servicio, (vi) Juicio de responsabilidad del Estado- valoración probatoria, (vii) perjuicios acreditados a indemnizar y (viii) Llamamiento en garantía.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

➤ Parentesco:

- Se encuentra acreditado el siguiente parentesco, de acuerdo con la copia de los registros civiles de nacimiento que obran en el expediente:
- CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS era hijo de MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO y CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVES, al igual que DANIEL ENRIQUE BOHORQUEZ VARGAS, RICAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS y ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ VARGAS, por tanto, son hermanos entre sí.
- CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVES es hijo de CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ MEJIA y OLGA MARCIA CHAVES ANGULO, quienes, por tanto, son abuelos paternos de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, sin embargo, no hacen parte del grupo accionante.
- BRUNA DEL PILAR BOHORQUEZ CHAVEZ y PATRICIA DEL SOCORRO BOHORQUEZ CHAVEZ son hijas de OLGA MARCIA CHAVES ANGULO y CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ MEJIA, por tanto, son tías de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.
- LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ CHAVES es hija de CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ MEJIA, por tanto, es tía de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.
- SANDRA XIMENA DELGADO CHAVES y JESUS FERNANDO DELGADO CHAVES son hijos de OLGA MARCIA CHAVES ANGULO, por tanto, son tíos de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.
- MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO es hija de SOLEDAD OSORIO SILVA y ALFREDO VARGAS RUIZ, quienes, por tanto, son abuelos maternos de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, sin embargo, ALFREDO VARGAS RUIZ no hace parte del grupo accionante.
- WILSON ALFREDO VARGAS OSORIO y PAOLA ANDREA VARGAS OSORIO son hijos de SOLEDAD OSORIO SILVA y ALFREDO VARGAS RUIZ, por tanto, son tíos de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS
- CRISTIAN CAMILO MENESES DELGADO es hijo de SANDRA XIMENA DELGADO CHAVES, por tanto, es primo de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.
- BRAYAN STIVEN HURTADO BOHORQUEZ y ANGIE LORENA HURTADO BOHORQUEZ son hijos de BRUNA DEL PILAR BOHORQUEZ CHAVEZ, por tanto, son primos de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.

EXPEDIENTE:	19-001-33-33-008- 2019- 00136- 00
DEMANDANTE:	CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVES Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE POPAYAN Y OTROS
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

- CESAR ENRIQUE DEVIA BOHORQUEZ es hijo de LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ CHAVES, por tanto, es primo de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.
- JOHANA CAROLINA MONTOYA BOHORQUEZ es hija de PATRICIA DEL SOCORRO BOHORQUEZ CHAVEZ, por tanto, es prima de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.

➤ El fallecimiento del joven Carlos Manuel Bohórquez Vargas:

- Se encuentra probada la muerte del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS ocurrida el 28 de diciembre de 2013, según copia del Registro Civil de Defunción nro. 06044791 y copia de la historia clínica expedida por el Hospital Susana López de Valencia ESE.

➤ Otros hechos:

- Obra en el expediente copia de los convenios interadministrativos nro. 056 y 057 de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero, celebrados el 30 de noviembre de 2012 entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Financiera de Desarrollo Territorial S.A – FINDETER y el municipio de Popayán, con los cuales se buscó, entre otras cosas, apoyar la ejecución de las obras e interventoría del proyecto de *“Construcción de obras de optimización redes de acuerdo para la primera etapa del sistema estratégico de transporte del municipio de Popayán”*.
- Obra en el expediente copia del contrato PAF-AFT-002-2012, suscrito el 30 de enero de 2013 entre la Fiduciaria Bogotá S.A vocera del patrimonio autónomo de Findeter y FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA, cuyo objeto consistió en la construcción de obras de optimización de redes de acueducto para la primera etapa del sistema estratégico de transporte del municipio de Popayán. Para el 28 de diciembre de 2013 este contrato se encontraba en estado físico de ejecución de las obras en un 22.50 %, el plazo fue pactado a 14 meses.
- Se encuentra copia de las peticiones enviadas por el abogado de la parte actora, mediante las cuales pidió información al Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A E.S.P. y a la alcaldía de Popayán sobre el contrato de alcantarillado celebrado en 2013 para el tramo de la calle 5 de Popayán que comunica los barrios San José, La Sombrilla y La María, con el centro.

En las respuestas, informaron que los contratos suscritos en el año 2013 para la reposición de redes de alcantarillado que se hallan en dicho sector y la interventoría de la misma, fueron contratadas directamente por FINDETER, y que una vez finalizadas, la rehabilitación de la malla vial estaría a cargo de Movilidad Futura S.A.S.

- Obra en el expediente copia del informe policial de accidente de tránsito nro. A0000004956 del 28 de diciembre de 2013, junto con el respectivo croquis, realizado como consecuencia del accidente de tránsito en el que ese día perdió la vida el joven Bohórquez Vargas, en la calle 5 con carrera 35 barrio San José.
- Obra registro fotográfico tomado por el señor JOSÉ PRADO (testigo presencial de los hechos), donde se ilustra el lugar y las condiciones de la vía donde ocurrió el accidente.
- Obra copia de algunos actos procesales adelantados en la investigación penal nro. 190016000602201308434 (1846) a cargo de la Fiscalía 01-002 delegada ante los Jueces Penales del Circuito para menores, con ocasión del referido accidente de tránsito del 28 de diciembre de 2013.

EXPEDIENTE:	19-001-33-33-008- 2019- 00136- 00
DEMANDANTE:	CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVES Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE POPAYAN Y OTROS
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

- Se encuentra copia del *triage* del Hospital Susana López de Valencia en el cual se registró que el 28 de diciembre de 2013 ingresó el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ en ambulancia particular, sin signos vitales, dilatación pupilar sin reflejo corneal otorragia derecha, deformidad en el cuello y la pelvis.
- Obra historias clínicas de MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, DANIEL ENRIQUE BOHORQUEZ VARGAS, RICAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS y HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR, tratados por depresión, por duelo en el año 2014.
- Obra copia de la factura de venta nro. 4269, contrato SF-2 y orden de prestación de servicio nro. 08984; certificando todos los trámites que realizó la familia del joven fallecido para los servicios funerarios del mismo, y gastos que ascendieron a \$ 3.765.400.
- Obra en el expediente los tiquetes aéreos de Avianca, pertenecientes a LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ y a su hijo CESAR ENRIQUE DEVIA BOHORQUEZ, en el mes de diciembre de 2013.
- Obra copia del Registro Único Tributario del establecimiento de comercio “SERVICIO TECNICO DIGITAL EL GATO”, del contribuyente WILLIAM ALFADY MENESES FRANCO.
- Obra el certificado de existencia y representación legal de MOVILIDAD FUTURA S.A.S, FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA, y FIDUCIARIA BOGOTA S.A.
- Obra copia de informe técnico del proceso de gestión de infraestructura de Movilidad Futura S.A.S., 20151400039281 de 6 de julio de 2015, que permite ver sobre la inexistencia de obras en ejecución en la calle 5 con carrera 35 de Popayán y anexa los contratos de obra en ejecución para la época de los hechos.
- Obra copia del contrato de obra pública nro. 01 de 2012 suscrito entre Movilidad Futura SAS y el Consorcio Vías Popayán el 27 de diciembre de 2012, cuyo objeto consistió en la rehabilitación vías y construcción del espacio público para el SETP, entre otros, del tramo calle 5 (carrera 27A y Carrera 28) y con un plazo de 11 meses.
- A folios 175 a 178 del expediente obra copia del contrato de obra pública nro. 02 de 2012 suscrito entre Movilidad Futura SAS y AGREMEZCLAS S.A.S. del 27 de diciembre de 2012.
- Obra copia del documento CONPES 3602 del 24 de agosto de 2009.
- Se aportó copia del pronunciamiento sobre el accidente de tránsito, realizado por el Consorcio Prosperidad, con fecha 15 de abril de 2016.
- Obra copia del contrato de fiducia mercantil celebrado el 1. ° de noviembre de 2012 entre Fiducia Bogotá S.A. y FINDETER.
- A folios 273 a 279 del expediente obra copia del contrato de Obra PAF-ATF-041-2012 suscrito el 30 de enero de 2013 entre patrimonio autónomo fideicomiso asistencia técnica – FINDETER y Consorcio Redes Alcantarillado Popayán, cuyo objeto consistió en la construcción de obras de optimización de redes de alcantarillado para sistema estratégico de transporte de Popayán.
- Obra copia de contrato de obra celebrado el 30 de enero de 2013 entre FIDUCIARIA BOGOTA S.A. ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PATRIMONIO AUTONOMO DE FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER y FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA, que tuvo por objeto la construcción de obras de

optimización de redes de acueducto para la primera etapa del sistema estratégico de transporte del municipio de Popayán.

- Obra copia del contrato de interventoría celebrado el 4 de febrero de 2013 entre el Consorcio Prosperidad y la FIDUCIARIA BOGOTÁ como vocera y administradora del patrimonio autónomo del fideicomiso asistencia técnica – FINDETER, cuyo objeto consistió en la interventoría técnica administrativa y financiera de obras de acueducto y saneamiento básico.
- Obra copia de la preacta nro. 4 del 15 de agosto de 2013, correspondiente al avance de la obra del tramo nro. 19 calle 5 entre carreras 28 y 37 sector izquierdo de agosto 15 de 2013.
- Obra póliza de responsabilidad civil extracontractual nro. 05 RO035996 expedida por seguros Confianza, siendo asegurado el Consorcio Redes Alcantarillado Popayán, cuya vigencia data del 15 de abril de 2013 al 14 de octubre de 2014.
- Obra copia de acta de conformación de Consorcio Prosperidad de fecha 4 de enero de 2013 (archivo PDF denominado 51.- PODER ALLEGADO POR CONSORCIO PROSPERIDAD -fl. 3 a 4).
- Con oficio de 13 de octubre de 2020 la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, informó sobre la inclusión en el Registro Único de Víctimas de los demandantes, precisando que a esa fecha no habían recibido indemnización administrativa, pero el hogar de la señora MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO recibió atención humanitaria por la suma de \$ 5.980.000 por el hecho victimizante de desplazamiento forzado (archivo PDF denominado 62 UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN A LAS VICTIMAS CONSTESTA REQUERIMIENTO 201900136 - fl. 2 a 8).
- El 15 de octubre de 2020 la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalías – Fiscalía 01 de Popayán, delegada ante los Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, remitió la carpeta contentiva de la investigación penal nro. 19-001-60-00601-201308434 a su cargo, con ocasión del accidente en el cual perdió la vida CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS (archivo PDF denominado 70 ExpedienteAllegadoPorFiscal01AnteJuecesPenales Fl. 1 a 111), carpeta de la cual se resalta lo siguiente:
 - A folios 49 a 52 del archivo PDF obra informe de necropsia nro. 2013010119001000299, en la cual se señala como conclusión pericial *“Hombre de 17 años en contexto de accidente de tránsito de muy alta energía, fallece en el lugar de los hechos”,* como causa básica de muerte se establece *“Contundente-politraumatismo en accidente de tránsito”*.
 - A folios 98 a 99 del archivo PDF obra ENTREVISTA -FPJ-14 de 15 de septiembre de 2014 del señor Hugo Víctor Muñoz, de la cual se resalta la siguiente anotación:

“En diciembre de 2013 a eso de 5:00 de la tarde no estoy muy seguro de la hora, yo me encontraba parado afuera de mi negocio ubicado en la calle 5 No. 34 – 47 B/ San Jose, donde me encontraba lijando una puerta, en ese momento escuche una frenada, la cual al yo mirar se trataba de una motocicleta y callo a un hueco que había en la vía dejado por el mantenimiento de las redes de alcantarillado, reboto la moto hacia un poste dejando una victima mortal y al otro herido, el conductor de la moto quedo herido y el que iba de parrillero instantáneamente murió en el lugar ya que cuando yo me acerque a auxiliarlo ya tenía una mirada fija, mejor dicho se veía que estaba muerto... PREGUNTA ¿Usted alcanzo a observar las causas del accidente? CONTESTO. Pues yo realmente escuche fue la frenada de la moto y la moto se iba resbalando por una arenilla que había sobre la vía y observe cuando tanto la moto como esos muchachos al caer al hueco salen volando por el aire, aunque habian unas personas a las cuales no

conozco, las cuales decían que el muchacho que venía manejando la moto por tratar de esquivar una motocicleta por eso había pegado esa frenada...” (Así fue escrito).

- A folios 100 a 101 del archivo obra ENTREVISTA -FPJ-14 de 17 de octubre de 2014 del señor José Prado Enríquez, de la cual se resalta la siguiente anotación:

“No recuerdo exactamente el día, pero sí sé que para el mes de diciembre de 2013; yo me encontraba en la calle 5 entre carrera 34 y 35, cerca a un restaurante, me disponía a sacar mi vehículo que tenía cerca. En ese momento escuche un ruido, un estruendo y de inmediato me giro para saber que pasaba; entonces mire el momento exacto en que una persona iba por el aire y se estrella con un poste; vi muy claro que se golpeó la cabeza con el poste y callo al suelo. Pasó que dos personas, dos muchachos se movilizaron en moto y la llanta delantera cayó en un “hueco” muy grande que había sobre la vía, la llanta no logro salir, entonces paro en seco y la parte trasera se levantó, expulsando al tripulante, que es la persona que yo vi se golpeó con el poste de energía...” (Así fue escrito).

- Informe de la alcaldía de Popayán de 6 de septiembre de 2021, relacionado con quejas o peticiones con respecto a la ejecución del contrato de obra PAF-AFT-002-2012, especialmente la del tramo de la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, como consecuencia de la ejecución del citado contrato, al cual se adjuntó los PQRS presentados, copia digitalizada dentro del expediente (Archivo PDF denominado 81ApoderadoMunicipiodePopayánRemitePruebas) del cual se resalta copia de acta de entrega y recibo final para el contrato de obra del contrato nro. PAF-ATF-041-2012 - folios 225 a 226-.
 - A folio 4 del archivo PDF denominado 86MunicipioAportaPlanManejo obra oficio suscrito por el Secretario de Tránsito y Transporte de la alcaldía de Popayán de 2022-01-31 en respuesta a la solicitud de copia íntegra y auténtica del Plan de Manejo de Tránsito para el contrato PAF-AFT-0022012.
 - La FIDUCIARIA BOGOTÁ como administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA FINDETER comunicó a FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA la terminación unilateral del contrato el 14 de julio de 2014 -fl. 1 a 36 del archivo PDF terminación unilateral del contrato-.
 - A folios 41 y 42 del archivo PDF denominado Propuesta CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN obra copia de la conformación del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN.
- En audiencia de pruebas se recibieron testimonios de los cuales se extrae lo siguiente en atención al objeto de la práctica de la prueba:
- HERNAN ALEXANDER MONTERO SANCHEZ. El testigo quien era el conductor de la motocicleta al momento en que ocurrió el accidente que terminó con la vida del Joven Carlos Manuel, señaló que venía con la víctima directa en motocicleta, por el colegio José Eusebio Caro, y en una esquina donde hay un restaurante, había un hueco en el cual cayó la motocicleta y fue donde Carlos Manuel murió, en cuanto a las condiciones de ese día manifestó que fue un día frío y sin lluvia.

También afirmó que no se desplazaba a alta velocidad en la motocicleta, que iba a una velocidad de “30, 40, 35” km/h aproximadamente. Sostuvo que diariamente se movilizaba por el sector donde ocurrió el accidente y que para ese momento había huecos demasiado grandes, que no había señalización: “*ni los policías acostados estaban pintados*”; señaló como causa del accidente las vías muy deterioradas.

Manifestó que la motocicleta que conducía el día del accidente tenía revisión técnico mecánica vigente. Informó al despacho que antes del lugar del accidente a 10 u 8 m había un reductor de velocidad.

A la pregunta realizada por el apoderado del municipio de Popayán en cuanto a la recurrencia en transitar por el lugar de los hechos, ¿si había observado el estado de la vía? el testigo respondió de manera afirmativa.

Respecto al elemento de protección, como es el casco, afirmó que tanto él como el pasajero lo tenían al momento del accidente, aclaró que este fue ocasionado por los huecos y no por un ciclista.

- LUIS FERNANDO ANTE LLANTEN. Manifestó ser amigo de Carlos Manuel Bohórquez, que el accidente ocurrió al esquivar un hueco y caer en uno más grande, por lo que salió de la motocicleta contra un poste y falleció.

Afirmó que vio cómo ocurrió el accidente debido a que venía en otra motocicleta aproximadamente 5 m de distancia del Joven Carlos Manuel, antes de que sufriera el accidente. También manifestó que en el lugar donde ocurrió el accidente no había indicaciones ni señales de tránsito debido al mal estado de la vía por cambios de alcantarillado.

- WILLIAN DAVID LOPEZ ROSALES. Afirmó vivir diagonal a la casa donde en vida residió Carlos Manuel Bohórquez, que llegó al lugar del accidente luego de que hubiera ocurrido, que las vías donde ocurrió el accidente estaban en muy mal estado y que el suceso ocurrió por un hueco: *“la moto estaba clavada en el hueco”*. Manifestó que había reclamaciones por parte de la comunidad debido al mal estado de las vías, y que ello se debía al cambio de alcantarillado, pues habían dejado huecos.
- JOSE GREGORIO PRADO ENRIQUEZ. Afirmó que estuvo presente en el momento del accidente, momento en que hacía un arreglo en su casa, en la carrera 34 aproximadamente a 3 casas de la calle 5, que cuando estaba en una ferretería ocurrió el accidente, vio que una moto venía del colegio José Eusebio Caro sobre el lado izquierdo y pasó un reductor de velocidad *“policía acostado”* y frente a un poste había un hueco de una profundidad de unos 20 a 25 cm y entre 50 cm y 1 m de ancho, que se dio cuenta cuando la motocicleta cayó sobre la llanta delantera porque estaba al frente, en la ferretería, que en la motocicleta venían 2 muchachos y al caer la motocicleta dio la vuelta y uno de los muchachos se golpeó contra un poste de energía, que inclusive capturó fotos del hueco.

Señaló que para la fecha en que ocurrió el accidente había un ingeniero encargado de *“parchar”* la carretera y que se debió señalizar el hueco debido a su tamaño, aseguró que a los 2 días de accidente taparon el hueco que lo causó.

Respecto a la velocidad que transitaba la motocicleta antes del accidente, afirmó el testigo que no había exceso de velocidad, ya que, había pasado un reductor de velocidad a pocos metros, el testigo fue reiterativo al señalar que no existía señalización del estado de la vía.

En audiencia se indicó material fotográfico al testigo y este señaló que la causa del accidente fue el *“hueco redondo”* que estaba frente a la llanta de la motocicleta como se observa en las fotografías, de igual manera afirmó que el pasajero tenía casco al momento del accidente. Agregó que, al momento del suceso, la vía vehicular estaba normal sin restricción alguna, que había obras, pero no había señalización de estas, que en el sitio no había maquinaria de ningún tipo, también señaló que anterior al accidente ocurrido, ya se había presentado otro.

- MANUEL GUILLERMO ALFARO CORTES (ingeniero civil). En su testimonio informó ser director de interventoría de unas obras que se estaban realizando en la ciudad de Popayán, señaló que las principales obligaciones de la interventoría eran garantizarle a FINDETER que los contratistas ejercieran sus funciones de acuerdo

con las especificaciones técnicas del contrato, con los planos de construcción, con los programas de obra y siempre limitados a los términos financieros del contrato.

Afirmó que el contrato de obra al cual se realizó la interventoría no tenía por objeto el mantenimiento vial más allá de la ejecución de la obra y de entregar la vía para que de manera oportuna se entregara al municipio.

Manifestó que para la fecha del accidente, ya el contratista había ejecutado sus obras y se habían entregado al municipio y se dio vía libre al tránsito vehicular en ese sector, aclaró que no se refería a terminar todo el contrato porque el contrato incluía varios tramos viales y uno de ellos era la calle 5 y dentro de la calle 5 había varios tramos de ejecución, pero al tramo al que se hace alusión en las preguntas, precisó ya se había entregado.

Señaló que, debido a la fecha del accidente, la interventoría y el mismo contratista no se enteraron de ello, ya que, no había obras de ejecución en ese tramo, pues, indicó, el tramo correspondiente de la calle 5 entre la carrera 35 a la 28, ya se había entregado.

Por otro lado, informó al despacho que frente al Consorcio Prosperidad nunca fue declarado el incumplimiento del contrato de interventoría y aclaró también que el citado contrato de interventoría no era con FINDETER, sino con el patrimonio autónomo que administra la FIDUCIARIA BOGOTA, y reiteró que el tramo donde ocurrió el accidente ya había sido entregado, que se hacía por sectores y la entrega se llevó a cabo a la *“empresa de acueducto”* y a la *“empresa de movilidad de Popayán”*.

Manifestó que en la ciudad de Popayán tenían la supervisión de 2 obras, cada una con el respectivo contratista; una era la actualización de las redes de alcantarillado asignada al consorcio Obras de Alcantarillado Popayán y la otra era la ejecución de la actualización de las obras de acueducto asignada al contratista FAGAR S.A.

Señaló que el contratista de obra e interventoría siguieron instrucciones de movilidad vial y de la empresa de acueducto en el sentido de que no era necesario colocar plaqueta asfáltica, sino que se rellenara hasta la superficie vial con una capa de material granular, que en algunos sectores es posible que esa capa se haya desconfigurado, pero manifestó no saber cómo estaba al momento del accidente, pero que, al instante de recibir por interventoría, dicha capa estaba a nivel de la vía.

Aclaró que el contratista no en todos los tramos tuvo la instrucción de dejar en capa de material granular, sino que, por el contrario, debía dejar capa asfáltica como efectivamente se hizo; que en el tramo del accidente se efectuó de esa manera debido a que inmediatamente debía ser intervenida por otro contratista del municipio, ya que, no se debía invertir recursos en algo que se debía demoler muy pronto.

Al testigo se le indicó en audiencia una fotografía de noviembre de 2013 del lugar del accidente, y este al respecto señaló que para esa fecha ya había sido ejecutada la obra y entregada, fue reiterativo en señalar que en el tramo donde ocurrió el accidente ya se había dado al servicio debido a que ya se podía transitar, por lo que no era necesaria una señalización restrictiva.

Luego indicó que la entrega de la obra por tramos obedeció a la magnitud de las vías intervenidas, por lo que no se podía tener afectada a la ciudad, y que por cada entrega de tramo terminado se realizaba un acta.

Frente a la pregunta realizada por el despacho, respecto a la instrucción dada por Movilidad Futura y el Acueducto y Alcantarillado de la entrega de obra en algunos tramos con capa de material granular y si esta constaba en algún documento, adujo

el testigo que debe estar el documento donde se diga que no es indispensable la capa asfáltica y en su lugar se realice capa de material granular seleccionado, que dicha instrucción fue dada por la gerencia del acueducto y director de alcantarillado.

- JUAN PABLO GONZALES GIRON (ingeniero civil). Manifestó ser el ingeniero residente del Consorcio Redes Alcantarillado Popayán, que dicho consorcio tenía un contrato de reposición de redes de alcantarillado de Popayán en 18 a 19 tramos en diferentes calles, que consistía en hacer la respectiva excavación y se reponía la tubería, se colocaban tubos de PVC, se hacían recámaras, se hacían los rellenos de las excavaciones con material de tierra amarilla hasta ciertos niveles y se dejaba una capa de subbase o de afirmado, informó al despacho que la mencionada subbase es un material triturado de cantera que se deja al nivel de la vía.

Afirmó que no eran obligaciones del consorcio entregar la vía pavimentada, solo se debía entregar con subbase, que en agosto de 2013 fue entregada la obra en el tramo donde ocurrió el accidente y que el interventor era un consorcio de Bogotá “*Consortio Prosperidad*”, que cada que se terminaba un tramo este debía ser entregado, dijo que en el mes de diciembre de 2013 no había personal en el tramo donde ocurrió el accidente porque ya se había entregado. Señaló que Movilidad Futura era quien tenía la intervención de la vía, que era quien iba a pavimentar.

Una vez se indicó al testigo una fotografía de noviembre de 2013 del lugar donde ocurrió el accidente, señaló que los bordes redondos al lado de la excavación pueden ser por el estado del pavimento, por derrumbes que hace que la excavación se ensanche un poco y que también los huecos a veces coinciden con la excavación.

Finalmente, manifestó que en cuanto al afirmado con el que se relleno la excavación, su duración es variable, que para el caso de la calle 5 puede ser aproximadamente 3 a 4 meses tiempo en cual se empiezan a presentar huecos.

- JULIAN CANO ALVAREZ. Este testigo señaló conocer a la familia BOHORQUEZ CHAVEZ hacía 20 años, respecto a la cercanía, como estaba compuesta y los nombres de los familiares, afirmó que “*el hijo mayor de llama RICARDO BOHORQUEZ, sigue ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ, seguía CARLOS MANUEL y ahí seguía DANIEL y la mamá MARTHA VARGAS*”.

Afirmó que el joven Carlos Manuel en vida tenía una relación sentimental con una “*niña Juliana*” de bastante tiempo, que trabajaba por ella quien estaba embarazada, que vivía con Heimi Juliana Bojorge Flor donde “*el papá de ellos*”, que vivían juntos hace aproximadamente “*3 años y medio a cuatro años*”.

Por otro lado, manifestó que CARLOS MANUEL en vida trabajo para él ocasionalmente, que le pagaba de \$ 15.000 a \$ 20.000 por el día; que CARLOS MANUEL en diciembre también trabajaba en La Esmeralda vendiendo ropa, que no dependía económicamente de sus padres, que “*lo que se ganaba era para ayudarlo a la muchacha y a la mamá*”.

Relacionó como otros familiares de CARLOS MANUEL: PAOLA ANDREA VARGAS, su tía; WILSON VARGAS, su tío; SOLEDAD OSORIO, su abuela; que tiene otros primos en Estados Unidos: “*uno se llama CESAR son 3 primos que viven allá y la otra LORENA que vive en Estado Unidos y otro tío que se llama JESUS y la tía XIMENA que vive en Lomas de Granada*”, afirmó conocer a los mencionados porque vivió en el barrio La María, a una cuadra de ellos.

Finalmente, el testigo mencionó ser esposo de una de las tías del joven CARLOS MANUEL, señaló que la familia se vio afectada por su muerte y que hasta la fecha existe tal afectación.

SEGUNDA: Legitimación en la causa.

Como sabemos, la legitimación en la causa, sea por activa o por pasiva, es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte. Es una facultad que le asiste a una persona, sea natural o jurídica, para ostentar dicha calidad y, por ende, formular unas pretensiones atinentes a hacer valer un derecho subjetivo sustancial o contradecirlas y oponerse a ellas.

Entre las excepciones formuladas por las entidades demandadas y vinculadas al proceso, se encuentra la de falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual, recordemos, se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha sostenido que la legitimación en la causa por pasiva hace referencia, de una parte, a la relación de la entidad o persona llamada a responder con el interés o derecho debatido y, de otra, con la posibilidad de concurrir a la litis en cuanto a lo comprendido en la controversia:

"(...) la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. (...) Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada. (...) como la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable en relación con las pretensiones de la parte actora, por ende, es menester determinar si los demandantes allegaron la prueba idónea para establecer la calidad con que se presentaron al proceso"⁹.

En lo que tiene que ver con MOVILIDAD FUTURA S.A.S. y ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN S.A. E.S.P., menester es precisar, tal como lo manifiestan estas mismas entidades, que para el 28 de diciembre de 2013 no tenían ni contratadas ni en ejecución obras en el sector de la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, de esta no se avizora, como tampoco la parte actora lo acreditó, responsabilidad alguna que en estas recaiga, en razón a un vínculo contractual o actividad que hubieren desplegado, u omisión relacionada con los hechos originarios de la demanda, es así que frente a dichas entidades se declarará probada la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Ahora bien, en cuanto al MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, en primer lugar, recordemos que para la parte actora le asiste responsabilidad en razón a los convenios interadministrativos¹⁰ nro. 056 y 057 suscritos entre dicha cartera ministerial, FINDETER y el MUNICIPIO DE POPAYAN, pues el objeto de los convenios consistía en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras e interventoría del proyecto denominado construcción de obras de optimización redes de acueducto y alcantarillado para la primera etapa del sistema de transporte público del municipio de Popayán y establecer las condiciones para hacer efectivo el apoyo financiero de la Nación al municipio de Popayán, cuya ejecución, señaló la parte actora, conllevó al desarrollo de obras de acueducto y alcantarillado en el sector de la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, donde, sabemos, ocurrió el accidente.

9 Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicado nro. 73001-23-31-000-2000-00870-01 (24879). Sentencia de 30 de enero de 2013. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

10 Folios 108 a 117 del PDF 2.- DEMANDA Y ANEXOS

Ahora bien, con ocasión a dichos convenios surgen obligaciones para el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, contenidas en la cláusula segunda, sin embargo, dichas obligaciones contraídas hacen referencia principalmente al giro de los recursos necesarios para la financiación o cofinanciación del proyecto y del seguimiento del convenio. Así, no se establecen obligaciones referentes a la ejecución directa de obras de acueducto y alcantarillado, pavimentación, o similares, de las cuales pudiera derivarse la responsabilidad que pretende endilgarse por el mal estado de la vía y la falta de señalización, que, se afirmó, fueron las causantes del fatal accidente que conllevó a la muerte del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.

Por otro lado, respecto de las funciones del MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO consagradas en el artículo 2 del Decreto 3571 de 2011, no se observa alguna relacionada con el mantenimiento de vías o conservación de las mismas, así las cosas, no le es imputable el mal estado de la vía donde ocurrió el siniestro, por omisión a sus funciones, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación propuesta por la defensa técnica de esta entidad.

De otra parte, considera necesario el despacho verificar si existe legitimación en la causa por pasiva de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER, para lo cual se analizarán las obligaciones contraídas por esta con ocasión a los convenios interadministrativos nro. 056 y 057 del 30 de noviembre de 2012 suscritos con el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO y el MUNICIPIO DE POPAYAN, además del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO el 1. ° de noviembre de 2012 entre LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y FINDETER¹¹.

En lo que respecta a los convenios interadministrativos nro. 056 y 057 del 30 de noviembre de 2012, las obligaciones que de este surgen, para la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER son las siguientes:

"1) Administrar los recursos que le transfiera la Entidad Territorial como contrapartida a través del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER, administrado por la Fiduciaria Bogotá S.A. 2) Elaborar los términos de referencia para la contratación de la obra e interventoría correspondiente, velando porque se acaten los principios de transparencia, selección objetiva, publicidad, entre otros. 3) Presentar los términos de referencia para aprobación del Comité Técnico constituido al interior del Patrimonio Autónomo. 4) Poner a disposición el esquema Fiduciario que, a través del Comité Fiduciario del Patrimonio Autónomo, seleccionará y adjudicará al contratista que ejecutará la obra del proyecto objeto del presente Convenio y a quien realizará la interventoría respectiva. 5) Evaluar a los proponentes que presenten propuestas para la ejecución de la obra y de la interventoría correspondiente, para posteriormente presentar al Comité Fiduciario el orden de elegibilidad recomendando la selección. 6) Instruir al Patrimonio Autónomo para realizar los trámites contractuales a que haya lugar con el fin de realizar el proceso de contratación de las personas naturales y jurídicas que previamente han sido seleccionadas para ejecutar la obra y realizar la interventoría correspondiente. 7) Cancelar a través del Patrimonio Autónomo a la persona natural o jurídica contratada, el valor correspondiente a la ejecución e interventoría de la obra".

De la lectura de las obligaciones adquiridas por FINDETER en los mencionados convenios y el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS CELEBRADO ENTRE LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y FINDETER, se puede evidenciar que esta no tenía ninguna obligación relacionada con el desarrollo o ejecución de obras, por el contrario, dichos deberes son concernientes a la administración de recursos y al proceso de selección de contratistas que realizarían las obras y su correspondiente interventoría, por lo que no es dable atribuirle a este organismo la responsabilidad puesta de manifiesto en la demanda, con relación a los hechos en que se soportan las pretensiones de carácter indemnizatorio.

11 Folios 27 a 51 del PDF 13.- CONTESTACION DEMANDA FINDETER.

En lo que atañe a las actividades desarrolladas por FINDETER, las cuales se encuentran establecidas en la Ley 57 de 1989, tampoco se observa en estas, que dicha entidad desplegara actividades concernientes con el mantenimiento y conservación del estado de las vías del municipio de Popayán, por lo cual, para el despacho, debe también ser declarada la probanza de la excepción propuesta, en favor de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A.

Establecida la ausencia de legitimación en la causa de parte de FINDETER, se hace necesario establecer la misma, pero en cuanto a la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER.

Como ya fue precisado por el despacho, la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER y la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. suscribieron contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, cuyo objeto fue el siguiente:

"4.1. OBJETO: El presente contrato de fiducia mercantil tendrá por objeto: (i) La transferencia a la FIDUCIARIA a título de fiducia mercantil por parte del FIDEICOMITENTE, los RECURSOS, provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central; (ii) La conformación del Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos, (iii) La administración de los recursos económicos recibidos. (iv) La inversión de los recursos administrados en los términos establecidos en el numeral 7.3 de la cláusula séptima (7ª). (v) Adelantar las actividades que se describen en este contrato para el proceso de contratación de los ejecutores de los procesos seleccionados por el COMITÉ FIDUCIARIO. (vi) La realización de los pagos derivados de los contratos de que se suscriban en desarrollo del presente contrato, con la previa autorización expresa y escrita del INTERVENTOR y aprobación del COMITÉ FIDUCIARIO".

Con ocasión al citado contrato surge un vínculo contractual entre la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. como administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER y la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER que posteriormente y en ejecución de los Convenios Interadministrativos nro. 056 y 057 se consolida en la apertura de las convocatorias PAF-ATF-002-2012¹² y PAF-ATF-041-2012¹³.

Se suscribieron los contratos de obra con los contratistas seleccionados, para la convocatoria PAF-ATF-002-2012 con FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA cuyo objeto consistió en la "CONSTRUCCIÓN OBRAS DE OPTIMIZACIÓN REDES DE ACUEDUCTO PARA LA PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN" y para la convocatoria PAF-ATF-041-2012 con el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN cuyo objeto consistió en la "CONSTRUCCIÓN OBRAS DE OPTIMIZACIÓN REDES DE ALCANTARILLADO PRIMERA ATAPA (sic) DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN" y se suscribió contrato de interventoría¹⁴ con el CONSORCIO PROSPERIDAD cuyo objeto fue "... la realización de la Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera de la Zona 3 – Pacífico Sur", que comprende las obras de las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012.

Las obligaciones contraídas por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA – FINDETER administrado por la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. con ocasión a la convocatoria PAF -ATF – 002-2012 y la convocatoria PAF-ATF-041-2012 son:

"LA CONTRATANTE se obliga a: 1. Vigilar el desarrollo y ejecución del contrato y exigir al CONTRATISTA el cumplimiento del mismo, a través del interventor del contrato. 2. Formular sugerencias por escrito sobre observaciones que estime convenientes en el desarrollo del contrato, siempre enmarcadas dentro del término del mismo. 3. Pagar los trabajos contratados en la forma establecida en el presente contrato, previa autorización por parte del interventor".

12 Folios 119 a 132 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS

13 Folios 87 a 100 PDF 13.- CONTESTACION DEMANDA FINDETER

14 Folio 283 a 295 del PDF 35- cuaderno de llamamiento en garantía nro. 1.

De las obligaciones asumidas por la FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y por el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER dentro de los contratos anteriormente citados se acredita que la FIDUCIARIA adquirió obligaciones únicamente relacionadas con la administración de recursos, por medio de la conformación del patrimonio autónomo para el perfeccionamiento de los proyectos contenidos en las convocatorias PAF-ATF- 022-2012 y PAF-ATF-041-2012.

Y en cuanto a las obligaciones adquiridas por el PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER administrado por la FIDUCIARIA BOGOTA S.A., si bien es cierto hace referencia a la vigilancia del desarrollo y ejecución de los contratos, esto lo lleva a cabo a través de la firma interventora, por lo que es viable concluir, que las obligaciones contractuales de este organismo no son la realización o ejecución de obras.

Acorde lo expuesto, para este despacho no existe legitimación en la causa por pasiva del PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA – FINDETER y de la FIDUCIARIA BOGOTA S.A., pues tales entidades no ejecutaron obras en el lugar en donde se presentó el accidente de tránsito en que se sustenta la demanda, debiendo, por contera, declarar la probanza del argumento exceptivo en estudio.

Finalmente, frente al municipio de Popayán el despacho encuentra que carece de falta de legitimación en la causa por pasiva. Para ello, se hace necesario establecer el marco obligacional para el ente territorial en razón a los Convenios Interadministrativos¹⁵ nro. 056 y 057, al respecto:

"CUARTA. - OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: 1) No incluir en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios, de acuerdo con el artículo 87.9 de la ley 142 de 1994, el valor del aporte de la Nación a través de EL MINISTERIO, o asegurarse de que quien administre u opere la infraestructura de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico no lo haga. 2) Brindar a FINDETER la información que se requiera para la ejecución objeto del convenio. 3) Aportar como contrapartida y poner a disposición de FINDETER del contratista de obra y del interventor que resulten seleccionados la documentación tipo técnico, legal, presupuestal y financiera, estudios, diseños, licencias, permisos, servidumbres los bines, lugares que se requieran para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con la ejecución de las obras e interventoría del proyecto y demás autorizaciones para el desarrollo del proyecto objeto del presente Convenio. 4) Prestar la colaboración y apoyo suficiente que se requiera para la ejecución del objeto del convenio, en especial aquella relacionada con la socialización del proyecto con la comunidad en caso de requerirse, y en general aquellas que sean necesarias para garantizar la ejecución de las obras y desarrollo de la interventoría del proyecto objeto del presente Convenio. 5) Obtener la totalidad de los permisos, licencias y autorizaciones que se requieran durante la ejecución del proyecto y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres requeridos para su desarrollo. Esta condición es requisito para la contratación de las obras y deberá realizarse y acreditarse por EL MUNICIPIO a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del presente Convenio. 6) Realizar la coordinación necesaria con las diferentes entidades del nivel municipal, distrital, departamental o central que intervengan o deban intervenir para garantizar la ejecución del proyecto objeto del Convenio. 7) Participar en las reuniones de los Comités de Obra para el seguimiento de ejecución del proyecto, a las que sea convocado por la interventoría que resulte seleccionada o asegurarse de que quien administre u opere la infraestructura de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico lo haga. 8) Responder las solicitudes que MINISTERIO, FINDETER, contratista de obra o el interventor que resulten seleccionados, le formulen con relación al proyecto objeto del presente Convenio. 9) Aportar los recursos que sean necesarios para garantizar la terminación del objeto del presente Convenio, cuando se presenten ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o se requiera cualquier otro valor adicional no establecido en el plan financiero del proyecto viabilizado por EL MINISTERIO. 10) Solicitar prórroga al Convenio en caso de ser necesario. 11) Recibir las obras del proyecto ejecutadas en desarrollo del presente Convenio o asegurarse de que quien administre u opere la infraestructura

de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico lo haga, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles una vez estén culminadas y verificadas por la interventoría contratada para la vigilancia y seguimiento de las mismas, lo cual se hará constar en el Acta de Recibo correspondiente. 12) Asegurar la operación y mantenimiento del proyecto objeto del presente Convenio. 13) Suscribir el acta de liquidación del presente Convenio. 14) Suministrar los diseños del proyecto viabilizado y certificar la legalidad de su uso en los procesos de estructuración por parte de FINDETER. 15) En general Las demás inherentes al objeto del Convenio”.

De las obligaciones asumidas por el municipio de Popayán con ocasión a los convenios interadministrativos nro. 056 y 057 del 30 de noviembre de 2012, se puede concluir que en la entidad territorial recaían obligaciones que, en síntesis, correspondían al apoyo técnico y presupuestal para que fuere ejecutado el proyecto objeto de los convenios o contrato de obra tendiente a la optimización de las redes de acueducto y alcantarillado, más no la responsabilidad directa de la ejecución de obras.

Por otro lado, tampoco fue demostrado por la parte actora, que el municipio de Popayán omitiera alguna de sus funciones legales y que ello fue la causa del fatal accidente de tránsito, ni que la falta de señalización en el lugar fuera la causa eficiente del daño, como se explicará más adelante; tampoco que las contratistas le hubieran entregado las obras en la forma prevista en los convenios interadministrativos; por lo tanto, se declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que respecta a esta entidad territorial.

TERCERA: Tacha de testigos.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el testimonio es la declaración que realiza un tercero, ajeno al litigio, pues no tiene relación jurídica procesal con las partes, sobre los hechos que le constan por percepción directa.

El artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, dispone que:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Son fundamentos de la tacha, i) la inhabilidad del testigo, las relaciones afectivas o comerciales, iii) la preparación previa al interrogatorio, iv) la conducta del testigo durante el interrogatorio, v) el seguimiento de libretos, vi) la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje, y, vii) la incongruencia entre los hechos narrados.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indicó que los motivos de la tacha del testigo se analizan en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria"*¹⁶

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2006 para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten

¹⁶ Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

su credibilidad o imparcialidad, en tal situación la declaración si puede recibirse, pero debe apreciarse con mayor severidad:

"En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, "...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil. No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia".

En el presente asunto fueron tachados los testimonios de HERNAN ALEXANDER MONTERO SANCHEZ y LUIS FERNANDO ANTE LLANTEN, el primero, por estar afectada su imparcialidad en razón a que iba conduciendo la motocicleta y que dicha conducta es objeto de investigación penal y, por otro lado, la cercanía con la parte actora; el segundo testigo fue tachado por la cercanía o amistad que existía con CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, al respecto el apoderado de la parte demandante señaló que el señor MONTERO SANCHEZ fue testigo presencial de los hechos y que la hipótesis del informe de tránsito es acorde a la señalado por este; por otro lado, frente al señor ANTE LLANTEN afirmó que la sola condición de cercanía no basta para invalidar el interrogatorio.

Así las cosas, en efecto el despacho no tendrá en cuenta el testimonio del señor HERNAN ALEXANDER MONTERO SANCHEZ por estar afectada su imparcialidad, debido a que era quien conducía la motocicleta al momento del accidente y puede verse afectada su responsabilidad en la investigación penal en curso, más aún cuando es contradictoria la versión registrada en el INFORME POLICIAL DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO con el interrogatorio practicado, pues en las observaciones de dicho informe se registró: "conductor motocicleta manifiesta que se le atravesó un ciclista lo esquivó y cayó a un hueco perdiendo el control y colisionando con un poste de alumbrado público"¹⁷ y en el testimonio rendido ante el despacho afirmó no esquivar ningún ciclista.

Contrario sensu, el testimonio del señor LUIS FERNANDO ANTE LLANTEN será valorado a plenitud, pues la cercanía o amistad que en vida tenía CARLOS MANUEL BOHORQUEZ con el testigo, no es suficiente argumento para invalidar su dicho.

CUARTO: Marco jurídico.

❖ Consideraciones generales sobre la responsabilidad administrativa del Estado.

El artículo 2 de superior consagra los fines esenciales del Estado colombiano, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política; así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Igualmente, señala que las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por su parte, el artículo 90 consagra la cláusula general y explícita de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, ya sea por la

17 Folio 42 de PDF 70ExpedienteAllegadoPorFiscal01AnteJuecesPenales.

acción o la omisión de las autoridades públicas. De acuerdo con esto, para que se materialice la responsabilidad del Estado, se requiere de dos elementos que deben concurrir: (i) la existencia de un daño antijurídico y, (ii) que sea atribuible a la entidad pública bajo alguno de los títulos de imputación.

El primer elemento que debe abordarse es el daño antijurídico, entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como el detrimento que es causado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, entonces, no basta con demostrar el hecho dañoso, sino que el interesado debe probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan atribuirlo al Estado.

En cuanto al segundo elemento, cuyo estudio únicamente se realizará en el evento de hallar probado el daño antijurídico, cabe señalar que no existe consagración constitucional de un régimen de responsabilidad especial, por lo que corresponde al juez determinar el soporte jurídico de su decisión, haciendo parte los títulos de imputación de la motivación de la sentencia¹⁸:

"(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia".

❖ Accidentes de tránsito causados por falla del servicio.

Respecto a la falla en el servicio, se tiene que la responsabilidad del Estado surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: i) el daño antijurídico sufrido por el interesado, ii) el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente iii) una relación de causalidad entre este y aquel, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

En cuanto al primero de los elementos, esto es, el daño, corresponde a la parte que lo alega probarlo, pues es apenas natural que los elementos que lo componen sean expuestos por quien lo ha sufrido, para lo cual se valdrá de los diferentes elementos de prueba que permitan dar a conocer su existencia y extensión y que constituyen en últimas, fundamento de lo pedido. En segundo término, corresponde igualmente a la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, referente a la carga de la prueba, que impone a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que en ellas se persiguen, demostrar la falla del servicio, llamada así por la jurisprudencia y la doctrina y que se traduce en la presencia de la acción u omisión, ejecutada o no por el funcionario de la administración, señalada en el artículo 90 superior; y, en tercer lugar, debe estar claramente determinado que dicha acción u omisión fue la que produjo el daño.

En la falla del servicio por omisión de la entidad en el cumplimiento de sus deberes o funciones, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 10 de febrero de 2016,

18 Sentencia del 22 de noviembre de 2012. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

radicado interno 38092, consejero ponente, Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiteró el pronunciamiento de dicha Corporación en sentencias de 23 de mayo de 1994, expediente 7616 y 26 de septiembre de 2002, relacionado con los elementos que necesariamente deben acreditarse:

"Pues bien, 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".

Así las cosas, no es suficiente la concreción de un daño antijurídico para declarar la responsabilidad estatal por la acción u omisión de sus agentes; es preciso que, para lograr tal declaración que el daño le sea imputable jurídicamente a dicha entidad por un mal funcionamiento del servicio, al incumplirse un deber legal.

En relación con los accidentes de tránsito causados por la falla del servicio de la administración consistente en la omisión del deber legal de señalización de la vía que se encuentra obstruida, obstaculizada o afectada con motivo de la realización de una obra pública, reparación o cambios transitorios¹⁹, el Consejo de Estado ha indicado que los daños que se deriven de estos le son imputables al Estado siempre que se verifique que la entidad encargada de dichos deberes no controle o vigile la ejecución de dichas obras, como tampoco el normal y adecuado tránsito de la ruta correspondiente²⁰. Veamos:

"(...) el daño originado como consecuencia de un deslizamiento de tierra es imputable al estado en los eventos en los cuales el hecho se causa por la omisión, o defectuosa señalización de las vías públicas, o cuando se produce un deslizamiento intempestivo de tierra el cual exigía la instalación de señales preventivas, o cuando no se realiza la señalización de vías que se encuentren en reparación o en sitios que sean considerados de alto riesgo, o cuando existe omisión por parte de la administración en la ubicación de medidas preventivas que informen la presencia de cambios transitorios en las vías públicas. también ha determinado la sala que para que se pueda establecer la imputabilidad al estado por los daños sufridos por las deficiencias u omisiones en la señalización de vías públicas, es indispensable demostrar la falla en el servicio consistente en la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y control respecto de la realización de obras públicas y del tránsito en las vías, con el fin de prevenir los riesgos que con ellos se generen. (...) por lo tanto, es obligación del estado cumplir con las disposiciones contenidas en las normas que regulan las condiciones y requisitos que deben reunir las señales preventivas en vías públicas con el fin de evitar daños a los transeúntes o conductores que transitan por las mismas".

Así las cosas, es posible atribuirle a la correspondiente entidad estatal la responsabilidad del daño ocasionado como consecuencia de, entre otras, omitir instalar la señalización adecuada para que las personas que utilizan la vía conozcan del peligro y puedan evitar el acaecimiento del hecho dañoso.

En cuanto a la responsabilidad de las entidades en razón a los accidentes ocasionados en la ejecución de una obra pública, el Consejo de Estado ha precisado:

"Por otro lado, frente a la responsabilidad de las entidades públicas cuando se trate de daños causados con ocasión de la realización de una obra pública de la que ésta es beneficiaria, esta Corporación ha considerado:

19 Sentencia del 20 de septiembre de 2007, exp. 08001-23-31-000-1991-06256-01(21322), actor: Martha Judith Quiroz y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

20 Sentencia del 20 de septiembre de 2007, exp. 73001-23-31-000-1997-05020-01(15740), actor: Yimed Ramírez Gallego y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver también sentencia de 13 de febrero de 2003, expediente 12.509; sentencia de 4 de septiembre de 2003, expediente 11.615; sentencia de 5 de diciembre de 2005, expediente 14.536 sentencia de 8 de noviembre de 2001, expediente 12.820 del Consejo de Estado, Sección Tercera.

Al respecto, reitera la Sala la jurisprudencia que ha mantenido en cuanto a la responsabilidad de las entidades públicas en relación con los daños que se causen con ocasión de la construcción de una obra pública de la cual aquellas son beneficiarias, aunque dichas obras hubieran sido ejecutadas por otras entidades o personas:

"...desde el año de 1985 se ha considerado que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra, su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece más a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado.

"Esta posición fue reiterada por la Sala en otra providencia, en la cual se señaló que la responsabilidad que se le puede imputar a la administración en estos eventos está sustentada en los siguientes principios:

"a. - Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la ejecutara directamente.

"b. - Que es ella la dueña de la obra.

"c. - Que su pago afecta siempre patrimonio estatal.

"d. - La realización de esas obras obedece siempre a razones de servicio y de interés general.

"e. - Que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente aquellos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga bien sea porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Elementos estos que son constitutivos de falta o falla del servicio".²¹

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado, en síntesis, ha señalado que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado.

De conformidad con lo expuesto, a continuación, analizaremos si las entidades demandadas incumplieron el contenido obligacional a su cargo y si se encuentra acreditada la existencia de una falla en la prestación del servicio conforme al material probatorio recaudado, o si por el contrario actuaron conforme la ley lo dispone.

QUINTA: Juicio de responsabilidad del Estado - valoración probatoria.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que para la parte actora existe responsabilidad estatal por falla en el servicio de las entidades demandadas, como consecuencia a la falta de señalización en la construcción u obra que se llevaba a cabo en la vía principal de la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad de Popayán, situación que, afirmaron, produjo el fatal accidente el 28 de diciembre de 2013 en el que perdió la vida el joven menor de edad CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS al caer en un hueco producto de las obras de optimización de redes de acueducto y alcantarillado realizadas en dicho sector, cuando se desplazaba como pasajero en la motocicleta marca YAMAHA RX 115 de placas MSW-03.

Se encuentra debidamente acreditado que el accidente de tránsito se produjo en la vía principal de la calle 5 con carrera 35 que del barrio San José conduce al centro de la ciudad

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012).

de Popayán, al caer la motocicleta en un hueco que se había generado como consecuencia de las obras realizadas por los contratistas FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA y CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN con ocasión de la ejecución de obras de optimización de redes de acueducto²² y alcantarillado²³ las cuales tenían en calidad de firma interventora al CONSORCIO PROSPERIDAD²⁴.

En el plenario obra la copia de los mencionados contratos, la convocatoria PAF-ATF-002-2012 suscrito por FAGAR SERVICIOS 97 S.L SUCURSAL COLOMBIA cuyo objeto consistió en la “CONSTRUCCIÓN OBRAS DE OPTIMIZACIÓN REDES DE ACUEDUCTO PARA LA PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN”, la convocatoria PAF-ATF-041-2012 suscrito por el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN cuyo objeto fue la “CONSTRUCCIÓN OBRAS DE OPTIMIZACIÓN REDES DE ALCANTARILLADO PRIMERA ATAPA (sic) DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN” y el contrato de interventoría suscrito por el CONSORCIO PROSPERIDAD en donde el objeto consistió en “... la realización de la Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera de la Zona 3 – Pacífico Sur”, que comprende las obras de las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012.

La cláusula tercera de las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012 señaladas, dispuso:

“CLÁUSULA TERCERA.- DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS PARTES: 1. DEL CONTRATISTA: ... 13. Reparar oportunamente y por su cuenta y riesgo, cualquier daño o perjuicio que ocasione en el sitio de la obra. (...) 31. Responder por todo daño que se cause a bienes, al personal que se utilice y a terceros en la ejecución del contrato”.

De igual manera, en la cláusula vigésima quinta de los contratos en cita, se estableció:

“CLAÚSULA VIGÉSIMA QUINTA.- CUIDADO DE LAS OBRAS: Desde la fecha de iniciación de las obras hasta la entrega final de las mismas, el CONTRATISTA asume bajo su responsabilidad el cuidado de ellas. En caso de que se produzca daño, pérdida o desperfecto de las obras o de alguna parte de ellas, deberá repararlas y reponerlas a su costa, de manera que a su entrega definitiva a LA CONTRATANTE las obras estén en buen estado, de conformidad con las condiciones del presente contrato y con las instrucciones del interventor. EL CONTRATISTA será responsable por los perjuicios causados a terceros o a LA CONTRATANTE por falta de señalización o por deficiencia de ella”.

También en la cláusula vigésima cuarta de los contratos suscritos con ocasión a las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012, se pactó una cláusula de indemnidad, en la cual el contratista se obligó a mantener indemne al contratante y a FINDETER, y asumir todos los riesgos de la ejecución del contrato, demandas, siniestros y sanciones que surjan en desarrollo del contrato, que no sean atribuibles a la contratante.

Ahora bien, frente a la circunstancias en que ocurrió el fatal accidente que dio origen a la demanda, se logró establecer, según lo afirmado por el testigo Luis Fernando Ante Llantén, que el suceso ocurrió al esquivar un hueco y caer en uno más grande, que no había indicaciones, ni señales de tránsito, por el mal estado de la vía; por su parte, el testigo William David López Rosales manifestó que la vía donde ocurrió el siniestro estaba en mal estado y que este ocurrió por un hueco debido al cambio del alcantarillado; y finalmente el testigo José Gregorio Prado Enríquez afirmó haber visto una motocicleta que venía del colegio José Eusebio Caro, que frente al poste de energía había un hueco en el que cayeron los jóvenes que venían en dicho vehículo, y quien venía como pasajero colisionó con el poste de energía, agregó que este tenía casco al momento del suceso.

22 Folios 119 a 132 del PDF 2.- DEMANDA Y ANEXOS.

23 Folios 87 a 100 del PDF 13.- CONTESTACION DEMANDA FINDETER.

24 Folios 283 a 295 del PDF 35.- cuaderno de llamamiento en garantía nro. 1.

En cuanto a la ubicación, características del lugar de los hechos, descripción del vehículo, datos de la víctima e hipótesis del accidente, del Informe Policial de Accidente de Tránsito se resalta lo siguiente:

- La dirección consignada en dicho informe es la calle 5 con carrera 35 del barrio San José de la ciudad de Popayán. Como características de la vía se señala que el estado de la vía es con huecos. Frente a las características del vehículo se registró que es una motocicleta de placas: MSW 03, marca: Yamaha, línea: RX115, como víctima se señala al joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ en condición de pasajero, y en dicho informe se tienen 3 hipótesis para el accidente, a saber: “cambio de alcantarillado”, “exceso de velocidad” y “hueco en la vía”.

En las observaciones de dicho informe consta: *“conductor motocicleta manifiesta que se le atravesó un ciclista lo esquivó y cayó a un hueco perdiendo el control y colisionando con un poste de alumbrado público donde resultó fallecido el pasajero de la motocicleta y el conductor lesionado”*.²⁵

Tenemos entonces, que hasta el momento se han establecido las circunstancias en que ocurrió el fatal accidente de tránsito que cobró la vida del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ, y de igual manera las pruebas recaudadas dan cuenta de la existencia de obras de optimización de las redes de acueducto y alcantarillado ejecutadas en el sector en que este ocurrió, y además quienes eran los contratistas encargados de la ejecución de dichas obras civiles. Sin embargo, las entidades demandadas señalaron en su defensa, que si bien es cierto se realizaron obras en el lugar del siniestro, para la fecha de dicho accidente estas habían sido entregadas, circunstancia que, consideran, los exonera de responsabilidad frente al mantenimiento de la vía vehicular, por lo cual se hace necesario establecer si en efecto dichas obras fueron entregadas parcial o definitivamente a la entidad contratante, en aras de definir en quién recae la responsabilidad por el estado de la vía y las consecuencias dañosas de ello.

Recordemos que se recibió declaración de los señores MANUEL GUILLERMO ALFARO CORTES y JUAN PABLO GONZALES GIRON, quienes, en su momento, entre otras cosas, declararon:

- Manuel Guillermo Alfaro Cortes, de profesión ingeniero civil y se desempeñó como director de Interventoría del CONSORCIO PROSPERIDAD, en síntesis manifestó que para la fecha del accidente el contratista había ejecutado sus obras y se habían entregado al municipio, por lo que se dio vía libre al tránsito vehicular en el sector, pero aclaró: *“No estoy hablando que se haya terminado todo el contrato”*, pues este incluía varios tramos viales, uno de ellos era la calle 5, pero al que se hace alusión, ya se había entregado, corresponde al de la calle 5 entre carrera 35 y 28.
- Juan Pablo Gonzales Girón, también de profesión ingeniero civil y se desempeñó como ingeniero residente del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN, en resumen afirmó que el Consorcio Redes Alcantarillado Popayán tenía el contrato de reposición de las redes de alcantarillado de Popayán en 18 o 19 tramos diferentes, que consistía en hacer la respectiva excavación y se reponía la tubería, se colocaban tubos de PVC, se hacían las recámaras, los rellenos de las excavaciones con material de tierra amarilla hasta ciertos niveles y se dejaba una capa de subbase o de afirmado. Manifestó que en agosto de 2013 fue entregada la obra en el tramo donde ocurrió el accidente y para el mes de diciembre de 2013 no había personal en dicho tramo, porque ya se había entregado.

En el expediente obra copia del *INFORME PARA PAGO*²⁶ de 15 de agosto de 2013 correspondiente al tramo 19 - calle 5 entre las carreras 28 y 37 sector izquierdo-, pero no se evidencia que en esa fecha se hubiera realizado alguna entrega parcial de dicha obra

25 Folio 42 de PDF 71ExpedienteAllegadoPorFiscal01AnteJuecesPenales.

26 Folios 97 a 98 del PDF 36.- cuaderno del llamamiento en garantía nro. 2.

como lo afirmaron los citados testigos, por el contrario, reposa en el caudal probatorio el ACTA DE ENTREGA Y RECIBO FINAL PARA CONTRATO DE OBRA²⁷ de la CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE OPTIMIZACIÓN REDES DE ALCANTARILLADO PRIMER ETAPA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PUBLICO DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN con fecha de suscripción del 15 de enero de 2015 en el cual se evidencia que la fecha de terminación del contrato y entrega final de dichas obras fue el 15 de diciembre de 2014.

De igual manera, en actas de visita para recibo parcial de obra correspondiente al tramo 19 calle 5 entre carreras 28 - 33 lado derecho de fecha 21 de marzo de 2014²⁸, al tramo 19 calle 5 entre carreras 28 – 33 lado izquierdo y al tramo 19 calle 5 entre carreras 33 – 30 lado izquierdo de fecha 17 de marzo de 2014²⁹, se observa que el recibo parcial de dichas obras fue en el mes de marzo de 2014, a pesar de que no se encuentra entre estas la calle 5 con carrera 35 lugar donde ocurrió el accidente de tránsito, si se observa que la fecha es posterior a la ocurrencia del suceso. Lo anterior permite asegurar que las entidades demandadas no acreditaron la supuesta entrega parcial y mucho menos definitiva de la obra civil en el tramo donde ocurrió el accidente de tránsito donde perdió la vida el joven, para esa fecha menor de edad, CARLOS MANUEL BOHORQUEZ.

Aunado a lo anterior, se torna necesario para el despacho citar la cláusula quinta de los contratos correspondientes a las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012, la cual hace referencia al recibo parcial de las obras para el pago del saldo restante, en esta se consignó:

"CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: ... b) El saldo restante, en pagos parciales, de acuerdo a actas de recibo parcial de obra ejecutada, las cuales deberán contar con el visto bueno de interventoría e informe técnico de avance de obra y que se pagarán dentro de los treinta (30) días siguientes a su radicación con el cumplimiento de los requisitos indicados".

Concluye el despacho, que dichas entregas parciales tienen por objetivo el pago del valor del contrato conforme al avance progresivo de la obra, pues como se indicó anteriormente, el contratista es responsable de esta hasta su entrega definitiva, esto conforme a la CLAUSULA VIGESIMA QUINTA del contrato surgido de las convocatorias PAF-ATF-002-2012 y PAF-ATF-041-2012. Sumado a ello no se acreditó por la entidades demandadas que para el 28 de diciembre de 2013 se hubiere entregado el tramo donde efectivamente ocurrió el accidente de tránsito que ocasionó la muerte prematura de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ, pues obran en el expediente actas de recibo parcial de tramo 19 en el mes de marzo de 2014, pero no la de la calle 5 con carrera 35, y si bien es cierto obra informe de pago del tramo 19 del mes de agosto de 2013 de la calle 5 entre las carreras 28 – 37 sector izquierdo, esta no constituye un acta de recibo parcial de la obra, por lo que el despacho, sin hesitación alguna, encuentra acreditado que para el día del accidente de tránsito eran los contratistas los responsables de la obra, así como de lo que ocurriera a terceros por falta de señalización o por deficiencia de ella.

La parte actora en la demanda señaló que el lugar donde ocurrió el accidente de tránsito no gozaba de señalización de ningún tipo, como son las señales transitorias, preventivas, informativas e incluso reglamentarias, que previnieran a los usuarios del mal estado de la vía y la ejecución de obras sobre la misma para evitar accidentes, que dicha señalización es obligatoria en todo tramo vial donde se estén realizando actividades o trabajos sobre las calzadas. No obstante, concluye este despacho que para el momento que ocurrió el accidente, ya no se estaba realizando obra alguna, lo único que se encontraba pendiente de trámite era la entrega de la obra ejecutada, por lo que los contratistas tenían la obligación contractualmente establecida de mantener en buen estado la vía vehicular hasta tanto se realizara la entrega definitiva de la obra contratada, terminada para el momento del siniestro.

27 Folios 225 a 226 del PDF 81ApoderadoMunicipioPopayánRemitePruebas

28 Folios 228 del PDF 81ApoderadoMunicipiodePopayánRemitePruebas

29 Folios 233 del PDF 81ApoderadoMunicipiodePopayánRemitePruebas

Resulta claro para el despacho, además, que para los contratistas era previsible el deterioro de la capa de subbase instalada sobre las excavaciones realizadas en la obra ejecutada, pues esta tiene una duración de 3 a 4 meses conforme lo señaló en su declaración el señor JUAN PABLO GONZALES GIRON ingeniero residente del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN, lo cual ameritaba el respectivo control posterior y la corrección de defectos que generaran riesgo de accidentalidad, lo contrario, claro está, implica la incursión en una falla del servicio.

Ahora, es preciso determinar si FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA, para el momento de los hechos génesis de la demanda, era aún la firma contratista encargada de realizar las obras con ocasión de la convocatoria PAF-ATF-002-2012, en vista de la terminación unilateral del contrato verificado en dicho proceso contractual.

Al respecto, tenemos que dentro del proceso obra material probatorio³⁰ por medio del cual, la FIDUCIARIA BOGOTÁ en calidad de administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA FINDETER notificó el 14 de julio de 2014 a FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA la terminación unilateral del contrato, de este modo, se observa y concluye el despacho, que para el 28 de diciembre de 2013, este contratista en efecto se encontraba a cargo de la obra donde ocurrió el hecho dañoso, por consiguiente, igualmente está llamado a responder por el cuidado de la misma y por las consecuencias de la omisión.

De otra parte, se observa que el CONSORCIO PROSPERIDAD al pronunciarse sobre el llamamiento en garantía realizado por la FIDUCIARIA BOGOTÁ en calidad de administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA FINDETER, se opuso a este, por no cumplirse con los requisitos de esta figura procesal, consagrados en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, sin embargo, para el despacho dicha inconformidad debió ser puesta de manifiesto oportunamente una vez fue notificado de la providencia que lo admitió, a través del recurso ordinario respectivo, pues es la herramienta idónea de controvertir la decisión, permitiendo así la preclusión de poner en conocimiento el argumento planteado.

Por otro lado, frente al contrato de interventoría y las obligaciones que este tenía y de su posible responsabilidad dentro del presente proceso, debe valorarse de manera concreta el contenido obligacional del instrumento contractual, establecido en la cláusula segunda, en el siguiente tenor literal:

"CLÁUSULA SEGUNDA. - OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: 1. Verificar que los contratistas de obra hayan obtenido los permisos, licencias o autorizaciones que se requieren para el oportuno cumplimiento del contrato de obra respectivo. 2. Llevar un control sobre la ejecución y cumplimiento de los contratos de obra objeto del presente contrato y remitir a LA CONTRATANTE, todo documento que se genere por las partes durante la ejecución de los mismos. 3. Suscribir el acta de iniciación y terminación de los contratos de obra respectivos, en los tiempos y con la oportunidad indicados por LA CONTRATANTE. 4. Informar y exponer los motivos por los cuales debe suspenderse o terminarse el presente contrato. 5. Verificar la ejecución de las obras, de conformidad con lo estipulado en los respectivos contratos de obra y en las normas técnicas y administrativas pertinentes, suscribiendo las actas de recibo parcial y definitivo de las obras. 6. Solicitar a los contratistas de obra los informes y explicaciones que requiera para el cumplimiento de su función. 7. Exigir a los contratistas de obra la ejecución idónea y oportuna del objeto de cada contrato. 8. Emitir cuando sea el caso, concepto y recomendación a LA CONTRATANTE sobre la conveniencia de prorrogar, modificar o adicionar los contratos de obra. 9. Hacer las recomendaciones que estime conducentes al mejor logro del objeto contractual, dando aviso oportuno a LA CONTRATANTE. 10. Acreditar ante LA CONTRATANTE, cuando ésta se lo exija, el desarrollo de su labor, así como las metodologías, pruebas o ensayos en que funda sus observaciones. 11. Verificar el cumplimiento de los cronogramas, establecidos en los respectivos contratos de obra. 12. Efectuar seguimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales de los contratos de obra mediante actas o informes de acuerdo con la naturaleza del contrato. 13. Rendir

30 Folios 1 a 36 del PDF índice 107AnexosFindeter - terminación unilateral del contrato.

periódicamente informes económicos sobre el cumplimiento del presente contrato.

14. Verificar que los recursos públicos que manejen los contratistas de obra sean debidamente utilizados. Particularmente, para el manejo del anticipo reconocido a los contratistas de obra, EL CONTRATISTA deberá abrir una cuenta conjunta con los contratistas de obra, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente. Los costos que ello implique serán cubiertos directamente por el contratista de obra. Las órdenes de pago a terceros con cargo a esta cuenta deberán ser autorizadas por el CONTRATISTA.

15. Informar a LA CONTRATANTE, en forma continua y periódica sobre el avance, problemas y soluciones presentados en el desarrollo de los contratos de obra, a través de informes semanales, mensuales o especiales a solicitud de LA CONTRATANTE o del supervisor designado para el presente contrato.

16. Efectuar un estricto control de la calidad de los materiales empleados por los contratistas de obra, a partir de las especificaciones técnicas generales y particulares contratadas.

17. Asegurar el cumplimiento de las metas contractuales logrando que se desarrollen los contratos de obra, dentro de los presupuestos de tiempo e inversión previstos originalmente.

18. Armonizar las actividades de LA CONTRATANTE y el contratista de obra para el logro del objetivo general de cada proyecto, así como la de obtener excelentes obras que satisfagan las necesidades de la comunidad o suministros adecuados y oportunos.

19. Autorizar los pagos a los contratistas de obra.

20. Velar porque desde la iniciación de los trabajos, los contratistas de obra tengan listo todo el equipo y materiales que están obligados a suministrar por su cuenta y hayan instalado dos (2) Vallas de información de la obra, una (1) en el sitio de ejecución y otra en el sitio indicado por el CONTRATISTA, en las condiciones exigidas por LA CONTRATANTE. Estas vallas deberán actualizarse y permanecer legibles y en buen estado durante todo el tiempo de ejecución del contrato de obra. En cumplimiento de esta obligación, EL CONTRATISTA deberá inspeccionar y controlar la calidad del equipo y materiales, así como su utilización.

21. Coordinar con LA CONTRATANTE las actividades que incidan en el normal desarrollo de las obras.

22. Conceptuar sobre la autorización de cambios del personal presentados por los contratistas de obra.

23. Dar el curso debido por escrito y con la mayor brevedad posible a la correspondencia dirigida por los contratistas de obra.

24. Vigilar que los contratistas de obra ejecuten las obras en un todo de acuerdo con los planos, normas y especificaciones contenidas en el respectivo contrato de obra y demás documentos que hacen parte del mismo.

25. Estudiar las causas de las demoras en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas de obra y si éstos solicitan modificación en el plazo acordado, analizar si las causas aducidas son justificación para la modificación del plazo acordado. EL CONTRATISTA debe velar porque en el contrato adicional de plazo se incluya la correspondiente modificación al programa de trabajo si la adición en tiempo incide en éste, además de la suscripción de la modificación a las pólizas correspondiente.

26. Comprobar los trabajos y dimensiones de las obras ejecutadas en cumplimiento de los contratos de obra.

27. Programar y coordinar la labor del personal auxiliar a su cargo para el mejor desempeño en su trabajo.

28. Controlar el saldo sobre el valor de los contratos de obra, acumulando sumas pagadas y descuentos por concepto de anticipo y retenciones en caso de que las haya.

29. Controlar la vigencia y el valor asegurado de las pólizas que garantizan el cumplimiento de los contratos de obra, para exigir a los contratistas de obra las modificaciones que sean del caso.

30. Informar a LA CONTRATANTE los hechos que puedan considerarse ocurrencia del riesgo asegurado; de tal manera que pueda obtenerse la efectividad de la póliza dentro del periodo garantizado.

31. Informar y adicionar toda la documentación pertinente sobre la necesidad de adición en el valor o plazo del contrato de obra, con el fin de que se tramite ante la dependencia competente, la debida autorización del contrato adicional correspondiente, en forma oportuna antes de que se venzan o cumplan los términos pactados.

32. Programar las pruebas de campo dentro del plazo establecido en los contratos de obra.

33. Realizar evaluaciones periódicas con el fin de establecer los incumplimientos a cualquier obligación contractual en la que incurran los contratistas de obra, o determinar el incumplimiento definitivo del respectivo contrato. Estas evaluaciones deben realizarse con una oportunidad tal que permita, dentro de la vigencia de cada contrato dar aplicación a las sanciones correspondientes.

34. Analizar los aspectos de fuerza mayor que puedan determinar una suspensión a los contratos de obra.

35. Elaborar el informe final de cada contrato de obra.

36. Efectuar visitas a los sitios de las obras, cuantas veces la intensidad y el avance de los trabajos lo requiera, sin perjuicio del personal residente que deberá permanecer en el sitio de ejecución de los contratos de obra.

37. Exigir a los contratistas de obra consignar en la bitácora los eventos principales que ocurran en la ejecución de la obra.

38. Definir oportunamente con los contratistas de obra los ítems para las obras que no hayan sido contemplados en el respectivo contrato, por omisión o por cambio del diseño; calcular cantidades de obra y solicitarle con límite de tiempo la presentación de los análisis de precios

para la elaboración y legalización de la correspondiente acta de modificación y adición de contrato; todo esto dentro del plazo contractual y previo conocimiento y autorización de LA CONTRATANTE. 39. Exigir a los contratistas de obra a la terminación de la misma los planos record y entregarlos a LA CONTRATANTE para su posterior archivo. 40. Actualizar oportunamente los planos de las obras según los cambios obligados por imprevistos. 41. Previo al inicio de ejecución de los contratos de obra, verificar la existencia de planos, diseños, licencias autorizaciones estudios, cálculos, especificaciones y demás consideraciones técnicas que estime necesarias. 42. Las demás que por su naturaleza y esencia le correspondan”.

Se extrae de la cláusula segunda del mencionado contrato de interventoría, que las obligaciones, en síntesis, consistieron en el seguimiento técnico sobre el cumplimiento del contrato, por lo que si de alguna manera dicho consorcio no se percató del cuidado de las obras de parte de los contratistas, para el despacho esta no constituyó la causa eficiente del daño causado a los demandantes en el presente proceso, ya que, el hecho dañoso, como ya se indicó, consistió en la omisión de mantener en un estado adecuado la vía vehicular hasta tanto se entregara definitivamente la obra ejecutada, obligación contractual de los contratistas de obra, por lo que el CONSORCIO PROSPERIDAD no está llamado a responder.

Por regla general, cuando ocurre un accidente de tránsito o se causa algún daño con la ejecución de una obra pública y esto es imputable al contratista, es responsabilidad también del contratante, es decir, del dueño de la obra o la entidad pública que en razón a su imposibilidad técnica de ejecutar una obra, lo hizo por intermedio del contratista, sin embargo, en el presente caso no hay lugar a aplicar esta regla, en atención a que el contratante es el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINETER administrado por la FIDUCIARIA BOGOTÁ cuya principal función era administrar los recursos cedidos por el MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL -FINETER y el MUNICIPIO DE POPAYÁN.

Finalmente, frente al argumento puesto de manifiesto por la entidades demandadas que hacen alusión a la culpa exclusiva de la víctima, por transitar la motocicleta instrumento del daño a alta velocidad en zona escolar, transitar sin casco y sin certificado de revisión técnico mecánica y de emisiones contaminantes, encuentra el despacho que esto no fue acreditado en debida forma, pues no existe prueba técnica que brinde certeza sobre el exceso de velocidad que supuestamente llevaba la motocicleta, el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ tenía la condición de pasajero y no de conductor del vehículo, tampoco se demostró que al momento del accidente se encontrara sin casco protector, pues si bien es cierto que en el informe de accidentes de tránsito no se hizo mención a este instrumento de seguridad que exigía la normatividad de tránsito, también lo es que la falta de referencia a este elemento no implica que la víctima no poseía casco de seguridad al momento del suceso. Por último, una vez consultada la base de datos del RUNT se puede establecer que para el 28 de diciembre de 2013 el vehículo con placas MSW 03 sí contaba con certificado de revisión técnico mecánica y de emisiones contaminantes vigente con número de certificado 113840469.

De lo anterior se tiene que (i) los contratos de obra en comento para la fecha de los hechos que aquí se analizan estaban vigentes; (ii) que el accidente ocurrió en el trayecto para el cual fue suscrito dicho acuerdo contractual; (iii) durante la vigencia de esa relación contractual, el contratista adquirió la obligación de garantizar el estado de la vía, así como la señalización de la misma y, por consiguiente, la responsabilidad de los daños que se llegaren a causar a terceros o a la entidad contratante (cláusula vigésima quinta); (iv) que resulta inaceptable que una vía sometida a intervención se encontrara en las condiciones establecidas, sin que ni siquiera se advirtiera a los conductores del estado de la vía para que pudieran adoptar medidas preventivas, y, (v) que los hechos hoy analizados no constituyen fuerza mayor o caso fortuito, para exonerar de responsabilidad.

De igual manera, no se acreditó dentro del proceso que existieran señales de advertencia instaladas por los contratistas de obra, a pesar de haberse ejecutado el objeto del contrato, por medio de las cuales se informara a la ciudadanía sobre las condiciones físicas actuales

de la vía vehicular donde se presentó el siniestro, es decir, poniendo en conocimiento un riesgo a todas luces previsible, debido a que, como hecho notorio, la subbase con la cual se rellenó la superficie de las excavaciones, con el continuo transitar de vehículos claramente se deterioraría pocos meses después.

Por consiguiente, se declarará la responsabilidad administrativa del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO DE POPAYÁN y FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA, por la falla en la prestación del servicio, la cual tiene nexo directo con la muerte prematura del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS.

SÉPTIMA: Los perjuicios a indemnizar.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en los siguientes términos:

"Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

Partiendo de la responsabilidad administrativa que radica en las entidades demandadas, debe determinarse la indemnización que por los perjuicios reclamados corresponda al grupo accionante, de conformidad con el grado de parentesco y las relaciones afectivas que se tuvo por probado en la fijación del litigio y con las declaraciones recaudadas en la fase probatoria.

- Perjuicios materiales.
 - Daño emergente y lucro cesante.

En la demanda se solicita el reconocimiento de la suma de veinte millones de pesos m/cte. (\$ 20.000.000.00) por concepto de perjuicio por daño emergente para CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVES y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, de igual manera la suma de USD 842,98 y USD 1041.98 por concepto de daño emergente con ocasión a los gastos en que incurrieron LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ y su hijo CESAR ENRIQUE DEVIA BOHORQUEZ, por asistir al sepelio del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ y finalmente DOSCIENTOS MILLONES PESOS M/CTE (\$ 200.000.000.00) por concepto de lucro cesante para los señores HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR, CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO.

Las nociones de daño emergente y lucro cesante se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, el cual señala:

"Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento". (Hemos destacado).

Es así que, el daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso que conlleva a que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

En el presente proceso no se encuentran acreditados los costos, por concepto de gastos funerarios sufragados por CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, pues se anexó con la demanda un Contrato de Prestación de Servicios de Protección Exequial Individual Transferible³¹, pero en dicho contrato se registra como comprador a la señora OLGA MARCIA CHAVEZ, y de igual manera obra

31 Folios 169 A 170 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS

factura de venta expedida a favor de la misma. Si bien es cierto se adjuntó con la demanda una orden de prestación de servicio de Jardines de Paz³² y se registró como fallecido el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, esto no acredita que CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO hubieran asumido gastos por dicho concepto, por ello se negará la indemnización solicitada.

Asimismo, no se encuentran acreditados los gastos en que incurrieron la señora LORENA DEL CARMEN BOHORQUEZ y su hijo CESAR ENRIQUE DAVIA BOHORQUEZ para asistir al sepelio del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, ya que, el material probatorio que obra en el expediente³³ no ofrece la claridad suficiente y no acreditan el gasto en que presuntamente se incurrió, ni el traslado o asistencia al sepelio, por ello se negará indemnización por este concepto.

Respecto del lucro cesante, recordemos que este se traduce en la ganancia que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado, situación que afecta el patrimonio de la víctima.

Para el caso en concreto señala la parte actora que la suma solicitada por concepto de indemnización por lucro cesante, corresponde a las sumas que el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS y su familia dejaron de percibir en razón a su muerte, sin embargo, no se demostró en el proceso que alguno de los demandantes dependiera económicamente del joven BOHORQUEZ VARGAS o que existiera alguna obligación legal para con estos, por lo tanto, se negará la indemnización solicitada, además por las siguientes razones:

En primer lugar, no se acreditó por la parte actora que la joven HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR tuviera la calidad de compañera permanente para con CARLOS MANUEL BOHORQUEZ y consecuentemente dependiera de él, pues del material probatorio recaudado únicamente el testigo JULIAN CANO ALVAREZ la señaló como compañera permanente, afirmación contradictoria con lo registrado en la historia clínica de la joven³⁴, en la cual se señala que: “... *presenta síndrome depresivo desde el mes de diciembre del año anterior por duelo mal elaborado por la muerte de su novio....*”, es así que la misma HEIMI JULIANA BOJORGE para el 30 de septiembre de 2014 manifestó que el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ era su novio, y las reglas de la experiencia indican que un noviazgo estable no significa que haya existido una unión marital de hecho, ya que, no es suficiente la simple aseveración de que existió una comunidad de vida para tenerla por demostrada, sino que es indispensable la rememoración de datos concretos que sirvan de ilustración y comprobación, tales como la participación en eventos sociales, acompañamiento en momentos calamitosos y la fijación de proyectos comunes que indiquen la decisión inculcable de formar una familia.

En tanto los testigos, como las partes, para demostrar y acreditar la unión marital, deben relatar las situaciones importantes de la pareja, como viajes, celebraciones o desencuentros, entre otros, es así que no basta el testimonio, que por cierto es contradictorio, para dar por plenamente acreditado la existencia de la unión marital de hecho, por lo que se negará la indemnización de lucro cesante en favor de HEIMI JULIANA.

Ahora bien, dicha indemnización también fue solicitada para CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ y MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, sin embargo, tampoco se acreditó que estos actores dependieran de la víctima directa CARLOS MANUEL BOHORQUEZ, ni tampoco puede presumirse tal dependencia, más cuando aquel era menor de edad al momento de su deceso, al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que en ocasiones se podrá presumir que los hijos habitan la casa de sus padres hasta la edad de 25 años, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar, por otro lado también se presume en ocasiones que los padres contribuyen al sostenimiento de sus hijos

32 Folio 173 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS

33 Folio 175 a 176 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS.

34 Folio 168 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS

hasta los 25 años de edad, por ello el juez al momento de aplicar tales presunciones debe ser cuidadoso observando lo acreditado dentro del proceso. El Consejo de Estado, señala³⁵:

"57. En efecto, si el hijo requiere de la ayuda económica de sus padres hasta que cumple los 25 años es porque no está en capacidad de procurarse a sí mismo ni a un tercero todo lo que necesita para subsistir, de manera que no se ve cómo puede afirmarse válidamente que los padres de un hijo que fallece experimentan un lucro cesante por cuenta de este hecho. Tal como están las cosas en la jurisprudencia, pareciera que la regla conveniente se activa ad libitum dependiendo de quién demande como víctima.

58. Además, tampoco existe una regla de la experiencia que dé sustento a esta presunción cuando se conoce que los jóvenes, en Colombia, enfrentan importantes barreras para el acceso y la permanencia en el mercado laboral, al punto que se han adoptado medidas de política pública para enfrentar esta problemática.

59. Un informe publicado en 2017 por el Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario señaló que 53% de los jóvenes entre los 15 y los 24 años de edad en las 13 principales ciudades del país estudian, que el 36% trabaja, que el 4,2% combina las dos actividades, y que el resto dedica su tiempo a buscar trabajo, a realizar oficios en el hogar u otras tareas como cuidar o atender niños o asistir a eventos de capacitación en algún tema. El DANE, por su parte, reveló que, durante el trimestre comprendido entre los meses de noviembre 2017 y enero 2018, la tasa de ocupación para el total de personas entre los 14 y los 28 años fue solo del 48,3%, mientras que el desempleo alcanzó un porcentaje del 16,8%. En las áreas metropolitanas, esas cifras ascendieron al 49,6% y al 18,5% para la tasa de ocupación y de desempleo, respectivamente.

60. Finalmente, debe tomarse en consideración que el fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos.

61. Lo anterior significa que desde el punto normativo tampoco existen razones para presumir que los hijos entre los 18 y los 25 años contribuyen con el sostenimiento económico de sus padres, cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos.

62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto

35 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar”.

En el caso concreto, está probado que, al momento de su fallecimiento, el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ no tenía un empleo fijo, pues según el testigo JULIAN CANO ALVAREZ, en ocasiones aquel trabajó para él y le pagaba \$ 15.000 o \$ 20.000 por día y que en el mes de diciembre también por temporada vendía ropa, lo que evidencia que CARLOS MANUEL no estaba en condiciones para aportar económicamente a sus padres, pero también afirmó el testigo, que ayudaba económicamente a la mamá y a su pareja sentimental, sin embargo, no se aportó al proceso alguna otra prueba que soporte esta afirmación, y en atención a la calidad del testigo su declaración debe ser valorada con mayor cuidado, ya que, manifestó ser esposo de una tía de la víctima directa quien es parte del presente proceso, por lo que su imparcialidad podría estar afectada.

Como lo señala el Consejo de Estado en la sentencia en cita, la obligación no surge del solo parentesco pues demanda dos situaciones; por un lado, que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos. En el presente caso se desconoce si los padres del menor de edad CARLOS MANUEL se encontraban desempleados, pues al respecto no obra prueba en el plenario, en tanto no se demostró ser titulares del derecho a recibir alimentos en los términos del artículo 411 del Código Civil, por encontrarse desempleados, enfermos o sufrir de alguna discapacidad, por lo que se negará la indemnización solicitada, por este rubro.

➤ Perjuicios morales.

La parte accionante solicita el reconocimiento de la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de indemnización por perjuicios de orden moral, para cada uno de los demandantes.

Frente a esta clase de perjuicios, ha dicho el Consejo de Estado:

"(...) El daño moral junto con el daño a la vida de relación están ubicados dentro de los daños inmateriales o mal llamados extra patrimoniales; el daño moral entendido como el producido generalmente en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien (...)

(...) que tratándose del daño moral por la muerte de un pariente la jurisprudencia lo ha inferido entre ciertos grados de parentesco partiendo de la demonstración del estado civil entre padres, hijos, hermanos (mayores y menores) y abuelos y teniendo en cuenta la experiencia humana y las relaciones sociales; que a tales inferencias lógicas se les ha denominado "presunciones judiciales" y en ellas el operador jurídico parte o de los hechos sociales o de los hechos plenamente probados, para deducir otros, mediante un proceso lógico que proviene de él, y no de la indicación imperativa del legislador. Puede decirse entonces que el daño moral cuando no existen elementos probatorios directos de convicción se infiere de esa manera indiciaria (...)"³⁶ (Destacamos).

Este entendimiento es congruente con la posición reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado³⁷, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

36 Consejo de Estado, Sección Tercera, consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia de 10 de julio de 2003. Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083). Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA. Referencia: ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA.

37 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Por otro lado, el Consejo de Estado- Sección Tercera- Subsección A- consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E)- en sentencia del 28 de enero de 2015, proferida dentro del proceso con Rad: 52001-23-31-000-1999-01096-01(32468)- Actor: Sandra Patricia Barrera Arias y Otros - Demandado: Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, respecto a los perjuicios morales, indica:

"... En cuanto a los demandantes... quienes, según la demanda, son los sobrinos del occiso, la Sala encuentra acreditado su parentesco para con la víctima, pues se allegaron, en copia auténtica, los correspondientes certificados de los registros civiles de nacimiento, que demuestran que son hijos de la señora Nubia..., quien a su vez es hermana del señor Jairo...

No obstante, lo anterior, dado el grado de parentesco de los demandantes anteriormente reseñados, la acreditación, de esa sola circunstancia no resulta suficiente para tener por demostrado el dolor moral, por lo cual resulta necesario que se demuestre el padecimiento sufrido como consecuencia de la muerte –en este caso del tío-, pues dicho dolor no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad.

Al respecto, en un caso similar al que ahora se debate, la Sala consideró: "... De igual manera se ha precisado que no se puede confundir la prueba del vínculo parental con la prueba de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del parentesco para deducir, judicialmente, que una persona se halle legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de dicha prueba - contenida en el registro civil de nacimiento o en la copia auténtica de éste-, su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral – claro está, únicamente en los casos en que el presunto damnificado se encuentra con la víctima directa dentro de los grados de parentesco mencionados en el párrafo anterior, esto es, cuando se alega la condición de padre, hijo o hermano-. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco -relación jurídica civil en los grados a los que se ha hecho alusión - y, por tanto, no se puede inferir el dolor, debe demostrar la existencia de este dolor para probar su estado de damnificado y con ello su legitimación material en la causa -situación jurídica de hecho-. Puede concluirse de lo que se deja visto que con la demostración del parentesco - dentro de los grados especificados - se infiere el daño -presunción de damnificado- y probando el daño, se demuestra el estado de damnificado.

En este orden de ideas, una vez revisadas en conjunto las pruebas debidamente recaudadas, encuentra la Sala que, respecto a la demostración del vínculo parental existente entre Liliana... y el señor..., obra dentro del expediente la copia auténtica del registro civil de nacimiento de la aludida menor, en el cual consta que es hija de María... quien, a su vez, según copia auténtica del registro civil de nacimiento igualmente allegado al expediente, acreditó ser hermana del occiso, razón por la cual, la calidad de sobrina de la menor, respecto de la víctima, se encuentra demostrada.

Ahora bien, en relación con la prueba del padecimiento moral sufrido por Liliana ..., por la muerte de su tío..., -prueba que, en este caso, dado el grado de parentesco entre la menor y el occiso, resulta indispensable para demostrar su condición de damnificada, en tanto dicha condición, bajo las circunstancias anotadas, no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad- ...". (Se destaca).

Es claro entonces que el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que el dolor moral se presume en los grados de parentesco cercanos, comoquiera que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política, pero tratándose de los parientes de tercero y cuarto grado de consanguinidad, deberá demostrarse el dolor y la aflicción para proceder a su indemnización; así, el máximo tribunal de esta jurisdicción ha dicho que, según lo expuesto, la presunción legal del dolor moral solamente es aplicable para la familia cercana, esto es, para los familiares del afectado principal hasta el segundo grado de consanguinidad, y su cónyuge o compañero permanente.

Así las cosas, es al juez a quien le corresponde cuantificar la indemnización que por perjuicios morales se debe a quien haya sido afectado por parte de la administración sin causa que así lo justifique, pero sujetándose a los parámetros que en sentencia de

unificación fijó el Consejo de Estado dictada el día 28 de agosto de 2014 dentro del expediente con radicado interno 27709 con ponencia del consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO, en los siguientes términos:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Por lo tanto, para los niveles 1 y 2 se requerirá prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

De las pruebas recaudas dentro del proceso se puede colegir el estado civil de los padres, hermanos y abuela del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ, pero solo una hace referencia a las relaciones afectivas de los demandantes, esto es, la prueba testimonial del señor JULIAN CANO ALVARES, sin embargo, esta no es suficiente para que esté plenamente acreditado el dolor sufrido por los parientes de tercer y cuarto grado de consanguinidad.

Ahora bien, como ya fue indicado, al no acreditarse la existencia de la unión marital de hecho entre el joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ y HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR, esta será reparada por el perjuicio moral causado en calidad de tercero damnificado (novia), pues obra prueba documental del perjuicio causado, esto es, la historia clínica³⁸ de la citada accionante.

Así las cosas, se condenará al pago de perjuicios morales, de la siguiente manera:

DEMANDANTE – IDENTIFICACION	PARENTESCO	MONTO DE INDEMNIZACION
CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ C.C. 76.308.601	Padre	100 SMLMV
MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO C.C. 34.564.367	Madre	100 SMLMV
DANIEL ENRIQUE BOHORQUEZ VARGAS NUIP 1.002.957.032	Hermano	50 SMLMV
RICHAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS C.C. 1.061.728.092	Hermano	50 SMLMV
ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ VARGAS C.C. 1.061.742.533	Hermana	50 SMLMV
SOLEDAD OSORIO SILVA C.C. 25.270.52	Abuela	50 SMLMV
HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR C.C. 1.061.788.070	Tercero Damnificado	15 SMLMV

➤ Daño a la salud.

Solicita la parte accionante la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de indemnización por perjuicios de daño a la salud para

38 Folio 168 del PDF 02.- DEMANDA Y ANEXOS.

CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ, MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO, DANIEL ENRIQUE BOHORQUEZ VARGAS, RICAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS, ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ VARGAS, SOLEDAD OSORIO SILVA y HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR, dicho perjuicio ha sido reconocido desde el mes de septiembre de 2011³⁹, en sentencias de unificación y que fueron tenidas en cuenta en otros procesos.

Al respecto, el órgano máximo de la jurisdicción contenciosa administrativa, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourt, señaló:

"Precedente – Perjuicio daño a la salud: (...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...) la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar (...)"

En el presente asunto, no se acreditó cuáles fueron los efectos o consecuencias físicas o mentales permanentes producidas a los demandantes con ocasión de la muerte de CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS con posterioridad a ese lamentable hecho, pues si bien obra en el proceso historia clínica con diagnóstico de depresión de algunos familiares, para el juzgado esta es una consecuencia que se presenta por el fallecimiento de un ser querido sin miramiento de la causa generadora y este se entiende reparado bajo el concepto de perjuicio moral, pero no se acreditó una grave y permanente alteración del funcionamiento corporal del ser humano como un daño antijurídico, incluyendo aspectos físicos, sexuales y psicológicos que habiliten así el reconocimiento del perjuicio del daño extrapatrimonial en estudio. Por demás, no se cuenta con concepto médico-legal que permita arribar a la conclusión que los accionantes hayan sufrido dicho perjuicio, por contera, esta pretensión será denegada.

SÉPTIMA: Llamamiento en garantía.

Una vez determinada la responsabilidad de las entidades contratistas, es necesario determinar la procedencia de aplicar la garantía de seguro conforme el llamado realizado por el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA y el amparo de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual nro. RO035996.

En cuanto a la aseguradora llamada en garantía, el despacho advierte que se probó que esta celebró un contrato de seguro en el que el tomador y asegurado es el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN. Dicho negocio jurídico se perfeccionó con la expedición de la póliza nro. RO035996 de responsabilidad civil extracontractual, cuya vigencia se extendió desde el 3 de abril de 2013 hasta el 3 de octubre de 2014, con el fin de amparar los perjuicios patrimoniales que sufriera (fl. 118 a 20 del C. Llamamiento en garantía nro. 2).

En atención a lo anterior y teniendo en cuenta que la condena impuesta al CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN obedece únicamente a los perjuicios extrapatrimoniales (morales) que para el despacho este causó con la omisión que se le imputa por el hecho dañoso, entendiendo por tales perjuicios la afectación emocional y dolor causado a las personas, debe concluirse que la llamada en garantía no está en la obligación de reembolsar el dinero que el citado consorcio deberá pagar como consecuencia de los

39 Sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, C.P. Enrique Gil Botero.

perjuicios causados a los integrantes de la parte actora beneficiarios de la condena que hoy se impone, pues en la mencionada póliza no se encuentran amparados los perjuicios de orden extrapatrimonial causados a terceros.

Por consiguiente, no se condenará a la llamada en garantía, COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, a reembolsar las sumas de dinero que el CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYAN deberá pagar a los demandantes como consecuencia de esta providencia judicial.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas. En el presente caso no se condenará en costas, atendiendo que no todas las pretensiones prosperaron, esto bajo el lineamiento del artículo 365 numeral 5 del C.G.P.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la defensa técnica de las accionadas MOVILIDAD FUTURA S.A.S.; MUNICIPIO DE POPAYAN; MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO; FIDUCIARIA BOGOTA S.A.; PATRIMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TECNICA FINDETER; ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN S.A. E.S.P. y de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda respecto del CONSORCIO PROSPERIDAD, conforme lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: Declarar la responsabilidad administrativa del CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN y FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA por los perjuicios derivados de la muerte del joven CARLOS MANUEL BOHORQUEZ VARGAS, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, se condena solidariamente al CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN y FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA a reconocer por concepto de indemnización, los perjuicios morales causados a los accionantes, así:

DEMANDANTE – IDENTIFICACION	PARENTESCO	MONTO DE INDEMNIZACION
CARLOS ORLANDO BOHORQUEZ CHAVEZ C.C. 76.308.601	Papá	100 SMLMV
MARTHA ISABEL VARGAS OSORIO C.C. 34.564.367	Mamá	100 SMLMV
DANIEL ENRIQUE BOHORQUEZ VARGAS NUIP 1.002.957.032	Hermano	50 SMLMV
RICHAR LEONARDO BOHORQUEZ VARGAS C.C. 1.061.728.092	Hermano	50 SMLMV
ANDREA STEFANIA BOHORQUEZ VARGAS C.C. 1.061.742.533	Hermana	50 SMLMV
SOLEDAD OSORIO SILVA C.C. 25.270.52	Abuela	50 SMLMV
HEIMI JULIANA BOJORGE FLOR C.C. 1.061.788.070	Tercero Damnificado	15 SMLMV

El salario mínimo será el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

SEPTIMO: El CONSORCIO REDES ALCANTARILLADO POPAYÁN y FAGAR SERVICIOS 97 SL SUCURSAL COLOMBIA darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos:
fagar@fagar.com; ledsas@outlook.com; diferorco100@hotmail.com;
joseluisibarrap@gmail.com; susancarolinaeq15@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@acueductopopayan.com.co; rocha@minvivienda.gov.co;
rochavictor@yahoo.com; fagar@fagar.com; contabilidad.colombia@fagar.com;
acuervo@fidubogota.com; jccanencio@hotmail.com; restrepoyuribe@gmail.com;
procesos@unicauca.edu.co; williamgg@unicauca.edu.co; prosperidadbogota@gmail.com;
prosperidadbogota@gmail.com; sgeneral@acueductopopayan.com.co;
ccorreos@confianza.com.co; consorcio redesalcantarilladopopayan@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@movilidadfutura.gov.co; scecheverry@findeter.gov.co;
rpombo@mypabogados.com.co; hpabon@mypabogados.com.co;
jkmedina1@hotmail.com; comercioyderecho@hotmail.com; mapaz@procuraduria.gov.co;
jhonnym50@hotmail.com; solucionesjuridicas.com@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@popayan.gov.co; sgdea@findeter.gov.co;
findeter@findeter.gov.co; notificacionesjudiciales@findeter.gov.co;

NOVENO: En firme esta providencia, entréguese copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del CGP y archívese el expediente.

Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La jueza


ZULDERLY RIVERA ANGULO

Firmado Por:
Zulderly Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **229b972ab067811fe4e4174989a782c942ec2cbad05b4f606c60b10a07034688**

Documento generado en 30/03/2023 10:28:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>