

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Muerte de bebe por choque de motoniveladora contra la vivienda donde se encontraba, en la vía Mercaderes, Departamento del Cauca / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad de la entidad estatal y del contratista por daño ocasionado en la construcción de obra pública / OBRA PUBLICA - Muerte de bebe por choque de motoniveladora contra la vivienda donde se encontraba, en la vía Mercaderes, Departamento del Cauca / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Condena solidaria a entidad estatal y contratista**

La muerte del menor Jairo Morales Erazo, ocurrida el 6 de marzo de 1997, lo fue durante la construcción de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, obra pública que ejecutaba el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, por cuenta del departamento del Cauca. (...) De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corporación ha acogido el criterio conforme al cual las entidades estatales son responsables de los daños por el hecho de sus contratistas, porque se considera que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra, o para la prestación de un servicio público, es como si la misma entidad la ejecutara o prestara directamente (...) Conforme a lo anterior, hay lugar a concluir que como los daños fueron causados por una persona vinculada con el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, que adelantaba la construcción de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo, por cuenta del departamento del Cauca, la entidad pública contratante es solidariamente responsable de los perjuicios derivados de la muerte del menor y de la destrucción de la casa en la que este habitaba.

**NOTA DE RELATORIA:** Referente al tema de la responsabilidad solidaria del contratista y de la administración, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera; de 9 de octubre de 1985, exp. 4556

**PERJUICIOS MORALES - Indemnización depende de la intensidad del daño / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento 100 smlmv por muerte de bebe en accidente / PERJUICIOS MORALES - Apelante único. No se aumenta la condena por ser apelante único / PERJUICIOS MORALES - Tasación en salario mínimos legales mensuales**

El monto de la indemnización por el perjuicio moral depende de la intensidad del daño. Ha señalado la Sala que cuando éste se produce en su mayor grado, como en el caso de la muerte de uno de los parientes más cercanos (padres, hijos) o del cónyuge o compañero, deben reconocerse al afectado 100 smlmv a la fecha de la sentencia, lo cual "no significa que no pueda ser superior cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral". Considera que la indemnización reconocida a los demandantes por perjuicio moral guarda armonía con los parámetros señalados por la Sala, sin que puedan ser incrementados en esta oportunidad por ser la entidad demandada apelante única, en la relación procesal principal. La Sala modificará la condena por el perjuicio moral, para liquidarlo de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor de dicho perjuicio.

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con la estimación de los perjuicios morales según la intensidad del daño se puede consultar la sentencia 10 de agosto de 2005, exp. 16205. Respecto de la tasación de los perjuicios morales en smlmv ver la sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646

**PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento de mejoras por destrucción de inmueble. Accidente de motoniveladora contra vivienda**

El a quo reconoció una indemnización por perjuicios materiales a favor del señor Abraham Rosero, correspondientes al valor de las mejoras de las que era propietario, las cuales resultaron destruidas en los hechos de que trata la demanda. (...) Como ya señaló, ese perjuicio quedó acreditado en el proceso. La cuantía del daño la determinaron los peritos nombrados por el a quo en: \$17 877 000 (...) Ese valor que fue acogido en la sentencia de primera instancia y no mereció objeción alguna por las partes. La Sala encuentra razonable la valoración y, por lo tanto, actualizará la condena proferida por el a quo, que a su vez había actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia el valor liquidado por los peritos, conforme al siguiente cálculo.

**LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Contratista. Condena solidaria por daño causado / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Contratista debe reintegrar sumas pagadas en condena por la entidad estatal**

Como ya se señaló el daño fue causado durante la construcción de la vía Pasto-La Unión-Mojarras, sector K24+000-Higuerones-Río Mayo, por un operario y con una maquinaria al servicio del Consorcio Cárdenas Canencio Astaiza. Por lo tanto, la empresa contratista deberá reintegrar al departamento del Cauca la suma que este pague a los demandantes por esta sentencia.

**POLIZA DE SEGURO - Llamamiento en garantía, aseguradora. Póliza de aseguramiento de contrato de obra / POLIZA DE SEGURO - Contrato de obra pública. La póliza debe cumplir las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de responsabilidad civil / POLIZA DE SEGURO - Riesgos, amparos y exclusiones conforme a disposiciones de la Superintendencia Financiera y a las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual**

En cuanto a la responsabilidad de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFINAZA, cabe señalar: (...) En la cláusula décima del contrato 198 de 1996, celebrado entre el departamento del Cauca y el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, se convino que la siguiente obligación para el contratista: “Garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual. Además de las garantías de cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad de la obra y buen manejo y correcta inversión del anticipo, el proponente seleccionado deberá constituir una garantía que ampare al DEPARTAMENTO contra reclamaciones de terceros por responsabilidad civil extracontractual por daños causados a bienes o a personas en razón o con ocasión de la ejecución de la obra, equivalente al diez por ciento (10%) del valor básico del contrato con una vigencia igual a la del plazo del contrato y tres (3) meses más”. Además, se convino que el contratista ampliaría en los mismos tiempos y cuantías, la garantía única de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual. (...) Dado que en el caso concreto el siniestro ocurrió durante la vigencia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, habría lugar a afirmar que, en principio, la aseguradora debe reintegrar al departamento las sumas que este pague a los demandantes en cumplimiento de este fallo. (...) No obstante, la aseguradora al responder el llamamiento en garantía y durante su intervención en esta instancia adujo que eran parte de la póliza de responsabilidad civil extracontractual las condiciones generales de ese tipo de seguros (...), en la cual se señalan la cobertura y exclusiones de los amparos: (...) El artículo 1036 del Código de Comercio

establece que “el contrato de seguros es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”. Por su parte, el artículo 1127 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, se refiere al contrato de seguro de responsabilidad civil, para señalar que en este se “impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”. (...) Conforme a lo previsto en el artículo 1047 del mismo Código, regula el contenido de las pólizas de seguro, (...) Se destaca, entonces que conforme a esta última disposición, las pólizas de seguros de responsabilidad deberán contener las condiciones generales y las condiciones particulares que acuerdan los contratantes, y en caso de que no aparezcan expresamente consignadas en la póliza las condiciones generales, se tendrán como tales aquéllas que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1036 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1127 / CODIGO DEL COMERCIO - ARTICULO 1047

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 2 de mayo de 2000, exp: 6291

**POLIZA DE SEGURO - Riesgos, amparos y exclusiones. Póliza No incluyó amparo por daños y perjuicios morales / POLIZA DE SEGURO - Aseguradora no debe pagar perjuicios morales en condena de sentencia, se excluyó este amparo de la póliza adquirida por el contratista / PERJUICIOS MORALES - Condena sobre perjuicios morales impuesta en proceso de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado no debe ser pagada por la aseguradora por haberse excluido de la póliza de seguro**

Considera la Sala que le asiste razón a la aseguradora Confianza S.A. al señalar que hacían parte de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual n.º 0337625, que amparó los riesgos de daños causados a terceros con ocasión de la obra pública que adelantó el Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza para el departamento del Cauca, las condiciones generales, que aparecen en documento anexo, en el cual se hace un amplio listado de exclusiones. Por lo tanto, se procederá a analizar si en el caso concreto se configuraron dichas exclusiones o si la aseguradora debe responder por el daño, por haber amparado el riesgo que se materializó en la muerte del niño y la destrucción de la vivienda. (...) La condena impuesta a la entidad pública asegura –el departamento del Cauca- incluye la indemnización de perjuicios morales. En las condiciones generales de la “póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual” se estableció que la misma no amparaba “20. Daños y perjuicios morales”. A propósito de esa exclusión, la Sala en decisión anterior consideró que la misma era válida y, por lo tanto, podía ser convenida por las partes en el seguro, aunque destacó, como acertadamente lo hizo el a quo en este caso, que el hecho de no incluir dicho amparo demostraba el inadecuado manejo de los seguros en la actividad contractual (...) En este orden de ideas, la aseguradora Confianza S.A. no puede ser condenada (sic) (sic) a reintegrar al departamento del Cauca, ni al Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza, en su caso, la indemnización que se pague a los demandantes por esta sentencia, a título de perjuicios morales.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el particular ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 2 de mayo de 2000, exp: 6291

**PERJUICIOS MATERIALES - Póliza de seguro. No opera la eximente de responsabilidad alegada de daño ocasionado con motoniveladora, vehículo automotor / POLIZA DE SEGURO - Condena en perjuicios materiales debe ser pagada por la aseguradora. Daño ocasionado con motoniveladora hace parte de las condiciones de la póliza de amparo de responsabilidad civil extracontractual / POLIZA DE SEGURO - Interpretación de los riesgos, amparos y exclusiones debe hacerse en forma estricta y no analógica de los términos de la póliza**

En cuanto a los perjuicios materiales, que consistieron en la destrucción de las mejoras de las que era propietario el señor Abraham Rosero, la compañía aseguradora invoca como causal de exclusión el hecho de que el daño se causó con “un vehículo automotor”, que era un amparo excluido en el numeral 6º de la cláusula segunda de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual. (...) Considera la Sala que esa exclusión no opera en este caso, porque el objeto con el cual se causó el daño era un “una NIVELADORA autopropulsada, montada sobre llantas para movimiento y nivelación de tierra, etc.”, tal como consta en el registro de importación y en la declaración andina del valor en aduana (...), y el Decreto 1344 de 1970, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, se refería a los vehículos automotores como aquéllos destinados al transporte de personas, y los distinguía de los “vehículos industriales”, como podría calificarse la “niveladora” que generó la destrucción del inmueble, como “el destinado a obras industriales, incluidas las de construcción y conservación de caminos” (art. 1º). Aclara la Sala que por tratarse de exclusiones a los amparos que por su naturaleza debía cubrir la póliza de responsabilidad civil extracontractual, la interpretación debe hacerse una interpretación estricta y no analógica de los términos empleados en las condiciones generales de la póliza.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1344 DE 1970 - ARTICULO 1 / LEY 769 DE 2002 - ARTICULO 2

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 19001-23-31-000-1997-06001-01(20090)**

**Actor: PARMENIDES ERAZO Y OTROS**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el departamento del Cauca, al cual adhirió el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo-Sala de Descongestión-sede Cali, el 15 de diciembre de 2000, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

### SÍNTESIS DEL CASO

El 6 de marzo de 1997, la motoniveladora que era utilizada en la construcción y pavimentación de la vía que de Mercaderes, Cauca, comunica con el departamento de Nariño, chocó violentamente contra la vivienda de los demandantes, lo que causó la destrucción de sus paredes. En ese hecho falleció el niño Jairo Morales Erazo de 22 días de nacido, quien se hallaba en una de las habitantes de la casa.

### ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 28 de abril de 1997, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores Parménides Erazo y Leonila Rosero, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Rosaura Erazo Rosero y Yolanda Vayemi Erazo Rosero, y además, los señores Abraham Rosero, Miro Erazo Rosero, Over Rosero, Never Meléndez Rosero, Yaner Erazo Rosero y Jairo Morales Vélez<sup>1</sup>, formularon demanda en contra de la Nación-Ministerio de Transporte-Instituto Nacional de Vías y/o el departamento del Cauca, con el fin de que se declarara a esas entidades patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron como consecuencia de la muerte del niño Jairo Morales Erazo, de tan solo 22 días de nacido, en hechos ocurridos el 6 de marzo de 1997, en el municipio de Mercaderes, Cauca (f. 5-15, c-1).

A título de indemnización, se solicitó en la demanda el pago de las siguientes cantidades:

***Primera: LA NACIÓN (Ministerio de Transporte –Instituto Nacional de Vías) y/o Departamento del Cauca son solidariamente responsables civil y administrativamente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a:***

***PARMÉNIDES ERAZO, LEONILA ROSERO y a sus hijos menores ROSAURA ERAZO ROSERO y YOLANDA VAYEMI ERAZO ROSERO; ABRAHAM ROSERO; MIRO ERAZO ROSERO, OVER ROSERO, NEVER***

---

<sup>1</sup> El señor Abraham Rosero presentó la demanda en nombre propio y como agente oficioso del señor Miro Erazo Rosero. Mediante auto de 26 de mayo de 1997, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y ordenó que el agente oficioso prestara “caución del 10% del valor de la pretensión mayor, la que deberá constituirse ante una compañía de seguros debidamente acreditada, dentro de los diez días siguientes a la notificación del presente auto, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si este no la ratifica se entenderá terminado el proceso respecto de este” (f. 34 c-1). El 28 de mayo siguiente, el señor Miro Erazo Rosero confirió poder al abogado (f. 39-40). Mediante auto de 19 de agosto de 1997, el Tribunal *a quo* dio por terminada la agencia oficiosa y reconoció poder al abogado para representar a aquel (f. 47 c-1).

MELÉNDEZ ROSERO, YANER ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ, como consecuencia de la muerte violenta de que fue víctima el niño JAIRO MORALES ERAZO, hijo de ROSAURA ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ, nieto de PARMÉNIDEZ ERAZO y LEONILA ERAZO y sobrino de los demás poderdantes, en sucesos acaecidos el día 6 de marzo de 1997, en el casco urbano, calle principal de la ciudad de Mercaderes, Cauca...

**Segundo:** Condénase a la Nación (Ministerio de Transporte –Instituto Nacional de Vías) y/o al Departamento del Cauca, en forma solidaria, a pagar a:

PARMÉNIDES ERAZO, LEONILA ROSERO y a sus hijos menores ROSAURA ERAZO ROSERO y YOLANDA VAYEMI ERAZO ROSERO; ABRAHAM ROSERO; MIRO ERAZO ROSERO, OVER ROSERO, NEVER MELÉNDEZ ROSERO, YANER ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte del menor JAIRO MORALES ERAZO, en su condición de hijo, nieto y sobrino de los actores y por la destrucción total de su casa de habitación, conforme a la siguiente liquidación o la que se demuestre en el proceso, así:

a. El equivalente en moneda nacional a 1000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o Premium dolores, consistente en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración...

b. Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por concepto de reparación total de la casa de habitación de propiedad del señor ABRAHAM ROSERO, que se estiman en cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), los cuales se liquidarán a favor del señor ABRAHAM ROSERO, dueño y poseedor material del bien destruido.

c. Intereses aumentados con la variación del promedio de costos al consumidor.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, los demandantes manifestaron lo siguiente:

El 6 de marzo de 1997, el operador de la motoniveladora que era utilizada en la pavimentación de la vía que de Mercaderes, Cauca, comunica con el departamento de Nariño, la dejó encendida mientras abría una puerta de alambre, para guardarla. La maquinaria rodó y chocó violentamente contra la vivienda de los demandantes, lo que causó la destrucción de sus paredes. En el acto falleció el niño Jairo Morales Erazo de tan solo 22 días de nacido, quien se hallaba en una de las habitaciones.

Se afirma en la demanda que los hechos que dieron origen a los daños cuya reparación se reclama son constitutivos de falla del servicio, que comprometía a las entidades públicas demandadas porque en su nombre actuó el desprevenido, negligente y omisivo operador de la maquinaria.

2. Las entidades públicas demandadas dieron respuesta oportuna a la demanda, así:

2.3. La Nación-Ministerio de Transporte propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de responsabilidad, porque adujo que era un organismo eminentemente regulador, planificador y normativo en el área de transporte y que para el momento de los hechos carecía de funciones de tipo operativo, relacionadas con la construcción, conservación y mantenimiento de carreteras, según lo dispuesto en el Decreto 2171 de 1992, conforme al cual la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con la infraestructura vial eran de competencia del Instituto Nacional de Vías, y que, además, el conductor de la motoniveladora con la cual se afirma que se causó la muerte del niño Jairo Morales Erazo no tenía relación laboral alguna con el Ministerio de Transporte (f. 143-147 c-1).

2.1. El Instituto Nacional de Vías formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y culpa de un tercero. Manifestó que no incurrió en falla del servicio alguna por los hechos que se afirman en la demanda, como quiera que conforme al convenio interadministrativo 090 de 1996, el departamento del Cauca se comprometió a ejecutar la construcción y pavimentación de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo, y a proveer la interventoría de las obras, con cargo a los fondos del convenio. En desarrollo de sus obligaciones, la entidad contratista subcontrató la ejecución de la obra con el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, y la interventoría de la misma con la Unión Temporal Sinco Ltda.-Ricardo Cely Mariño. Por lo tanto, no existe nexo causal entre el daño y la actividad del Instituto (f. 90-95 c-1).

2.3. El departamento del Cauca manifestó que en desarrollo del convenio interadministrativo 090 de 1996, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el departamento del Cauca, para la construcción y pavimentación de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras se adjudicó el contrato de obra 198-96 al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza y la interventoría de la obra a la Unión Temporal SINCO Ltda.-José Ricardo Cely M. y concluyó que como la obra no estaba a cargo del departamento, sino de los contratista, no se le podía imputar la responsabilidad por los daños presuntamente causados durante su ejecución (f. 50-60 c-1).

3. Las entidades demandadas formularon los siguientes **llamamientos en garantía:**

3.1. El departamento del Cauca llamó al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza- (f. 55-60 c-1), con fundamento en las siguientes razones:

3.1.1. En relación con el Consorcio, invocó la existencia del convenio interadministrativo celebrado entre el departamento del Cauca y el Instituto Nacional de Vías, y el contrato que se suscribió con el llamado, en el cual se le autorizó para subcontratar la ejecución *“de ciertos trabajos que deban ser realizados con mayor eficacia, rapidez y economía, con personal especializado”*, evento en el cual la responsabilidad de los trabajos que estos ejecuten seguirá a cargo del contratista, sin que hubiera lugar al surgimiento de vínculo alguno entre las personas subcontratadas y la entidad demandada. Por lo tanto, quien debe responder por las actuaciones del personal que laboraba en la obra era el contratista y no el departamento del Cauca.

3.1.2. En relación con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, manifestó que en cumplimiento de la cláusula séptima del contrato, el Consorcio constituyó garantía única, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 80 de 1993 y sus

decretos reglamentarios, con el fin de amparar el cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impusiera, el anticipo, las prestaciones sociales y la responsabilidad civil extracontractual. La póliza se encontraba vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos y según lo previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, se puede llamar en garantía a la persona que deba responder ante el demandado por las obligaciones que le imponga la sentencia.

3.2. Por su parte, el Instituto Nacional de Vías llamó en garantía a la Compañía de Seguros La Previsora S.A., con fundamento en las pólizas de responsabilidad civil extracontractual U-0158281 y U-369013, las cuales estaban vigentes al momento de ocurrencia de los hechos de que trata la demanda, y al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, que era el directo responsable de la ejecución de la obra de que trata el convenio que suscribieron el Instituto y el departamento del Cauca, y aunque no existe relación directa entre el Instituto y el Consorcio, los dineros con los cuales el departamento subcontrató con el consorcio provienen del presupuesto del Instituto (f. 96-97 c-1).

3.3. Mediante providencia de 27 de noviembre de 1997, el *a quo* admitió los llamamientos en garantía formulados en contra del Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza y a la Previsora S.A. En consecuencia, ordenó la suspensión del proceso por el término que durara la citación a los llamados, y negó la solicitud formulada en contra de la aseguradora Confianza S.A., porque en la solicitud no se indicó la dirección en la que pudiera ser notificada, ni el solicitante manifestó ignorarla (f. 185-188 c-1).

3.4. El Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza y la Previsora S.A. dieron respuesta oportuna al llamamiento en garantía formulado en su contra, así:

3.4.1. En relación con los hechos, el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza manifestó que debían probarse en el proceso y que si bien era cierto que el derrumbe de la pared de la rústica vivienda en la que se encontraba el menor fue causada por una motoniveladora, era falso que esa máquina hubiera sido dejada prendida por el motorista mientras abría un broche de alambre para guardarla.

Agregó que, en efecto, la maquinaria pertenecía al Consorcio y era operada por el señor Humberto Daza, pero que las circunstancias de desplazamiento, motivos y daños en los que ocurrió el hecho debían ser probados, y que de haber existido falla o responsabilidad gravemente dolosa o culposa, exenta de fuerza mayor o caso fortuito, se habría de resarcir el daño, para lo cual se habían suscrito las pólizas de responsabilidad 0551057 y 0551058, con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, la cual solicitó llamar en garantía, en los términos del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil.

3.4.2. La Previsora S.A. manifestó no oponerse al llamamiento en garantía formulado en su contra por el Ministerio de Transporte, en consideración a la existencia de la relación contractual pactada entre las partes en la póliza U-368819, con vigencia entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1997, siempre que se declarara la responsabilidad de la empresa y no se hubiera agotado el valor del cupo asegurado (f. 194-195 c-1).

5. El llamamiento formulado por el Consorcio a la aseguradora fue aceptado por el *a quo* mediante providencia de 3 de agosto de 1999 (f. 260262 c-1).



6. La aseguradora Confianza S.A. manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, pero que se atendería a lo que se dispusiera en la sentencia que se profiriera de acuerdo con el material probatorio.

En cuanto al llamamiento, aceptó haber expedido la póliza de responsabilidad RCE 02-0337625, teniendo como tomador al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza y como asegurado/beneficiario al departamento del Cauca y señaló que la misma fue modificada para ampliar su vigencia hasta el 16 de junio de 1998. No obstante, señaló que "a toda póliza va anexo el clausulado de las condiciones generales", el cual es ley para las partes y en él fueron excluidos varios eventos, entre los que destacó: los perjuicios morales; los causados por culpa grave o dolo; los causados mediante el uso de un vehículo automotor; los daños derivados de la inobservancia de disposiciones legales o de instrucciones, o estipulaciones contractuales y los daños a propiedades adyacentes (f. 274-278 c-1).

5. En la audiencia de conciliación celebrada el 13 de marzo de 2000, la parte demandante desistió de la demanda interpuesta en contra de la Nación-Ministerio de Transporte e Instituto Nacional de Vías. El desistimiento fue aceptado en el mismo acto por el Tribunal *a quo* (f. 290-291 c-1).

4. En la **sentencia** objeto del recurso de apelación se tomaron las siguientes decisiones (f. 294-309 c-1):

**Primero:** *Declarar administrativa y solidariamente responsables al DEPARTAMENTO DEL CAUCA y al contratista CONSORCIO CÁRDENAS-CANENCIO ASTAIZA de la muerte del menor JAIRO MORALES ERAZO y de la destrucción del inmueble cuya posesión detenta el señor ABRAHAM ROSERO por los hechos ocurridos el día 6 de marzo de 1997 en el barrio San Fernando, zona urbana del municipio de Mercaderes, Cauca.*

**Segundo:** *Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a pagar por concepto de perjuicios materiales al señor ABRAHAM ROSERO la suma de veintiún millones doscientos sesenta y tres mil trescientos veintiocho pesos con 50/100 (\$21.263.328,50), y ordénase a dicha entidad pública a repetir contra el contratista CONSORCIO CÁRDENAS-CANENCIO ASTAIZA en la parte que le corresponda y si este ya no existiera como tal, contra los socios que de él hacían parte, en virtud a lo estipulado por la Ley 80 de 1993, en su artículo 7º.*

**Tercero:** *Condénase al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a pagar a favor de los señores ROSAURA ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ en su calidad de padres del menor fallecido la suma de mil (1000) gramos de oro fino, y para los señores PARMÉNIDES ERAZO y LEONILA ROSERO, en su condición de abuelos del infante fallecido, la suma de ciento cincuenta (150) gramos oro para cada uno al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.*

*Igualmente, ordénase a dicha entidad pública a repetir contra el contratista CONSORCIO CÁRDENAS-CANENCIO ASTAIZA en la parte que le corresponda, y si este ya no existiera como tal, contra los socios que de él hacían parte, en virtud a lo estipulado por la Ley 80 de 1993, en su artículo 7º.*

**Cuarto:** Declárase libre de toda responsabilidad a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA- de los hechos ocurridos el día 6 de marzo de 1997, y en virtud de las exclusiones contenidas en la póliza de seguro No. 0551058.

**Quinto:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**Sexto:** Regrese al tribunal de origen para lo de su cargo.

A juicio del Tribunal *a quo*, estaba demostrado que el 6 de marzo de 1997 falleció el niño Jairo Morales Erazo y resultó destruida la vivienda que poseía el señor Abraham Rosero, donde aquel se encontraba, como consecuencia del golpe de la motoniveladora de propiedad del consorcio que construía la vía contigua, accidente atribuible a la impericia o imprudencia del conductor o a fallas de índole mecánica del aparato.

Consideró acreditado, igualmente, el contrato celebrado entre el departamento del Cauca y el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, lo cual no exonera de responsabilidad al ente público, porque el artículo 14-1 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de su ejecución; por lo tanto, aunque la entidad delegó la ejecución material de la obra no perdió en momento alguno el control de la misma, en especial porque dentro del giro normal de las actividades del departamento estaba la ejecución de obras de infraestructura.

Condenó al departamento a pagar las indemnizaciones señaladas antes. Negó la indemnización reclamada por los tíos del menor, porque no se acreditó en el proceso la afección emocional que les produjo su muerte, y también consideró que no había lugar a ordenar que se repitiera contra la compañía aseguradora Confianza S.A., porque conforme a la póliza no estaban amparados los daños causados mediante un vehículo, como ocurrió en este caso.

Finalmente, hizo *“un enérgico llamado a las entidades estatales para que no tomen a la ligera la aprobación de las garantías únicas de cumplimiento y mucho menos las que amparan hechos constitutivos de responsabilidad civil extracontractual, que se tomen el trabajo de leer las pólizas que aprueban, especialmente, en el acápite referente a las exclusiones”*.

5. El departamento del Cauca formuló recurso de **apelación** en contra de la sentencia. Dentro del término legal, el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza adhirió a la apelación.

5.1. El departamento del Cauca fundamentó el recurso en las siguientes razones: en el momento de ocurrencia de los hechos estaba vigente el contrato suscrito entre el departamento del Cauca y el Consorcio, conforme al cual la responsabilidad por los daños que se causaron durante la ejecución de la obra correspondían exclusivamente al contratista, empresa que, además, tenía a su cargo la motoniveladora y a la cual se encontraba vinculado el señor Humberto Daza, la cual había suscrito una póliza de responsabilidad civil extracontractual con la compañía aseguradora Confianza S.A., todo lo cual demuestra que la entidad estatal no es responsable de los daños que hubiera causado el contratista (f. 314-316 c-1).

Advirtió, además, que hay lugar a exonerar de responsabilidad cuando existe una causa extraña, la cual se presenta en este caso, porque el daño es imputable únicamente a la negligencia del operador de la maquinaria, por lo tanto, es él quien debe repararlo, según lo previsto en el artículo 2356 del Código Civil.

5.2. El Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza solicita que se revoque la sentencia en cuanto se liberó de responsabilidad a la aseguradora Confianza S.A. y, en consecuencia, que se le ordene reintegrar el valor de las condenas que tenga que pagar, hasta el monto del valor asegurado por responsabilidad civil extracontractual (f. 342-354 c-1).

Adujo que el *a quo* hizo una miope y sesgada valoración probatoria en relación con dos aspectos: (i) la definición de la situación jurídica en lo que tiene que ver con la vinculación de la compañía aseguradora, y (ii) la interpretación que hizo de las pólizas y de sus anexos. Señaló que como la empresa fue vinculada legalmente al proceso, y no compareció a la audiencia de conciliación debían tenerse como ciertos los hechos materia de confesión, situación que se traduce en dar como verdadero lo afirmado tanto por el Consorcio, como por el departamento del Cauca, en cuanto a que la aseguradora era la llamada a responder por el pago de los perjuicios.

Señaló que ni en la póliza que ampara la responsabilidad civil extracontractual imputable al Consorcio durante la ejecución del contrato, ni en los anexos y modificaciones de la misma se hizo referencia a las exclusiones que fueron allegadas al expediente mediante el documento de condiciones generales; no tienen las mismas un número que las distinga o que las identifique como que forman parte integrante de la póliza y carecen de fecha y firma. Además, el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza. De igual manera, en la Circular Externa 32 de 1º de junio de 1993 de la Superintendencia Bancaria se indicó que en la primera página de la póliza debía incluirse la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada.

Agregó que conforme a lo previsto en el artículo 1077 inciso 2º del Código de Comercio, el asegurador debe demostrar los hechos excluyentes de responsabilidad y en el caso concreto la empresa se limitó a invocar la causal, pero no se aportaron evidencias que la liberaran de responsabilidad, y que siendo la finalidad del seguro de responsabilidad civil extracontractual la de proteger el patrimonio del Estado, el cual puede verse afectado, directa o indirectamente por la realización de un riesgo, el asegurado no es otro en este caso que el ente departamental y, por lo tanto, el contrato de seguro debe interpretarse de manera sistemática y buscando su aplicabilidad, y que la aseguradora no demostró, como era su deber, que los daños se hubieran producido con un vehículo automotor. La motoniveladora es una máquina industrial que no está destinada al transporte de personas ni de cosas, ni transitaba por una vía, dado que justamente, ésta estaba en construcción.

Añadió que tampoco había lugar a tener como probada la exclusión relacionada con la causación del daño por culpa grave o dolo, porque la actuación del autor del hecho no fue dolosa ni la culpa que se le atribuyó tenía la connotación de grave y, finalmente, señaló que la exclusión relacionada con el daño moral tampoco tenía aplicabilidad, por cuanto el perjuicio es uno solo y recae sobre el patrimonio del departamento que es único.

6. Del término concedido en esta instancia para **presentar alegaciones** hicieron uso el Instituto Nacional de Vías, la compañía aseguradora Confianza S.A. y el Ministerio Público.

6.1. El Instituto Nacional de Vías reiteró los argumentos que expuso al contestar la demanda y en los alegatos de conclusión y destacó que su carencia de responsabilidad fue aceptada por los demandantes en la audiencia de conciliación, al punto que desistió de las pretensiones que había formulado contra el mismo.

6.2. La compañía aseguradora Confianza S.A. solicitó que se confirmara la sentencia impugnada. Afirmó que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador delimita a través del contrato la extensión de la protección que otorga a través de los diferentes amparos y coberturas y, por lo tanto, no puede imponerse al asegurador obligaciones diferentes a las asumidas en el contrato de seguro. En la póliza RC-020337625 se pactaron las causales específicas de exclusión de responsabilidad, entre otros, los daños ocasionados mediante el uso de un vehículo automotor, los causados a terceras personas con culpa grave o dolo del asegurado y la indemnización por perjuicios morales. Por lo tanto, los daños cuyo resarcimiento se persigue a través de este proceso no son objeto de cobertura del seguro de responsabilidad civil expedido por la empresa.

6.3. La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación **rindió concepto**, en el cual consideró que debía confirmarse la sentencia impugnada, porque estaba demostrado que la muerte del menor fue causada una motoniveladora que estaba destinada a la construcción de una obra pública, para cuya ejecución se había celebrado un contrato con el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, por lo que debía entenderse que la manipulación de la maquinaria corría por cuenta del Estado, tal como lo ha considerado la jurisprudencia, sin perjuicio de que la entidad pueda repetir en contra del contratista por las cantidades pagadas.

En relación con la responsabilidad de la compañía de seguros, consideró que como el perjuicio ocasionado a los actores se causó por el uso de una motoniveladora, que es una maquinaria y un vehículo automotor, y los daños causados con esos elementos fueron excluidos en la póliza referida, no puede condenársele al pago de la suma de dinero en que deba pagar el asegurado.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Los presupuestos procesales de la acción**

Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la procedencia de la acción, la competencia de la Sala, la legitimación en la causa y la caducidad.

#### **1.1. Procedencia de la acción**

La acción de reparación directa es la procedente para resolver el conflicto planteado, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes, como consecuencia de la muerte de un niño de 22 días de edad, la cual atribuyen a las entidades públicas responsables de la ejecución de la obra de infraestructura con ocasión de la cual se causó el daño.

#### **1.2. Competencia de la Sala**

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada en razón de la mayor de las pretensiones, era de \$50 000 000, que fueron solicitados por perjuicios materiales a favor del señor Abraham Rosero, la cual supera la suma exigida para el efecto por aquella norma<sup>2</sup>.

### **1.3. Legitimación en la causa**

Quienes integran la parte demandante están legitimados en la causa, toda vez que alegan haber sido afectados con los hechos que se considera causantes del daño y el demandado –departamento del Cauca- es una entidad de derecho público.

### **1.4. La demanda en tiempo**

En el presente asunto se pretende la reparación de los daños causados a los demandantes con ocasión del accidente ocurrido el 6 de marzo de 1997, en el cual perdió la vida el niño Jairo Morales Erazo. Dado que la demanda se presentó el 28 de abril de ese mismo año, lo fue dentro de los dos años previstos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

## **2. Los hechos probados**

Las pruebas que integran el expediente son básicamente: (i) las documentales relacionadas con el contrato de obra pública celebrado para la construcción y pavimentación de la vía Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo; (ii) las que fueron trasladadas de la investigación penal que adelantó la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Mercaderes, Cauca; (iii) los testimonios recibidos en el proceso; (iv) el dictamen pericial practicado en primera instancia en relación con el valor del perjuicio material causado a los demandantes, y (v) las demás documentales traídas por las partes en las oportunidades procesales correspondientes y la respuesta dada por las entidades a las cuales ofició el *a quo*, pruebas con las cuales quedaron demostrados los siguientes hechos:

2.1. El niño Jairo Morales Erazo, quien había nacido el 11 de febrero de 1997 (registro civil del nacimiento, f. 21 c-1), falleció el 6 de marzo de ese mismo año, por *“muerte violenta (accidente de tránsito)”*, según consta en el registro civil de la defunción (f. 22 c-1).

2.2. La muerte del niño se produjo *“cuando una motoniveladora conducida por el señor Humberto Daza Daza..., se estrelló contra la vivienda donde habitaban Jairo Vélez y Rosaura Erazo, resultando también heridos con dicho accidente Leonila Rosero, Yolanda Erazo y Miguel Guerrero. Hechos ocurridos en el barrio San Fernando, al sur de esta localidad”*, tal como consta en la diligencia de reconocimiento del cadáver practicada por la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de Mercaderes, Cauca (f. 180-183 c-2).

---

<sup>2</sup> En vigencia de Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año de 1997 tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$13 460 000.

2.3. Los señores Jairo Morales Vélez y Rosaura Erazo Rosero demostraron ser los padres del menor. Así consta en el registro civil de su nacimiento (f. 21 c-1). La Sala ha señalado, de manera reiterada, que la demostración del parentesco en el primer grado de consanguinidad entre los demandantes y la víctima, permite inferir el dolor moral que los padres sufren por la muerte de sus hijos.

2.4. Los señores Parménides Erazo y Leonila Rosero si bien no acreditaron la calidad de abuelos de la víctima, que invocaron en la demanda, sí demostraron ser damnificados con el hecho. A ese daño se refirieron los señores Floresmiro Lasso Gaviria, Isabel Fernández de Fernández, Luz Marina Ortiz de Vela, María Reyes Gaviria de Bravo y Libia Benavides López, en el testimonio que rindieron ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mercaderes, Cauca, comisionado por el *a quo*, por (f. 163-167 c-2). Aseguraron los testigos que todos ellos eran vecinos de los demandantes; que la criatura fallecida vivía con ellos, por ser Rosaura Erazo Rosero, madre del menor, su hija, quien aún no había adquirido la mayoría de edad y que su dolor por el hecho no merecía la menor duda. La Sala encuentra verosímil, coherente y razonable su versión, por lo cual les confiere plena credibilidad.

Además, insiste en que la legitimación en la causa en los asuntos en los que se pretende la reparación de los daños causados por la muerte de una persona no se deriva de su condición de parientes de la víctima, sino de la demostración de haber resultado damnificados con el hecho; sólo que demostrada la relación de parentesco en los grados más próximos, se infiere el dolor moral padecido por quienes reclaman la indemnización de perjuicios.

2.5. El señor Abraham Rosero era el propietario de las mejoras que se destruyeron como consecuencia del accidente en el cual falleció el niño Jairo Morales Erazo. Así lo demostró con el documento de compraventa que celebró con el señor Mario Cabrera Jurado, el cual aparece suscrito el 17 de marzo de 1994, en el municipio de Mercaderes, Cauca (f. 30 c-1), mejoras que aparecen delimitadas así:

*...la casa de habitación ubicada dentro del perímetro urbano de esta población de Mercaderes (Cauca), juntamente con el lote que la sustenta y un solar, construida sobre paredes de ladrillo de barro cocido, techos de madera cubiertos con tejas de barro cocido, constante de cuatro salones hacia el frente, una cocinita también al frente, de lo que se llama en el argot del regional 'caidizo', con pisos de cemento y de tierra la cocina, el solar bajo cierres de alambres de púas y de guadua..., comprendido dentro de los siguientes linderos: occidente o frente: carretera nacional Popayán-Pasto; sur, con casa o solar de David Meneses; oriente y norte: con terrenos de herederos del extinto Gerardo Fuentes López.*

### **3. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala establecer si la muerte del niño Jairo Morales Erazo es o no imputables al departamento del Cauca, y si el Consorcio contratista y/o la aseguradora Confianza S.A. deben o no reintegrar a la entidad las sumas que aquel pague a los demandantes como indemnización; además, en caso de que se confirme la sentencia en cuanto se condenó a la entidad pública demanda, deberán revisarse las indemnizaciones concedidas, a fin de establecer si está demostrada su existencia, y si las mismas son o no proporcionales al daño.

### **4. Análisis de la Sala**

El departamento del Cauca adujo que no era responsable de la muerte del niño Jairo Morales Erazo porque ese hecho ocurrió como consecuencia de la actuación del operario de la motoniveladora que era utilizada por el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza con el cual aquel había celebrado el contrato de obra pública y había asumido la responsabilidad patrimonial por todos los daños que se pudieran causar durante la ejecución.

4.1. Está demostrado que el accidente en el cual falleció el menor Morales Erazo ocurrió al colisionar la máquina que era utilizada en la construcción de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo, con la casa que habitaban el menor y su familia. Así se demostró con las siguientes pruebas:

-El informe presentado por el agente de tránsito Orlando Arteaga, al Inspector de Tránsito del municipio de Mercaderes, el 7 de marzo de 1997 (f. 173 c-2), en el cual consta lo siguiente:

*El día 6 de marzo del año en curso, a las 15:45 horas, en el sitio denominado barrio San Fernando de este municipio, cuando el vehículo motoniveladora marca GALION, sin mas datos, en forma accidental rodó penetrando a la vivienda de propiedad de la señora LEONILA ROSERO MENESES..., la cual destruyó parte de ella, resultando muerto el menor N.N. Vélez Erazo (sic), 22 días de nacido, hijo de ROSAURA ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ, residentes en dicho barrio, herida la señora LEONILA ROSERO MENESES..., dicho vehículo era conducido por el señor HUMBERTO DAZA DAZA..., vehículo perteneciente a la empresa CONSORCIO INGENIEROS, la cual se encuentra laborando en la vía que de este municipio conduce a Sombrerillos, orientada por el ingeniero SALGADO MONCAYO DIÓGENES..., el vehículo en mención se encuentra inmovilizado en la finca del señor NABOR..., mismo lugar donde ocurrió el accidente...*

-Resolución expedida el 8 de septiembre de 1998, mediante la cual la Fiscalía Seccional de Popayán, Cauca acusó al señor Humberto Daza Daza por el delito de homicidio culposo (f. 292-301 c-2):

*La incriminación denunciada se fortalece de una parte con la prueba testimonial obrante en el plenario y, de otra, con las expresiones del inculpado, quien aduce que el día de marras era él quien conducía la mencionada máquina, motivo por el cual detectó que aquella 'se quería como apagar', requiriendo en consecuencia los servicios de un mecánico, sugiriéndole este que la llevara hasta el parqueadero, recorrido que según él lo hizo despacio y que cuando llegó hasta el sitio donde se encontraba un broche, apagó la motoniveladora bajándole a su vez el equipo, que luego de abrir el broche la prendió de nuevo y al accionar el cambio se le aceleró rozando la llanta trasera con el poste 'el cual obligó a la máquina a ronciarse (sic) y se apagó, la cual apagada no obedece ni dirección, ni mando, ni freno, yo traté de hacer lo posible y pararla porque ese sistema hidráulico apagado no le funciona...'*

*Nótese aquí el comportamiento de un conductor que al transitar con su vehículo por un lugar habitado y en terreno pendiente se deja sorprender por la desatención y la negligencia y en tales circunstancias no advirtió el peligro que revestía conducir ese automotor pesado que venía fallando tal como nos lo comenta él en su injurada y, siendo que a esa fecha llevaba 17 años de experiencia en la conducción de esa clase de vehículos, sobradamente tenía*

*conocimiento de que se trataba de una actividad peligrosa, y como tal requería de su máxima diligencia, como que lo más acertado era no mover la motoniveladora y dejarla en el sitio donde se presentó la avería para que hasta allí se condujera el experto en mecánica y la revisara.*

-El testimonio rendido ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mercaderes, Cauca, comisionado por el *a quo*, por los señores Floresmiro Lasso Gaviria, Isabel Fernández de Fernández y Luz Marina Ortiz de Vela, María Reyes Gaviria de Bravo y Libia Benavides López (f. 163-167 c-2), todos ellos, vecinos de los demandantes, quienes percibieron de forma directa los hechos y pudieron percatarse de que la motoniveladora colisionó contra la vivienda, produciendo la destrucción de sus muros exteriores, uno de los cuales cayó sobre el niño Jairo Morales Erazo, causándole la muerte.

4.1.2. También está demostrado que los daños señalados se causaron durante la construcción y pavimentación de la vía Pasto-La Unión-Mojarras, obra que adelantaba el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, que había sido contratada por el departamento del Cauca. Estos hechos aparecen demostrados con las siguientes pruebas:

-El convenio interadministrativo 0090 de 1996 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, en calidad de contratante, y el departamento del Cauca, en calidad de contratista (f. 64-65 c-1 y 21-22 c-2), mediante el cual el segundo se obligó con el primero a ejecutar la construcción y pavimentación de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo. El valor del contrato fue de \$2 220 162 500 y el plazo de 12 meses contados a partir del acta de iniciación que suscribieran las partes. En la cláusula séptima se pactó que el contratista podía *“atender los trabajos directamente o por medio de subcontratos”* y, además, debía proveer su interventoría, en tanto que el Instituto conservó la facultad de supervisar el proceso de adjudicación, contratación y ejecución de la obra.

-El contrato de obra, por el sistema de precios unitarios, 198 de 1996, celebrado entre el departamento del Cauca y el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, por \$1 186 983 787, por un plazo de 6 meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato o del acta de iniciación de obra (f. 68-72 c-1). En la cláusula décima primera del contrato se autorizó al contratista a subcontratar algunas obras, así: *“El CONTRATISTA no podrá ceder ni subcontratar los derechos y obligaciones emanadas del presente contrato en persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sin el consentimiento previo y expreso del DEPARTAMENTO, pudiendo este reservarse las razones que tenga para negar la cesión. Para la ejecución de ciertos trabajos que deban ser realizados con mayor eficacia, rapidez o economía por personal especializado, el CONTRATISTA podrá subcontratarlos con la autorización previa del DEPARTAMENTO. El empleo de tales subcontratistas no relevará al CONTRATISTA de las responsabilidades que asume por las obras a ejecutar y por las demás obligaciones emanadas del presente contrato”*.

-Ese contrato fue adicionado en cuanto al plazo, el 21 de marzo de 1997 (f. 73 c-1); para la ejecución de obras adicionales, el 23 de mayo de 1997 (f. 75-76 c-1), y nuevamente para la ampliación del plazo el 21 de noviembre de 1997 (f. 38 c-2).

-El 4 de julio de 1996, departamento del Cauca celebró el contrato 265 de 1996, con la Unión Temporal Sinco Ltda.-Ricardo Cely Mariño, por \$164 956 623, para la interventoría del contrato de obra antes mencionado (f. 79-82 c-1). El contrato fue adicionado en su valor, el 16 de mayo de 1997 (f. 83-84 c-1).



-La obra pública se inició el 23 de septiembre de 1996, según "acta de recibo de la vía e iniciación de obras" (f. 88 c-1); fue suspendida el 6 de diciembre de 1997, porque: "A. En forma inesperada partes importantes del cono de trituración se averiaron, siendo necesaria la importación de estas para su reparación. B) El funcionamiento del equipo anterior es fundamental para cumplir con las especificaciones técnicas exigidas por el contrato" (f. 37 c-2). El 19 de mayo de 1998, se suscribió el acta de liquidación final de la obra, en la cual consta que la misma se terminó el 27 de febrero anterior y se dejó constancia de que la misma tuvo una duración de 15.5 meses (f. 24-30 c-2).

En resumen: la muerte del menor Jairo Morales Erazo, ocurrida el 6 de marzo de 1997, lo fue durante la construcción de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, obra pública que ejecutaba el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, por cuenta del departamento del Cauca.

4.3. De tiempo atrás la jurisprudencia de la Corporación ha acogido el criterio conforme al cual las entidades estatales son responsables de los daños por el hecho de sus contratistas, porque se considera que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra, o para la prestación de un servicio público, es como si la misma entidad la ejecutara o prestara directamente:

*Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.*

*No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.*

*Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.*

*En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.*

*Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos<sup>3</sup>.*

Conforme a lo anterior, hay lugar a concluir que como los daños fueron causados por una persona vinculada con el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, que adelantaba la construcción de la carretera Pasto-La Unión-Mojarras, sector Mojarras-Río Mayo, por cuenta del departamento del Cauca, la entidad pública contratante es solidariamente responsable de los perjuicios derivados de la muerte del menor y de la destrucción de la casa en la que este habitaba.

## **5. Liquidación de perjuicios**

En relación con las indemnizaciones concedidas por el *a quo*, considera la Sala:

### **5.1 Los perjuicios morales**

El Tribunal *a quo* condenó al departamento del Cauca a pagar a favor de los señores Rosaura Erazo Rosero y Jairo Morales Vélez, padres del menor, 1000 gramos de oro, y para los señores Parménides Erazo y Leonila Rosero, abuelos del menor, 150 gramos oro para cada uno.

El monto de la indemnización por el perjuicio moral depende de la intensidad del daño. Ha señalado la Sala que cuando éste se produce en su mayor grado, como en el caso de la muerte de uno de los parientes más cercanos (padres, hijos) o del cónyuge o compañero, deben reconocerse al afectado 100 smlmv a la fecha de la sentencia<sup>4</sup>, lo cual *“no significa que no pueda ser superior cuando se pide una*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera; sentencia de 9 de octubre de 1985, exp. 4556, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Reiterada, entre muchas otras, en sentencias de la misma Sección de 13 de febrero de 2003, exp. 12.654, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 7 de junio de 2007, exp. 16.089, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 6 de junio de 2012, exp. 24592, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 24 de mayo de 2012, exp. 21516, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>4</sup> Sentencia de 10 de agosto de 2005, exp. 16205, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

*mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral*<sup>5</sup>.

Considera que la indemnización reconocida a los demandantes por perjuicio moral guarda armonía con los parámetros señalados por la Sala, sin que puedan ser incrementados en esta oportunidad por ser la entidad demandada apelante única, en la relación procesal principal.

La Sala modificará la condena por el perjuicio moral, para liquidarlo de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual se fijó en salarios mínimos legales mensuales vigentes el valor de dicho perjuicio.

Por lo tanto, se liquidará la indemnización a favor de cada uno de los señores Rosaura Erazo Rosero y Jairo Morales Vélez, en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y para cada uno de los señores Parménides Erazo y Leonila Rosero, en 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **5.2. Los perjuicios materiales**

El *a quo* reconoció una indemnización por perjuicios materiales a favor del señor Abraham Rosero, correspondientes al valor de las mejoras de las que era propietario, las cuales resultaron destruidas en los hechos de que trata la demanda.

Como ya señaló, ese perjuicio quedó acreditado en el proceso. La cuantía del daño la determinaron los peritos nombrados por el *a quo* en: \$17 877 000 (f. 168 c-2), valor que justificaron así:

*Una vez en el citado lugar en el que ocurrieron los hechos, se efectuó la medición del predio, se verificaron sus linderos, se constató de acuerdo a los vestigios de cimientos, muros y demás, elaboración del plano donde existió la vivienda, y de esta forma, previo análisis de los datos obtenidos, además de averiguar en esta población el costo de materiales y mano de obra.*

*Manifestamos a su señoría que según información del ingeniero Alexander Ramos Lasso, secretario de Obras Públicas de Mercaderes, el precio del metro cuadrado construido oscila entre \$320 000 y \$340 000 moneda corriente, en razón a que la mano de obra calificada no existe en la región; por consiguiente, hemos considerado ponderar ese valor para estimarlo en ciento cincuenta mil pesos (\$150 000), el metro cuadrado, total que se adecua más a la realidad de la vivienda construida.*

*Hemos considerado de acuerdo a nuestra apreciación objetiva que el daño emergente del predio ubicado en el municipio de Mercaderes tiene un área general de 339,27 mts<sup>2</sup>, de acuerdo a la medición efectuada y tomando como base los vestigios de muros y cimientos, la vivienda tenía un área construida de 119,14 mts<sup>2</sup>.*

### Liquidación del daño emergente:

$$119,14 \text{ mts}^2 \times 150 00 = \$17 877 000$$

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

Ese valor que fue acogido en la sentencia de primera instancia y no mereció objeción alguna por las partes. La Sala encuentra razonable la valoración y, por lo tanto, actualizará la condena proferida por el a quo, que a su vez había actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia el valor liquidado por lo peritos, conforme al siguiente cálculo:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

-V<sub>p</sub>: es el valor final de la indemnización

-V<sub>h</sub>: corresponde al capital histórico, esto es, la cuantificación del perjuicio hecha por los peritos, actualizada a la fecha de la sentencia de primera instancia: \$21 263 328,50

-Índice final certificado por el DANE: corresponde al de la fecha de esta sentencia: 114.22

-Índice inicial: es el certificado por el DANE para la fecha de la sentencia de primera instancia: 61,98

$$V_p = \$21\,263\,328,50 \frac{114.22 \text{ (septiembre 2013)}}{61,98 \text{ (diciembre 2000)}}$$

$$V_p = \$39\,185\,179$$

## **6. Llamamiento en garantía**

6.1. Como ya se señaló el daño fue causado durante la construcción de la vía Pasto-La Unión-Mojarras, sector K24+000-Higuerones-Río Mayo, por un operario y con una maquinaria al servicio del Consorcio Cárdenas Canencio Astaiza. Por lo tanto, la empresa contratista deberá reintegrar al departamento del Cauca la suma que este pague a los demandantes por esta sentencia.

6.2. En cuanto a la responsabilidad de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -CONFINAZA, cabe señalar:

6.2.1. En la cláusula décima del contrato 198 de 1996, celebrado entre el departamento del Cauca y el Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, se convino que la siguiente obligación para el contratista: *“Garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual. Además de las garantías de cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales, estabilidad de la obra y buen manejo y correcta inversión del anticipo, el proponente seleccionado deberá constituir una garantía que ampare al DEPARTAMENTO contra reclamaciones de terceros por responsabilidad civil extracontractual por daños causados a bienes o a personas en razón o con ocasión de la ejecución de la obra, equivalente al diez por ciento (10%) del valor básico del contrato con una vigencia igual a la del plazo del contrato y tres (3) meses más”*. Además, se convino que el contratista ampliaría en los mismos tiempos y cuantías, la garantía única de cumplimiento y la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

En cumplimiento de esa obligación, el Consorcio adquirió con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. -Confinaza, la póliza única de seguro de responsabilidad civil extracontractual n.º 0337625, en la cual figuran como asegurado/beneficiario el *“Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza. Departamento del Cauca-secretaría de obras públicas”*, mediante la cual *“se ampara la*

responsabilidad civil extracontractual imputable al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza durante la ejecución del contrato No. 198-96, que se refiere a la construcción y pavimentación de la vía Pasto-La Unión-Mojarras, sector K24+000-Higuerones-Río Mayo”, por un límite global total de \$118 698 379 y un deducible del 10%, mínimo \$300 000 (f. 69 c-2). Además, de los datos anteriores, en ese documento se hizo constar lo siguiente:

*La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘Confianza’ que en adelante se denominará la aseguradora y el asegurado, por medio de la presente póliza celebran un contrato de seguro que ampara: se ampara la responsabilidad civil extracontractual imputable al Consorcio Cárdenas-Canencio-Astaiza, durante la ejecución del contrato No. 198-96, que se refiere a la construcción y pavimentación de la vía Pasto-la Unión-Mojarras, sector K24+000-Higueros-Río Mayo.*

...

*La mora en el pago de la prima de la presente póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y los gastos causados por la expedición de la póliza.*

El 23 de mayo de 1997, la compañía aseguradora expidió el certificado de modificación, con vigencia entre esa fecha y el 23 de marzo de 1998 (f. 86 c-1), en cual se hizo constar lo siguiente:

*La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. ‘Confianza’ que en adelante se denominará la aseguradora expide la póliza de responsabilidad civil extracontractual no. RCE2 0 337625 expedida el 07/06/1996.*

*Hace constar que: se expide el presente certificado para hacer constar que aumenta el valor asegurado y se amplía la vigencia de la póliza arriba citada a petición de la entidad asegurada. Mediante contrato adicional No. 198 de 1996 y adicional No. 02.*

*Ampara la responsabilidad civil extracontractual del contrato de obra pública No. 198 de 1996 y adicional No. 01.*

<b>Desc. Cobertura</b>	<b>Límites asegurados</b>	<b>Deducibles</b>
	<b>Por evento / Por vigencia</b>	
Predios labores y operaciones	\$187 598 379/ \$187 598 370	\$500 000

*Esta póliza se expide en consideración a las declaraciones hechas por el tomador en la solicitud correspondiente, la cual forma parte integrante de esta póliza, la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella producirá la terminación automática del contrato y dará derecho a la aseguradora para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Las partes convienen que el pago de la prima del presente documento deberá hacerse a más tardar dentro de los 45 días siguientes, contados a partir de la iniciación de la vigencia del mismo.*

-El 21 de marzo de 1998, la compañía aseguradora expidió el certificado de modificación, con vigencia entre esa fecha y el 23 de mayo de 1999 (f. 124 c-1), en cual se hizo constar:

*La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. 'Confianza' que en adelante se denominará la aseguradora expide la póliza de responsabilidad civil extracontractual no. RCE2 0 337625 expedida el 07/06/1996.*

*Predios labores y operaciones (PLO): \$118 698 329 \$300 000*

*Esta póliza se expide en consideración a las declaraciones hechas por el tomador en la solicitud correspondiente, la cual forma parte integrante de esta póliza, la mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella producirá la terminación automática del contrato y dará derecho a la aseguradora para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Las partes convienen que el pago de la prima del presente documento deberá hacerse a más tardar dentro de los 45 días siguientes, contados a partir de la iniciación de la vigencia del mismo.*

La entidad contratista aprobó las garantías y sus modificaciones (f. 87 c-1, 126 c-1).

Dado que en el caso concreto el siniestro ocurrió durante la vigencia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, habría lugar a afirmar que, en principio, la aseguradora debe reintegrar al departamento las sumas que este pague a los demandantes en cumplimiento de este fallo.

No obstante, la aseguradora al responder el llamamiento en garantía y durante su intervención en esta instancia adujo que eran parte de la póliza de responsabilidad civil extracontractual las condiciones generales de ese tipo de seguros (f. 281-283 c-1), en la cual se señalan la cobertura y exclusiones de los amparos:

*A continuación se transcriben para información del tomador, asegurado o beneficiario los amparos básicos y las exclusiones de la póliza en caracteres destacados, con el objeto de dar cumplimiento al artículo 44 de la Ley 45 de 1990.*

...

#### **CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DE SEGURO Y COBERTURA**

*La compañía aseguradora de Fianzas S.A. 'CONFIANZA', que en adelante se llamará la compañía, por medio de este contrato de seguros se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual, en que incurra, de acuerdo con la ley colombiana a consecuencia de un acontecimiento que, produciéndose durante la vigencia del seguro, ocasione muerte, lesión o menoscabo de la salud de las personas (lesiones personales), o el deterioro o destrucción de bienes (daños materiales).*

#### **CLÁUSULA SEGUNDA. EXCLUSIONES**

*La presente póliza no ampara los siguientes hechos:*

- 1. La responsabilidad civil contractual del asegurado*
- 2. Lesiones personales o daños materiales, causados a terceras personas con culpa grave o dolo del asegurado.*
- 3. Lesiones personales o daños a las pertenencias del asegurado, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo*

*grado de afinidad o primero civil. La misma exclusión. La misma exclusión opera con respecto a los socios del asegurado, directores y representantes legales de la persona jurídica asegurada si se trata de sociedad de personas, o en comandita simple y de los trabajadores a su servicio.*

*4. Las reclamaciones como consecuencia del extravío o pérdida de bienes del asegurado.*

*5. Toda clase de eventos que estén amparados por este seguro ocurridos fuera del territorio de la república de Colombia.*

*6. Reclamaciones derivadas de un siniestro que el asegurado o persona encargada por él haya ocasionado mediante el uso de un vehículo automotor, una embarcación o una aeronave; o bien, reclamaciones que le sean presentadas en su calidad de propietario, tenedor, o poseedor de dichos vehículos terrestres, acuáticos o aéreos, así mismo, se excluyen los daños a naves o aeronaves.*

*7. Reclamaciones a causa de daños ocasionados por productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados o por cualquiera otra clase de servicios prestados, si los daños se produjeran después de la entrega, del suministro, de la ejecución o de la prestación (responsabilidad civil extracontractual productos u operaciones terminadas).*

*8. Muerte, lesión o menoscabo de la salud de las personas (lesiones personales), deterioro o destrucción de bienes (daños materiales), causados directa o indirectamente por guerras, invasión, huelga o motines, conmoción civil, perturbación del orden público, coacción, manifestaciones públicas o tumultos, decomiso o destrucción de bienes por autoridades nacionales o regionales, disturbios políticos y sabotajes con explosivos o actividades guerrilleras, actos mal intencionados de terceros (AMIT) y terrorismo.*

*9. Lesiones personales o daños materiales causados por operaciones que empleen el proceso de fisión nuclear de materiales radioactivos.*

*10. Las obligaciones a cargo del asegurado provenientes de la aplicación de las normas del derecho laboral y aquellas que sean consecuencia de reclamaciones según el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*11. Responsabilidad civil profesional.*

*12. Deslizamiento de tierras, fallas geológicas, asentamientos, cambios en los niveles de temperatura o agua, inconsistencia del suelo, o subsuelo, lluvias, inundaciones o cualquiera otra perturbación atmosférica o de la naturaleza, incluyendo terremotos, erupción volcánica, lahar.*

*13. Reclamaciones entre varias personas naturales o jurídicas, mencionadas como el asegurado, entre si (anexo r.c. cruzada).*

*14. Contagio de una enfermedad padecida por el asegurado, así como los daños de cualquier naturaleza causados por enfermedades animales pertenecientes al asegurado, vendidos o suministrados por el mismo; igualmente, quedan excluidos los daños genéticos a personas o animales.*

*15. Daños originados por contaminación u otras variaciones perjudiciales del agua, aire, suelo, subsuelo, o bien por ruidos que no sean consecuencia de un acontecimiento accidental, repentino, o imprevisto.*

*16. Multas y cualquier clase de acciones o sanciones penales o policivas.*

*17. Daños a causa de la inobservancia de disposiciones legales y de la autoridad o de instrucciones y estipulaciones contractuales.*

*18. Reclamaciones por daños a terceros durante la vida privada o familiar.*

*19. Reclamaciones a causa de daños ocasionados a bienes ajenos, que hayan sido entregados al asegurado en arrendamiento, comodato, depósito o custodia.*

*20. Daños y perjuicios morales.*

21. *Daños a bienes intangibles y daños y perjuicios que no sean consecuencia directa de daños materiales y/o corporales garantizados por la póliza.*

El Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza en el recurso de apelación cuestionó la decisión del *a quo* de acoger las exclusiones señaladas y, en consecuencia, exonerar a la entidad aseguradora de responsabilidad, en tanto el documento en el que aparecen consignadas no fue suscrito por las partes en el contrato de seguro, ni se consignó en el mismo los datos que permitieran tener certeza de que esas condiciones hacían parte de la póliza.

El artículo 1036 del Código de Comercio establece que *“el contrato de seguros es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”*. Por su parte, el artículo 1127 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, se refiere al contrato de seguro de responsabilidad civil, para señalar que en este se *“impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”*.

Conforme a lo previsto en el artículo 1047 del mismo Código, regula el contenido de las pólizas de seguro, así:

*La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:*

- 1) *La razón o denominación social del asegurador;*
- 2) *El nombre del tomador;*
- 3) *Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;*
- 4) *La calidad en que actúe el tomador del seguro;*
- 5) *La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;*
- 6) *La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*
- 7) *La suma aseguradora o el modo de precisarla;*
- 8) *La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;*
- 9) *Los riesgos que el asegurador toma su cargo;*
- 10) *La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*
- 11) *Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.*

*PARÁGRAFO [Subrogado por el artículo 2o. de la Ley 389 de 1997]: En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo. (la subraya no pertenece al texto).*

Se destaca, entonces que conforme a esta última disposición, las pólizas de seguros de responsabilidad deberán contener las condiciones generales y las condiciones particulares que acuerdan los contratantes, y en caso de que no aparezcan expresamente consignadas en la póliza las condiciones generales, se tendrán como tales aquéllas que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y



tipo de riesgo. A esas condiciones se refirió la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en estos términos:

*Las condiciones generales de contratación, denominadas comúnmente condiciones o cláusulas generales del negocio o del contrato, son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de éste negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen.*

*De otro lado, las condiciones particulares del contrato de seguro se elaboran de manera individual y específica para cada contrato y de manera conjunta entre el asegurador y el tomador y reflejan asimismo, pero en forma específica para el negocio acordado, la voluntad de los contratantes<sup>6</sup>.*

En este orden de ideas, considera la Sala que le asiste razón a la aseguradora Confianza S.A. al señalar que hacían parte de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual n.º 0337625, que amparó los riesgos de daños causados a terceros con ocasión de la obra pública que adelantó el Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza para el departamento del Cauca, las condiciones generales, que aparecen en documento anexo, en el cual se hace un amplio listado de exclusiones. Por lo tanto, se procederá a analizar si en el caso concreto se configuraron dichas exclusiones o si la aseguradora debe responder por el daño, por haber amparado el riesgo que se materializó en la muerte del niño y la destrucción de la vivienda.

6.3. La condena impuesta a la entidad pública asegura –el departamento del Cauca- incluye la indemnización de perjuicios morales. En las condiciones generales de la “póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual” se estableció que la misma no amparaba “20. Daños y perjuicios morales”.

A propósito de esa exclusión, la Sala en decisión anterior consideró que la misma era válida y, por lo tanto, podía ser convenida por las partes en el seguro, aunque destacó, como acertadamente lo hizo el *a quo* en este caso, que el hecho de no incluir dicho amparo demostraba el inadecuado manejo de los seguros en la actividad contractual:

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 2 de mayo de 2000, exp. 6291, M.P. Jorge Santos Ballesteros. También la Corte Constitucional se refirió a dichas cláusulas en sentencia T-015 de 20 de enero de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, en estos términos: “...es necesario diferenciar entre dos clases de condiciones en los contratos de seguros. De un lado están las condiciones generales; es decir, las cláusulas aplicables a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por un asegurador, las cuales obedecen al formato tipo que debe depositarse en la Superintendencia Financiera de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de las condiciones particulares del contrato. Pero de otro lado están las condiciones particulares, a las que recién se hizo referencia. Por consiguiente, para definir si la póliza de un seguro de vida ampara la muerte de una persona, no basta con definir el alcance de las condiciones generales pues es necesario determinar además el de las condiciones particulares y específicas”.

*En cuanto a que expresamente se hayan excluido el reconocimiento de perjuicios morales y perjuicios por lucro cesante a favor de terceros, demuestra un inadecuado manejo de los seguros en la actividad contractual, en tanto los riesgos que se excluyen en las condiciones generales del contrato de seguro, en tanto no tengan la prohibición de riesgos no asegurables, pueden convenirse cuando el objeto y la conveniencia del contrato así lo aconsejen, por una prima adicional, que nada impide que así se exija al contratista del Estado.*

*Es claro que el Instituto demandado, como entidad estatal contratante, no podía pretender del llamado en garantía el pago de los perjuicios morales que reconoció a los terceros damnificados en la audiencia de conciliación que se realizó dentro del proceso, porque no hicieron parte de los límites contractualmente estipulados. En este caso, tiene plena aplicación el principio de la prevalencia de la intención de las partes, según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (art. 1618 Código Civil), materia sobre la cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia:*

*‘...cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna en innocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen la facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales.’<sup>7</sup>*

*Y lo anterior no conduce a que a dicha exclusión se le califique de ser una cláusula restrictiva, ya que éstas en la práctica aseguradora tienen una connotación jurídica diferente, pues una cosa es que se impida por las aseguradoras la posibilidad de negociación y otra es, que siendo posible la convención por pacto expreso, se omita del seguro porque se aceptaron las exclusiones y no se tomaron como amparos adicionales.<sup>8</sup>*

*...  
En las anteriores condiciones, no existían obligaciones para el llamado en garantía que pudieran desprenderse del contrato de seguro y sobre las cuales se pueda hacer un pronunciamiento judicial condenatorio<sup>9</sup>.*

En este orden de ideas, la aseguradora Confianza S.A. no puede ser condenada (sic) (sic) a reintegrar al departamento del Cauca, ni al Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza, en su caso, la indemnización que se pague a los demandantes por esta sentencia, a título de perjuicios morales.

---

<sup>7</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de julio de 1983.

<sup>8</sup> Lo abusivo de una cláusula, se acentúa en sentir de la Corte Suprema de Justicia, “cuando el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones – de naturaleza volitiva y por tanto comercial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio –por regla general- para su negociación individual”. (Sentencia de 2 de febrero de 2001. Exp. S002-2001-5670. Sala de Casación Civil.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 14.245, C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

6.4. En cuanto a los perjuicios materiales, que consistieron en la destrucción de las mejoras de las que era propietario el señor Abraham Rosero, la compañía aseguradora invoca como causal de exclusión el hecho de que el daño se causó con “un vehículo automotor”, que era un amparo excluido en el numeral 6º de la cláusula segunda de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Considera la Sala que esa exclusión no opera en este caso, porque el objeto con el cual se causó el daño era un *“una NIVELADORA autopropulsada, montada sobre llantas para movimiento y nivelación de tierra, etc.”*, tal como consta en el registro de importación y en la declaración andina del valor en aduana (f. 228-231 c-2), y el Decreto 1344 de 1970, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, se refería a los vehículos automotores como aquéllos destinados al transporte de personas, y los distinguía de los *“vehículos industriales”*, como podría calificarse la “niveladora” que generó la destrucción del inmueble, como *“el destinado a obras industriales, incluidas las de construcción y conservación de caminos”* (art. 1º)<sup>10</sup>.

Aclara la Sala que por tratarse de exclusiones a los amparos que por su naturaleza debía cubrir la póliza de responsabilidad civil extracontractual, la interpretación debe hacerse una interpretación estricta y no analógica de los términos empleados en las condiciones generales de la póliza.

Finalmente, invoca la aseguradora la exclusión derivada de la culpa grave, en la que, según su criterio, incurrió el operador de la niveladora y que figura en el numeral segundo de la cláusula segunda de las condiciones general de la póliza.

Señala el artículo 1127 del Código de Comercio, tal como fue subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, que *“son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”*, en el cual se prevé que: *“el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”*. Es decir, que la culpa grave puede ser asegurable solo cuando sea cometida por terceros ajenos a la relación negocial y constituyan la fuente del riesgo asegurado.

La Sala, con apoyo en el artículo 63 del Código Civil y en la doctrina, ha definido la culpa grave como la negligencia o imprudencia que sólo podrían explicarse por la necesidad, temeridad o incuria del agente, la cual, por su gravedad se asimila al dolo, que es la intención positiva de causar daño a otro:

*Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico.*

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido, en el artículo 2º. de la Ley 769 de 2002, se define “vehículo”, como *“Todo aparato montado sobre ruedas que permite el transporte de personas, animales o cosas de un punto a otro por vía terrestre pública o privada abierta al público”*.

*Precisamente, en relación con la gradación de la culpa el artículo 63 del Código Civil establece que:*

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

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

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

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

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

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

...

*Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110)<sup>11</sup> y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente...” (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág 384.)*

*Ahora bien, en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.*

*Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que “deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo*

---

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La jurisprudencia de la Sección antes de la expedición de la Ley 678 de 2001 se apoyó en esta doctrina para precisar el alcance de la culpa grave.

*que debe saber y que debe querer.”<sup>12</sup>, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado<sup>13</sup>.*

En este caso, considera la Sala que no está demostrado que el señor Humberto Daza Daza hubiera actuado con culpa grave.

En el proceso penal que se adelantó en contra del señor Daza Daza se profirió resolución de acusación, como se mencionó antes en esta providencia, por considerar que había actuado con culpa. No obstante, debe advertirse, en primer término, que en esa decisión no se calificó el grado de culpabilidad del sindicado y, además, que con la misma no se definió su responsabilidad penal. Se desconoce si se profirió sentencia condenatoria en su contra y cuáles fueron los términos en los cuales, en tal caso, se definió la subjetividad de su conducta.

Por lo tanto, no puede considerarse que la resolución de acusación es prueba de la existencia de la culpa grave del operador de la niveladora.

En este proceso declaró el señor Darío Vicente Paredes Chara, ingeniero civil al servicio del Instituto Nacional de Vías sobre las condiciones en las que opera una niveladora y, en especial, sobre la necesidad de que la misma permanezca encendida durante las interrupciones breves en su operación, manifestó:

*No soy versado en la materia mecánica ni en el manejo u operación de las máquinas utilizadas en la construcción de carreteras, pero sí se de algunas de ellas, particularmente motoniveladoras, que requieren de un sistema de precalentamiento para poder arrancar el motor, sí he observado en la experiencia que tengo en la materia de vías, que muchos operadores de maquinaria no apagan sus aparatos cuando interrumpen la labor por períodos cortos, sino que las dejan prendidas con el motor a bajas revoluciones, sin que yo sepa exactamente si esta actitud obedece a problemas del calentamiento demorado del motor.*

A partir de este testimonio no es posible calificar como gravemente dolosa la conducta del conductor del vehículo oficial, de quien no podría afirmarse que actuó con negligencia o impericia, o si se trató de un caso fortuito, como lo señaló en el proceso penal el señor Julio Alfredo Manzano Vivas, mecánico al servicio del Consorcio (f205-206 c-2):

*...la máquina estaba trabajando normalmente, pero como presentaba esa falla, que se apagaba, se prendía y se apaga, y yo le dije que procediera a llevarla al sitio donde se guardaban las máquinas, yo miré que la máquina estaba andando bien, así un trayecto largo, y luego me fui y después, según comentarios, la máquina se volvió a apagar otra vez, las máquinas están sometidas en cualquier momento a presentar una falla, porque como todos los días están trabajando, por eso se corre el riesgo a presentar esas fallas.*

Por lo expuesto, se revocará la sentencia en cuanto exoneró de toda responsabilidad a la aseguradora Confianza S.A. y, en su lugar, se le condenará a reintegrar a la entidad el valor de los perjuicios materiales que deba pagar la entidad pública demandada.

---

<sup>12</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, Culpabilidad, Tercera Edición, Editorial Temis, 1998, pág 43.

<sup>13</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 29.222

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

### **FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo-Sala de Descongestión-sede Cali, el 15 de diciembre de 2000, la cual quedará así:

**Primero: DECLÁRASE** al DEPARTAMENTO DEL CAUCA patrimonialmente responsable de la muerte del menor JAIRO MORALES ERAZO y de la destrucción del inmueble cuya posesión detenta el señor ABRAHAM ROSERO por los hechos ocurridos el día 6 de marzo de 1997 en el barrio San Fernando, zona urbana del municipio de Mercaderes, Cauca.

**Segundo:** Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a pagar las siguientes indemnizaciones: (i) por perjuicios morales, a favor de cada uno de los señores ROSAURA ERAZO ROSERO y JAIRO MORALES VÉLEZ cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y para cada uno de los señores PARMÉNIDES ERAZO y LEONILA ROSERO quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y (ii) por perjuicios materiales, a favor del señor ABRAHAM ROSERO treinta y nueve millones cien ochenta y cinco mil ciento setenta y nueve pesos (\$39 185 179).

**TERCERO:** El DEPARTAMENTO DEL CAUCA deberá repetir contra el contratista CONSORCIO CÁRDENAS-CANENCIO ASTAIZA y si este ya no existiera como tal, contra los socios que de él hacían parte, en virtud a lo estipulado por la Ley 80 de 1993, en su artículo 7º, por las sumas que entidad pública cancele por perjuicios morales a los demandantes y, por los perjuicios materiales, en caso de que no sean cubiertas por la aseguradora.

**Cuarto:** La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. –CONFIANZA- deberá reintegrar al departamento del Cauca, o al Consorcio Cárdenas-Canencio Astaiza, en caso de que este reintegre a la entidad pública las sumas que aquel debe pagar a los demandantes, la suma correspondiente a los perjuicios materiales, en virtud de la póliza de seguro n.º RCE 02-0337625, hechas las deducciones convenidas.

**QUINTO:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** El DEPARTAMENTO DEL CAUCA dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**SÉPTIMO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**OCTAVO: DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO**