

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Accidente de Tránsito por obra pública en la vía Bogotá y Villavicencio, deslizamiento de tierra. Condena a INVIAS / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Inexistencia de responsabilidad del contratista que ejecutó la obra en la vía / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Obra pública u obra en vía nacional. Inexistencia de responsabilidad del contratista ejecutor, por encontrarse el contrato liquidado con anterioridad al siniestro

Considera la Sala que le asiste razón al a quo al manifestar que no hay responsabilidad de la sociedad llamada en garantía puesto que para el momento en que sucedió el hecho generador del daño, 9 de octubre de 1999, el contrato 151 se encontraba liquidado y además porque no se logró demostrar que éste devino como causa del incumplimiento de las expectativas técnica o la mala calidad de la obra ejecutada por la sociedad llamada en garantía.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Normatividad aplicable antes de la Ley 678 de 2001

Antes de la vigencia de la ley 678 de 2001, la figura del llamamiento en garantía dentro de los procesos de reparación directa estaba prevista en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 77 del mismo ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 217

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Con fines de repetición en acción de reparación directa. Elementos y responsabilidad del llamado / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Con fines de repetición. Responsabilidad del agente / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Con fines de repetición. Carga probatoria en cabeza de la entidad accionante

El llamamiento en garantía con fines de repetición se estructura sobre una responsabilidad personal subjetiva, en la cual el Estado tiene la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo. (...) Esta Corporación ha manifestado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que se debe tener en cuenta las características particulares del caso, las que deben ser armonizadas con los (sic) dispuesto en los artículo 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, así como la asignación de funciones consignadas en los reglamentos o manuales respectivos. La Sala ha manifestado que la responsabilidad personal del agente, en juicios de repetición y llamamientos en garantía con fines de repetición, sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe la actuación dolosa o gravemente culposa de éste, además la Administración siempre tiene la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición o cuando es llamado en garantía, que su actuación no fue dolosa o gravemente culposa. (...) No puede tenerse como una responsabilidad patrimonial, sin previo juicio del servidor público, el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado, ya que es obligación del juzgador analizar o calificar la conducta del agente público bajo las nociones de culpa grave o dolo para atribuirle responsabilidad, a través de un juicio de valor de su conducta.

NOTA DE RELATORIA: En referencia al tema del llamamiento en Garantía con fines de repetición ver los fallos de 31 de agosto de 1999, exp. 10685 y 13 de agosto de 2008, exp. 16096

CULPA LEVE - Agente. Llamamiento en garantía con fines de repetición

La culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner la atención debida en los negocios ajenos que este tipo de personas tienen en los suyos y, que en el régimen civil se asimila al dolo.

DOLO - Agente. Llamamiento en garantía con fines de repetición

El dolo debe entenderse como aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias de 31 de agosto de 1999, exp. 10685 y 4 de diciembre de 2006, exp. 16887

COSTAS - No condena

Para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, como fuera modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el sub lite, no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177

NOTA DE RELATORIA: Con impedimento del consejero Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01543-01(27761)

Actor: JAIME ROJAS ACOSTA

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decidió:

“PRIMERO: Declarase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la Nación – Ministerio de Transporte, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarase administrativamente responsable a la Nación – Instituto Nacional de Vías – INVIAS, por los perjuicios materiales ocasionados al señor Jaime Rojas Acosta, con ocasión de los hechos acaecidos el 9 de octubre de 1999, en la vía Bogotá – Villavicencio, y en los que resultó destruido completamente el vehículo de servicio público propiedad del actor, de placas SGK931, marca Ford, modelo 1991, de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

TERCERO: Condenase en consecuencia a la Nación – Instituto Nacional de Vías INVIAS, a reconocer y pagar al señor Jaime Rojas Acosta, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, la suma total de setenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y ocho mil setecientos setenta y nueve pesos (\$74.658.779,00).

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas¹.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite.

Mediante escrito presentado el 6 de julio de 2000, por conducto de apoderado judicial, el señor Jaime Rojas Acosta, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – INVIAS -, con el fin de que se les declare administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados como consecuencia de la destrucción total del vehículo de servicio público marca Ford, tipo microbús, modelo 1991, de placas SGK-931, en hechos acaecidos el 9 de octubre de 1999, al ser volcado por un deslizamiento de tierra en el momento en que transitaba por la vía que de Bogotá conduce a Villavicencio.

¹ Folios 383 a 391 C. 3.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de \$40.000.000 y por lucro cesante la suma de \$300.000.000.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones expuso los siguientes:

“1º.- El señor JAIME ROJAS ACOSTA había adquirido un vehículo de servicio público, el cual se especifica así: Marca FORD, Tipo Microbús, Modelo 1991, de Placas SGK-931, el cual se encontraba en perfecto estado de conservación y funcionamiento. Dicho automotor estaba afiliado a la empresa EXPRESO DE TRANSPORTE COLECTIVO DEL ORIENTE S.A. – TRANSORIENTE, y tenía radio de acción nacional, pero en especial cubría la ruta Santafé de Bogotá – Villavicencio (Meta).

2º.- Como producto de dicha actividad, el microbús de propiedad del señor JAIME ROJAS ACOSTA, le producía mensualmente la suma de \$3.600.000,00, libre de gastos.

3º.- El día 9 de octubre de 1999, el Microbús del señor JAIME ROJAS ACOSTA recibió orden de salida del terminal de transportes de la ciudad de Santafé de Bogotá aproximadamente a las 6:00 A.M., con destino final Villavicencio (Meta). Aproximadamente a las 7:30, cuando transitaba cerca a la población de Cáqueza (Cundinamarca), el automotor fue arrollado por un deslizamiento de tierra, ocasionado por la erosión y agrietamiento de la montaña, a raíz de trabajos realizados en el lugar con explosivos por parte del MINISTERIO DE TRANSPORTE y del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS para ampliación de la vía y construcción de un viaducto.

4º.- Tales trabajos se adelantaban sin la construcción de muros de contención o canastillas sobre la montaña para evitar su deslizamiento, por lo que la vibración de los explosivos, más la producida por el tráfico pesado del sector, acompañada del mal tiempo ocasionó el fatal deslizamiento, producto del cual el microbús del señor JAIME ROJAS ACOSTA quedó convertido en chatarra y todos sus ocupantes fallecieron.

5º.- Tales hechos son constitutivos de falla presunta en el servicio, en razón de la grave omisión en que incurrieron funcionarios del MINISTERIO DE TRANSPORTE y del INSTITUTO NACIONAL DEL VIAS, al adelantar trabajos en la vía Bogotá – Villavicencio sin las debidas medidas técnicas de seguridad y por la categoría de empleados públicos de los funcionarios que estaban bajo la dirección de la obra, sin que se haya justificado de manera alguna la equivocada actuación, falla que compromete la responsabilidad de las entidades demandadas, a cuyo nombre actuaban los funcionarios omisivos”².

La anterior demanda fue admitida mediante proveído del 4 de agosto de 2000³, notificado en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público⁴.

1.2.- La contestación de la demanda.

² Folios 4 a 46 del Cuaderno No. 1.

³ Folios 16 y 17 del Cuaderno No. 1.

⁴ Folios 17vto, 22 y 23 del Cuaderno No. 1.

El Ministerio de Transporte contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los actores. Como razones de su defensa adujo que no corresponde a ese Ministerio la actividad referente a la estructura vial, puesto que con el Decreto 2171 de 1992 dicha función había sido asignada al INVIAS.

Además de lo anterior propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva por no ser la entidad encargada de la estructura vial y la de fuerza mayor, porque la producción del hecho se debió a un fenómeno de la naturaleza⁵.

Por su parte el INVIAS, en su escrito de contestación de la demanda, propuso la excepción de inepta demanda por *“indebida designación del demandado en el poder, al señalar como parte demandada La Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías, como si se tratara de una sola persona de derecho público siendo que el Instituto Nacional de Vías es una entidad diferente a la Nación”*⁶.

Durante el término legal para hacerlo INVIAS llamó en garantía a la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. – Inconstruc Ltda. -, y mediante providencia del 15 de febrero de 2001 se aceptó por parte del Tribunal a quo dicho llamamiento y el 16 de mayo siguiente fue notificada la sociedad llamada en garantía personalmente.

Dentro del término de contestación del llamamiento en garantía Inconstruc Ltda., propuso la excepción que denominó “solución”, porque el contrato 151 de 1997 había sido liquidado mediante Resolución 5179 de 30 de septiembre de 1998 expedida por INVIAS, aduciendo que no existía ninguna relación contractual con el llamante. También propuso la excepción de fuerza mayor porque los hechos sucedidos el 9 de octubre de 1999, consistieron en un acontecimiento extraordinario proveniente de causas externas⁷.

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el día 12 de septiembre de 2001⁸, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 13 de noviembre de 2003, dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁹.

El Ministerio de Transporte insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva, porque para el 9 de octubre de 1999, no ejecutaba la obra por la cual se causaron los hechos de la demanda¹⁰.

La parte actora, el INVIAS, el llamado en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio en esa oportunidad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 11 de febrero de 2004, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la

⁵ Folios 26 a 30 del Cuaderno No. 1.

⁶ Folios 38 a 40 de Cuaderno No. 1.

⁷ Folios 22 a 24 del Cuaderno No. 3.

⁸ Folios 57 y 59 del Cuaderno No. 1.

⁹ Folio 107 del Cuaderno No. 1.

¹⁰ Folios 108 a 113 del Cuaderno No. 1.

causa por pasiva en relación con el Ministerio de Transporte y responsable al INVIAS por los perjuicios ocasionados a los demandantes¹¹.

Para arribar a tal declaración, manifestó que el daño jurídico se encontraba demostrado con las pruebas allegadas al plenario, las cuales indicaban que el vehículo de servicio público marca Ford, tipo microbús, modelo 1991, de placas SGK-931, quedó completamente destruido como consecuencia de un alud que se precipitó justo en momento en que el mencionado automotor transitaba por la vía que de Bogotá conduce a Villavicencio.

Agregó que del análisis del material probatorio allegado al proceso resulta fácil deducir que el daño debe ser imputado a INVIAS, entidad encargada de la construcción y mantenimiento de las carreteras nacionales, así como de velar por la adecuada seguridad de las mismas y que dicha entidad no probó que hubiera dispuesto las medidas pertinentes para salvaguardar la seguridad de los viajeros.

En relación con Inconstruc Ltda., llamado en garantía, concluyó que para el día en que sucedieron los hechos no existía ninguna relación legal o contractual entre llamante y llamado porque el contrato de obra había sido liquidado mediante resolución del 30 de septiembre de 1998.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con lo resuelto, las partes, interpusieron recurso de apelación¹² concedido por el *a quo* el 6 de mayo de 2004¹³.

Mediante providencia del 13 de agosto de 2004 esta Corporación corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso¹⁴ y como en dicho término guardó silencio, el 17 de septiembre siguiente declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por esta parte y admitió el interpuesto por la demandada¹⁵.

La parte demandada manifestó que no comparte la decisión tomada por el Tribunal en relación con la absolución del llamado en garantía, porque desconoce que el contrato No. 151 de 1997, en la cláusula décima novena, ordinal c), "*obligó al contratista a constituir una garantía de estabilidad de las obras ejecutadas, garantía ésta que cubre a las entidades estatales contratantes contra el deterioro que sufra la obra durante el término de cinco (5) años y en condiciones normales de uso que impida el servicio para el cual fue contratada*".

Agregó que "*si bien es cierto, a esta fecha el contrato había sido liquidado existía la responsabilidad del contratista de garantizar la estabilidad de la obra que había ejecutado para la entidad, estabilidad ésta que falló y ocasionó el deslizamiento de tierra que sepultó el vehículo. INVIAS contrató y pago al contratista el valor de la obra y el contratista debe seguir respondiendo por la estabilidad de la obra, estabilidad, que como repito, falló en condiciones normales de uso*".

Insistió en que el contratista Inconstruc Ltda., debe responder ante la jurisdicción, argumentar, sustentar y justificar el por qué la obra que ejecutó falló solo al año de haberla entregado.

¹¹ Folios 115 a 128 del Cuaderno No. 4.

¹² Folio 130 a 134 del Cuaderno No. 4.

¹³ Folio 145 del Cuaderno No. 4.

¹⁴ Folio 150 del Cuaderno No. 4.

¹⁵ Folio 153 del Cuaderno No. 4.

De otro lado manifestó que en el término legal había llamado en garantía a la Compañía de Seguros La Previsora, entidad aseguradora con la que había suscrito la póliza No. 0158161, que amparaba los riesgos de pérdida total o parcial producida por derrumbes y avalanchas, de aquellos vehículos que transitaran por las carreteras que estuvieran a cargo del INVIAS.

Junto con el recurso de apelación allegó copia del memorial mediante el cual supuestamente había realizado el llamamiento en garantía a la compañía aseguradora, agregando que al haberse omitido darle el trámite correspondiente, se violó el debido proceso y el derecho de defensa. Aseguró que el tribunal de primera instancia había perdido los documentos y, finalmente, solicitó subsanar la omisión y hacer comparecer a la compañía aseguradora¹⁶.

En esta instancia se le dio el trámite de rigor al recurso. Durante el término concedido para alegar de conclusión y rendir concepto de fondo¹⁷, la parte demandante, el llamado en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio.

La demandada reiteró lo dicho en el escrito del recurso de apelación¹⁸.

IV.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia

Corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación dado que la providencia recurrida fue proferida en un proceso con vocación de doble instancia, puesto que la demanda se presentó el 6 de julio de 2000¹⁹ y la pretensión mayor se estimó en \$300.000.000,00, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a favor del demandante, mientras que el monto exigido para el año 2000 para que un proceso, adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, tuviera vocación de segunda instancia era de \$26'390.000²⁰.

2. Ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984²¹, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir "*del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa*".

En el presente caso la pretensión resarcitoria se origina en los daños sufridos por el demandante con ocasión de la destrucción total del vehículo de su propiedad en hechos sucedidos el 9 de octubre de 1999, lo que significa que tenía hasta el día 10 de octubre de 2001 para presentarla y, como ello se hizo el 6 de julio de 2000,

¹⁶ Folios 137 a 140 del Cuaderno No. 4.

¹⁷ Mediante auto del 12 de noviembre de 2004, visible a Folio 156 del Cuaderno No. 4.

¹⁸ Folios 157 y 158 del Cuaderno No. 3.

¹⁹ Folio 13vto. del cuaderno No. 4.

²⁰ Decreto 597 de 1988.

²¹ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: "*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior*".

resulta evidente que la acción se ejerció dentro del término previsto por la ley (art. 136 del CCA).

3. Asunto previo

En el memorial de sustentación del recurso de apelación interpuesto por INVIAS, solicitó hacer comparecer a la compañía de seguros La Previsora S.A., en calidad de llamada en garantía, aduciendo que el Tribunal de primera instancia había omitido darle el trámite correspondiente a la solicitud hecha en ese sentido.

Revisado el expediente se encuentra que en el escrito radicado por INVIAS en la secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de octubre de 2000²², solamente solicita el llamamiento en garantía de Inconstruc Ltda., aportando como prueba la copia auténtica del contrato No. 151 de 1997 y, en esa oportunidad, nada dijo sobre la compañía de seguros La Previsora S.A.

El Tribunal, mediante providencia del 15 de febrero de 2001 aceptó el llamamiento en garantía solicitado, auto que fue notificado por estado el 20 de febrero de esa misma anualidad y cobró ejecutoria el 26 de febrero siguiente, sin que contra él se hubiera ejercido recurso alguno o solicitado corrección o adición.

Ejecutoriada la providencia que resolvió sobre el llamamiento en garantía realizado a Inconstruc Ltda., sin que la parte interesada hubiera manifestado su descontento, al encontrar que en el mismo no se había realizado pronunciamiento alguno en relación con la vinculación de la compañía de seguros La Previsora S.A., mal puede aspirarse ahora a que se haga un pronunciamiento sobre el tema, pues con su silencio la parte interesada dio a entender que se encontraba conforme con la decisión tomada en la providencia aludida.

4.- El objeto del recurso de apelación

Previo a abordar el análisis de fondo, resulta necesario señalar que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada está encaminado a obtener que se revoque la absolución de Inconstruc Ltda., sociedad llamada en garantía y, en su lugar, se ordene que sea ésta la que asuma el 100% de la condena impuesta por el Tribunal de primera instancia.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso que promueve el apelante único, cuya situación no puede desmejorarse en virtud del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, se encuentra limitado a los aspectos indicados en el recurso de apelación, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite* si se tiene presente que la ocurrencia del hecho dañoso, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió, así como la imputación de responsabilidad patrimonial no fueron controvertidas por la parte recurrente, de manera que ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad y el daño antijurídico, puesto que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión que profirió el Tribunal *a quo*²³.

Así las cosas, la Sala, en condición de juez de la segunda instancia, se contraerá al estudio de los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

²² Folios 1 y 2 del Cuaderno No. 3.

²³ Este criterio fue expuesto por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2011, Expediente: 20.955, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez y reiterado en sentencias de 11 de abril de 2012, Expediente: 27.106, y de 9 de mayo de 2012, Expedientes: 23.631 y 23.770, Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

5.- Del llamamiento en garantía.

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado deberá repetir contra sus agentes cuando sea condenado a la reparación patrimonial de daños o perjuicios causados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos.

Antes de la vigencia de la ley 678 de 2001, la figura del llamamiento en garantía dentro de los procesos de reparación directa estaba prevista en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 77 del mismo ordenamiento jurídico.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se estructura sobre una responsabilidad personal subjetiva, en la cual el Estado tiene la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo²⁴.

En relación con los requisitos y presupuestos que debe cumplir una entidad pública para que pueda ejercer la acción de repetición, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“...la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”²⁵.

En necesario precisar, que en el caso que ocupa hoy a la Sala los hechos por los que se demanda y que dieron lugar al llamamiento en garantía, sucedieron el 9 de octubre de 1999, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1991 y antes

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 16.096, sentencia de 13 de agosto de 2008. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-832 de 2001, mediante la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad”, contenida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo “bajo el entendido de que el término de caducidad de la acción empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo”.

de que entrara a regir la Ley 678 de 2001, motivo por el cual se estudiarán al amparo de aquélla y de los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo.

6. El dolo o culpa grave

Para que se pueda imputar la responsabilidad al agente público es necesario demostrar que la actuación que originó la condena contra el Estado fue realizada con culpa grave o dolo, y que la misma fue desarrollada en su calidad de servidor público, o de particular investido de funciones públicas con ocasión del ejercicio de éstas o a propósito de la prestación del servicio.

Es decir, se trata de una responsabilidad subjetiva y, por ende el agente público se encontrará obligado a reparar al Estado si el daño o perjuicio le es imputable por haberlo causado con dolo o culpa grave.

En este orden de ideas resulta necesario precisar los conceptos de dolo y culpa grave que integran el requisito subjetivo.

El artículo 63 del Código Civil en relación a la culpa grave y el dolo, reza:

“ARTICULO 63. [CULPA Y DOLO]. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

De la norma que antecede se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner la atención debida en los negocios ajenos que este tipo de personas tienen en los suyos y, que en el régimen civil se asimila al dolo.

El dolo debe entenderse como aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o un

comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

Por su parte la Sala, en relación con los conceptos de culpa grave y dolo, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como ‘la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro’.

“(...)”

“En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a ‘la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño’, mientras que la culpa grave tiene que ver con ‘aquella conducta descuidada del agente estatal’, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal” (...)²⁶.

Esta Corporación²⁷ ha manifestado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que se debe tener en cuenta las características particulares del caso, las que deben ser armonizadas con los dispuesto en los artículo 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, así como la asignación de funciones consignadas en los reglamentos o manuales respectivos.

La Sala ha manifestado que la responsabilidad personal del agente, en juicios de repetición y llamamientos en garantía con fines de repetición, sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe la actuación dolosa o gravemente culposa de éste, además la Administración siempre tiene la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición o cuando es llamado en garantía, que su actuación no fue dolosa o gravemente culposa.

No puede tenerse como una responsabilidad patrimonial, sin previo juicio del servidor público, el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado, ya que es obligación del juzgador analizar o calificar la conducta del agente público bajo las nociones de culpa grave o dolo para atribuirle responsabilidad, a través de un juicio de valor de su conducta.

7. El caso concreto.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 1999, Exp. 10685, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

En el presente caso se tiene que el Tribunal de Primera instancia absolvió al llamado en garantía porque, para la fecha en que sucedió el hecho por el cual se demanda -9 de octubre de 1999-, el contrato suscrito entre INVIAS e INCONSTRUC LTDA., había sido liquidado mediante la Resolución No. 5179 del 30 de septiembre de 1998, planteamiento que no comparte la entidad demandada, pues asegura que le asiste responsabilidad a la llamada en garantía porque la cláusula décimo novena del contrato No. 151 de 1997, obliga al contratista a constituir una garantía de estabilidad de las obras ejecutadas por un término de 5 años, tiempo en el que el contratista debe responder por la misma.

En ese contexto y para efectos de entrar a resolver de fondo el asunto, procede la Sala a valorar el material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, con el que se encuentra acreditado lo siguiente:

Que el 15 de mayo de 1997 el INVIAS e INCONSTRUC LTDA., celebraron el contrato No. 151, cuyo objeto consistía en el *“mejoramiento de la carretera Santafé de Bogotá – Villavicencio, sector K55+000-K87 Caño Seco”*²⁸.

Que en la cláusula décima novena de dicho contrato se estipuló que el contratista se comprometía a constituir, a favor del INVIAS, varias garantías, entre ellas la de estabilidad de la obra, *“equivalente al cinco por ciento (5%) del valor final de la obra, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo definitivo de las obras a satisfacción del INSTITUTO”*²⁹.

Que el contrato 151 del 15 de mayo de 1997 fue liquidado mediante la Resolución No. 5179 del 30 de septiembre de 1998³⁰, acto en el cual se consignó que la obra había sido recibida el 18 de septiembre de ese mismo año.

Que el hecho generador del daño tuvo ocurrencia el 9 de octubre de 1999 a las 7:30 P.M., al caer *“un gran derrumbe de aproximadamente 3500 m3, proveniente del talud de corte de la vía localizado en el costado derecho entre las abscisas K57+170 y K57+230 del Tramo 5 Puente Téllez – Caño Seco, el cual taponó la vía, dejando atrapado un vehículo de servicio público con un saldo trágico de una persona gravemente herida y dos personas muertas”*³¹.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto se encuentra que para el momento en que sucedieron los hechos por los que se demanda la responsabilidad de la administración, hacía más de un año la sociedad llamada en garantía había hecho entrega de la obra convenida mediante el contrato 151, relación contractual que ya había sido liquidada mediante la Resolución 5179 del 30 de septiembre de 1998, acto administrativo en el que no se vislumbra ninguna salvedad hecha por la administración, en relación con la obra contratada.

Así las cosas la Sala comparte la decisión tomada por el a quo en relación a que no le asiste responsabilidad a la sociedad llamada en garantía, puesto que la relación contractual entre llamado y llamante era inexistente para el momento en que sucedió el hecho generador del daño, además el clausulado del contrato 151 no obligaba a que el contratista le realizara mantenimiento a la obra ya entregada.

²⁸ Folios 3 a 8 del Cuaderno No. 3.

²⁹ Folio 6 vto. del Cuaderno No. 3.

³⁰ Folios 25 a 30 del cuaderno No. 3.

³¹ Lo anterior según informe enviado por la unión Temporal Restrepo y Uribe Ltda., ingenieros consultores y BDO audit AGE contadores públicos a INVIAS, visible a folios 18 a 20 del Cuaderno No. 2.

De otro lado se encuentra en el expediente un dictamen pericial³² que no fue objetado por las partes del proceso y en el que se concluye que fueron varias las causas que conllevaron al accidente del 9 de octubre de 2009, así:

*“Según lo investigado en la obra del derrumbe, al construir el viaducto de la quebrada Caño Perdido fue necesario remover parte de la montaña con explosivo a fin de afianzar el puente, **lo cual debilitó los terrenos aledaños.***

Con el invierno los terrenos fueron erosionados y no se hicieron obras algunas de prevención por parte de la entidad encargada de monitorear la vía que de Bogotá conduce a la ciudad de Villavicencio ya que no hay vestigio de esto.

*Se concluye según lo observado e indagado que fundamentalmente **la falta de obras de prevención, infraestructura inicial, medidas preventivas de observación del terreno inestable y el mal tiempo** se reunieron para que se presentara dicho accidente en horas de la noche” (se resalta).*

No encuentra la Sala pruebas diferentes a las referenciadas en relación con el dolo o culpa de la sociedad llamada en garantía, así las cosas, la entidad demandada no logró establecer que los hechos ocurridos el 9 de octubre de 1999, en los que resultó destruido el vehículo de propiedad del hoy demandante y desencadenaron la condena al Estado, fueron el resultado del comportamiento doloso o gravemente culposo de la sociedad llamada en garantía.

Se insiste, en el proceso no obra prueba alguna que permita determinar que los trabajos realizados por Inconstruc Ltda., en cumplimiento del contrato 151 de 15 de mayo de 1997, no hubieran cumplido las expectativas técnicas o que la obra entregada hubiera sido de mala calidad, causando con esto los hechos por los que hoy se demanda.

Corolario de las precedentes apreciaciones, considera la Sala que le asiste razón al a quo al manifestar que no hay responsabilidad de la sociedad llamada en garantía puesto que para el momento en que sucedió el hecho generador del daño, 9 de octubre de 1999, el contrato 151 se encontraba liquidado y además porque no se logró demostrar que éste devino como causa del incumplimiento de las expectativas técnica o la mala calidad de la obra ejecutada por la sociedad llamada en garantía.

Por lo expuesto habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

8. Actualización de la condena impuesta en primera instancia

Ahora bien, como el recurso de apelación solamente se encontraba direccionado a que se revisara el tema de la responsabilidad de la sociedad llamada en garantía y la indemnización de perjuicios no fue motivo de impugnación, se procederá a actualizar la suma liquidada por concepto de perjuicios materiales, desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta la fecha de esta providencia.

$$Ra = R \frac{IF}{II}$$

$$Ra = 74.658.779,00 \frac{113.746}{100}$$

³² El dictamen pericial se encuentra a folios 150 a 153 del Cuaderno No. 3. Mediante providencia del 14 de mayo de 2002 se corrió traslado de éste, sin que las partes realizaran manifestación alguna, folio 73 del Cuaderno No. 1.

Ra= \$109.403.745,00

8. Impedimento

En atención a que el Honorable Consejero de Estado, Doctor Mauricio Fajardo Gómez manifestó su impedimento para conocer, discutir y votar el presente proceso, toda vez que se encuentra incurso en la causal contenida en el numeral primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, debido a que su esposa tiene participación en calidad de socia en firmas que hacen parte de las denominadas Uniones Temporales Interventoría Tren de Cercanías del Valle e Interventoría Tren de Cercanías de Bogotá, empresas a las que le fue adjudicado un contrato por parte del Ministerio de Transporte.

La Sala encuentra que las circunstancias fácticas descritas por el Doctor Fajardo Gómez encuadran en la causal de impedimento invocada, debe aceptarse su solicitud de ser separado del conocimiento del asunto de la referencia.

9. Costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, como fuera modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

ACEPTAR el impedimento manifestado por el Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de febrero de 2004, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de la Nación – Ministerio de Transporte.

SEGUNDO: Declarar administrativamente responsable al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, por los perjuicios materiales ocasionados al señor Jaime Rojas Acosta, con ocasión de los hechos acaecidos el 9 de octubre de 1999, en la vía Bogotá – Villavicencio, y en los que resultó destruido completamente el vehículo de servicio público de su propiedad.

TERCERO: Condenar al Instituto Nacional de Vías - INVIAS, a reconocer y pagar al señor Jaime Rojas Acosta, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, la suma de ciento nueve millones cuatrocientos tres mil setecientos cuarenta y cinco pesos M/Cte (\$109.403.745,00).

CUARTO: Dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984³³ –Código Contencioso Administrativo-, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Absolver a la Sociedad Inconstruc Ltda., llamada en garantía.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Impedido

³³ Normatividad aplicable al asunto de la referencia por expresa disposición del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.