



PROCURADURIA 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

**DOCTOR
MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
MAGISTRADA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCION C
Ciudad.**

**Radicado: 2005-02127
Demandante: ORDEN AGUSTINOS DESCALZOS- AGUSTINOS
RECOLETOS- CANDELARIOS- ASOCIACIÓN DE
AGUSTINOS RECOLETOS
Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS
Medio de Control: REPARACION DIRECTA**

El suscrito **PROCURADOR JUDICIAL II 137 ADMINISTRATIVO**, procede a emitir **CONCEPTO** en primera instancia, dentro del proceso de la referencia, para lo que se tienen en cuenta los siguientes:

1. ANTECEDENTES:

A través de apoderado, la **ORDEN AGUSTINOS DESCALZOS- AGUSTINOS RECOLETOS- CANDELARIOS- ASOCIACIÓN DE AGUSTINOS RECOLETOS**, solicita que mediante el trámite del medio de control de reparación directa, se acceda a las pretensiones, que luego del estudio respectivo en la fijación del litigio, se concretan a las siguientes principales:

“1. Declárese que son administrativa y civilmente responsables del accidente ocurrido en abril 28 de 2004 de que tratan los hechos de la demanda, las siguientes entidades: Bogotá Distrito Capital; el instituto de Desarrollo Urbano IDU, representado por su Director General, Bogotá Distrito Capital-Secretaría de Tránsito .y Transporte: la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S A., entidad constituida y domiciliada en Bogotá D.C., representada por su Gerente General, Astrid Martínez Ortiz, mayor de edad, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C.- o por quien haga sus veces, el consorcio Alianza Suba Tramo III, ente constituido mediante acuerdo de junio 9 de 2003 suscrito por las sociedades Arquitectos e ingenieros Asociados S A, Concay S A., ingenieros Constructores Tecnología y Equipos S.A.. (antes ingenieros Constructores Tecnología y Equipos Ltda.), y Estyma Estudios y Manejos S.A., y el cual está representado por Luis Fernando Carrillo

Caicedo, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C, o por quien haga sus veces, y las sociedades Arquitectos e ingenieros Asociados SA., entidad debidamente constituida y domiciliada en Medellín, representada por su Presidente, Ricardo Wills Mejía, mayor de edad, vecino y domiciliado en Medellín, o por quien haga sus veces, Concay S.A., entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá D.C, representada por su Gerente General Luis Fernando Carrillo Caicedo mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D C, o por quien haga sus veces, ingenieros Constructores Tecnología y equipos S.A (ante ingeniero constructores Tecnología y Equipos Ltda), entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá D.C, representada por su Gerente, Edgar Alfredo Portilla Burbano, mayor de edad vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces, y Estyma Estudios y Manejos S.A. entidad debidamente constituida y domiciliada en Sabaneta, Antioquía, representada por su Gerente Guillermo Leon Angel Toro, mayor de edad, vecino y domiciliado en medellín, o por quien haga sus veces, esta última cuatro sociedades en sus calidades de miembros del Consorcio Alianza Suba Tramo II, que se obligan a responder solidariamente por los hechos y actos del mencionado Consorcio

2. Declárese que son administrativa y civilmente responsables de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la Orden de Agustinos Descalzos- Orden de Agustinos Recoletos o Candelarios o Asociación de Agustinos Recoletos, entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá D.C., representada por José David Niño Gómez, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces, con ocasión de accidente de abril 28 de 2004 de que tratan los hechos de la demanda, las siguientes entidades: Bogotá Distrito Capital; el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, representado por su Director General; Bogotá Distrito Capital-Secretaria de Tránsito y Transporte; la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., entidad constituida y domiciliada en Bogotá D.C., representada por su Gerente General, Astrid Martínez Ortiz, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces; el Consorcio Alianza Suba Tramo II, ente constituido mediante acuerdo de junio 9 de 2003 suscrito por las sociedades Arquitectos e ingenieros Asociados S.A., Concay S.A. ingenieros Constructores Tecnología y Equipos S.A., (antes ingenieros Constructores Tecnología y Equipos Ltda.), y Estyma Estudios y Manejos S.A., y representado por Luis Fernando Carrillo Caicedo, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces; y las sociedades Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., entidad debidamente constituida y domiciliada en Medellín, representada por su Presidente, Ricardo Wills Mejía, mayor de edad, vecino y domiciliado en Medellín, o por quien haga sus veces Concay S.A., entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá D.C, representada por su Gerente General, Luis Fernando Carrillo Caicedo, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces, ingenieros Constructores Tecnología y Equipos S.A. (antes ingenieros Constructores Tecnología y Equipos Ltda.), entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá D.C., representada por su Gerente Edgar Alfredo Portilla Burbano, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá D.C., o por quien haga sus veces, y Estyma Estudios y Manejos S.A. entidad debidamente constituida y domiciliada en Sabaneta, Antioquía, representada por su Gerente, Guillermo León Angel Toro, mayor de edad, vecino y domiciliado en Medellín, o por quien haga sus veces, estas cuatro últimas sociedades en sus calidades de miembros del Consorcio Alianza Suba Tramo II, y las cuales son solidariamente responsables por los hechos y actos del mencionado Consorcio.

3. Condénese a pagar a las entidades antes referidas todos y cada uno de los daños y perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales causados a la orden de Agustinos Descalzos Recoletos, entidad debidamente constituida y domiciliada en Bogotá, representada por José David Niño Gómez, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá o por quien haga sus veces, con ocasión de accidente de abril 28 de 2004, en las siguientes sumas de dinero en concreto que se determinan así:

a. *Por los gastos realizados con ocasión de la destrucción del bus de placas FUC-190, o sea, la cantidad de 1.061.600.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos*

b *Por los gastos realizados con ocasión de la reposición del bus destruido o sea la cantidad de \$133 004 079.00 junto con los intereses causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.*

c. *Por los gastos realizados con ocasión de velación y exequias de los alumnos fallecidos dos, o sea, la cantidad de \$8 392.136 oo Junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.*

d. *Por los gastos realizados con ocasión de los avisos de prensa publicados en el periódico El Tiempo, o sea, la cantidad de \$9.767 .120 oo, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos*

e. *Por los gastos realizados con ocasión de los avisos de prensa publicados en el periódico El Espectador, o sea, la cantidad de \$4.437.000 oo, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos*

f. *Por los gastos realizados por asesoría jurídica, o sea, la cantidad de \$13. 804 000.00` junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.*

g. *Por los gastos realzados para responder las comunicaciones de solidaridad recibidas con motivo del accidente de abril 28 del 2004, o sea, la cantidad de \$3.056.800.00, junto con los intereses de mora causados desde la fecha en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.*

h. *Por los ingresos perdidos por conceptos de matrículas de los alumnos fallecidos, desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$200.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas matrículas y hasta cuando se paguen cada uno de ellas.*

i. *Por los ingresos perdidos por conceptos de pensiones de los alumnos fallecidos; desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$750.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas pensiones y hasta cuando se paguen cada uno de ellas.*

j. *Por los ingresos perdidos por concepto de las mensualidades de transporte de los alumnos fallecidos, desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$490.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas mensualidades y hasta cuando se Paguen cada uno de ellas.*

k. *Por los ingresos perdidos por concepto de la explotación de los 17 cupos que por la destrucción del bus no pudieron utilizando, o sea, la cantidad de \$400.000.000,00, desde el momento del accidente y hasta que terminara la vida útil del bus destruido*

l. Por los ingresos perdidos por pensiones y servicios de transporte de algunos de los alumnos fallecidos o heridos, que como consecuencia de la situación generada por la tragedia no pudieron recuperar, o sea, la cantidad de \$4.201.036.00, y los cuales corresponde al año lectivo de 2004.

m. Por el daño sufrido en el buen nombre, fama, reputación y prestigio de la Orden de Agustinos Recoletos y del Colegio Agustiniense Norte al estigmatizados como consecuencia del huracán de las noticias que se generaron por la tragedia de abril 28 del 2004, y que se tasan en una suma no menor al equivalente de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de pago.

n. Por el perjuicio moral sufrido por cada uno de los miembros de la Comunidad Educativa del Colegio Agustiniense Norte afectados por la tragedia de abril 28 del 2004, en una suma no menor al equivalente de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes la fecha de pago.

4. Que se de cumplimiento a los artículos 177 y 178 del C.C.A.”

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Se citan como fundamentos de derecho los siguientes:

C.P., arts. 1,2,6,15,21,24,24,38,41,42,44,58,67,68,90,113,209,275 y concordantes de la Constitución Política de Colombia; Arts 1,2,4,7,13,14,26,32,53 siguientes y concordantes de la ley 80 de 1993; Art. 17, 18, 19 del Decreto 679 de 1994; Arts. 82, 86, 206, siguientes y concordantes del Código Contencioso Administrativo: Ari.1, 4, 6, 7,10, 11, 73, 85, 87, 88, 91, 95, 96,138, 142, 144, 201, siguientes y concordantes de la Ley 115 de 1994; Arts.1, 2, 3, 6, 7, 27, 28, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 46, 47, 48, 50, 51, 55, 73, 84, 101,119, 122, 125, 129, 131,143,144,145,146,149,167, siguientes y concordantes del Código de Nacional de Tránsito y Transporte; Arts, 9, 253, 257, 264, 314, 412, 413,1568, siguientes y concordantes del Código Civil; Arts. 2, 5, 28, 45, 59, 61, 62, 63, 64, 68, Siguintes y concordantes del Decreto 174 de 2001; Art. 2,3,4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 14, 17, 18, 19, 23, 40, 57, 58 siguientes y concordantes del Decreto 1860 de 1994; Resolución Rectoral 001 de 2004; arts. 1 a 30, 47 A, siguientes y concordantes del Manual de Convivencia del Colegio Agustiniense Norte; Art. 97, 233, Siguintes y concordantes del Código Penal; Art. 16 de la Ley 446 de 1998; Decreto 2878 de 1997; Decreto 1203 de 1996; Decreto 2251 de 2000; Decreto 2279 de 1999; Sentencia, Consejo de Estado. Sección Tercera, octubre 21 de 1999. Dr. Alier Eduardo Hernández. Expediente No. 10948-11643 Sentencia, Consejo de Estado. Sección Tercera, febrero 21 de 2002. Dr, Alier Eduardo Hernández. Expediente No. 12789; Sentencia, Consejo de Estado. Sección Tercera, marzo 25 de 1993. Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7781; Cánones 795, 897, 899, 901,1176,1177,1180, siguientes y concordantes del Código de Derecho Canónico; Numerales I, II, IV, VII, numeral III del Capítulo II, numerales II, III, IV, V, VI del Capítulo Primero numerales I, IX, X, XV del artículo Li capítulo Sexto, siguientes y concordantes del Compendio del Manual de Urbanidad y Buenas Maneras, Miguel Antonio Carreño, Curia Edición, Librería Voluntad Ltda.1966; Contrato de Concesión No. 146 de 2003: Plan de Desarrollo Económico, Social y Obras Públicas para Bogotá D,C. 2001-2004, adoptado mediante D. 440 de 2001; Convenio

celebrado entre la Nación, Distrito Capital de Bogotá D.C., Instituto de Desarrollo Urbano IDU y Transmilenio de junio 24 de 1998, modificado mediante Oficios de diciembre 30 de 1999, diciembre de 2000 y septiembre 19 de 2001; Acta No. 14 del 15 de noviembre de 2000 del Consejo de Política Fiscal del Distrito Capital; Convenio No. 005 del 20 de febrero de 2001 celebrado con la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. Convenio No. 005 del 20 de febrero de 2001; Acuerdo 19 de 1972; art. 95 de la ley 489 de 1995; art. 149 de del D.1421 de 1993; Convenio interadministrativo No. 020 de 2001; art. 311, 312, 313, 314, 315, 317, 319, Sigüientes y concordantes del Código del Menor, Contrato de Matricula y/o Cooperación Educativa.

3. PRESUPUESTOS FACTICOS RELEVANTES

Dentro del libelo se tienen como tales los siguientes:

El Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá IDU, celebró los contratos de concesión números 146 de 2003, con el objeto de realizar la adecuación de la Troncal Suba al Sistema Transmilenio, Tramo 2 (Troncal calle 127ª Av. Ciudad de Cali) y el 190 de 2003 para realizar la interventoría de la obra.

Durante el período de construcción de la obra, se causaron dos accidentes de tránsito, el primero de ellos, ocurrió el 2 de abril de 2004, cerca de las 11:35 am, en la avenida Suba con calle 125B, en donde una retroexcavadora, utilizada en la construcción de la segunda fase del contrato 146 de 2003, situado en la calle 127ª hasta la Av. Ciudad de Cali, que llevaba el brazo izquierdo abierto, era transportada en un camión cama baja, y excedió la altura permitida, colisionó con un puente peatonal, resultando una persona muerta y dos heridas.

El segundo accidente ocurrió el 28 de abril de 2004 a las 3:15 pm, en la Av. Suba con calle 139 frente al número 60B-60, cuando una máquina fresadora de asfalto, al servicio de la concesión ALIANZA SUBA, que se movilizaba por el costado occidental de la Av. Suba, sentido norte a sur, se salió de la calzada, impactó la barrera de contención y se volcó sobre un bus que transportaba estudiantes del Colegio Agustiniiano del Norte que transitaba por la calzada baja, ocasionando la muerte de 23 personas y 36 heridos, entre las víctimas se encontraban niños de 5 a 16 años de edad.

A causa del anterior hecho se le causaron múltiples daños al demandante, específicamente por la destrucción del bus, gastos de velación y exequias, avisos de prensa, asesoría jurídica, comunicaciones de solidaridad, matrículas, pensiones y mensualidades de transporte dejados de percibir, daño por el buen nombre del colegio y perjuicio moral por cada uno de los miembros de la comunidad educativa del colegio afectados.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EMPRESA DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO (Folio 285 a 317)

Se opone a las pretensiones por ser contrarias a derecho, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la relación causal entre el daño y perjuicios pretendidos.

Como excepciones de mérito se propusieron:

FALTA DE VOCACIÓN POR PASIVA, ya que si bien concurrió al contrato, es de anotar que en el mismo tan solo cumplió el rol de mero y simple pagador. De conformidad con la ley 105 de 1993, artículo 20 y 21, los bienes que conforman la infraestructura dedicada al transporte urbano son de propiedad del respectivo ente territorial.

En el caso de TRANSMILENIO S.A, no obstante ser una sociedad pública por acciones, la integración de su capital, suscrito y pagado en su integridad por entidades estatales, deriva en la consecuencia jurídica que se regula por las mismas normas que las empresas industriales y comerciales del estado. No obstante lo anterior, en relación con el accidente anotado en los hechos de la demanda, de fecha 28 de abril de 2004, no tiene intervención alguna en el proceso de construcción de la infraestructura destinada al transporte o la movilidad de la ciudad, por ende no puede por acción o por omisión haber incurrido en una falla del servicio en relación con los hechos enunciados en el libelo, por ende no es ni administrativa ni civilmente responsable de los daños y perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales causados al actor.

En cuanto a las pretensiones de condena.

En particular es de anotar que el actor pretende intereses de mora en contra de los dispuesto en el código contencioso administrativo, que tan solo prevé dicho evento para las condenas liquidadas de dinero y con posterioridad a los seis (6) meses de la condena en firme. De otra parte pretende intereses civiles o legales.

Finalmente, con relación a este tema es de anotar que la parte actora tenía debidamente asegurado su vehículo, por parte de Liberty Seguros, y por ende esta pretensión no es acumulable con la contemplada en el literal b, ya que ello hace parte del interés de la compañía de seguros al pagar el siniestro de pérdida total del vehículo y por ende se ha subrogado en todos los derechos patrimoniales.

ARQUITECTOS E INGENIEROS ASOCIADOS AIA S.A; CONSTRUCTORA INECON- TE S.A; ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A Y CONCA Y S.A.

Este demandado consigna su oposición a todas las pretensiones de la demanda.

Como excepción de mérito se propuso:

INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR: El grueso de la demanda está constituido por supuestos daños futuros que el demandante hace depender de una afirmación imposible de probar por ser un hecho futuro y es que las víctimas permanecerían en el colegio hasta el fin de su vida escolar. Es bien sabido que los hechos futuros e inciertos no son causa de generación de perjuicios, que tiene que ser ciertos y actuales.

BOGOTÁ D.C- SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE.

Se opone a todas las pretensiones de la demanda.

Como excepciones de mérito se propuso: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE BOGOTÁ D.C.

INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE BOGOTÁ D.C. Y LOS HECHOS Y PERJUICIOS DEMANDADOS. Respecto a la inexistencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño (nexo causal) atribuible a Bogotá D.C- Secretaria de Tránsito y Transporte de Bogotá se desprende en forma notoria que esta entidad no es la legítima responsable dentro de la presente acción de reparación directa adelantada por la orden Agustinos Recoletos.

Los hechos, por tratarse de una concesión desarrollada por un contratista del IDU son, a lo sumo atribuibles al concesionario quien tenía el gobierno del riesgo y del desarrollo de las actividades el día del accidente, de las cuales no se informó a la Secretaria de Tránsito y Transporte, para que hubiera adoptado medidas del caso (...).

CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO: El juzgador en el presente caso deberá establecer la responsabilidades de conformidad con la órbita de funciones que le compete a cada entidad o cada particular vinculado en la presente demanda, pues no hay que olvidar que los lamentables hechos del 28 de abril de 2004, en donde murieron 21 alumnos del Colegio Agustiniانو Norte y otros resultaron lesionados, ocurrió en ejecución del contrato de Concesión 146 de 2003, el cual en primer término no fue celebrado por esta entidad y por otra parte tampoco tenía a cargo las funciones de interventoría o supervisión del mismo.

EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS.

Concurrencia de causas y/o actividades peligrosas en la producción del resultado.

Daño emergente por destrucción del bus. Cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa y pago o compensación.

Improcedencia del perjuicio por daño al buen nombre, honra y reputación de la demandante.

Improcedencia del perjuicio moral de los miembros de la comunidad educativa por ausencia de legitimación en la causa por activa.

Improcedencia del perjuicio material lucro cesante por las pensiones, matriculas y servicio de transporte.

Obligación de indemnizar a los perjudicados en cabeza del concesionario.

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU”.

Igualmente se opone a las pretensiones de la demanda

Como excepciones de mérito se propuso:

LEGALIDAD DE LAS OBRAS REALIZADAS E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL IDU POR LA OCURRENCIA DEL ACCIDENTE.

En desarrollo de este proyecto, el IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A celebraron el convenio interadministrativo de cooperación No. 020 de septiembre 20 de 2001, para la ejecución de las obras de infraestructura física del sistema Transmilenio y posteriormente celebró el contrato de concesión No 146 de 2003 cuyo objeto principal es la realización de las obras para la adecuación de la vía suba en el tramo comprendido entre la calle 127 A y la avenida ciudad de Cali.

En este caso no existe falla en el servicio por parte del IDU puesto que en la cláusula quinta del contrato de concesión 146 de 2003 se exigió la elaboración del Plan General de Manejo de Trafico, señalización y desvíos cuyas especificaciones se encuentran establecidas en el apéndice F; numeral 7.10 correspondiente a manejo de maquinaria, equipos y vehículos de la obra se estableció la obligación de indicar con suficiente antelación, los recorridos para el desplazamiento de la maquinaria y equipos hasta el sitio de la obra, de tal forma que la STT tome las medidas necesarias pertinentes lo cual es responsabilidad del concesionario, finalmente en el numeral 5.1.4 de dicho contrato se estableció: “En todo momento, los equipos que utilice el concesionario estarán bajo su entera responsabilidad durante el plazo de vigencia del contrato (...).”

INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DEL IDU COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina han establecido en reiteradas oportunidades los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual por parte del Estado los cuales son: 1. El hecho, la omisión o extralimitación por parte de la entidad en el cumplimiento de sus funciones como consecuencia de una falla en la prestación del servicio; 2. Que como consecuencia de lo anterior se cause un daño antijurídico, es decir que la víctima no esté obligado a soportar; 3. Un nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño. Para que exista responsabilidad civil extracontractual por parte de la entidad se deben configurar estos tres elementos por parte de quien solicita la indemnización, en el caso concreto no se presenta la falla del servicio por parte del IDU ya que la entidad en la función que le corresponde exigió las respectivas medidas de seguridad y ejerció la vigilancia al concesionario a través de la Interventoría sin que pueda afirmarse que toda la movilización de recursos para ser utilizados en un futuro por el contratista pueda estar vigilada por el dueño de la obra, por la magnitud que requiere. El artículo 3 de la Ley 80 de 1.993 establece los fines de la contratación estatal y en su inciso segundo dice que: "Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones" y el numeral 2 del artículo 5 establece como deber del contratista que "Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse". Con base en la normatividad citada podemos establecer que el contratista además de unas obligaciones contractuales tiene unas obligaciones personales, legales y constitucionales (negrilla fuera de texto) (...).

INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO OCASIONADO POR PARTE DEL IDU COMO ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Es importante tener en cuenta que al momento del accidente no se estaba ejecutando ningún tipo de obra en el lugar, lo cual no permite atribuirle responsabilidad al IDU por el daño ocasionado, fue un hecho totalmente ajeno a la función del IDU. En doctrina que la Sala ha acogido en retirada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público: no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de este pueda calificarse como propia del funcionamiento de los servicios públicos, es decir que la conducta del agente de la

Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público". Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público (...).

IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION SOBRE HECHOS INCIERTOS Y MERAS ESPECTATIVAS

Es necesario en cualquier tipo de proceso en el cual se pretenda el reconocimiento y pago de sumas de dinero tener la certeza sobre la existencia y veracidad de los valores que se pretenden cobrar y no ser simplemente apreciaciones subjetivas por parte del demandante, en consecuencia se hace necesario entrar a analizar detenidamente cada uno de los "gastos realizados" por el demandante. Los gastos realizados con ocasión de la destrucción del bus fueron soportados con facturas que no cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 621 y 774 del C. de Co. En cuanto al pago por la reposición del bus no existe prueba del valor del bus accidentado únicamente se limitan a presentar las pruebas correspondientes al valor del nuevo bus que se compró, evidentemente es un valor superior, máxime si se tiene en cuenta que el nuevo bus es modelo 2005 y el anterior es un modelo 1.984.

Los gastos en que incurrió el Colegio con ocasión de la velación y exequias de los alumnos fallecidos fueron potestativos del Colegio fue una manifestación voluntaria y desinteresada de cariño que corresponde realizar a los familiares del fallecido y el hecho de que el Colegio haya teniendo ese gesto no significa en manera alguna que le corresponda pagar estos gastos a la entidad ya que el Colegio no estaba obligado a hacerlo, así como tampoco los avisos, las atenciones, las invitaciones a los asistentes y dolientes ya que corresponden a usos y costumbres sociales que no son de obligatorio cumplimiento y que fueron objeto de indemnización en los procesos que iniciaron cada uno de los dolientes de manera separada, de manera que reconocer este pago sería hacer un segundo pago por el mismo concepto a una entidad que no está legitimada para recibir. La parte demandante solicita el pago de unos daños y perjuicios teniendo como base unos hechos inciertos que se constituyen en meras expectativas de las cuales no se tenía certeza si van a ocurrir o no como son los presuntos "ingresos perdidos" por concepto de matrículas, pensiones y mensualidades de transporte de los alumnos heridos y los alumnos fallecidos, no existe certeza alguna de que efectivamente estos ingresos los fuera a recibir el Colegio, pues no se puede considerar como un hecho criterio que los alumnos fallecidos fuesen a continuar sus estudios en el Colegio hasta terminarlos, así como tampoco existe certeza de que fueran a continuar con el servicio de ruta, máxime si se tiene en cuenta que en los contratos de matrícula y/o cooperación educativa básica año 2004 se establecieron algunas cláusulas como las siguientes (...).

LLAMADO EN GARANTÍA

Se llamó en garantía al ciudadano EFRÉN VARGAS RIAÑO, quien se abstuvo de contestar el llamamiento.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones, considera este agente del Ministerio Público, que el problema jurídico a resolver gira en torno al siguiente interrogante:

¿Son responsables administrativa y patrimonialmente las demandadas de los perjuicios causados a los demandantes, por causa de los presuntos daños causados a estos con ocasión al accidente ocurrido el 28 de abril de 2004 a las 3:15 pm, en la Av. Suba con calle 139 frente al número 60B-60, cuando una máquina fresadora de asfalto, al servicio de la concesión ALIANZA SUBA, que se movilizaba por el costado occidental de la Av. Suba, sentido norte a sur, se salió de la calzada, impactó la barrera de contención y se volcó sobre un bus que transportaba estudiantes del Colegio Agustiniiano del Norte que transitaba por la calzada baja, ocasionando la muerte de 23 personas y 36 heridos?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1. De la parte actora

Desde la demanda sostiene que se deben conceder sus pretensiones, debido a que los perjuicios causados con ocasión de los hechos ocurridos el 28 de abril de 2004 constituyen un daño antijurídico a la luz del Artículo 90 de la Constitución Política. En este sentido añade que existe responsabilidad de la administración, por cuanto fue la dueña de la obra que se estaba realizando al momento del accidente.

6.2. De la parte demandada

Se oponen expresamente a las pretensiones de la demanda, alegando múltiples razones, entre ellas, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de nexo causal, falta de causa para demandar, culpa exclusiva de un tercero, inexistencia de falla, inexistencia de daño e improcedencia de la indemnización.

7. POSICIÓN DE ESTE AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En concepto del suscrito, deben concederse parcialmente las pretensiones de la demanda, por las razones que se pasan a exponer:

1) Marco jurídico aplicable al sub lite, 2) Del caso concreto, y 3) Conclusión.

7.1. Marco jurídico aplicable al sub lite

Régimen de Responsabilidad del Estado – Clausula General de Responsabilidad.

El artículo 90 de la C.P. constituye el sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico.

Respecto del daño antijurídico, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*¹

Del mismo modo, la jurisprudencia ha definido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*².

Ahora, en cuanto la **imputabilidad**, esta se define como la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que en principio estaría en la obligación de responder bajo cualquiera de los títulos de imputación, subjetivo u objetivo.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha indicado que:

*“... la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*³

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

De la responsabilidad de la administración por daños causados durante la ejecución de una obra pública

En cuanto atañe a la responsabilidad de la administración por la ejecución de una obra pública, resulta oportuno recordar los criterios que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha elaborado y reiterado recientemente sobre el particular, a saber:⁴

"...cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado-desde 1985-que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, porque : i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal.⁵

*En estos eventos se configura la responsabilidad del Estado por la actuación de su contratista bajo el título de imputación de **falta o falla del servicio** y por lo mismo debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a infligirse con ocasión de los referidos trabajos, puesto que se entiende como si la administración hubiese dado lugar al daño antijurídico.⁶*

Ha dicho la Sala en criterio que hoy se reitera:

"Es ella [la administración] 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.⁷

⁴ Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Expediente 21.322. Actor: Martha Judith Quiroz y otros. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto del 25 de junio de 1997, exp.10.504, actor: Capolicán Rojas Hernández.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 28 de agosto de 1997 Exp. 13028, Actor: Wenceslao García Parra y otros. En la misma providencia se dejó en claro que: "La expresión actividad contractual debe entenderse en su más amplio sentido, es decir que cobija todos los hechos, actos, etc., que se generen con motivo de la ejecución o construcción de la obra independientemente que tal actividad la adelante la propia entidad o con el concurso de un contratista. En este último caso cuando la actividad desarrollada por el contratista en la realización de la obra ocasione daños a los particulares o a sus dependientes, dicho grupo de personas podrá demandar si lo prefieren a la entidad dueña de la obra o a quien ordenó su elaboración. Evento en el cual la entidad podrá llamar en garantía o repetir contra los servidores públicos, contratistas o los terceros responsables el monto de las condenas que se impongan de la declaratoria de responsabilidad en la respectiva providencia.

"Por lo antes expuesto puede afirmarse que la administración pública responderá de los daños causados a terceros siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, bien sea en el caso especial que la ejecución de las obras públicas las adelante con servicios y medios propios, o bien mediante el concurso de un contratista, pues no debe olvidarse que el titular de la obra pública es siempre la administración y que ejercita sobre ella sus potestades por lo cual debe cargar con la responsabilidad y la obligación de reparar los daños derivados de dicha actividad."

⁷ Ver entre otras, sentencia del 3 de octubre de 1985, exp. No. 4556, actor: Gladys Mamby de Delgado. En este caso, se trataba del daño sufrido por una persona usuaria de la obra pública que fue lesionada a consecuencia de la dinamita utilizada para remover una roca. En la jurisprudencia francesa la suerte del participante que interviene en la ejecución del trabajo público como profesional-obrero, arquitecto ha sido definida en forma bastante severa ya que "el derecho a la reparación de los daños causados a sus bienes o a su integridad supone una culpa (simple) imputable al dueño de la obra o al empresario de los trabajos públicos implicados (CE, 15 de diciembre de

“(…)[En definitiva] cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar el servicio público, es tanto como si aquélla la ejecutara directamente, esto es, que debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con ocasión de los referidos trabajos”.⁸

Actualmente, la posición del órgano de cierre, en punto a la responsabilidad que puede endilgársele a la administración por hechos como los aquí ocurridos, ha sostenido que tratándose de la ejecución de obras públicas se han manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, *bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio*. En cambio, por regla general, un tratamiento distinto opera si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Responsabilidad del Estado por falla del servicio.

La falla en el servicio es el régimen de atribución jurídica principal en los eventos de responsabilidad estatal, lo que genera en el juzgador, como primera medida la obligación de realizar bajo este régimen el estudio de los elementos probatorios que configuran el caso concreto, salvo en los casos de régimen objetivo establecidos por la jurisprudencia. Al respecto, el H. Consejo de Estado ha manifestado sobre la falla del servicio lo siguiente:

“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual...”

1937, Préfet de la Gironde, Rec. CE, p. 1044 : accidente causado a un participante por el hundimiento de un puente con ocasión de su ensayo). Esta exigencia permanece aun si en el origen del accidente se encuentra una cosa peligrosa CE, 6 de junio de 1962, E4DF c/Malfait, Rec. CE, p.377: electrocución por una línea eléctrica). El trato dado al participante es así poco favorable pues él no se beneficia del liberalismo que impregna de una manera general el régimen de los daños por los trabajos públicos. Se explica por lo general esta severidad subrayando que el participante no es del todo extraño al riesgo creado y que en tanto que profesional remunerado se beneficia de un régimen legal de protección que cubre lo que es un riesgo del oficio.” (Michel Paillet. La responsabilidad Administrativa. Bogota, Universidad Externado de Colombia. 2001, Página 194).

⁸CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14.178. En el mismo sentido sentencias de 7 de diciembre de 2005, exp. 14.065 y de 28 de noviembre de 2002, exp. 14.397. Criterio reiterado recientemente por la misma Sala en Sentencia de 29 de agosto de 2007, Rad. 5200123310007838-01 (14.861), Actor: Amelia Yomaira Vela Belalcázar y otros, Demandado: Empopasto y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

(...) la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.”⁹

7.2. Del caso concreto – Valoración jurídica y probatoria

Para resolver el problema jurídico es necesario que se verifique la estructuración de los dos elementos o presupuestos de todo juicio de esta naturaleza, es decir, deberá demostrarse el daño como primer elemento de responsabilidad, así como la imputación fáctica y/o jurídica del mismo a la administración pública demandada, donde se determina la causa eficiente del daño y el fundamento o régimen de responsabilidad aplicable.

❖ Del daño

En relación al primer elemento, nos compete examinar si existió o no un daño antijurídico, definido por la jurisprudencia así: *“Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.”¹⁰*

Condescendiente con lo expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *“realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”¹¹*.

Nos corresponde entrar a examinar en primer lugar en el sub-judice, si para el caso concreto se configura el primer presupuesto de la responsabilidad, esto es el daño, pues de no ser así, no es menester adentrarnos en el análisis de la imputación.

⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 7 de abril de 2011. Rad. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

¹⁰ Consejo de Estado. Sec. Tercera, sent. oct. 28/96. Sent. Sec. Tercera. 13 sbre /93.

¹¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885 .

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, M.P. María Cristina Quintero Facundo, señaló en sentencia del 22 de mayo de 2019, rad. 1100133430582016-00206-01:

“6.4.2.1- El daño antijurídico y su imputación a la entidad pública accionada, son los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado. Advertido que en vigencia de la Constitución de 1991, la cláusula general del deber indemnizatorio del Estado, encuentra en el artículo 90 Superior, conforme al cual, *el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de sus autoridades públicas.* Comprendiendo los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual e integra con el artículo 2º *Ibídem*, que dispone, *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.*

Panorama normativo en contexto del cual indica la doctrina del H. Consejo de Estado, que el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputatio juris y la imputatio facti*¹², y en igual sentido concluye la Corte Constitucional¹³.

Destacando en la óptica de la *imputatio juris*, que el soporte de la obligación de reparar tiene su fundamento de justicia, en alguno de los esquemas de atribución, dolo o culpa, en el régimen subjetivo de responsabilidad y la igualdad ante las cargas públicas, la solidaridad y la equidad en el régimen objetivo de responsabilidad, como quiera que “La teoría de la responsabilidad del derecho público en la actualidad se deriva de todo tipo de actos, incluso de meros hechos originados en el actuar administrativo, y no solo en aquellos actos que han sido declarados ilegales, sino que también cabe un compromiso por los daños que provienen de la actuación lícita”¹⁴

En este orden de ideas y sin desconocer que el concepto de responsabilidad encuentra integrado por otras nociones particulares¹⁵, lo que origina el deber de reparar para el Estado y que es esencia misma de la responsabilidad, es la concurrencia de los precitados elementos de un daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad pública accionada, en esquema metodológico que impone que el primer supuesto a establecer en los procesos de reparación directa, sea la existencia del daño antijurídico, puesto que de no encontrarse probado, torna no útil cualquier otro juzgamiento, es decir, “primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar”¹⁶.

6.4.2.2- El daño antijurídico, comporta una aminoración en una situación favorable, que el afectado no encuentra en la obligación de soportar. Consecuentemente, no todo daño asume como daño antijurídico y el carácter de antijurídico estriba en que el afectado no tiene la obligación de soportarlo.

Además resulta relevante en labor de conceptualización del daño, que conforme ha precisado el H. Consejo de Estado, el ordenamiento no contiene una disposición que consagre su definición, y refiere *“(…) a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la*

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

¹⁴ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 62

¹⁵ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 38

¹⁶ Juan Carlos Henao, El Daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 1998, pg 37

obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho".¹⁷. Noción que según señala la doctrina, permite tener una visión omnicomprensiva del daño y supera el concepto tradicional que le circunscribía a la lesión de un derecho subjetivo, posibilitando en marco del nuevo concepto, el reconocimiento de todas aquellas realidades que en tamiz de equidad reclaman ser indemnizadas.

Asimismo es pacífica la doctrina del órgano de cierre de esta jurisdicción en indicar como condiciones de existencia del daño antijurídico, que sea personal, directo y cierto o actual. Bajo la consideración que por su carácter personal, el daño exige la violación de un interés legítimo de la persona damnificada, independientemente a que provenga de un hecho que afecte en forma inmediata, o mediata en virtud del daño sufrido por otro, con quien el damnificado tiene relación, evento en el que se predica la existencia de un daño reflejo. De forma que el carácter personal del daño, hace referencia a la legitimación, ello es, a quien tiene el derecho a reclamar la reparación, por consiguiente, este presupuesto "(...) se encuentra asociado a la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria."¹⁸

El carácter cierto del daño, refiere a su real acaecimiento, es decir, que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, ello es, que el daño debe existir y hallarse probado para que origine el derecho a obtener un resarcimiento. Certeza exigible sin distingo porque se trate de daño consolidado o de daño futuro. Por su carácter directo, el daño supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio, de forma que este sea consecuencia de la alteración negativa que comporta el primero, y solo indemnizable en cuanto provenga del mismo.

Esquema en contexto del cual, el perjuicio puede definirse en contraste con el daño, como la expresión económica de éste." (Resaltados del propio texto).

Entonces, para el mencionado ejercicio, examinaremos una a una las pretensiones condenatorias de la demanda, pues ellas fundan cada uno de los daños presuntamente causados.

a. Por los gastos realizados con ocasión de la destrucción del bus de placas FUC-190, o sea, la cantidad de 1.061.600.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

Busca esta pretensión el pago de las sumas canceladas con ocasión de los gastos realizados con ocasión de la destrucción del bus de placas FUC-190. Al respecto, estima la Procuraduría que dicho pedimento es procedente, en la medida en que se trata de un daño antijurídico, personal, directo y cierto que el Colegio no tenía porque soportar. Aunado a ello, se aportaron elementos de probanza que en principio acreditan el monto reclamado, tales como el recibo de consignación del parqueadero, facturas del 29 de mayo de 2004 y oficio del

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901), Actor: DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., Demandado: NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y OTRO, Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

¹⁸ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 156.

11 de junio de 2004 (fls. 1566 a 1568 cuaderno de pruebas 4), documentos que en los términos del art. 262 del CGP, deberían ser valorados por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, dado que la parte contraria no lo solicitó.

Por supuesto que resulta improcedente la condena por intereses desde la fecha en que se realizaron los gastos, pues lo viable en los términos del procedimiento contencioso administrativo es la indexación hasta la fecha de la sentencia. Los intereses solo se generan desde la firmeza de la sentencia hasta el momento del pago.

b. Por los gastos realizados con ocasión de la reposición del bus destruido o sea la cantidad de \$133 004 079.00 junto con los intereses causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

En este ítem, tenemos que se solicita lo correspondiente a la adquisición de un nuevo bus escolar que reemplazara la destruido, no obstante, dicho pedimento resulta improcedente, en la medida en que el bus destruido no era nuevo, sino bastante antiguo para la época de los hechos –modelo 1984, teniendo 20 años de uso-, por ende resulta desproporcionado pretender el pago de un bus nuevo, pues es obvio que el precio de un vehículo antiguo no puede compararse con el de uno nuevo. La reparación del daño, solo puede limitarse a devolver las cosas al estado en que se encontraban, es decir, a un bus en similares condiciones al existente y que era de propiedad del demandante según la tarjeta de propiedad aportada al proceso (fl. 1559 cuaderno de pruebas 4), más no a un enriquecimiento a favor de los afectados que decidieron adquirir un bus último modelo. En consecuencia lo procedente, es que se cancele el valor que tenía el automotor para la época de los hechos, el que según el documento de paz y salvo por arreglo directo expedido por Liberty Seguros, tenía una avalúo de \$15.000.000,00 tanto en la revista Motor como en Fasecolda, por ende, la suma a cancelar por perjuicios sería la resultante de descontar de ese valor, lo pagado por la aseguradora y que fue cubierto por esta (\$7.800.000,00), siendo el saldo, es decir, la cantidad de \$7.200.000,00, la real afectación del patrimonio de la demandante, suma que debe ser indexada desde la época de los hechos hasta la fecha de la sentencia (fl. 1570 cuaderno de pruebas 4).

c. Por los gastos realizados con ocasión de velación y exequias de los alumnos fallecidos dos, o sea, la cantidad de \$8 392.136 00 Junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

Para la Procuraduría no es admisible este pago, pues tal como lo manifestó el IDU en su contestación, los gastos en que incurrió el Colegio con ocasión de la velación y exequias de los alumnos fallecidos fueron discrecionales de este pues no estaba obligado a hacerlo, constituyeron entonces una manifestación voluntaria y desinteresada de afecto que inicialmente le correspondía realizar a los familiares directos de los fallecidos. Por ende, el

hecho de que el Colegio haya teniendo ese gesto no significa en manera alguna que le corresponda pagar estos gastos a las demandadas ya que el Colegio no estaba obligado a hacerlos, y que fueron objeto de indemnización en los trámites que iniciaron cada uno de los dolientes de manera separada, aunado a que hacían parte de uno de los montos asegurados en la póliza de accidentes personales de estudiantes (fl. 1663 cuaderno de pruebas 4). En consecuencia, avalar este pago implicaría indemnizar doblemente un mismo concepto, más aun cuando dentro de los valores se incluyen sumas excesivas por conceptos como alimentos y arreglos florales suntuarios (fls. 1318 y 1319 cuaderno de pruebas 4).

d. Por los gastos realizados con ocasión de los avisos de prensa publicados en el periódico El Tiempo, o sea, la cantidad de \$9.767.120 oo, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

e. Por los gastos realizados con ocasión de los avisos de prensa publicados en el periódico El Espectador, o sea, la cantidad de \$4.437.000 oo, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos

Al igual que en el ítem anterior y por las mismas razones, tampoco resulta procedente el pago de lo sufragado por el Colegio en razón de los avisos de prensa, pues como se indicó, se trató de un gasto voluntario que realizó la Institución, al cual no estaba obligado sino que lo hizo en muestra de apoyo, y que además era suntuario, correspondiendo más a usos y costumbres sociales que a daños antijurídicos que no estuviera en la obligación de soportar.

f. Por los gastos realizados por asesoría jurídica, o sea, la cantidad de \$13.804.000.oo` junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

Se trata de un valor que tampoco estaba obligado a pagar el Colegio demandante, pues se supone que, atendiendo a sus fines y objetivos institucionales, lo hizo de manera deliberada y desinteresada con el propósito de brindar ayuda a los padres de familia afectados con la tragedia, de manera que no puede pretender ahora cobrar a las demandadas por tal concepto.

g. Por los gastos realizados para responder las comunicaciones de solidaridad recibidas con motivo del accidente de abril 28 del 2004, o sea, la cantidad de \$3.056.800.oo, junto con los intereses de mora causados desde la fecha en que se hizo cada uno de esos gastos y hasta cuando se paguen cada uno de ellos.

Es improcedente, por idénticas razones a las señaladas en los literales c, d y e.

h. Por los ingresos perdidos por conceptos de matrículas de los alumnos fallecidos, desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$200.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas matrículas y hasta cuando se paguen cada uno de ellas.

i. Por los ingresos perdidos por conceptos de pensiones de los alumnos fallecidos; desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$750.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas pensiones y hasta cuando se paguen cada uno de ellas.

j. Por los ingresos perdidos por concepto de las mensualidades de transporte de los alumnos fallecidos, desde el momento del accidente hasta que cada uno ellos hubiesen terminado sus estudios, o sea, la cantidad de \$490.000.000.00, junto con los intereses de mora causados desde las fechas en que se debía haber recibido el pago de esas mensualidades y hasta cuando se paguen cada uno de ellas.

k. Por los ingresos perdidos por concepto de la explotación de los 17 cupos que por la destrucción del bus no pudieron utilizando, o sea, la cantidad de \$400.000.000,00, desde el momento del accidente y hasta que terminara la vida útil del bus destruido.

l. Por los ingresos perdidos por pensiones y servicios de transporte de algunos de los alumnos fallecidos o heridos, que como consecuencia de la situación generada por la tragedia no pudieron recuperar, o sea, la cantidad de \$4.201.036.00, y los cuales corresponde al año lectivo de 2004.

Estos ítems tampoco resultan procedentes, pues la parte actora solicita el pago de unos daños y perjuicios teniendo como base unos hechos futuros e inciertos que se constituyen en meras expectativas de las cuales no se tenía certeza si iban a ocurrir o no, tales como los presuntos "ingresos perdidos" por concepto de matrículas, pensiones y mensualidades de transporte de los alumnos heridos y los alumnos fallecidos. En efecto, nada aseguraba que los alumnos fueran o tuvieran que continuar estudiando en el citado colegio, tampoco que siguieran transportándose en los vehículos de la Institución. Ahora, si ello no podía garantizarse ni preverse por el resto del año lectivo 2004, mucho menos por los años faltantes hasta terminar todos sus estudios, dado que existían innumerables circunstancias que podían ocurrir haciendo que los niños cambiaran de Institución y de medio de transporte. En tales condiciones, este daño deprecado, no cumple la característica de ser cierto, es decir, no hay certeza de su real acaecimiento para que origine efectos jurídicos, pues jamás podría determinarse con absoluta seguridad que efectivamente el Colegio fuera a percibir estos ingresos.

m. Por el daño sufrido en el buen nombre, fama, reputación y prestigio de la Orden de Agustinos Recoletos y del Colegio Agustiniانو Norte al estigmatizados como consecuencia del huracán de las noticias que se generaron por la tragedia de abril 28 del 2004, y que se tasan en una suma no menor al equivalente de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de pago.

Tampoco se trata de un daño cierto, pues no se aportó prueba que permitiera acreditar que el nombre, fama y reputación del Colegio Agustiniانو se vieran afectados, se trata de simples conjeturas sin respaldo probatorio. Igualmente nada permite concluir con absoluta certeza que el accidente acaecido fuera a afectar el nombre del Colegio y por ende sus arcas económicas, pudiendo incluso suceder el efecto contrario; y la razón es muy sencilla, porque no fue el Colegio el causante o generador del daño, sino uno de los afectados o víctimas, con quienes contrario sensu, la ciudadanía acostumbra tener sentimientos de aprecio, apoyo y solidaridad, a diferencia de lo que sucede con los victimarios, quienes sí ven afectada su imagen o reputación.

n. Por el perjuicio moral sufrido por cada uno de los miembros de la Comunidad Educativa del Colegio Agustiniانو Norte afectados por la tragedia de abril 28 del 2004, en una suma no menor al equivalente de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes la fecha de pago.

En este punto, si bien los integrantes de la comunidad educativa pudieron sufrir una afectación moral, el ente jurídico carece de legitimación para pedir la indemnización en nombre de ellos, ya que no es su representante. Si los miembros de tal comunidad educativa sufrieron estos perjuicios, debieron demandar y demostrarlos individualmente, más no puede el Colegio, quien actúa como persona jurídica, pretender una indemnización respecto de personas naturales que si bien hacen parte de la comunidad educativa, no pueden ser representadas jurídicamente por el ente ficticio que constituye la Institución escolar.

❖ De la falla del servicio, esto es, de la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a la autoridad y el nexu causal.

Definida entonces la existencia del daño antijurídico parcial respecto de los literales a y b del numeral 3° de las pretensiones, queda por dilucidar la imputación y el nexu causal. En primer lugar, debemos indicar que con respecto al presente caso, el cual tuvo un alcance mediático y fue conocido por todo el país, existen ya varios precedentes, en todos los cuales se ha determinado la responsabilidad de los entes implicados (imputación y nexu causal), específicamente del concesionario Consorcio Alianza Suba Tramo II, el IDU y el Distrito Capital, en cabeza de la Secretaria de Tránsito y Transporte de Bogotá.

Al respecto, tenemos que el Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, a través de acción popular, mediante sentencia de segunda instancia del veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01062-01(AP), Actor: PATRICIA ENCISO REVELO, Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA Y OTROS, encontró responsable al Distrito por la muerte de los 21 niños y dos adultos, por el referido accidente de tránsito ocurrido en la avenida Suba, donde un vehículo de carga cayó sobre el bus escolar.

Según el fallo, las autoridades incumplieron su deber en la vigilancia en la vía, vulnerando así el derecho a la seguridad pública, pues el siniestro ocurrió debido al desplazamiento a deshoras y sin ningún tipo de control por parte de las entidades encargadas para el efecto, de una maquinaria pesada, lo que implica una responsabilidad de éstas, siendo claro que las entidades demandadas incumplieron con su deber de vigilancia y control sobre el transporte de maquinaria pesada y especificaciones técnicas en la vía en cuestión.

El fallo especificó además que el Distrito ya tomó las medidas necesarias de prevención en ese punto, pero instó a que haga lo mismo en lugares similares que necesitan señalización.

Por otra parte, desde el ámbito del derecho penal, se condenó al conductor de la retroexcavadora, Reynaldo Blanco, a 30 meses de cárcel, sentencia que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo quedaron en firme las condenas también a 30 meses de prisión a Martín Darío Rendón y Julián García. La Sala Penal de la Corte los condenó a pagar cerca de 3 mil salarios mínimos legales vigentes a los familiares de los menores víctimas.

Para la Corte Suprema, Reinaldo Blanco, conductor de la máquina, era una persona inexperta en el manejo de ese tipo de automotores y no se percató del estado mecánico.

Así mismo, señaló que Julián Antonio García Usme, encargado del mantenimiento de la maquinaria del consorcio, debió garantizar el desplazamiento seguro de la retroexcavadora. Y finalmente responsabilizó Martín Darío Rendón Betancur, quien fue el encargado de seleccionar el personal del consorcio implicado en el accidente, desconociendo las especiales destrezas requeridas.

Igualmente desde el punto de vista disciplinario, el Ministerio Público halló responsables y destituyó a Carlos Eduardo Mendoza Leal, ex secretario de Tránsito y Transporte del Distrito, y a los ex funcionarios de esa misma dependencia Ricardo Salamanca Correa, Heriberto Triana Alvis y Mauricio Cortés Niño.

Igualmente, halló responsable a Luz Marina Ortega Ochoa, representante legal de Alianza Suba, el consorcio interventor de la obra.

En el mismo fallo, el Ministerio Público absolvió al ex alcalde Antanas Mockus, a María Isabel Patiño y Eunice Santos Acevedo, ex directoras del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), a Javier Hernández López, ex secretario de Tránsito del Distrito y al coronel Reinaldo León Riaño, ex jefe de la Policía de Tránsito de Bogotá.

Para su decisión, la Procuraduría tuvo en cuenta que, el 2 de abril, antes del percance del bus, ocurrió otro accidente en la avenida Suba con calle 127, la zona de la obra. Un camión que cargaba una retroexcavadora derribó parte de un puente peatonal dejando un muerto y dos heridos.

Según el fallo, tras este accidente los funcionarios no tomaron medidas para reducir los riesgos de otro percance.

A Salamanca Correa y a Triana Alvis, la Procuraduría, además de destituirlos, los inhabilitó por 12 años para ejercer cargos públicos.

Por su parte, Cortés Niño, ex subsecretario Operativo, y Mendoza Leal, ex secretario de Tránsito y Transporte, fueron inhabilitados por 10 años.

Salamanca, según el fallo, aprobó el Plan de Manejo de Tránsito (PMT) de Bogotá sin señalar expresamente el flujo de transporte escolar que transitaba por la zona de las obras y tampoco dejar consignadas reglas de seguridad para esas rutas. Esto, según la Procuraduría, aumentó el riesgo de accidentes.

En relación con el ingeniero Triana Alvis, el fallo dice que incurrió en "ignorancia supina", toda vez que desconocía las funciones que debía cumplir en su cargo e ignoraba las herramientas técnicas que tenía para prevenir los posibles accidentes derivados de la construcción de la Troncal.

A Luz Marina Ortega Ochoa, representante legal del consorcio, la Procuraduría le impuso una multa de tres salarios mínimos legales vigentes para el momento del hecho (2004) y la inhabilitó por 10 años para ejercer cargos públicos, prestar servicios o contratar con el Estado.

"No tomó las medidas que su función le exigía, con lo que contribuyó a que se incrementara el riesgo de un accidente, como el del Agustiniense". Dice Fallo sobre Carlos Mendoza, ex secretario de Tránsito.

En resumen, todas estas decisiones determinaron la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los implicados, concluyendo que las principales causas del accidente fueron:

- La máquina estaba por fuera del corredor de trabajo.
- Se movilizaba por una vía pública crítica y de tránsito difícil.
- Iba autopropulsada cuando debía haberse trasladado en una camabaja.
- Esta movilización requería de una comunicación previa a la Secretaría de Tránsito y Transportes (STT).
- El Código Nacional de Tránsito, en su artículo 2 prohíbe a este tipo de maquinaria transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público.
- El concesionario violó además las normas contenidas en el Plan de Manejo de Tráfico, señalizaciones y desvíos -contenido en el contrato-, que obligan a informar con anticipación el recorrido para el desplazamiento de la máquina, para tomar las medidas pertinentes.

Determinaciones que tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, están en consonancia con las normas aplicables al sub lite y con las pruebas aportadas a proceso, llevándonos a idénticas conclusiones.

Así las cosas, de acuerdo a las múltiples pruebas aportadas al expediente, se evidencian de manera clara la imputación en la modalidad de falla del servicio, y el nexo causal, respecto de las demandadas, en los hechos que tuvieron como consecuencia para el caso en estudio, los daños causados al Colegio demandante, descritos en los literales a y b del numeral 3° de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la condena por perjuicios, las demandadas (tanto públicas como privadas), deben ser condenadas de manera compartida o conjunta, en los términos del inciso final del art. 140 del CPACA, en la proporción que el Honorable Tribunal determine, de acuerdo a su influencia causal en los hechos causantes del daño.

7.3. Conclusión

En respuesta al interrogante planteado, y salvo mejor criterio, se deben conceder parcialmente las condenas deprecadas en los literales a y b del numeral 3° de las pretensiones de la demanda, negando las demás pretensiones, de acuerdo a las razones esgrimidas en la motivación, en razón a que en nuestro parecer, en el presente caso, se acreditaron los elementos constitutivos de la responsabilidad.

De usted, Honorable Magistrada,

JHON CARLOS GARCIA PEREA
PROCURADOR 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO