

**ACCION DE REPARACION - Segunda instancia / PRUEBA TRASLADADA -
Proceso penal / PRUEBA TRASLADADA PROCESO PENAL - Requisito para
su valoración. Se debe llevar a cabo con audiencia de la contraparte**

Previo a resolver de fondo, es necesario advertir que la Sala no valorará ni tendrá en cuenta el proceso penal que se adelantó contra el conductor del vehículo accidentado y llamado en garantía, Francisco Javier Castaño Vallejo, por el delito de homicidio culposo, pues no se llevó a cabo con audiencia de la contraparte. Aún cuando esta prueba fue solicitada por la parte actora en la demanda y el tribunal la decretó, la entidad demandada no coadyuvó la solicitud. Si bien es cierto que la entidad demandada en sus escritos de contestación se refirió a los testimonios recibidos en el proceso penal y a las consideraciones realizadas por la Fiscalía que adelantó la investigación en contra del conductor del vehículo oficial, estas afirmaciones no son suficientes para valorar las pruebas recaudadas en el proceso penal.

**EXCEPCIONES - Deben probarse. Legitimación en la causa por activa.
Inexistencia de la obligación. Cobro de lo no debido. Improcedencia**

Respecto a las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la entidad, con fundamento en que una de las demandantes no demostró el parentesco con la víctima y que la Compañía de Seguros La Previsora canceló una indemnización por la muerte de la menor, se tiene que la Sala confirmará la decisión de primera instancia pues no existe prueba suficiente para su declaratoria. En efecto, en cuanto a la falta de prueba del parentesco entre la abuela materna y la víctima, se tiene que si bien es cierto que el nombre en el registro civil de nacimiento figura incompleto -María Leticia Garcés- respecto al que aparece en el registro civil de matrimonio -María Leticia Garcés Vélez-, esto no impide la plena identificación de la señora María Leticia Garcés como madre de Martha Libia Morales Garcés, quien a su vez es madre de la menor Juliana Morales Morales, por cuya muerte se demanda, de allí que, esta excepción no puede prosperar. De otro lado, respecto al desembolso realizado por la Compañía de Seguros La Previsora en razón a un seguro por muerte, al igual que lo cancelado por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, se tiene que estas sumas no constituyen un pago parcial o total de la indemnización a cargo de la entidad demandada cuando el daño compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 constitucional, como ocurre en el presente caso. Adicionalmente, en el acervo probatorio no aparece acreditado el pago por estos conceptos.

**CONDUCCION DE VEHICULOS - Régimen de responsabilidad aplicable /
REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO - Actividad peligrosa /
EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Causales / CAUSAL EXIMIENTE DE
RESPONSABILIDAD - Fuerza mayor / CAUSAL EXIMIENTE DE
RESPONSABILIDAD - Culpa de la víctima / CAUSAL EXIMIENTE DE
RESPONSABILIDAD - Hecho de un tercero / CAUSALES EXIMIENTES DE
RESPONSABILIDAD - Existencia / CULPA DE LA VICTIMA - Configuración /
CULPA CONCURRENTES - Acreditación / CULPA CONCURRENTES -
Graduación de culpas**

De las pruebas allegadas al proceso se encuentra acreditado que en la fecha y lugar indicados, la menor Juliana Morales Morales, murió cuando fue atropellada por un vehículo oficial de propiedad de la entidad demandada. Igualmente, está demostrado que la menor se desplazaba en contravía y llevaba un paquete, lo que le impedía maniobrar la bicicleta con las dos manos. Es preciso indicar que en

cuanto a la conducción de vehículos, se tiene por establecido que es una actividad peligrosa y que como tal, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo, ya que el riesgo creado en desarrollo de la actividad es una carga excesiva, grave y anormal que no deben asumir los ciudadanos. No obstante lo anterior, la entidad responsable puede exonerarse alegando las causales de fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero. De lo transcrito, se puede establecer que la menor Juliana Morales Morales incumplió con las normas de tránsito establecidas en la normatividad respectiva, ya que conforme a las pruebas allegadas, transitaba en contravía y no sostenía el manubrio con las dos manos. No obstante lo anterior, se tiene que de acuerdo a lo señalado por el único testigo de los hechos, el conductor del vehículo no trató de esquivar a la menor, -y podía hacerlo ya que la vía estaba despejada-, sino que se subió al andén cerca al que transitaba la víctima, la atropelló y chocó frente a una casa. Así las cosas, si bien es cierto que el accidente se debió, en parte, a la imprudencia o impericia de la menor al conducir la bicicleta, también lo es que el conductor del vehículo oficial no desplegó toda la actividad que estaba a su alcance para tratar de evitar el fatal desenlace, lo que constituyó, igualmente, una conducta imprudente. En consecuencia, aún cuando se configuró la culpa de la víctima, también está demostrado que la actuación del conductor del vehículo oficial tuvo incidencia en la producción del daño, de allí que, se tiene por acreditado que en el presente caso se configuró la denominada "culpa concurrente", que en realidad debe ser llamada "graduación de culpas", en razón a que, técnicamente, la incidencia en el daño se calcula conforme al grado de participación en la producción del mismo, por lo tanto, se confirmará la reducción en el porcentaje de la condena conforme lo señaló el tribunal de primera instancia.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo cuando se desempeñan actividades peligrosas, como la conducción de un vehículo y la aplicación de las causales de eximientes de responsabilidad, consultar sentencia de 19 de julio de 2000, expediente número 11842 y sentencia de 10 de agosto de 2000, expediente número 13816

MENORES DE DIEZ AÑOS - Predicación de la culpa / REDUCCION DE LA INDEMNIZACION - Se aplica al menor que causa daño no a quien lo recibe / DAÑO - Apreciación. Se puede reducir si la persona que se expuso a él lo hizo imprudentemente sin que sea relevante que el afectado sea un menor de edad

Ahora bien, en relación con el argumento de la parte actora según el cual, conforme al artículo 2346 del Código Civil, no se puede predicar culpa respecto de las actuaciones de los menores de diez años, y por lo tanto, no se puede aplicar la reducción de la indemnización, se debe precisar y reiterar que, la norma citada se refiere a hechos ilícitos considerados fuente de obligaciones y se aplica al menor que causa un daño, mas no a quien lo sufre. Adicionalmente, el artículo 2357 del Código Civil establece que la apreciación del daño se puede reducir si la persona que se expuso a él lo hizo imprudentemente, sin que sea relevante que el afectado sea un menor de edad, en consecuencia, hay lugar a la reducción en el porcentaje de las indemnizaciones, ya que la menor fue imprudente al transitar en contravía sin sujetar el manubrio con sus dos manos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2346 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2357

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Responsabilidad. Prueba / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Debe demostrarse la responsabilidad / LLAMADO EN GARANTIA - Debe demostrarse la actuación con culpa grave o dolosa

En relación con el llamado en garantía, señor Francisco Javier Castaño Vallejo, se tiene que la entidad demandada no demostró ni allegó las pruebas conducentes a establecer su responsabilidad, adicionalmente, del acervo probatorio que puede ser valorado en este proceso, se tiene que no existe prueba que demuestre la actuación de culpa grave o dolosa del conductor del vehículo, si bien es cierto que su actuar al momento del episodio fue descuidada, esto no es suficiente, se insiste, para demostrar la culpa grave o el dolo del llamado en garantía.

PERJUICIOS INMATERIALES - Perjuicios morales / PERJUICIO MORAL - Cuantía / CUANTIA PERJUICIO MORAL - Inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / PERJUICIOS MORALES - Cambio jurisprudencial. Tasación del monto de la indemnización en salarios mínimos legales / VALORACION DEL PERJUICIO MORAL - Debe ser hecha por el juzgador en cada caso / CONDENA - Suma equivalente a cien salarios mínimos mensuales vigentes en los eventos en que el perjuicio se presente en su mayor grado de intensidad

Conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente número 13232 - 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor Belén González y otros - William Alberto González y otra; sentencia de 26 de enero de 2011, expediente número 18429, Consejera Ponente doctora Gladys Agudelo Ordoñez, actor María Doris Henao y otros y sentencia de 10 de marzo de 2011, expediente número 17738, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Mario Cesar Pineda Gutiérrez y otros

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 17001-23-31-000-1995-06021-01(19199)

Actor:JOSE AURELIO MORALES JIMENEZ Y OTROS

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala, los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 7 de julio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la que se resolvió lo siguiente:

“DECLÁRANSE no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; e ilegitimidad en la causa por activa, propuestas por la Caja Nacional de Previsión - Cajanal.

“DECLÁRASE administrativa y parcialmente responsable a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL, de la muerte de la menor JULIANA MORALES MORALES en hechos ocurridos en el municipio de Chinchiná, Caldas, el día 12 de octubre de 1994.

“EN CONSECUENCIA,

“CONDÉNASE a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL, a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades de oro puro a las personas que a continuación se identifican:

“JOSÉ AURELIO MORALES JIMÉNEZ (padre) 400
gramos
“MARTHA LIBIA MORALES GARCÉS (madre) 400
gramos
“JAIRO HERNÁN MORALES MORALES (hermano) 200
gramos
“GUSTAVO ADOLFO MORALES MORALES (hermano) 200
gramos
“MARÍA LETICIA GARCÉS (abuela)
200 gramos
“MARÍA CENOBIA JIMÉNEZ (abuela)
200 gramos

“El metal de liquidará al precio que se encuentre al momento de la ejecutoria de esta providencia.

“CAJANAL tiene un plazo de cuatro (4) meses a partir de la ejecutoria, para dar cumplimiento a esta sentencia, plazo durante el cual las sumas líquidas devengarán intereses comerciales, después de este lapso pagará intereses moratorios...” (Fol. 112 y 113 cuad. ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. En escritos presentados el 5 de septiembre de 1995 y el 4 de junio de 1996, los señores José Aurelio Morales y Martha Libia Morales Garcés, quienes obran en su nombre y en representación de los menores Jairo Hernán y Gustavo Adolfo

Morales Morales; María Leticia Garcés y María Cenobia Jiménez, mediante apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, por la muerte de su hija, nieta y hermana Juliana Morales Morales, como resultado de un accidente de tránsito ocurrido el 12 de octubre de 1994, en el municipio de Chichiná, Caldas, cuando fue atropellada por un vehículo de propiedad de la entidad demandada.

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 1.000 gramos de oro, para cada uno de ellos y por perjuicios materiales no solicitaron indemnización alguna.

En apoyatura de sus pretensiones, narraron que en la fecha y lugar citados, el vehículo de propiedad de la entidad demandada atropelló a la menor Juliana Morales Morales, y si bien, ésta transitaba en contravía, el conductor se desplazaba muy cerca al andén, lo que ocasionó el accidente.

2. Las demandas fueron admitidas en autos del 27 de septiembre de 1995 y 28 de junio de 1996, y notificadas en debida forma a la entidad demandada.

3. Cajanal consideró que en relación con el proceso penal adelantado contra el conductor del vehículo oficial por homicidio culposo, la entidad no tuvo oportunidad de ser escuchada y de controvertir las pruebas recaudadas, por lo tanto, lo demostrado allí no podía ser usado en su contra ni comprometer su responsabilidad.

Adicionalmente, solicitó que se declararan las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Respecto de la primera, alegó que una de las abuelas de la víctima no demostró tal calidad, por lo tanto, no podía pretender indemnización alguna, y en relación con las demás excepciones, indicó que la Compañía de Seguros La Previsora les canceló a los demandantes un seguro por muerte con fundamento en los hechos narrados en la demanda, así que no existía justificación alguna para solicitar el pago de perjuicios. Finalmente, solicitó que se llamara en garantía al señor Francisco Javier Castaño Vallejo, quien conducía el vehículo que produjo el accidente de tránsito.

4. El 24 de noviembre de 1995, el tribunal admitió el llamamiento en garantía, pues se cumplieron los requisitos de ley. El llamado fue debidamente notificado, sin embargo, no se pronunció en relación con el mismo.

5. El 24 de enero y el 30 de octubre de 1996, se decretaron las pruebas. El 27 de septiembre de 1996, el tribunal decretó la acumulación de los procesos.

6. El *a quo* citó a audiencias de conciliación para el 25 de julio de 1996 y el 20 de febrero, las cuales fracasaron porque las partes no llegaron a ningún acuerdo. De igual forma, corrió traslado para alegar de conclusión y rendir concepto.

Durante el término de traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte actora indicó que, el accidente de tránsito se produjo por la impericia del conductor, toda vez que se demostró que el vehículo no trató de evitar impactar a la víctima, sino que por el contrario se subió al andén cerca al que transitaba la menor. Y aún cuando la víctima incumplió con las normas de tránsito pues se desplazaba en contravía, no se demostró que su actuar fuera determinante en la producción del daño.

La entidad demandada insistió en que la prueba recaudada en el proceso penal no podía ser valorada en el asunto *sub examine*, ya que no fue controvertida. Respecto a los testimonios rendidos en el proceso contencioso, señaló que eran contradictorios e imprecisos, de allí que, no eran suficientes para declarar su responsabilidad. Finalmente, indicó que en el presente caso los únicos responsables serían los padres de la menor, quienes fueron negligentes en el cuidado y vigilancia debidos para con ella.

El Ministerio Público consideró que se debían negar las súplicas de la demanda, toda vez que la conducta irresponsable de la víctima fue determinante en la producción del accidente de tránsito.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal, mediante sentencia del 7 de julio de 2000, condenó a la entidad demandada. Respecto a las excepciones propuestas, no las encontró probadas toda vez que no eran procedentes. Consideró que si bien la víctima infringió las normas de tránsito relacionadas con la conducción de bicicletas, el conductor del

vehículo actuó de manera imprudente, pues según lo que admitió en la indagatoria, se subió al andén y no accionó el freno de pedal. Para el *a quo* estas circunstancias configuraron una concurrencia de culpas, de allí que, la entidad demandada solo debía asumir el 40% de las indemnizaciones otorgadas.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes interpusieron y sustentaron los recursos de apelación contra la anterior providencia. Los demandantes solicitaron que se condenara al 100% a la entidad demandada, ya que el conductor del vehículo actuó imprudentemente al no respetar la distancia entre el andén y la vía que estaba establecida por las normas de tránsito, para las personas que se desplazan en bicicleta. Adicionalmente, señalaron que no era posible que se configurara la concurrencia de culpas pues los menores de 10 años no cometen culpa conforme al artículo 2346 del Código Civil.

La entidad demandada manifestó que en el presente caso se configuró un caso fortuito, pues fue la imprudencia de la víctima la que ocasionó el daño. Asimismo, indicó que a los únicos que se les podía imputar responsabilidad por la muerte de la menor era a sus padres, quienes permitieron que se desplazara en bicicleta incumpliendo la normatividad de tránsito.

Los recursos se concedieron el 17 de agosto del 2000 y se admitieron el 4 de diciembre siguiente.

El 22 de febrero de 2001, se corrió traslado a las partes de varios documentos - acta de levantamiento de cadáver, informe de accidente rendido por un agente de policía, protocolo de necropsia, acta de posesión del conductor del vehículo oficial, resoluciones de nombramiento y certificación de órdenes de trabajo del conductor del vehículo oficial- que obraban en el proceso penal y que fueron decretados como pruebas en primera instancia y allegadas por la Fiscalía Delegada ante los jueces penales del circuito y por la entidad demandada. Durante el término del traslado, las partes guardaron silencio.

Durante el traslado común para presentar alegatos de conclusión, la entidad demandada insistió en que la menor de edad invadió la vía por la que transitaba el vehículo oficial, así que fue su conducta imprudente la que causó el daño.

Las demás partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 7 de julio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

1. Previo a resolver de fondo, es necesario advertir que la Sala no valorará ni tendrá en cuenta el proceso penal que se adelantó contra el conductor del vehículo accidentado y llamado en garantía, Francisco Javier Castaño Vallejo, por el delito de homicidio culposo, pues no se llevó a cabo con audiencia de la contraparte. Aún cuando esta prueba fue solicitada por la parte actora en la demanda (Fol. 16 cuad. 1) y el tribunal la decretó (Fol. 55 cuad. 2), la entidad demandada no coadyuvó la solicitud.

Si bien es cierto que la entidad demandada en sus escritos de contestación se refirió a los testimonios recibidos en el proceso penal y a las consideraciones realizadas por la Fiscalía que adelantó la investigación en contra del conductor del vehículo oficial, estas afirmaciones no son suficientes para valorar las pruebas recaudadas en el proceso penal.

2. Respecto a las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por la entidad, con fundamento en que una de las demandantes no demostró el parentesco con la víctima y que la Compañía de Seguros La Previsora canceló una indemnización por la muerte de la menor, se tiene que la Sala confirmará la decisión de primera instancia pues no existe prueba suficiente para su declaratoria. En efecto, en cuanto a la falta de prueba del parentesco entre la abuela materna y la víctima, se tiene que si bien es cierto que el nombre en el registro civil de nacimiento figura incompleto -María Leticia Garcés- respecto al que aparece en el registro civil de matrimonio -María Leticia Garcés Vélez-, esto no impide la plena identificación de la señora María Leticia Garcés como madre de Martha Libia Morales Garcés, quien a su vez es madre de la menor Juliana Morales Morales, por cuya muerte se demanda, de allí que, esta excepción no puede prosperar.

De otro lado, respecto al desembolso realizado por la Compañía de Seguros La Previsora en razón a un seguro por muerte, al igual que lo cancelado por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, se tiene que estas sumas no constituyen un pago parcial o total de la indemnización a cargo de la entidad demandada cuando el daño compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 constitucional, como ocurre en el presente caso.

Adicionalmente, en el acervo probatorio no aparece acreditado el pago por estos conceptos, es más, obra una certificación de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., en los siguientes términos:

“El señor JOSÉ AURELIO MORALES JIMÉNEZ, se hizo presente en nuestra compañía, solicitando se le indemnizara por medio del seguro obligatorio para accidente de tránsito (SOAT) el vehículo de placas OA-509, se constató luego y se encontró que el mencionado vehículo no gozaba de este seguro, por lo cual lógicamente LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se vio impedida a realizar indemnización basada en este.

“Sin embargo, tratándose de la calidad del asegurado (CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL), se le ofreció al señor MORALES JIMÉNEZ de forma extrajudicial, la suma de \$4'500.000.00 sobre una suma asegurada de \$5'000.000.00, para esto se haría efectiva la póliza de automóviles dentro de su amparo de responsabilidad civil, suscrita entre LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN y nuestra COMPAÑÍA; el anterior ofrecimiento no fue aceptado por el señor MORALES, quien no volvió a presentarse en nuestras oficinas; llegando hasta este punto sus gestiones ante nuestra compañía con el fin de obtener indemnización a raíz del siniestro en cuestión” (Mayúsculas en original) (Fol. 93 cuad. 2).

3. Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

3.1. La menor Juliana Morales Morales murió el 12 de octubre de 1994, “por shock neurogénico causado por hipertensión endocraneana asociado a laceración cerebral severa, causado por trauma craneoencefálico” (conforme al registro civil de defunción que obra a folio 7 del cuaderno 1 y al protocolo de necropsia que obra a folios 41 y 41 vto. cuad. 2).

Igualmente, en el acta de levantamiento de cadáver, se consignó lo siguiente:

“Cadáver de infante en edad escolar, con signos de traumas en cara, cabeza, tórax y abdomen...”

“Herida con exposición de hueso y masa encefálica en región temporo occipital derecha. Laceración occipital y temporal derechos...

“Fractura de temporal derecho (parte posterior de escama y mastoides)

“Fractura de occipital con fragmento deprimido. Hemorragia epidural leve...

“Contusión cerebral a nivel frontal izquierdo hemorrágico laceración cerebral (sic) severa de lóbulo occipital y temporal lado derecho.” (Fol. 41 cuad. 2)

3.2. Sobre la forma como ocurrió el hecho, el joven Carlos Enrique Ortiz Muñoz, en declaración rendida en el proceso, expuso:

“Yo iba bajando por la calle 14 con 9ª de acá de Chinchiná, la niña que accidentaron venía tras de mí, tanto ella como yo veníamos en vía contraria yo iba en una bicicleta con la esposa de mi abuelito que se llama Beiba, no sé el apellido. Cuando nosotros íbamos llegando a la esquina ya para llegar al otro lado que es en la dirección ya anotada, cuando entonces el señor que accdento (sic) la niña voltió por donde nosotros íbamos y casi nos coge a nosotros. Entonces nosotros nos subimos al andén y voltiamos (sic) a mirar al señor del carro. Cuando menos pensamos fue que elevó a la niña al andén y la atropelló. La bicicleta en que iba la niña, porque ella estaba intentando subirse a la bicicleta cuando la atropellaron, la bicicleta quedó encima de la niña y la llanta delantera del lado derecho del carro quedó sobre ellos... Al momento del carro atropellar a la niña, como dije antes la elevó hacia el andén, quedándole encima la bicicleta y quedando encima de ella y de la bicicleta la llanta delantera derecha del carro, o sea que la llanta del carro quedó también sobre el andén...

“La vía es mas o menos ancha pueden caber dos carros, es más o menos faldudita (sic) por lo que nosotros (sic) íbamos bajando al igual que la niña accidentada y el señor del carro al voltear iba a subir, es pavimentada, cuando el accidente estaba en perfecto estado el pavimento. No había huecos...

“Nosotros bajábamos por el lazo izquierdo de la vía, a un paso de distancia del andén y conductor al bajar iba al lado derecho, pero al voltear voltió (sic) muy pegado hacia el lado de nosotros o sea hacia el lado izquierdo...

“Él al casi cogernos a nosotros como que echó hacia el lado derecho como para no darse contra el andén se desvió hacia el lado izquierdo por donde íbamos nosotros y fue cuando cogió a la niña...” (Fol. 68 a 74 cuad. 2).

Y el señor Francisco Javier Castaño Vallejo, en declaración juramentada, rendida el 20 de octubre de 1994, en la investigación interna¹ adelantada por la entidad demandada con motivo del accidente de tránsito, manifestó:

¹ Como quiera que las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario interno fueron practicadas por la entidad demandada, se entiende que se han surtido con su audiencia, así lo ha afirmado la Sala

“De acuerdo a la delegación otorgada por la Dirección General mediante Resolución N° 6995 del 17 de diciembre de 1992, se procede a las diligencias preliminares por accidente de tránsito ocurrido en el Municipio de Chinchiná el día 12 de enero de 1994.

“Generales de ley: Mi nombre es Francisco Javier Castaño Vallejo...cargo conductor mecánico...PREGUNTADO: Sírvase decir ante el despacho todo lo ocurrido el día 12 de octubre de 1994 en el accidente de tránsito en vehículo de propiedad de la Caja Nacional de Previsión de placas OA-5091. CONTESTADO: Pues el 12 de octubre vine a trabajar como un (sic) y corriente a las 8 a.m. y me mandaron a llevar un sobre al hospital San Marcos de Chinchiná, me fui de inmediato a Chinchiná a entregar el sobre, luego de haber entregado el sobre me regresé de nuevo a la entidad en Manizales, viniendo de allá para acá tuve un accidente con una niña que se me atravesó en una bicicleta, la niña venía en contravía manejando con una sola mano la bicicleta porque la otra mano o sea la mano derecha la traía ocupada con un paquete, la niña se le metió al carro de frente, pues yo la esquivé al máximo que hasta me monté al andén contra una casa, de inmediato me bajé del carro recogí la niña y la llevé al hospital donde al rato falleció, el carro lo detuvieron inmediatamente y yo me dirigí a Manizales a informar a la entidad y a llevar los respectivos documentos del carro para los trámites del seguro, este accidente ocurrió mas o menos a las 10 de la mañana...” (Fol. 29 cuad. 2).

Respecto a esta prueba se tiene que aún cuando podría parecer sospechosa en razón a que el declarante luego fue llamado en garantía, es evidente que su testimonio se recibió varios días después de ocurrido el accidente, cuando ni siquiera se había iniciado el proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no estaba vinculado como tercero, la Sala estima en consecuencia, que la declaración puede ser valorada, toda vez que simplemente relata los hechos que sucedieron el 12 de octubre de 1994, dando cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar, pero sin ninguna manifestación que pueda restarle credibilidad o poner en duda su imparcialidad.

en varias oportunidades: “Los testimonios antes citados hacen parte de la respectiva investigación disciplinaria que, si bien no fueron ratificados en el presente proceso contencioso administrativo, sí pueden ser válidamente considerados en éste, por cuanto se trata medios de prueba que hacen parte de la investigación adelantada por la propia entidad demandada, esto es, la Policía Nacional y, que por lo tanto, fueron practicados con su pleno conocimiento, cuya incorporación al proceso se decretó y efectuó a petición de la parte demandante.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de septiembre de 2002, expediente 13.399.

“...en razón de la remisión que en materia probatoria expresamente consagra el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el reiterado criterio fijado por la Sala sobre el particular, dichos testimonios pueden y deben ser válidamente valorados, por cuanto fueron practicados por la propia entidad en contra de quien se pretenden hacer valer, es decir, con su previo y pleno conocimiento, los mismos que luego, a petición de la parte demandante (fl. 19 cdno. ppal.), fueron allegados en copias auténticas como prueba trasladada, pero que precisamente en torno a ellos, en primera instancia, tanto el Ministerio Público como el propio tribunal estructuran el planteamiento de inexistencia de responsabilidad de la entidad demandada...” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de diciembre de 2002, expediente 13.623.

Finalmente, el agente de policía Miguel Ángel Pérez Ramírez, en el informe de accidente de tránsito, señaló:

“...en el día de hoy a eso de las 10:30 horas, a la altura de la calle 14 entre carreras 8 y 9 frente al # 8ª-17 al colisionar vehículo con bicicleta resultó lesionada la menor de nombre ANA JULIANA MORALES MORALES 9 años,... quien se movilizaba en una bicicleta tipo monareta color blanco y azul... con el vehículo Land Rover tipo campero color verde y blanca cabinado de placas OA-5091 modelo 71 servicio oficial de propiedad de la Caja Nacional de Prevención (sic) (CAJANAL) Manizales, y conducido por el señor FRANCISCO JAVIER CASTAÑO VALLEJO...

“Es de anotar, que la menor que figura como conductora de la bicicleta fue trasladada de inmediato por el conductor del vehículo en mención hasta el hospital de San Marcos, donde falleció cuando recibía atención médica.

“Los móviles al parecer se produjeron al parecer (sic) por desconocimiento de las normas de tránsito por parte de la menor al transitar en sentido contrario de la vía y ante la imposibilidad de maniobrar perfectamente la bicicleta ya que una de sus manos la llevaba ocupada con otro objeto...” (Mayúsculas en original) (Fol. 37 cuad. 2)

3.3. Así mismo, obran en el expediente copias auténticas de la licencia de tránsito No. 46442 expedida por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá, correspondiente al vehículo tipo campero marca Land Rover con número de placa OA-5091 cuyo propietario es la Caja Nacional de Previsión y es de servicio oficial; igualmente; la póliza de seguro No. 1756457-3 por daños corporales causados a personas en accidentes de tránsito cuyo tomador es la entidad demandada (Fol. 7 y 8 cuad. 2).

3.4. Conforme al acta de posesión No. 008 del 18 de enero de 1994, el señor Francisco Javier Castaño Vallejo se vinculó a la entidad demandada como conductor mecánico (Fol. 9 cuad. 2).

3.5. De acuerdo a la certificación del Director Seccional de la entidad demandada, el señor Francisco Javier Castaño Vallejo, para el día en que ocurrieron los hechos, fue comisionado para entregar, personalmente, al doctor Darío Gómez Gómez, Médico Director del Hospital San Marcos del municipio de Chinchiná, un oficio para donación de medicamentos a ese centro hospitalario (Fol. 25 cuad. 2)

4. De las pruebas allegadas al proceso se encuentra acreditado que en la fecha y lugar indicados, la menor Juliana Morales Morales, murió cuando fue atropellada por un vehículo oficial de propiedad de la entidad demandada. Igualmente, está demostrado que la menor se desplazaba en contravía y llevaba un paquete, lo que le impedía maniobrar la bicicleta con las dos manos.

Es preciso indicar que en cuanto a la conducción de vehículos, se tiene por establecido que es una actividad peligrosa y que como tal, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo, ya que el riesgo creado en desarrollo de la actividad es una carga excesiva, grave y anormal que no deben asumir los ciudadanos. No obstante lo anterior, la entidad responsable puede exonerarse alegando las causales de fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Al respecto la Sala ha señalado:

“...reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.

“La actividad generadora del daño causado, en el caso que ocupa a la Sala, es una de aquéllas. En efecto, la conducción de vehículos automotores ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa.

“No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”²

² Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 19 de julio de 2000, expediente 11.842.

“Tanto la jurisprudencia de la Sala como la de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación civil y la doctrina, han ensayado distintos criterios para definir cuándo una actividad es peligrosa. Así, se afirma que una actividad es peligrosa cuando rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de previsión o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas. No debe perderse de vista que el peligro es un concepto indeterminado y por lo tanto, sólo puede ser establecido por el juez en atención a las circunstancias particulares del caso concreto”.³

Respecto a las normas de tránsito relacionadas con el desplazamiento de bicicletas, aplicables al momento de ocurrencia de los hechos, el Código Nacional de Tránsito Terrestre, establecía:

“Artículo 155. Los conductores de bicicletas, triciclos, motociclos, motocicletas y mototriciclos deberán conducir en las vías públicas permitidas a horcajadas y sujetando los manubrios con las dos manos”

“Artículo 156. Los ciclistas y motociclistas estarán sujetos a las siguientes normas:

“1. Transitar por la derecha de las vías, a distancia no mayor a un metro de los buses y busetas.

“2. Los que transiten en grupo lo harán uno detrás de otro.

“3. No podrán sujetarse de otro vehículo o viajar cerca de otro carruaje de mayor tamaño que lo oculte de la vista de los conductores que transiten en sentido contrario.

“4. No podrán transitar sobre las aceras, lugares destinados al tránsito de peatones y por aquellas vías en donde las autoridades competentes lo prohíban.

“5. Deberán respetar las señales y normas de tránsito.

“6. Queda prohibido adelantar a otros vehículos por la derecha o entre vehículos que transiten por sus respectivos carriles.

“Parágrafo. Los ciclistas no podrán llevar a otra persona ni transportar cosas que disminuyan la visibilidad o que los incomoden en la conducción”

De lo transcrito, se puede establecer que la menor Juliana Morales Morales incumplió con las normas de tránsito establecidas en la normatividad respectiva, ya que conforme a las pruebas allegadas, transitaba en contravía y no sostenía el manubrio con las dos manos.

³ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el diez de agosto de 2000, expediente 13.816.

No obstante lo anterior, se tiene que de acuerdo a lo señalado por el único testigo de los hechos, el conductor del vehículo no trató de esquivar a la menor, -y podía hacerlo ya que la vía estaba despejada-, sino que se subió al andén cerca al que transitaba la víctima, la atropelló y chocó frente a una casa.

Así las cosas, si bien es cierto que el accidente se debió, en parte, a la imprudencia o impericia de la menor al conducir la bicicleta, también lo es que el conductor del vehículo oficial no desplegó toda la actividad que estaba a su alcance para tratar de evitar el fatal desenlace, lo que constituyó, igualmente, una conducta imprudente.

En consecuencia, aún cuando se configuró la culpa de la víctima, también está demostrado que la actuación del conductor del vehículo oficial tuvo incidencia en la producción del daño, de allí que, se tiene por acreditado que en el presente caso se configuró la denominada "culpa concurrente", que en realidad debe ser llamada "graduación de culpas", en razón a que, técnicamente, la incidencia en el daño se calcula conforme al grado de participación en la producción del mismo, por lo tanto, se confirmará la reducción en el porcentaje de la condena conforme lo señaló el tribunal de primera instancia.

Ahora bien, en relación con el argumento de la parte actora según el cual, conforme al artículo 2346 del Código Civil⁴, no se puede predicar culpa respecto de las actuaciones de los menores de diez años, y por lo tanto, no se puede aplicar la reducción de la indemnización, se debe precisar y reiterar que, la norma citada se refiere a hechos ilícitos considerados fuente de obligaciones y se aplica al menor que causa un daño, mas no a quien lo sufre⁵.

Adicionalmente, el artículo 2357 del Código Civil⁶ establece que la apreciación del daño se puede reducir si la persona que se expuso a él lo hizo imprudentemente, sin que sea relevante que el afectado sea un menor de edad, en consecuencia, hay lugar a la reducción en el porcentaje de las indemnizaciones, ya que la menor

⁴ "Los menores de diez (10) años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia"

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 14.681. Ver entre otras, la proferida el 25 de mayo de 2000, expediente 11.253.

⁶ "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"

fue imprudente al transitar en contravía sin sujetar el manubrio con sus dos manos.

5. Por último, en relación con el llamado en garantía, señor Francisco Javier Castaño Vallejo, se tiene que la entidad demandada no demostró ni allegó las pruebas conducentes a establecer su responsabilidad, adicionalmente, del acervo probatorio que puede ser valorado en este proceso, se tiene que no existe prueba que demuestre la actuación de culpa grave o dolosa del conductor del vehículo, si bien es cierto que su actuar al momento del episodio fue descuidada, esto no es suficiente, se insiste, para demostrar la culpa grave o el dolo del llamado en garantía.

6. Conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁷.

Como corolario de lo anterior, se modificará la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el sentido de otorgar, por concepto de perjuicios morales, a los demandantes, las siguientes sumas:

-José Aurelio Morales Jiménez (Padre):	40 smlmv
-Martha Libia Morales Garcés (Madre):	40 smlmv
-Jairo Hernán Morales Morales (Hermano):	20 smlmv
-Gustavo Adolfo Morales Morales (Hermano):	20 smlmv
-María Leticia Garcés (Abuela):	20 smlmv
-María Cenobia Jiménez (Abuela):	20 smlmv

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

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

FALLA:

Primero: Modifícase la sentencia de 7 de julio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual quedará así:

1. Declárase a la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de los hechos narrados en la demanda.

2. Condénase a la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, a pagar a las personas que a continuación se relacionan las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales a favor de:

-José Aurelio Morales Jiménez (Padre):	40 smlmv
-Martha Libia Morales Garcés (Madre):	40 smlmv
-Jairo Hernán Morales Morales (Hermano):	20 smlmv
-Gustavo Adolfo Morales Morales (Hermano):	20 smlmv
-María Leticia Garcés (Abuela):	20 smlmv
-María Cenobia Jiménez (Abuela):	20 smlmv

3. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

4. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 115, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente de la Sala

Olga Valle de la Hoz

Jaime Orlando Santofimio Gamboa