

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Radicación: 760012331000201101370 01 (55129)

Demandante: JULIO CÉSAR AGUIRRE Y OTROS

Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Tema: Muerte de persona. Accidente de tránsito. El daño no es imputable a la entidad demandada. Culpa personal del agente.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por las llamadas en garantía, contra la sentencia del 29 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 25 de febrero de 2010 falleció Martha Lucía Aguirre Realpe, luego de ser arrollada por el vehículo de placa ONH 571, de propiedad de las Empresas Municipales de Cali (EMCALI), el cual era conducido por un funcionario de dicha entidad, cuando se encontraba realizando una diligencia de carácter personal. Los demandantes consideran que la entidad demandada es patrimonialmente responsable por la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe, toda vez que el accidente se produjo con un vehículo de su propiedad y que era conducido por un empleado de la

entidad en horario laboral.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 12 de septiembre de 2011, Julio César Aguirre y Virginia Realpe, en nombre propio y en representación de Angie Vanessa Ospina Aguirre; y Nancy Aguirre Realpe y Maryury Aguirre Realpe, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en contra de EMCALI, por los perjuicios ocasionados por la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe.

Como pretensiones de su demanda, el extremo activo solicita condenar a la entidad demandada a pagar, por perjuicios morales, 100 SMLMV a Julio César Aguirre, Virginia Realpe y Angie Vanessa Ospina Aguirre y 80 SMLMV a Nancy Aguirre Realpe y Maryury Aguirre Realpe; y por lucro cesante, las sumas de \$39.107.812 a Angie Vanessa Ospina Aguirre y \$52.472.062 a Julio César Aguirre y Virginia Realpe.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirma que el 25 de febrero de 2010, Orlando Ospina Angrino, conductor del vehículo de placa ONH 571, de propiedad de las Empresas Municipales de Cali (EMCALI), condujo a su hija al lugar en el que se encontraba su madre, Martha Lucía Aguirre Realpe.

Señala que luego de estos hechos se zanjó una fuerte discusión entre Orlando Ospina Angrino y Martha Lucía Aguirre Realpe, por lo cual el señor Ospina Angrino aceleró el automotor de forma intempestiva e imprudente e invistió a Martha Lucía Aguirre Realpe, quien falleció al instante.

Los demandantes consideran que EMCALI es patrimonialmente responsable por la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe, toda vez que el accidente se produjo con un vehículo de su propiedad, el cual era conducido por un empleado de la entidad en horario laboral.

Textualmente señala: “El vehículo fue conducido de manera imprudente por parte del agente estatal, quien en los momentos previos al hecho dañoso, sostuvo una discusión con la occisa (...) relacionada con la hija en común de ambos, pues el señor Orlando Ospina, estaba en dicho lugar con el propósito de entregar a la menor Angie Vanessa Ospina Aguirre, a quien transportaba de manera irreglamentaria (sic) dentro de dicho vehículo, y precisamente, al haber convocado a la madre de la menor a dos cuadras para que se la recibiera, fue lo que ocasionó el altercado, pues la madre le reclamó que por qué no se la llevaba hasta el lugar del domicilio de ambas. Circunstancia que nos indica que el atropellamiento (...) no sucedió por sí solo, ni por causa de algo sobrenatural, o irresistible o imprevisible que pudiera considerarse fuerza mayor o caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima (...). Como consecuencia del actuar del agente estatal que conducía el vehículo oficial, se produjo un daño, es decir, la muerte de la víctima, la que resulta casualmente relacionada con la falla del servicio, como también concurre la teoría del riesgo excepcional (...).”

2. Contestaciones

El 22 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

2.1. EMCAL se opuso a las pretensiones e indicó que no era responsable de la muerte de Martha

Lucía Aguirre Realpe, pues si bien era cierto que Orlando Ospina Angrino era funcionario de la entidad, también lo era que para el momento en que ocurrieron los hechos aquel no estaba desarrollando funciones laborales sino personales, “tipificándose de esta manera las excepciones de culpa de la víctima y hecho de un tercero”.

Por lo anterior, propuso las excepciones que denominó ausencia de responsabilidad frente a los presuntos hechos en los que resultó fallecida la señora Martha Lucía Aguirre Realpe; demanda dirigida contra una entidad que no era responsable por el daño reclamado; inexistencia de responsabilidad civil extracontractual a la acción del Estado; compensación de culpas, falta de demostración y cuantificación de los perjuicios morales y materiales; cobro de lo no debido y la innominada.

2.2. La previsor S.A quien fue llamada en garantía por EMCALI, se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que los hechos que originaron el daño que se reclamaba no habían sido responsabilidad de la entidad pública demandada, pues el accidente de tránsito había ocurrido mientras el conductor realizaba diligencias de carácter personal.

En cuanto al llamamiento en garantía sostuvo que en caso de proferir sentencia condenatoria contra EMCALI debían tenerse en cuenta los términos, condiciones y exclusiones de la póliza “Líder No. RCE-3344 por responsabilidad civil extracontractual, con vigencia desde el 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 de Colseguros en un 80% y póliza No. 10005540 con vigencia desde el 1 de enero de 2010 hasta el 1 de enero de 2011 de a Previsora S.A., en un 20%”. Como excepciones al llamamiento en garantía propuso la de prescripción, aplicación del valor asegurado, inexistencia de la obligación por pago total de la suma asegurada en responsabilidad civil artículo 1979 del Código de Comercio, condiciones, amparos, límites y exclusiones de la póliza, cuantía máxima de la indemnización, inexistencia de la obligación de indemnizar intereses o sanciones moratorias y la genérica.

2.3. Colseguros S.A (Hoy Allianz S.A.) quien fue llamada en garantía por EMCALI, se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe se produjo por su propia culpa, puesto que actuó imprudentemente al colgarse de la puerta del vehículo de placa ONH-571 que conducía Orlando Ospina Angrino y posteriormente la atropelló.

En cuanto al llamamiento en garantía sostuvo que en caso de proferir sentencia condenatoria contra EMCALI debían tenerse en cuenta los términos, condiciones y exclusiones de la póliza No. 3344 con vigencia desde el 1º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010. Finalmente, como excepciones al llamamiento en garantía propuso las que denominó condición de límite de exceso en la póliza de responsabilidad civil extracontractual RCE-3344, límite de amparo asegurado, obligación del asegurado a soportar una cuota en la pérdida por concepto de deducible o franquicia, coaseguro, riesgos excluidos y la innominada.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 10 de diciembre de 201 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

3.1. Los demandante, EMCAL, Allianz S.A y La Previsora S.A reiteraron los argumentos puestos en la demanda y en la contestación de la misma, respectivamente.

3.2. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 29 de enero de 201 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda, al constatar que la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe se produjo porque fue atropellada por Orlando Ospina Angrino, funcionario de EMCALI, cuando conducía imprudentemente un vehículo de dicha entidad, en horario laboral.

Al efecto la sentencia referida sostuvo: “[...] Así las cosas, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produjo el daño que dio como resultado el fallecimiento de la señora María (sic) Lucía Aguirre Realpe, se puede colegir que el mismo obedeció a la conducta imprudente y dolosa del conductor, que sin importarle que la señora estuviera asida en su puerta, puso en marcha el vehículo sin precaución, atropellándola y causándole la muerte, por lo que no es de recibo considerar del material probatorio existente y principalmente del mismo resultado de la investigación penal, que el daño producido hubiese sido en parte culpa de la víctima. (...) Téngase de presente además que el medio que fue usado fue un vehículo de uso oficial de propiedad de EMCALI EICE ESP, el cual estaba a cargo de uno de sus agentes vinculado laboralmente a la entidad, el señor Orlando Ospina Angrino, quien para el momento de los hechos, a pesar de estar en horario laboral, se encontraba desarrollando funciones de índole personal, lo cual no constituye un eximente de responsabilidad para la entidad demandada, en tanto no se puede equiparar al funcionario como un tercero ajeno a la entidad.”

En la parte resolutive el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ordenó a EMCALI pagar por concepto de perjuicios morales, 100 SMLMV a Julio César Aguirre, Virginia Realpe y Angie Vanessa Ospina Aguirre, 50 SMLMV a Nancy Aguirre Realpe y Maryury Aguirre Realpe; y por lucro cesante, la suma de \$103.966.875 a Angie Vanessa Ospina Aguirre. Asimismo, ordenó a las entidades llamadas en garantía, Allianz S.A. y La Previsora S.A., reintegrar a EMCALI la suma que pagare por concepto de lo ordenado en la sentencia, teniendo en cuenta el límite del valor asegurado en la póliza No. 3344 y los pagos realizados por concepto de otros siniestros.

5. Recurso de apelación

Los días 1, 1 y 2 de febrero de 2015, Allianz S.A., La Previsora S.A. y EMCALI, respectivamente, interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos el 23 de febrero de 201 y admitidos el 4 de mayo de 201.

5.1. EMCAL indicó que el a quo no valoró adecuadamente los elementos materiales probatorios, pues estos daban cuenta que la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe no le era imputable, toda vez que Orlando Ospina Angrino no actuó en ejercicio de sus funciones sino por motivos personales, es decir, por la discusión que sostuvo con su expareja, mientras se encontraba evadido del cumplimiento de sus labores como “instalador de teléfonos”.

Textualmente refirió: “No se encuentra probado en este proceso que las actividades del servicio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. hayan conducido al desenlace fatal en la vida de la señora Martha Lucía Aguirre Realpe, pues al momento de ocurrencia de los hechos el señor Ospina Angrino transgredió las conductas y responsabilidades como empleado de la entidad y observó conductas totalmente independientes relacionadas con problemas personales, haciendo uso indebido del vehículo de Emcali. Hecho debidamente investigado y sancionado por la empresa como conducta disciplinaria administrativa. Es decir, no existe nexo causal entre el actuar del señor Ospina Angrino y el desempeño normal de sus actividades como instalador de teléfonos, quien el día de los hechos debió encontrarse en el municipio de Yumbo cumpliendo la orden de trabajo

que se le había encomendado (...)

5.2. Allianz S.A. solicitó revocar la sentencia de primera instancia, alegando que el daño antijurídico no le era imputable a EMCALI, pues la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe había sido producto de su actuación negligente e imprudente al colgarse de la puerta del vehículo de placa ONH 571. Adicionalmente, sostuvo que Orlando Ospina Angrino no estaba desarrollando funciones de índole laboral sino personal y por ello no existía nexo causal entre el daño y la actuación de la administración. Por último, frente al llamamiento en garantía, indicó que los hechos ocurridos “se encuentran por fuera del objeto social de Emcali (...) y no tienen cobertura” por la póliza RCE-3344.

5.3. La Previsora S.A. manifestó que el a quo no valoró adecuadamente los elementos de prueba, pues estos daban cuenta que los hechos que originaron el daño antijurídico no fueron responsabilidad de EMCALI, en la medida que el funcionario Orlando Ospina Angrino se evadió de sus labores para realizar diligencias personales, con ocasión de lo cual surgió la discusión con su ex pareja sentimental, quien, además, actuó negligentemente al colgarse de la puerta del vehículo que conducía el señor Ospina Angrino.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 1° de junio de 201 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte demandant reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

6.2. El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia recurrida y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, al constatar que “el conductor del automotor al momento del accidente no obraba como agente del Estado y utilizó el vehículo en forma abusiva para actividades no autorizadas, atender asunto familiar, comportamiento con el cual se rompió el nexo causal en relación con el servicio”, es decir, no actuó prevalido de su condición de servidor público y por lo tanto el daño no era imputable a la entidad demandada porque se configuró la culpa personal del agente.

6.3. EMCALI, Allianz S.A. y La Previsora S.A. guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 29 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, puesto que la cuantía supera la exigida de 500 SMLMV para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tenga vocación de doble instancia ante esta Corporación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 129 y 132 numeral 6 del C.C.A. y 1° del Acuerdo 34 del 15 de enero de 199.

2. Acción procedente

La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, según lo dispone el artículo 8 del Código Contencioso Administrativo.

En este caso la acción procedente es la de reparación directa, porque se reclama la reparación de un daño ocasionado por EMCALI.

3. Vigencia de la acción

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés genera

, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción, ofrecer estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bifronte, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción ipso iure que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

En el caso sub examine se estima que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, teniendo en cuenta: i) que el 25 de febrero de 2010 falleció Martha Lucía Aguirre Realpe, según da cuenta copia del registro civil de defunción expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil; ii) que el 6 de abril de 2010 los demandantes presentaron solicitud de conciliación extrajudicial la cual se declaró fallida el 15 de junio de 2011; y iii) que el 11 de septiembre de 2011 se presentó la demanda, esto es, dentro del término de dos (2) años que disponía la ley procesal vigente.

4. Legitimación en la causa

4.1. Julio César Aguirre Vargas (padre), Virginia Realpe (madre), Angie Vanessa Ospina

Aguirre (hija), Maryury Aguirre Realpe (hermana) y Nancy Aguirre Realpe (hermana) son las personas sobre la que recae el interés jurídico que se debate en este proceso y están legitimados en la causa por activa, porque está acreditado que conformaban el núcleo familiar de Martha Lucía Aguirre Realpe (víctima), según da cuenta copia de sus registros civiles de nacimiento.

4.2. EMCAL está legitimado en la causa por pasiva, toda vez que el vehículo con el que se causó el accidente de tránsito en el que falleció Martha Lucía Aguirre Realpe era de su propiedad, tal como consta en el certificado de tradición expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Cal; y porque el conductor del vehículo era funcionario suyo y se desempeñaba como “operador de red”, según da cuenta la certificación expedida por el Jefe de Departamento de Planeación Humana y Organizacional de EMCAL.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe es atribuible a la entidad demandada.

6. Solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico es menester hacer unas consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado, aquella que le corresponde por daños causados en accidentes de tránsito y culpa o acto personal del agente estatal.

6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere*.

6.2. Responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito

Mediante sentencia de unificación del 19 de abril de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que el artículo 90 de la Constitución Política no privilegió ningún régimen de responsabilidad, por lo que es deber del juez encuadrar cuál es aplicable al caso concreto, de acuerdo con lo que encuentre probado en el proceso.

En este sentido, se ha reconocido la existencia de algunos regímenes de responsabilidad en los cuales no es necesario acreditar el acaecimiento de una falla en el funcionamiento del servicio para que la Administración sea declarada responsable. Justamente, en los denominados regímenes de responsabilidad “sin culpa” o “sin falta” la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de este o la conducta de sus agentes se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico, como sucede en el que se fundamenta en el riesgo excepcional.

La jurisprudencia de la Subsección ha indicado que cuando se trata de la producción de daños originados en el despliegue -por parte de la entidad pública o de sus agentes- de actividades peligrosas, como lo es la conducción de automotores, es a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la concreción del riesgo creado.

Aunado a lo anterior, es bueno recordar el criterio jurisprudencial que ha venido orientando la cuestión de la guarda como elemento de imputación de daños, respecto del cual la Corporación ha acogido los criterios expuestos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes.

Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se prueba lo contrario.

De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto -que desde luego admite prueba en contrario- pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario.

O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad de que guardián de ellas presúmase tener.

Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada”

Así mismo, frente al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales esta materia sea objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que al actor le bastará con 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 que para que la entidad sea exonerada deberá probarse la existencia de una causa extraña.

En todo caso, vale la pena destacar que si el juez evidencia que está probada la falla del servicio al analizar las circunstancias del caso concreto, deberá ponerse de presente esta situación y el título jurídico que deberá privilegiarse será el subjetivo.

7. Culpa o acto personal del agente estatal

Para imputar responsabilidad al Estado no basta con acreditar la calidad de funcionario público

de quien ha producido un daño antijurídico o que el elemento con el cual se ocasionó ese daño sea de propiedad del Estado, en tanto se requiere demostrar que la conducta del agente público tiene relación directa o indirecta con el servicio, razón por la que deberá examinarse si aquella se llevó a cabo en desarrollo de actividades propias del servicio y si el funcionario estatal actuó prevalido de su condición frente a la víctima.

Sobre el tema, la Sección Tercer en varias oportunidades ha sostenido que los agentes estatales son personas que, si bien están investidas de esa calidad, lo cierto es que conservan la responsabilidad de su desempeño en su ámbito privado o personal, en virtud del cual actúan como cualquier particular y pueden cometer infracciones y delitos comunes, sin relación alguna con su calidad de funcionarios, es decir, separados por completo de toda actividad pública.

Al respecto, la Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 29 de abril de 2015 sostuvo lo siguiente:

“En este sentido, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la calidad de funcionario público por sí sola resulta insuficiente para imputar al Estado el daño causado por el agente, pues, aunado a su condición, la conducta deberá guardar relación con el servicio directa o indirectamente, pues es éste, más que el agente, el que hace responsable a la administración.

Señala la jurisprudenci:

'Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento.'

Siendo así, para determinar si el hecho dañoso guarda relación con el servicio se deberá examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó en condición de autoridad, en razón de la misma o en función del servicio, para lo cual se habrá de examinar la actuación u omisión, es decir, importa establecer “(...) si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo (...) aparecía como derivado de un poder público”.

Posteriormente, la Sección Tercera de esta Corporación indicó que la culpa personal del agente estatal es una figura jurídica reconocida jurisprudencialmente que consiste en aquel o aquellos hechos que se producen como consecuencia directa, determinante y sustancial de la acción, negligencia, impericia o imprudencia del agente o funcionario estatal bien sea por fuera del ejercicio de sus labores, misiones o deberes legales, institucionales o funcionales, o bien en su fuero de despliegue privado aunque haya la intervención de bienes, elementos u objetos ligados a la actividad estatal, como ocurre con los vehículos o las armas de dotación de las que están provistos estos sujetos, pero que no están destinados, ligados o vinculados a la actividad, función o servicio público de manera inescindible, cuya prueba está en cabeza de quien invoca la imputación del daño antijurídico al Estad.

Así las cosas, la sola calidad de agente estatal que ostente el autor del hecho no compromete necesariamente la responsabilidad del Estado, incluso aunque el mismo tenga lugar en horas del servicio o mediando la intervención de bienes o elementos ligados a la actividad. Para imputar responsabilidad al Estado por actos de agentes estatales o funcionarios públicos, aún desplegados en el marco de una actividad peligrosa, debe examinarse la conducta del agente de cara a establecer si tuvo o no una relación directa o indirecta con el servicio, pues si el hecho que causa el daño se origina en un proceder estrictamente personal del autor, sin vínculo alguno con el

servicio, se configura la causal de exoneración de culpa o falta personal del agente.

7. El caso concreto

En los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda, EMCALI, Allianz S.A. y La Previsora S.A. sostuvieron que el a quo no valoró adecuadamente las pruebas, pues ellas realmente daban cuenta que el daño antijurídico no era imputable a la entidad demandada porque el conductor del vehículo oficial de placa ONH 571 no estaba en ejercicio de funciones laborales sino personales cuando atropelló a Martha Lucía Aguirre Realpe.

En este sentido y comoquiera que la parte demandada y las llamadas en garantía fueron las que presentaron los recursos de apelación contra el fallo proferido el 29 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se resolverá el asunto sub lite en aquello que se reprocha como desfavorable en los recursos. Por ello, a continuación, se analizará si EMCALI es patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados por la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe.

Bajo esta óptica, la Sala establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados.

7.1 Hechos probados

Antes de señalar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el expediente, es menester poner de presente que los recortes de prensa serán valorados según los criterios expuestos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de mayo de 2012, esto es, servirán solo como indicador para la Sala, quien, a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

Así pues, se evidencia que, de conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

7.1.1. Está probado que el vehículo de placa ONH 571, marca Toyota, línea Hilux, modelo 2005 es de propiedad de EMCALI, según da cuenta copia del certificado de tradición expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Cali.

7.1.2. Está acreditado que para el 25 de febrero de 2010, Orlando Ospina Angrino laboraba en EMCALI en el cargo de “operador de red”, tal como consta en la certificación expedida por el Jefe Departamento de Planeación Humana y Organizacional de esa entidad.

7.1.3. Está probado que entre las 4:15 y 4:35 p.m. del 25 de febrero de 2010, en la diagonal 70 entre calle 26 L y 26 M de la ciudad de Cali, el vehículo de placa ONH 571 de propiedad de EMCALI, que era conducido por Orlando Ospina Angrino, atropelló a la señora Martha Lucía Aguirre Realpe, según da cuenta copia del informe de policía de accidentes de tránsito No. 070528, cuyo contenido es el siguiente:

“Lugar. Diagonal 70 entre calle 26 L y 26 M

Localidad o comuna: 13

Fecha y hora: 25 de febrero de 2010. 16:15 a 16:35

Características de las vías: Recta, con aceras, de doble sentido, una calzada, de dos carriles, en buen estado, seca y con buena iluminación (...).

Conductor: Ospina Angrino Orlando.

Vehículo: ONH 571, Toyota, Hilux.

Propietario: Empresas municipales de Cali.

(...) Víctima: Aguirre Realpe Martha Lucía.

Hipótesis: Conductor de vehículo – poner en marcha un vehículo sin precaución. No estar atento a la vía.”

7.1.4. Está probado que Martha Lucía Aguirre Realpe falleció el 25 de febrero de 2010, según da cuenta copia del registro civil de defunción expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civi.

7.1.5. Consta que para el 25 de febrero de 2010 Orlando Ospina Angrino debía cumplir con una jornada laboral desde las 7:00 a.m. hasta las 4:30 p.m. y que el último servicio de reparación que reportó tuvo lugar a las 12:14 p.m., según da cuenta copia del memorando que expidió la Jefe de Departamento de EMCAL. El contenido del memorando es el siguiente:

“Se muestra que los señores Orlando y Giovanni (...) el día 25 de febrero sólo laboraron en el horario comprendido entre las 7:51 AM y 12:14 AM, sin reportársele al líder inmediato para más trabajo, siendo que el horario de trabajo es de las 7:00 AM a las 4:30 pm, y sin haber solicitado un permiso remunerado o no remunerado para el horario no laborado.

(...) El día 25 de febrero de 2010 a las 4:00 PM el señor Orlando Ospina reporta el siniestro del vehículo ONH 571 a su cargo. Así mismo el informe indica que el siniestro ocurre en la diagonal 70 con carrera 26 L esquina, en un sitio y un horario no autorizado, máxime que la última reparación reportada en este día fue a las 12:14 PM.”

7.1.6. Demostrado está que el 26 de febrero de 2010 la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación – Seccional Valle del Cauca inició de oficio la investigación penal contra Orlando Ospina Angrino por el delito de homicidio, según da cuenta copia del formato único de noticia criminal.

7.1.7. Se probó que por auto del 5 de marzo de 2010, EMCALI inició investigación disciplinaria No. 4388 contra Orlando Ospina Angrino, la cual culminó con el fallo No. 120-DCD-39.2-017 del 18 de mayo de 2011, en el que se sancionó al disciplinado con 6 meses de suspensión del cargo, inhabilidad especial por el mismo término y multa equivalente a 180 días de salario básico, según da cuenta la certificación expedida por la Directora de Control Disciplinario de la referida entida.

7.1.8. Consta que el 13 de septiembre de 2010 la Fiscalía 23 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali imputó a Orlando Ospina Angrino el delito de homicidio doloso, y que en esa misma fecha el Juzgado Doce Penal Municipal de Control de Garantías de Cali impuso medida de aseguramiento al procesado, según da cuenta la certificación expedida por la referida Fiscalía 23 Seccional Delegada de Cal. El contenido de la certificación es el siguiente:

“En este despacho judicial cursa investigación con número único de noticia criminal 76-001-6000-193-2010-80283 por la muerte de la señora Martha Lucía Aguirre Realpe (...) sucedida el 25 de febrero de 2010, en la diagonal 70 entre calle 26 L y 26 M de esta ciudad, vía pública donde es arrollada por el vehículo de placas ONH 571, que conducía su compañero permanente Orlando Ospina Angrino, en el momento en que discutían encontrándose ella asida de la puerta del conductor, quien pone en marcha el automotor, cayendo esta y causándole las heridas que le condujeron al deceso. Que el 13 de septiembre de 2010, ante el Juzgado Doce Penal Municipal de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía le formuló la imputación por el delito de homicidio doloso y la judicatura le impuso la medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad en su domicilio bajo caución de diez salarios mínimos legales mensuales (...). En la actualidad se encuentra en etapa de juicio oral en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento”

7.2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado

En aras de resolver el cargo invocado en el recurso de apelación, la Sala analizará de forma ordenada cada uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que la configuración de dicho instituto jurídico depende de la sumatoria de los componentes que lo conforman. Por lo anterior, se hace necesario abordar dichos elementos de la siguiente manera: i) el daño antijurídico y ii) su imputación frente al Estado.

Lo anterior, más allá de consistir en una metodología sugerida por la Sala, atiende a una lógica en la que, naturalmente, ante la ausencia del daño como elemento esencial del instituto indemnizatorio, el análisis del subsiguiente carece de toda utilidad, ya que aún ante su existencia, no será posible declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración

.

7.2.1. El daño antijurídico

En el sub examine se tiene que **el daño** alegado es la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe, la cual está debidamente acreditada con la copia del registro civil de defunción expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil (hecho probado 7.1.4). El daño tiene el carácter de antijurídico, pues se trata de la afectación de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico, cuya lesión no encuentra justificación legal.

En efecto, la vida es uno de los derechos inherentes e inalienables de la persona y se constituye en presupuesto esencial para la realización de los demás derechos. Se encuentra protegido en el Preámbulo de la Constitución Política, que proclama dentro de los fines del Estado asegurar la vida de sus integrantes, y en el artículo 11 Superior, que establece que "el derecho a la vida es inviolable".

7.2.2. La imputación

Para determinar si hay lugar a imputar el daño antijurídico a la entidad demandada, es menester establecer si éste le es atribuible fáctica y jurídicamente.

De los medios probatorios arrimados al proceso se encuentra acreditado lo siguiente: **i)** que el vehículo de placa ONH 571, marca Toyota, línea Hilux, modelo 2005 era de propiedad de EMCALI (hecho probado 7.1.1); **ii)** que Orlando Ospina Angrino, para el 25 de febrero de 2010,

laboraba en EMCALI en el cargo de “operador de red” y tenía una jornada laboral comprendida entre las 7:00 a.m. y las 4:30 p.m. (hechos probados 7.1.2 y 7.1.5); **iii**) que entre las 4:15 y 4:35 p.m. del 25 de febrero de 2010, en la diagonal 70 entre calle 26 L y 26 M de la ciudad de Cali, el vehículo de placa ONH 571 de propiedad de EMCALI, que era conducido por Orlando Ospina Angrino, atropelló a la señora Martha Lucía Aguirre Realpe (hecho probado 7.1.3); **iv**) que Martha Lucía Aguirre Realpe falleció el 25 de febrero de 2010, (hecho probado 7.1.4); **v**) que el 13 de septiembre de 2010 la Fiscalía 23 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali imputó a Orlando Ospina Angrino el delito de homicidio doloso, y que en esa misma fecha el Juzgado Doce Penal Municipal de Control de Garantías de Cali impuso medida de aseguramiento al procesado (hecho probado 7.1.8).

Por otro lado, la Sala evidencia que obran en el expediente los interrogatorios de parte rendidos ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por Julio César Aguirr (padre de la víctima), Maryury Aguirre Realp (hermana de la víctima) y Virginia Realp (madre de la víctima).

Al efecto, se evidencia que Julio César Aguirre, padre de la víctima, manifestó que no presenció el accidente donde murió su hija, que esta para el momento de los hechos estaba separada de Orlando Ospina Angrino y aportaba económicamente para los gatos del hogar. De hecho, en su declaración expuso lo siguiente:

“[...] PREGUNTADO: Manifieste al despacho si es de su conocimiento como sucedieron los hechos el día del accidente. CONTESTÓ: Yo no estaba (...) estaba acá en el centro. PREGUNTADO: Indique al Despacho con quien vivía la señora Martha Lucía Aguirre Realpe. CONTESTÓ: Orlando no vivía con ella porque hace siete meses se habían separado. Ella vivía en casa con mi mujer, conmigo, la hermana y la hija. (...) Ella arreglaba uñas a domicilio, hacía tamales, rifas. (...) PREGUNTADO: De acuerdo a respuesta anterior, usted y su esposa han sostenido los gatos del hogar y personales con el trabajo de su esposa y el alquiler del apartamento. CONTESTÓ: Si y también nos da la comida la otra hija Maryury. Anteriormente nos la daba Martha, ella nos ayudaba mucho, es todo.”

Asimismo, Maryury Aguirre Realpe, hermana de la víctima, indicó que no presenció el accidente en el que falleció su hermana, pero al llegar al lugar de los hechos le preguntó a Orlando Ospina Angrino sobre lo sucedido, a lo que él contestó que sí atropelló a Martha Lucía Aguirre Realpe y que ahora se podía ir a vivir con su hija. En efecto, en su declaración expuso lo siguiente:

“Yo en el momento me puse la ropa, salí corriendo y mi hermana estaba con una pierna arriba ensangretada (sic), estaba el carro de Empresas Municipales de Cali. Me dijeron que fue Orlando y yo le pregunté por qué hizo eso, él me dijo 'yo lo hice y que'. La niña tenía las manos llenas de sangre y él le había dicho que ya podían irse a vivir juntos. (...) Mi hermana era el fundamento de la familia por ella hacíamos todo, ya no. (...) Él todos los días recogía a la niña y se la llevaba a la mamá, siempre llevaba a la niña y a mi hermana [...]”.

Igualmente, Virginia Realpe, madre de la víctima, manifestó que no presenció el accidente pero que Orlando Ospina Angrino mató a su hija con el carro de propiedad de EMCALI. A propósito, en su declaración expuso lo siguiente:

“Quiero decir que el señor Orlando recogía a la niña para llevarla al colegio y la dejaba a las 12:30 de la tarde en la casa. El día que me mató a mi hija no la llevó a la casa, la dejó como a las tres cuadras. Cuando llegué a las 2:30 de la tarde vi el carro de las empresas y nadie me decía nada. Él me mató a mi hija con el carro de las empresas. Es todo.”

Ahora bien, el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil señala que la declaración o interrogatorio de parte es la forma en la que se provoca la confesión judicial. La declaración de parte solo puede apreciarse en los términos del artículo 195 de la misma normativa, es decir, en aquello que le produzca consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezca a la parte contraria, y con el cumplimiento de los demás requisitos que establece esta norma, a saber: i) que el confesante tenga capacidad y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado, ii) que recaiga sobre hechos sobre los cuales la ley no exija otro medio de prueba, iii) que sea expresa, consciente y libre, iv) que verse sobre hechos personales del confesante y v) que se encuentre probada, cuando fuere extrajudicial o judicial trasladada.

Bajo el anterior contexto, se advierte que las declaraciones de Julio César Aguirre, Maryury Aguirre Realpe y Virginia Realpe no pueden tenerse como prueba en este asunto, pues sus deposiciones no pueden conducir a una confesión que los beneficie.

Por otro lado, se evidencia que Tatiana Patricia Ríos Giraldo “amiga de Martha Lucía Aguirre Realpe”, señaló en testimonio rendido el 13 de marzo de 2014, que se encontraba en su casa y escuchó que tocaron la puerta fuertemente y vio a Maryury Aguirre Realpe salir corriendo, por lo que ella salió detrás, pero al llegar -sin especificar el sitio- encontraron una multitud y a Martha Cecilia en el piso, y al frente al señor Orlando Ospina con la menor Angie Vaness. De hecho, en esta diligencia manifestó lo siguiente:

“[...] Yo estaba en mi casa cuando escucho que tocan la puerta durísimo y veo a que Maryury sale corriendo y yo me quedo 'hay que pasó', salgo corriendo y salir detrás de ella (sic). Ella llegó más rápido que yo y cuando nosotros vemos una multitud de personas y vimos que Martha estaba tendida en el piso, el señor Orlando Ospina y la niña Angie Vanessa estaban parados en una casa. Yo me acerco hacía Martha le tomo la cabeza y la llamo, ella no me responde. La miro y pienso que está muerta. Me paro ahí y voy donde está Orlando y la niña Angie y le digo a la niña que camine, que se venga conmigo, la niña me da la mano. Al darme la mano ella tiene la mano untada de sangre. El señor Orlando se queda ahí como una persona que no hubiera pasado nada. Solamente vi a mi amiga tendida en el suelo muerta. Es todo.”

Posteriormente, se tiene que Ana Duva Montaña Caicedo, quien manifestó ser “amiga de Martha Lucía Aguirre Realpe” señaló en testimonio del 13 de marzo de 2014, que el 25 de febrero de 2010 había hablado con la víctima hasta las 11:00 a.m. y la volvió a ver en la tarde porque iba a recoger a su hija Angie Vanessa Ospina Aguirre. Luego, al “bajar”, observó que había una multitud de gente y una señora le dijo que “habían matado a su amiga”. De hecho, en esta diligencia manifestó lo siguiente:

“En este momento yo vengo a declarar la amistad con Martha, el día que ocurrieron los hechos yo hable con Martha hasta las 11:00 de la mañana, ella fue a mi negocio. Hasta la tarde la volví a ver que me dirigía al banco, ella me dijo que se iba a recoger a la niña. Cuando me iba a bajar había un poco de gente reunida, cuando me bajé una señora me dijo vaya que allá mataron a su amiga, yo le dije cuál amiga, me dijo que con la que yo mantenía conversando, Martha. Cuando llegué había una montonera de gente ahí y estaba ya tapada con una cobija y miré más adelante, había un carro. Yo siempre la miraba a ella y vi cuando se la llevaron [...]”.

Así mismo, se observa que Giovanny Andrés Ortiz Bolaños, quien manifestó trabajar en EMCALI con Orlando Ospina Angrino, señaló en testimonio rendido el 18 de marzo de 2014, que el 25 de febrero de 2010 se encontraba desarrollando actividades de reparación de telefonía e internet en el municipio de Yumbo desde las 7:00 a.m. hasta más o menos las 2:30 p.m. cuando

el señor Ospina Angrino lo dejó “en la planta”, agregó, que el responsable del vehículo de placa ONH 571 era Orlando Ospina Angrin. Justamente, en la diligencia manifestó lo siguiente:

“A Orlando lo conozco desde el 2006 que ingresé a la empresa en la planta telefónica San Luis. Tiempo de trabajo con él como pareja no llevábamos mucho, como quince días llevaba trabajando con él, pero si lo conocía desde el 2006. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho para el día 25 de febrero de 2010 si usted estaba desarrollando alguna labor con el señor Orlando Ospina y en dónde. CONTESTADO: Estábamos desarrollando actividades de reparaciones de telefonía e internet en el municipio de Yumbo, desde las siete de la mañana que era la hora de entrada hasta las dos y media de la tarde más o menos que fue cuando el me dejó en la planta. PREGUNTADO: De acuerdo a la respuesta anterior manifieste al despacho exactamente a qué hora terminaron su actividad laboral ese día. CONTESTADO: A eso de las dos de la tarde. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si a las 16:15 horas fecha dentro de la cual se encuentra establecido que se presentaron los hechos, el señor Orlando Ospina Angrino ya no estaba en horario laboral. CONTESTADO: Si estaba en horario laboral porque nosotros laboramos hasta las cuatro y media de la tarde. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si es de su conocimiento, qué le manifestó a usted el señor Orlando, respecto a donde se dirigía cuando lo dejó a usted en la central telefónica. CONTESTADO: El en el transcurso del día no sé a qué hora, recibió una llamada de la hija o la señora, manifestándole que la hija estaba enferma. En ese momento dice que trabajemos más rápido para poder dirigirse a la casa de la niña, no sé si para llevarle plata o atenderla. Por eso terminamos las labores, el me dejó en la central y siguió. Es todo. (...) El jefe inmediato en esa época era William Medina. Ese día sí sé que Orlando no se pudo comunicar con él para avisarle de la calamidad. Respecto a si el jefe sabia, no sé. PREGUNTADO: Quién era el responsable de la custodia del vehículo de placas ONH 571 y cuál era el lugar donde debía guardarse dicho automotor al término de la jornada laboral. CONTESTADO: Orlando Ospina, porque dentro de su cargo como operador de red debe tener un vehículo, él es el encargado del vehículo. Al terminar la jornada el vehículo se debe guardar en la central telefónica San Luis que es desde donde se despacha.”

Ahora bien, como las testigos Tatiana Patricia Ríos Giraldo y Ana Duva Montaña Caicedo eran amigas cercanas de la víctima, sus declaraciones, en los términos del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, son sospechosas, dada la cercanía afectiva que tenían con aquella, lo cual puede afectar su credibilidad e imparcialidad. En este sentido, el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil señala que el juez apreciará los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso y no puede desecharlos de plano, sino que deben ser analizados con mayor rigurosidad.

Lo anterior también se aplica al testimonio de Giovanni Andrés Ortiz Bolaños, pues de acuerdo a su declaración se evidencia que para la fecha en que ocurrieron los hechos era funcionario EMCALI y, por lo tanto, su relato debe ser analizado con mayor rigurosidad.

Bajo el anterior contexto, se evidencia que en lo que respecta a los hechos ocurridos el 25 de febrero de 2010 los testimonios de Tatiana Patricia Ríos Giraldo y Ana Duva Montaña no tienen eficacia probatoria, pues ambas son contestes en afirmar que no estuvieron presentes al momento en el que sucedió el accidente y que acudieron al sitio minutos después de sucedido, lo cual no permite establecer las circunstancias en las que falleció Martha Lucía Aguirre Realpe, pues no presenciaron la ocurrencia del hecho y por lo tanto sus declaraciones no son exactas para acreditar el contexto temporal, causal y modal en el que acaeció la muerte de la señora Aguirre Realpe.

A su turno, se evidencia que, en su declaración, el señor Giovanni Andrés Ortiz Bolaños también manifestó que no estuvo presente en el momento en que ocurrió el accidente porque desde las 2:30 p.m. del 25 de febrero de 2010, Orlando Ospina Angrino lo había dejado en la planta telefónica San Luis. Por ello su declaración tampoco tiene eficacia probatoria para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente en que falleció Martha Lucía Aguirre Realpe.

Ahora bien, no se puede desconocer que la anterior declaración sí da cuenta que Orlando Ospina Angrino dejó a su compañero de trabajo, Giovanni Andrés Ortiz Bolaños, en la planta telefónica San Luis aproximadamente a las 2:30 p.m. del 25 de febrero de 2010, esto es, antes de culminar la jornada laboral, para atender asuntos familiares.

En este orden de ideas, se advierte que no están probadas, de forma detallada, las circunstancias en las que ocurrió el accidente de tránsito entre el vehículo de placa ONH 571 de EMCALI conducido por Orlando Ospina Angrino y Martha Lucía Aguirre Realpe.

Asimismo, en este proceso tampoco se acreditó la existencia de irregularidades en las que hubiera podido incurrir EMCALI en la conducción del vehículo involucrado en el accidente, pues, aunque se elaboró el informe de policía de accidente de tránsito No. 0705281 (hecho probado 7.1.3), lo cierto es que dicho informe no contiene detalles claros sobre la forma en que ocurrió el referido accidente, pues allí no se consignó información sobre la posición de la víctima, posición y velocidad del vehículo, y sobre la infracción a una norma del Código Nacional de Tránsito, es decir, no ofrece claridad sobre la forma en la que ocurrió la colisión, y si fue consecuencia de un actuar negligente o culposo del conductor del automotor.

Por lo anterior, se considera que no es procedente endilgarle a la entidad demandada el daño bajo el título de falla en el servicio. Sin embargo, como se anunció anteriormente, tal circunstancia no es óbice para que el análisis de responsabilidad no se realice bajo el título de imputación objetivo del riesgo excepcional, pues según reiterada jurisprudencia de esta Corporación quien detenta la guarda de la actividad peligrosa está obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado, salvo que se acredite la existencia de una causa extraña.

De tal suerte, como se demostró que el 25 de febrero de 2010 Martha Lucía Aguirre Realpe fue atropellada por un vehículo de EMCALI, que a la vez era conducido por uno de sus funcionarios (hechos probados 7.1.1.7.1.2 y 7.1.3) y que falleció a consecuencia de dicho accidente (hechos probados 7.1.3 y 7.1.4), se podría concluir que EMCALI es patrimonialmente responsable de este daño a través de la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad de riesgo excepcional.

No obstante lo anterior, se considera que en el caso de autos el daño antijurídico no es imputable fáctica ni jurídicamente a la entidad demandada porque el material probatorio aportado al expediente da cuenta que éste devino por una actuación personal del agente.

En efecto, está probado que entre las 4:15 y 4:35 p.m. del 25 de febrero de 2010, Orlando Ospina Angrino estaba en un encuentro con su expareja sentimental, Martha Lucía Aguirre Realpe, para hacerle entrega de la hija que tenían en común, Angie Vanessa Ospina Aguirre, la cual previamente había sido transportada en la camioneta de placa ONH 571 de propiedad de EMCALI. Es decir, que el señor Ospina Angrino se encontraba desarrollando actividades personales y no de carácter oficial o ejerciendo funciones propias del servicio o de su cargo en EMCALI.

Justamente, en el momento en el que ocurrieron los hechos, el “operador de red” Orlando Ospina Angrino se encontraba en un sitio en el que no se estaban ejerciendo labores o funciones propias de EMCALI, aunado a que no tenía permiso de sus superiores para atender la situación familiar de transportar a su hija y entregarla a su madre, Martha Lucía Aguirre Realpe. En otras palabras, de forma autónoma y voluntaria se apartó de las funciones y el horario laboral para atender actividades personales que nada tenían que ver con el servicio de EMCALI, actuando por fuera del marco de las labores que le fueron encomendadas por la entidad.

Así las cosas, para la Sala está acreditado que su actuación fue ajena al servicio público, pues se trató de una decisión de carácter personal y tampoco se demostró que hubiere actuado prevalido de su condición de funcionario de EMCALI ni que hubiese exteriorizado su conducta de forma tal que para la víctima aquel comportamiento lesivo se derivara del ejercicio de una potestad o función pública.

Es menester recordar, tal como se expuso en el numeral 6.3 de esta providencia, que si bien los agentes estatales son personas que cumplen un mandato, una finalidad y una misión constitucional o legal, lo cierto es que también conservan la responsabilidad de su desempeño en su ámbito privado o personal, en virtud del cual pueden cometer infracciones y delitos comunes sin relación alguna con el servicio y, por ende, no imputables jurídicamente a la entidad a la cual representan o se encuentran vinculados.

En el caso concreto, el testigo Giovanny Andrés Ortiz Bolaños, funcionario de EMCALI y compañero de trabajo de Orlando Ospina Angrino, reconoció que el 25 de febrero de 2010 ambos se encontraban desarrollando actividades de reparación de telefonía e internet en el municipio de Yumbo desde las 7:00 a.m. y hasta más o menos las 2:30 p.m., cuando el señor Ospina Angrino lo dejó “en la planta” y siguió su camino a bordo del vehículo de placa ONH 571 de propiedad de la entidad.

De igual forma, el jefe del Departamento de EMCALI, hizo constar que para el 25 de febrero de 2010 Orlando Ospina Angrino debía cumplir con una jornada laboral que transcurría desde las 7:00 a.m. hasta las 4:30 p.m., pero que solo prestó sus servicios hasta las 12:14 p.m. cuando reportó la última actividad, y se ausentó de sus labores sin solicitar permiso alguno (hecho probado 7.1.5). De hecho, el contenido del memorando es el siguiente:

“Se muestra que los señores Orlando y Giovanny (...) el día 25 de febrero sólo laboraron en el horario comprendido entre las 7:51 AM y 12:14 AM, sin reportársele al líder inmediato para más trabajo, siendo que el horario de trabajo es de las 7:00 AM a las 4:30 pm, y sin haber solicitado un permiso remunerado o no remunerado para el horario no laborado.

(...) El día 25 de febrero de 2010 a las 4:00 PM el señor Orlando Ospina reporta el siniestro del vehículo ONH 571 a su cargo. Así mismo el informe indica que el siniestro ocurre en la diagonal 70 con carrera 26 L esquina, en un sitio y un horario no autorizado, máxime que la última reparación reportada en este día fue a las 12:14 PM.”

De lo expuesto, se evidencia que el daño antijurídico no es imputable fáctica ni jurídicamente a EMCALI, porque respecto de ella está probada una causa extraña, denominada culpa personal del agent. De hecho, se probó que el daño es imputable exclusivamente a Orlando Ospina Angrino, puesto que la muerte de Martha Lucía Aguirre Realpe se dio a partir de la actuación personal del agente que deliberadamente se apartó de sus funciones para realizar actividades que no comprometían la responsabilidad de EMCALI, despojando a la entidad de la guarda sobre el

vehículo de placa ONH 571.

En esas condiciones, no puede verse comprometida la responsabilidad de la entidad demandada en virtud de actuaciones y conductas que un agente suyo desplegó dentro de su esfera personal y privada, pues lo ocurrido nada tenía que ver con sus funciones misionales, es decir, la muerte de la señora Aguirre Realpe no fue consecuencia de las actividades de EMCALI propiamente dichas, esto es, por instalación, mantenimiento y operación de redes telefónicas que era el área que cubría Orlando Ospina Angrino como “operador de red” en esa entidad.

A propósito de este tema, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de analizar varios casos análogos y concluyó que cuando el agente estatal causa un daño antijurídico en ejercicio de actividades o labores ajenas a las funciones de la entidad pública a la que pertenece, se configura la culpa personal del agente. En efecto, en sentencia del 21 de noviembre de 2011, la Subsección A de la Sección Tercera, manifestó:

“[...] En el caso concreto, el daño alegado por los accionantes es la muerte de Miguel Ángel Monsalve Angarita en un accidente de tránsito a bordo de un vehículo oficial propiedad de EMCALI y conducido por un trabajador de la misma entidad, que infringió las normas de tránsito atinentes a los límites de velocidad. A juicio de los demandantes, tal circunstancia debe ser atribuida a la entidad pública por haber incurrido en una omisión del deber de vigilancia y control a las actuaciones desplegadas por quien estuviera bajo su mando como liniero de emergencia, quien tenía antecedentes disciplinarios por mala conducta, varios de ellos similares a los que dieron lugar al siniestro objeto de estudio.

(...) De acuerdo con los hechos probados, la Sala considera que el accidente que derivó en la muerte de Miguel Ángel Monsalve Angarita no obedeció a una falla del servicio en cabeza de Empresas Públicas de Cali, sino a lo que ha sido conocido por esta Corporación como culpa personal del agente.

(...) De las mismas declaraciones mencionadas anteriormente, se colige que la instrucción de EMCALI frente a los eventos en los cuales no les fuera asignado ningún servicio a los trabajadores o tuvieran que esperar entre la asignación de un servicio y otro, era dirigirse al “C.A.E.S. de la zona sur”, no ocuparse de actividades personales, tal como lo hicieron el día de los hechos los funcionarios Juan Carlos Escudero y quien le acompañaba en el turno Octavio Antonio Zuluaga.

De lo anterior se puede evidenciar que el funcionario Juan Carlos Escudero actuó deliberadamente con imprudencia e impericia, sobrepasando no solo los límites impuestos por la normativa en materia de tránsito y movilidad, sino también aquellos previstos por la entidad.

Si bien es cierto que los servidores se encuentran bajo la sujeción de las entidades del Estado que representan, no por eso aquéllos pierden su capacidad de discernimiento y por tanto, son responsables de manera personal y exclusiva de los actos que ejecuten en su esfera individual. Juan Carlos Escudero Morales actuó en virtud de su autonomía al convidar a un particular para que lo abordara, no hacer uso del cinturón de seguridad, exceder los límites de velocidad, desviarse del cumplimiento de su jornada laboral y huir del lugar de los hechos obviando el deber de socorro que le asistía, ninguno de ellos consecuencia de una orden o instrucción de la entidad demandada.

Por tanto, se concluye que la entidad tenía suficientemente socializados los procedimientos y estos de igual forma eran conocidos por los trabajadores, de manera que su incumplimiento

obedeció a la desatención que de ellos hicieron los trabajadores involucrados en el accidente que dejó como resultado la muerte de Miguel Ángel Monsalve Angarita. Por ello, resulta improcedente reprocharle a EMCALI algún tipo acción u omisión pues no hay elementos de juicio para establecer un incumplimiento obligacional de su parte.

En suma, los hechos relatados por los demandantes fueron ajenos a la prestación del servicio por lo que no es predicable ningún tipo de responsabilidad a cargo del Estado.”

Asimismo, la misma Subsección C, en sentencia del 31 de mayo de 2011, sostuvo:

“10. Si el hecho que causa el daño se origina en un proceder propio y estrictamente personal del autor, que no tiene relación ni ligamen alguno con el servicio por ser ajeno a las funciones y aislado al desarrollo de los fines estatales, no puede comprometer a la Administración y, por ello, se configura la causal de exoneración de responsabilidad del Estado por la falla o falta personal del agente.

11. Como Jairo de Jesús Mathieu Zuleta al publicar, en la ventanilla de su despacho, la sentencia que impuso una sanción disciplinaria a Juan Humberto Prieto Villegas, actuó dentro de su órbita personal y no en ejercicio de función judicial, no se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. El incumplimiento temporal de una sentencia de tutela es una conducta que genera consecuencias a quien omite la orden, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. Por ello, se confirmará la sentencia apelada”.

De conformidad con lo expuesto, la Sala evidencia que el daño antijurídico no le es imputable a la entidad demandada, toda vez que se configuró una causa extraña, consistente en la culpa personal del agente, esto es, de Orlando Ospina Angrino quien, desatendiendo las funciones que le correspondía desempeñar en su horario laboral, se dispuso a realizar actividades personales con el infortunio de poner en marcha la camioneta de placa ONH 571 de propiedad de EMCALI y causar la muerte de su ex compañera sentimental, Martha Lucía Aguirre Realpe, conducta que no desplegó en desarrollo de actividades propias del servicio ni prevalido de su calidad de funcionario estatal, desbordando así el margen de control de la entidad. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del 29 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al constatar que el daño devino de un hecho personal de un agente, sin que se acreditara una falla en el servicio atribuible a la entidad demandada.

8. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 29 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES

Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Magistrado

Aclaración de voto

EX3



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

