

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, 26 NOV 2013.

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA

DEMANDANTE: SONIA ROCIO MOZO GALINDO Y OTROS

DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA

RADICADO: 152383333752201400061-01

I. ASUNTO A RESOLVER:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del municipio de Tunja (fls. 924-929), contra el fallo de fecha 12 de diciembre de 2016, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del circuito judicial de Tunja, en el que se declaró administrativa y extracontractualmente responsable al ente territorial apelante, por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia del fallecimiento del EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.), durante la ejecución de una obra pública en desarrollo del contrato No. 433 de 2010, suscrito por el municipio demandado y la Unión Temporal MULTIPARQUE el 4 de febrero de 2012.

II. ANTECEDENTES:

2.1.- La demanda: por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores

SONIA ROCÍO MOZO GALINDO, obrando directamente y en representación de sus menores hijos DANIEL RICARDO Y NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO, SANDRA CARDENAL FIGUEROA, quien actúa en representación del menor DAVID SEBASTIÁN FONSECA CARDENAL y MIGUEL FONSECA GONZALEZ, ANA GEORGINA QUINTERO, ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, NILSIA YANETH FONSECA QUINTERO, FERNANDO FONSECA QUINTERO, JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, FABIOLA FONSECA QUINTERO, JHON ORLEY FONSECA QUINTERO Y RUTH MARY FONSECA QUINTERO, presentaron demanda contra el MUNICIPIO DE TUNJA, solicitando se declarara la responsabilidad administrativa y extracontractual de la entidad demandada por los daños y perjuicios que les fueron causados con ocasión del fallecimiento del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.), ocurrida en Tunja el 4 de febrero de 2012, en el lugar de la obra pública "*Multiparque Sur Oriente*" ejecutada por la UNIÓN TEMPORAL MULTIPARQUE, en cumplimiento del contrato No. 433 de 2010 celebrado con el MUNICIPIO DE TUNJA.

Así, y con fundamento en la declaratoria de responsabilidad administrativa invocada por la demandante, se solicitó el reconocimiento y pago de los siguientes valores (fls. 13-17):

- Daño emergente

- Para la señora SONIA ROCÍO MOZO, compañera del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.) \$5.200.000 que corresponde al valor en el que debió incurrir al adquirir el lote para la sepultura de la víctima.

- Para la señora NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima, la suma de \$1.830.000, por concepto de gastos del funeral del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.)

- Lucro cesante consolidado y futuro: conforme a la tasación de los peritos según los lineamientos jurisprudenciales y las bases indicadas en la estimación de la cuantía, para:

- SONIA ROCIO MOZO, compañera de la víctima.
- DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima.
- NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima
- DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima.

-Perjuicios morales: Por la suma de 100 S.M.L.M.V., para cada una de las personas que se relacionan a continuación:

- SONIA ROCIO MOZO, compañera de la víctima.
- DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima.
- NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima.
- DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima.
- MIGUEL FONSECA GONZALEZ, padre de la víctima.
- ANA GEORGINA QUINTEO, madre de la víctima.
- NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.
- ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.
- FERNANDO FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima.
- JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima
- FABIOLA FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.
- JHON ORLEY FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima.
- RUTH MARY FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.

Así mismo, solicitó se condene en costas a la entidad demandada.

2.2.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones: En síntesis, los presupuestos fácticos que sustentan la demanda son los siguientes (fls. 18-29):

(i) El señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, falleció en Tunja el 4 de febrero de 2012 y su fallecimiento se produjo cuando se encontraba laborando al servicio de la UNION TEMPORAL MULTIPARQUE, contratista del municipio de Tunja y con el que este ente territorial celebró el contrato 433 de 2010, cuyo objeto contractual correspondió a los estudios, diseños y construcción del "*Multiparque sur oriente*".

(ii) La víctima falleció a los 36 años de edad.

(iii) La víctima, al momento de su fallecimiento, hacía vida marital con la señora SONIA ROCÍO MOZO GALINDO, con quien tenía 2 hijos DANIEL RICARDO y NATALIA CAROLINA. Así mismo, el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, también era padre del menor DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL. Su núcleo familiar dependía económicamente de la víctima.

(iv) Los señores MIGUEL FONSECA GONZALEZ y ANA GEORGINA QUINTERO, - demandantes dentro del presente asunto,- son los padres de la víctima; así mismo, el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO era hermano de los señores ANA ELIZABETH, NILSIA YANETH, FERNANDO, JOSÉ WILLIAM, FABIOLA, JHON ORLEY y RUTH MARY FONSECA QUINTERO, quienes también fungen como demandantes dentro del presente asunto.

(v) La muerte de la víctima, se produjo a causa de un accidente de trabajo que tuvo lugar cuando él se encontraba en una excavación abierta en el área donde se realizaban los trabajos contratados por la entidad demandada, y el accidente se produjo al colapsar y derrumbarse las paredes de la zanja del colector pluvial.

(vi) El contratista tenía a cargo el componente de excavaciones para instalar la tubería del colector pluvial, lo que implicaba la extracción de material con maquinaria y a mano para formar la cavidad requerida para dicha instalación.

(vii) La causa del accidente corresponde a un hecho imputable al contratista, dado que no se observaron las normas de seguridad industrial y, en general, las normas de seguridad para esta clase de obras; esto, en razón a varias de las cláusulas estipuladas en el contrato de obra 433 ya mencionado y a lo consagrado en la resolución No. 2400 de 1979- estatuto de Seguridad Industrial-.

(viii) Para la época en que ocurrieron los hechos, se presentó una temporada de ola invernal, circunstancia que de acuerdo a las previsiones de seguridad industrial aplicables y a lo indicado por la interventoría en su informe del accidente de trabajo en mención, implicaba una inspección frecuente de las excavaciones.

(ix) Conforme al ya mencionado informe de interventoría, las causas del accidente de trabajo, corresponden a las siguientes: (i) Los escombros están amontonados en las proximidades de la zanja o de la excavación; (ii) Cuando se realizan excavaciones o trabajos en zanjas, siempre debe haber más de un trabajador y según versiones, el trabajador se encontraba solo en ese momento; (iii) Si en el fondo de la excavación trabaja una sola persona, esta será provista de un cinturón y arnés con su respectiva eslinga, controlado desde la superficie por una persona que velará por la seguridad del trabajador en caso de emergencia.

(x) Los trabajadores habían solicitado la entrega de materiales y zanjas para hacer apuntalamiento en las zanjas y resguardarse del peligro; no obstante, el patrono no suministró dichos materiales.

(xi) El contratista tampoco tenía afiliada a la víctima a la seguridad social.

(xii) El contratista es el responsable de la estructura peligrosa de la obra, del cumplimiento de las normas de seguridad industrial, de salud ocupacional y de prevención de accidentes; así mismo, no se evidencia la ocurrencia de algún eximente de responsabilidad.

(xii) La víctima y la UNIÓN TEMPORAL MULTIPARQUE, habían suscrito el 3 de septiembre de 2011 el contrato UTMP-04-2011, cuyo objeto consistía en el suministro de mano de obra para la ejecución del contrato 433 de 2010; el contrato vencía el 6 de enero de 2011 y no hubo prórroga. El señor EDWIN FRANKLIN FONSECA fungió como maestro de obra y devengaba en promedio la suma de \$1.200.000 mensuales. El contrato vencía el 6 de enero de 2011 y no hubo prórroga.

(xiii) La compañía de seguros POSITIVA no reconoció prestaciones a favor de la compañera e hijos de la víctima, en razón a que la UNION TEMPORAL MULTIPARQUE no se encontraba afiliada a dicha ARP.

(iv) SONIA ROCÍO MOZO – compañera de la víctima-, DANIEL RICARDO DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijos de la víctima, tramitaron ante el juzgado cuarto laboral del Circuito de Tunja, proceso ordinario laboral No. 2012-304, contra los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL MULTIPARQUE, con fundamento en la relación contractual, convocándose al municipio de Tunja como solidario en calidad de dueño de la obra, frente a las obligaciones – prestaciones laborales allí reclamadas, derivadas de la relación laboral entre la víctima y la accionada en dicha contienda ; al momento de presentación de la demanda, dicho asunto se encontraba en etapa de pruebas.

2.3.- SENTENCIA IMPUGNADA (fl. 900-920): surtidas las ritualidades procesales, el 12 de diciembre del año 2016, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, profirió fallo de primera instancia declarando administrativa y extracontractualmente responsable al MUNICIPIO DE TUNJA, por los perjuicios causados como consecuencia del fallecimiento del señor EDWIN FRANKLYN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.) durante la ejecución de una obra pública en desarrollo del contrato No. 433 de 2010, suscrito por el municipio demandado y la Unión Temporal MULTIPARQUE, el 4 de febrero de 2012.

Para arribar a la anterior decisión, el Juzgado de instancia, luego de reseñar las pretensiones y los fundamentos fácticos de la demanda, la contestación a la misma y el trámite procesal surtido, formuló el problema jurídico en orden a establecer si en el presente caso se configuraba responsabilidad civil extracontractual del MUNICIPIO DE TUNJA como entidad contratante de la construcción de la obra denominada "*multiparque sur-oriente*", por los daños presuntamente ocasionados a los demandantes con el fallecimiento de su familiar EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, por el derrumbe de las paredes de una zanja

correspondiente a la obra pública mencionada, ejecutada en virtud del contrato de obra No. 433 de 2010, suscrito por la entidad demandada MULTIPARQUE.

En orden a resolver el problema jurídico planteado, procedió el *a quo* inicialmente, a decantar la cláusula general de responsabilidad patrimonial del estado, los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos ocasionados en obras públicas, para luego resolver el caso concreto, indicando sobre el particular que el régimen de responsabilidad aplicable al *sub júdice* es el de falla probada del servicio.

A partir de lo anterior, indicó que se encontraba acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte del familiar de los demandantes – señor EDWIN FRANKLYN FONSECA QUINTERO-, en el lugar donde laboraba para una organización particular, lo que implicaba una afectación personal y cierta.

Frente a la imputación, señaló el juez de primera instancia encontrarse acreditado lo siguiente: (i) Que entre el municipio de Tunja y la UT MULTIPARQUE se celebró contrato de obra No. 433 de 2010, cuyo objeto fue la elaboración de estudios, diseño y construcción del " *multiparque sur-oriente*"; que la vigencia de tal contrato se prorrogó en varias oportunidades y que se habían pactado cláusulas relativas a la seguridad industrial y a la prevención de accidentes y medidas de seguridad; (ii) que se realizaron trabajos para instalar una línea de tubería de 16" en pvc y que el terreno excavado para ello era bastante húmedo; (iii) que para la instalación de dicha tubería se excavó una zanja cuya profundidad no era menor al metro con ochenta centímetros, actividad en la que participó la víctima e igualmente, (iv) que en la zanja tenía paredes verticales y en ella no se ejecutó la entibación y el apuntalamiento con madera que normativamente corresponde.

A partir de lo anterior, sostuvo el juez de primera instancia que la omisión en el cumplimiento de las normas de seguridad industrial era imputable a

la Unión temporal MULTIPARQUE, y, por su conducto, al municipio de Tunja, por ser la entidad que ejecutaba, por interpuesta persona, la obra pública en cuyo desarrollo falleció el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO y precisó que conforme a lo decantado por el Consejo de Estado, la imputación de responsabilidad a la entidad estatal dueña de la obra, tiene su origen en la aplicación del principio "*ubi amolumentum ibi onus esse debet*", en virtud del cual, donde está la utilidad debe estar la carga, dando de esta manera por acreditada la falla probada del servicio.

Finalmente, frente a la relación de causalidad, indicó el *a quo*, que existía claridad respecto de la causa adecuada y eficiente del daño a la víctima a saber: el derrumbe de las paredes de una zanja que carecía de mecanismo de apuntalamiento y/o estibación, a pesar de requerirlos por su profundidad; afirmación que se reforzaba con otros varios elementos de convicción, como es el caso del informe de interventoría elaborado el día del accidente.

Posterior al análisis de imputación, procedió el *a quo* a resolver las excepciones de fondo propuestas por el MUNICIPIO DE TUNJA, despachándolas desfavorablemente, y adicionalmente, emitió pronunciamiento respecto de las llamadas en garantía cuya vinculación solicitó el municipio accionado.

Así, respecto de la Compañía aseguradora de finanzas CONFIANZA S.A., indicó el *a quo* que se habían allegado pólizas de seguro de cumplimiento de entidades estatales GU045817 y RO016120 de responsabilidad civil extracontractual, expedida por dicha compañía, en la que se registra como tomador a la Unión temporal y como asegurado y beneficiario al Municipio de Tunja y que el llamado en garantía indicó que la póliza de cumplimiento no cubre eventos de responsabilidad civil y que la póliza de responsabilidad civil extracontractual no cubría las pretensiones de la demanda, en tanto ésta únicamente cubre el daño emergente sufrido por la víctima. A partir de lo anterior, concluyó el juez de instancia que, en efecto, la póliza de cumplimiento no puede ser afectada por la responsabilidad extracontractual que se deriva del fallo proferido en el presente asunto y

de otro lado, frente a la póliza de responsabilidad civil extracontractual, indicó que la misma tampoco cubre la condena impartida, dado que aquella excluye el amparo de siniestros derivados de derrumbes y operaciones bajo tierra.

De otro lado, y en lo que atañe al llamado en garantía sociedad INVERMOHES S. EN SC, sostuvo que conforme a lo indicado por el municipio demandado, tal firma interventora había sido contratada para realizar entre otros temas, la correcta vigilancia de los aspectos administrativos del contrato de obra, de donde se desprende realizar un detallado seguimiento al cumplimiento de las obligaciones salariales, prestacionales y demás derivadas de los contratos de trabajo que suscribió el contratista para la ejecución de aquella; no obstante, concluyó el a quo, que el interventor no estaba llamado a reembolsar al municipio de Tunja las sumas que pague como consecuencia de la condena indemnizatoria impartida, dado que el llamamiento se formuló en términos de responsabilidad por el incumplimiento del deber de vigilancia sobre los aspectos administrativos del contrato de obra ajenos a los que se deciden en este tipo de controversias de responsabilidad extracontractual.

Finalmente, el juez de primera instancia procedió a la liquidación de los perjuicios morales a todos los libelistas, daño emergente a las señoras SONIA ROCIO MOZO y NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO y lucro cesante consolidado y futuro a SONIA ROCÍO MOZO – compañera de la víctima-, DANIEL RICARDO DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y a DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijos de la víctima.

2.4.- RECURSO DE APELACIÓN (fls. 924-929): Inconforme con la decisión de instancia, la apoderada judicial del MUNICIPIO DE TUNJA impugnó oportunamente el fallo reseñado en precedencia bajo los siguientes argumentos:

- Dentro del proceso se evidenció que el fallecimiento del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO (q.e.p.d.) acaecido el 4 de febrero de 2012,

se presentó por circunstancias que el mismo fallecido propició, entre ellas, el haberse devuelto al sitio de la realización de la obra sin su equipo de trabajo; adicionalmente, algunos de los testimonios recaudados, permiten colegir que pese a la experiencia de la víctima en la ejecución de ésta clase de obras, decidió introducirse a la zanja de forma solitaria a realizar la actividad laboral, seguramente sin prever algún posible riesgo o suceso infortunado.

Lo anterior da lugar a concluir la configuración de la eximente de responsabilidad denominado "Culpa exclusiva de la víctima" que, correlativamente, hace que el municipio de Tunja carezca de legitimación en la causa por pasiva

- No hay prueba de la cual se pueda establecer cómo se desencadenó el accidente y, en consecuencia, que el municipio de Tunja tuviera responsabilidad en el hecho, pues la única persona que presencié el accidente fue la víctima; en otras palabras, no hay testigos presenciales que pudieran dar fe de las verdaderas causas que propiciaron el deceso del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO

- Para corroborar su dicho, la apelante hizo alusión a los testimonios de los señores BERNARDA DEL ROSARIO TOVAR CORAL, MARIA EUNICE GUTIERREZ MORENO, JOSE LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ CORREDOR, DOMINGO ALIRIO CORREDOR, WILSON EMILIANO MALAVER.

- Las pruebas permiten concluir que el interventor de la obra estuvo pendiente de la ejecución del objeto del contrato, el día de los hechos, y junto con los trabajadores no detectaron debilidad en las paredes de la zanja, los materiales que revestían estas paredes tenían consistencia y no ofrecían riesgo alguno.

2.5.- Trámite surtido en la segunda instancia: Una vez concedido el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Tunja, en audiencia llevada a cabo el 9 de marzo de 2017 (fls. 946-947), el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió el recurso

en esa misma oportunidad; seguidamente, mediante auto de 5 de mayo de 2017, ésta Corporación dispuso admitir el recurso de apelación interpuesto por la Nación –Ministerio de Defensa-Policía Nacional contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2016 por el Juzgado de primera instancia, ordenando notificar personalmente dicha decisión al Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación (fl. 962).

Luego, por auto del 14 de julio de 2017 (fl. 967) se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esa providencia. De igual forma, se ordenó correr traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A., término dentro del cual las partes y el Ministerio Público presentaron sus respectivas intervenciones, en los siguientes términos:

- Apoderado parte demandante (fls. 970-983): Adujo que se encontraban acreditados los hechos respecto de los cuales descansaba la responsabilidad en cabeza del municipio. Indicó encontrarse acreditado que el contrato de obra celebrado entre el municipio y la unión temporal detallaba las obligaciones a cargo del último para poner a salvo la seguridad de las personas que participaron en la obra, obligaciones que fueron incumplidas, pues la víctima procedió a instalar la tubería pluvial en la zanja a pesar de las condiciones de tiempo, sin que los bordes de la zanja contaran con los apuntalamientos con madera o con acero, generando así riesgos al trabajador, y sin que existiera un inspector de obra o encargado de seguridad industrial o salud ocupacional.

Aunado a lo anterior, el apoderado de los actores procedió en su escrito de alegatos, a enunciar las pruebas recaudadas dentro del proceso, como el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal, el informe de interventoría respecto a las causas del accidente, la inspección judicial y el material fotográfico.

Finalmente, procedió a enunciar varios de los hechos relatados en el escrito de demanda y a indicar que los mismos se encontraban probados

con base en las pruebas allegadas al expediente y precisó que si bien no se pudo recaudar el testimonio de dos de los trabajadores de la obra, lo cierto es que conforme a la declaración extra juicio por ellos rendida, se puede colegir que habían sido enfáticos en indicar que habían solicitado elementos de seguridad para entibar la zanja y no se les había suministrado.

- Apoderada compañía aseguradora de finanzas S.A. CONFIANZA (FLS. 984-988): La representante judicial de la llamada en garantía inicialmente indicó que al haber sido absuelta su representada en el fallo de primera instancia y como quiera que el apelante no solicitó que se revocara tal absolución, tal decisión debe quedar incólume.

No obstante, lo anterior, solicitó, como interesada en la protección del erario, que se tuviera en cuenta que la demandante SANDRA ROCIO MOZO GALINDO y los tres hijos de la víctima –DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y DAVID ESTEBAN FONSECA MOZO), ya fueron indemnizados con ocasión de la muerte de su padre y compañero y, en consecuencia, deberá revocarse la condena proferida en este proceso en favor de tales sujetos procesales.

Sobre el particular, indicó que al momento de resolverse la apelación interpuesta contra el auto que negó la excepción de pleito pendiente formulada con ocasión de la situación fáctica descrita, este Tribunal sostuvo que las fuentes de las indemnizaciones deprecadas eran diferentes; no obstante, indica la apoderada que los argumentos expuestos y el fallo que se tomó en consideración para adoptar dicha tesis no resultaba aplicable al caso, pues en virtud a aquella, la fuente de una pensión de sobrevivientes o de una indemnización tarifada por pérdida de capacidad laboral con ocasión de un accidente de trabajo, es sustancialmente diferente a la causa de una indemnización por daño; no obstante, la causa de la indemnización prevista en el artículo 216 del C.S.T. pretendida en el proceso laboral y la causa de la indemnización de reparación directa, es exactamente la misma: un daño causado por la ejecución de una obra.

Aunado a ello, precisó que para el caso de los demandantes mencionados existe cosa juzgada – y ya no pleito pendiente-, como quiera que en el proceso laboral que se adelantó ante el Juzgado Cuarto Laboral de Tunja, se aprobó acuerdo conciliatorio entre los demandantes y los integrantes de la UT MULTIPARQUE e indicó que si bien en dicho asunto no fue demandado el municipio de Tunja, los efectos de la conciliación se hicieron extensivos a esta entidad demandada y además, adujo que debe tenerse en cuenta que quien realizó el pago es el contratista del Municipio, quien debe mantener indemne a su entidad contratante.

Para sustentar sus argumentos, allegó con el escrito de alegatos el acta de la audiencia laboral en la cual se aprobó el acuerdo conciliatorio e historial del proceso que da cuenta que el mismo se encuentra archivado.

-Apoderada municipio de Tunja (fls. 995-1001): Invocó los mismos argumentos deprecados en el recurso de apelación.

- Ministerio Público (fls. 1011-1018): La Procuradora 121 Judicial II para asuntos administrativos, emitió concepto solicitando se confirme la decisión recurrida.

Para sustentar su tesis, luego de resumir los antecedentes del asunto y el fallo de primera instancia, formuló el problema jurídico encaminado a determinar si en el asunto se configura la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, al haberse devuelto el señor EDWIN FLANKLIN FONSECA al sitio de la realización de la obra de manera solitaria, son su equipo de trabajo.

En orden a resolver el planteamiento formulado, la representante del Ministerio Público se refirió al fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado, a la responsabilidad del Estado por daños ocasionados en obras públicas, y a la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, y posteriormente, abordó el estudio del caso concreto, señalando que de acuerdo al material probatorio, se advierte

que al haberse devuelto la víctima al sitio de la realización de la obra de manera solitaria, con su equipo de trabajo, no fue más que una causa pasiva en la producción del daño, pues la causa adecuada y determinante que produjo su fallecimiento fue la omisión del contratista en el cumplimiento de la norma de seguridad industrial contenida en el artículo 616 de la resolución No. 2400 de 1979 que consagra que al abrir una zanja los lados que excedan los 1.5 mts deberán estar apuntalados con tablas de madera sólida, con objeto de evitar todo derrumbamiento que ponga peligro a la vida de los trabajadores; lo anterior, dado que haber trabajado en la obra junto con los demás trabajadores, no hubiese impedido que la zanja se derrumbase, sino que lo que hubiese evitado dicho derrumbe era el cumplimiento de la norma de seguridad industrial citada.

Indicó que la causa del daño se encuentra acreditada con las declaraciones juramentadas de los señores Daniel Díaz Guerrero y Marco Antonio Vargas Vargas, trabajadores de la obra, quienes manifestaron ante la notaría que la zanja tenía una profundidad de aproximadamente tres metros y que la misma no se encontraba entibada con madera, declaraciones que si bien no fueron ratificadas, se corroboran con los demás elementos probatorios obrantes en el expediente como la inspección técnica del cadáver, en la que indicó que el cadáver de la víctima fue encontrado en una excavación de 2.70 mts x 1.90 mts de profundidad y ancho y (ii) El informe rendido por la interventora del proyecto sobre el día del accidente en el que se señaló como medida preventiva que hubiese evitado el accidente, la siguiente: *"al efectuar trabajos de excavación se deberán dejar taludes normales de acuerdo con la densidad del terreno. Si esto no es posible por razones del proyecto se deberá realizar apuntalamiento, debidamente sustentados para evitar que los cambios de presión en la tierra puedan derrumbarse"*

III. CONSIDERACIONES

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la Nación – Fiscalía General de la Nación, con fundamento en lo dispuesto en el art. 153 de la Ley 1437 de 2011¹, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2.- Cuestión previa: Excepción de cosa juzgada. Caso concreto.

Revisadas las diligencias, se advierte que en la etapa probatoria que se surtió por el juez de primera instancia, se allegó como probanza algunas actuaciones surtidas en el curso del proceso ordinario laboral No. 2014-00304-00, dentro de las cuales se encuentra el acta de la segunda audiencia de trámite allí celebrada, en la que se resolvió APROBAR la conciliación a la que habían llegado las partes de dicho proceso judicial el 23 de agosto de 2016 y que, valga iterar, no tuvo en cuenta el juez de primera instancia para declarar probada de oficio la excepción de cosa juzgada.

En ese sentido, encontramos que la mentada demanda laboral fue impetrada por SONIA ROCÍO MOZO GALINDO, en nombre propio y en representación de sus menores hijos DANIEL RICARDO Y NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y por SANDRA CARDENAL FIGUEROA como representante del menor DAVID SEBASTIÁN FONSECA CARDENAL, en contra de los señores LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS y JOSE FABIAN SIERRA MESA y contra el MUNICIPIO DE TUNJA (fls. 584-587).

Ahora bien, memora la Sala que en el presente asunto se había resuelto por el juez de primera instancia de manera desfavorable la excepción de pleito pendiente formulada por el apoderado judicial de la compañía aseguradora Confianza S.A. llamada en garantía, precisamente en razón a que los pedimentos indemnizatorios invocados por varios de los

¹ **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

demandantes del asunto contencioso de reparación directa, habían sido igualmente reclamados en el escenario procesal surtido ante la jurisdicción ordinaria laboral; decisión que fue confirmada por éste Tribunal, al considerar que mientras que la demanda laboral estaba dirigida a la declaratoria de responsabilidad contractual y a la indemnización plena de perjuicios por culpa del empleador, de conformidad con las previsiones del artículo 216 del C.S.T., las pretensiones de la reparación directa de la referencia se encaminaban a que fuera declarada la responsabilidad extracontractual y administrativa del municipio de Tunja, en virtud del artículo 90 Superior, citando para argumentar la tesis, un pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado en el mes de junio de 2007 (fl. 661).

Pues bien, sin desconocer los argumentos expuestos en esa oportunidad por el Ponente, lo cierto es que el análisis integral de las pruebas que se adelanta en este momento procesal, específicamente, el estudio de la demanda con que se inició el proceso laboral y el acuerdo conciliatorio celebrado dentro del proceso ordinario laboral ya mencionado, conlleva a la Sala de decisión a abordar nuevamente el análisis en punto a determinar si existe congruencia de partes, objeto y causa entre dicho litigio y el que aquí se ventila.

Análisis que, considera la Sala resulta procedente abordar en este momento procesal, en primera medida, por cuanto el mismo se enmarcaría dentro de los presupuestos propios de la figura de la cosa juzga – debe tenerse presente que en el momento en que se profirió la decisión a la que se hace alusión, 17 de junio de 2016, no se había celebrado la conciliación judicial mencionada- medio exceptivo que de acuerdo a las previsiones del artículo 187 numeral segundo, puede resolverse en la sentencia de manera oficiosa.

En efecto, el aparte legal citado consagra lo siguiente:

"En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probadas. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus."

Aunado a lo anterior, y acompasado con el precepto citado en precedencia, ha de señalarse que, la eventual decisión que se adopte en este escenario judicial respecto a la prosperidad o no de la excepción de cosa juzgada, no afectaría al apelante único, quien, en este caso, es el municipio de Tunja; entidad que funge como extremo Litis demandado en el *sub exámine*.

Finalmente, otra potísima razón para considerar la procedencia de abordar el estudio del medio exceptivo de cosa juzgada al proferir fallo de segunda instancia a pesar de la deficiente defensa del municipio, particularmente expresada en el escrito de apelación, radica en que el resultado del análisis que sobre el particular se despliegue dará lugar a determinar bien si se deben reconocer los perjuicios tasados a todos los demandantes conforme a lo indicado en el fallo de primera instancia o solo a una parte; conclusión que no resulta de poca importancia, si se toma en consideración que un ajustado análisis en ese sentido, permitiría identificar en debida forma qué parte del erario público deberá reconocerse en el presente asunto a título de indemnización de perjuicios, claro está, siempre que no prosperen los argumentos de apelación deprecados por el apelante y evitando así incurrir eventualmente en un enriquecimiento sin causa.

Hechas las anteriores precisiones, procederá la Sala a abordar el estudio de la excepción de cosa juzgada, institución esta que constituye como esencial en el Estado de Derecho porque garantiza la seguridad jurídica de las partes en una controversia, en tanto que asegura la resolución pacífica, coercitiva y definitiva de un conflicto y contribuye a hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y, en especial, el derecho a exigir que el Estado resuelva en forma definitiva una controversia que se somete a su consideración². En consecuencia, cuando hay una sentencia judicial definitiva, tal circunstancia impide que la misma situación fáctica y jurídica pueda ser ventilada nuevamente en otro proceso judicial.

De otro lado, atendiendo a que en el *sub júdice* se procederá a hacer el análisis de la cosa juzgada respecto del acuerdo conciliatorio al cual

²Consejo de Estado, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, 06 de septiembre de 2002, Radicado No.1700123310001997-705101 (1977-01).

llegaron las partes dentro del proceso ordinario laboral No. 2012-304-00, es del caso precisar que la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflictos, y por ende una forma especial de poner fin al proceso, otorgándosele eficacia de cosa juzgada al acta que contiene el acuerdo al que llegaron las partes³, conforme lo tiene establecido el artículo 66 de la ley 446 de 1998 al indicar que *"el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta merito ejecutivo."*

Ahora, en lo que respecta a la figura de la cosa juzgada, el artículo 303 del C.G.P., aplicable por remisión expresa que hace el artículo 306 del C.P.A.C.A., prevé lo siguiente:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes."

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión."

Acompasado a lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013⁴ dejó dicho que la institución jurídica de la cosa juzgada otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas con el fin de lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta manera se puede sostener que la

³En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-902/08

⁴Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013); Radicación No. 11001- 03-25-000-2007-00116-00 (2229-07).

cosa juzgada tiene como función negativa prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta misma Corporación dispuso que para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

a).- Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.

b).- Identidad de causa petendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

c).- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente⁵."

De la norma y jurisprudencia transcrita se colige que para que se configure la cosa juzgada se debe observar que se presenten los siguientes compendios: coincidencia en la causa *petendi*, identidad de partes, y, que el proceso recaiga sobre el mismo objeto. Así, bajo este contexto, el primer pronunciamiento con efectos inter partes imposibilita una nueva decisión en relación con aspectos anticipadamente determinados.

Ahora bien, de cara a resolver el mentado medio exceptivo, la Sala tomará en consideración las conclusiones a la que arribó el Consejo de Estado en proveído de 8 de noviembre de 2007⁶ al abordar dentro de un proceso en que los demandantes pretendían se declarara patrimonialmente

⁵Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013); Radicación No. 11001- 03-25-000-2007-00116-00 (2229-07).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Radicado No. 66001-23-31-000-1996-03409-01(15967). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

responsable a la entidad territorial accionada por los daños que sufrieron como consecuencia de la muerte de su familiar, cuando estaba desarrollando trabajos como obrero de una obra contratada entre la accionada y un ingeniero. - supuestos fácticos que, valga resaltar, coinciden con los expuestos en el proceso que concita la atención de ésta Sala de decisión-.

En esa oportunidad, el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, fijó una serie de sub reglas en relación con los efectos de cosa juzgada de las sentencias proferidas por las jurisdicciones laboral o contenciosa administrativa o de los pagos realizados en virtud de las misma, señalando de manera específica que, tratándose de la reclamación presentada por el trabajador o sus sucesores o causahabientes tanto ante los jueces laborales (ordinarios o contencioso administrativos) como ante la jurisdicción contenciosa, en ejercicio de la acción de reparación directa, **la sentencia que en cualquiera de tales procesos se dicte produciría efectos de cosa juzgada en el otro, únicamente en aquello que corresponda al monto en exceso de la indemnización preestablecida, esto es, el monto con el cual se alcanza la indemnización plena; ello siempre que exista identidad de partes y, además, se cumplan los otros requisitos para el efecto.**

Esa identidad podrá presentarse cuando se trate de trabajadores del contratista (o sus causahabientes) y demanden ante la jurisdicción ordinaria al particular, pero vinculen solidariamente a la entidad estatal dueña de la obra, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 3º del Decreto 2351 de 1995⁷, y a la vez demanden ante la Justicia Contencioso Administrativa a la entidad estatal dueña de la obra.

⁷ En sentencia de 26 de septiembre de 2000, exp. 14.038, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia, en cuanto absolvió a la entidad territorial Municipio de Rionegro de las súplicas de la demanda formuladas por los parientes de un trabajador de una empresa contratada por ese municipio para ejecutar una obra pública, que falleció “en accidente de trabajo acaecido por culpa patronal”, según la demanda, porque se consideró en la sentencia de casación que la solidaridad entre la entidad pública y el particular contratista tenía por objeto proteger al trabajador y que dicha solidaridad tenía su fuente en la ley. Dijo la Corte: “...la solidaridad no es más que una manera de proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas (prestacionales o indemnizatorias) en su calidad de dueño o beneficiario de la

En tales eventos, habrá identidad de partes y de objeto en la reclamación y, en consecuencia, la sentencia que se dicte en cualquiera de tales procesos tendrá efectos de cosa juzgada en el otro.

Indicó el Consejo de Estado, para argumentar su fundamento en punto de la procedencia de la cosa juzgada en el evento atrás descrito, lo siguiente:

Recuérdese que las sentencias tienen fuerza de cosa juzgada (res iudicata) respecto de los hechos y las pretensiones que se le someten al respectivo juez para quienes fueron partes del proceso y, por lo tanto, los vincula, con efectos inmutables y definitivos respecto de la relación jurídica; figura esta que, además, impide que se vuelva a revisar de fondo por los otros jueces la causa resuelta en el mismo, es decir, prohíbe decidir lo ya resuelto, e implica que se tenga por cierto el contenido de esa providencia, dando seguridad y culminación a la relación sustancial sobre la que versa aquella decisión.⁸ ⁹

Precisado lo anterior, y a partir de las reglas procesales y sustantivas fijadas en precedencia, a efectos de determinar si el *sub júdice* está afectado por la institución jurídica de la cosa juzgada, procede la Sala a realizar un estudio comparativo entre las partes procesales, los hechos, las pretensiones, y el objeto litigioso **que se debate en el presente asunto, y el que se adelantó por el Juzgado Cuarto Laboral dentro del proceso ordinario laboral radicado bajo el No. 2012-304 que culminó con el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes el 26 de agosto de 2016** (fls 864-866):.

obra contratada, ante la usual insolvencia del deudor principal que no es otro que el empleador...Esta figura jurídica no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral (...), pues tienen cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ellas emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”.

⁸ Como es sabido, requiere para que opere en otro proceso que se trate del mismo objeto –*eadem res*–, se funde en la misma causa –*eadem causa petendi*– y que entre ambos procesos haya identidad jurídica entre la partes (artículo 332 del C. de P. C. y 175 del C.C.A).

⁹ Op. Cit. Pág. 50.

PARTES PROCESALES Rad. 2012-304	PARTES PROCESALES Rad. 2014-0061
PARTE DEMANDANTE: - SONIA ROCIO MOZO GALEANO, compañera permanente de la víctima. - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima - NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima. - DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima.	PARTE DEMANDANTE: - SONIA ROCIO MOZO GALEANO, compañera permanente de la víctima. - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima - NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima. - DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima. - MIGUEL FONSECA GONZALEZ, padre de la víctima. - ANA GEORGINA QUINTEO, madre de la víctima. - NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - FERNANDO FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. - JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima - FABIOLA FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - JHON ORLEY FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. - RUTH MARY FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.
PARTE DEMANDADA: LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS Y JOSE FABIAN SIERRA MESA. SOLIDARIAMENTE EL MUNICIPIO DE TUNJA.	PARTE DEMANDADA: MUNICIPIO DE TUNJA.

Frente a este aspecto, y aplicando los parámetros fijados por el Consejo de Estado en la sentencia proferida en el año 2007, ha de indicarse que en el presente asunto se encuentra acreditada la identidad de partes, pues de un lado, la compañera permanente y los hijos de la víctima directa, fungen como demandantes en ambos litigios y, de otro lado, en razón a que dentro del proceso ordinario laboral, se vinculó solidariamente al municipio de Tunja para que conformara el extremo Litis demandado.

Ahora bien, respecto a la identidad de objeto y de causa, se harán las siguientes apreciaciones:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PROCESO RADICADO No. 2012-304	PRETENSIONES DECLARATIVAS PROCESO RADICADO No. 2014- 0061
	Declarar administrativa y

determinado por la ley en proporción al tiempo laborado.	
<u>PRETENSIONES DERIVADAS DE LA MUERTE DE EDWIN FRANKLIN FONSECA</u>	- NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima - DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima.
SEXTA: Condenar a la parte patronal y a la entidad solidaria municipio de Tunja a pagar los perjuicios materiales y morales a los accionantes, así:	-Perjuicios morales: Por la suma de 100 S.M.L.M.V., para cada una de las personas que se relacionan a continuación:
PARA SONIA ROCIO MOZO GALINDO COMO COMPAÑERA PERMANENTE DE EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO	- SONIA ROCIO MOZO, compañera de la víctima. - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima. - NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima. - DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima.
A. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de SONIA ROCIO MOZO GALINDO como compañera del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante consolidado, según el dictamen que se rinda para el efecto. B. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de SONIA ROCIO MOZO GALINDO como compañera del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante futuro, según el dictamen que se rinda para el efecto C. Condenar a la parte demandada a pagar a favor de SONIA ROCÍO MOZO GALINDO los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales	- MIGUEL FONSECA GONZALEZ, padre de la víctima. - ANA GEORGINA QUINTEO, madre de la víctima. - NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - FERNANDO FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. - JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima - FABIOLA FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. - JHON ORLEY FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. - RUTH MARY FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima.
PARA EL MENOR DANIEL RICARDO FONSECA MOZO	Así mismo, solicitó se condene en costas a la entidad demandada.
A. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de DANIEL RICARDO FONSECA MOZO como hijo del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante consolidado, según el dictamen que se rinda para el efecto. B. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de DANIEL RICARDO FONSECA MOZO como hijo del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante futuro, según el dictamen que se rinda para el efecto C. Condenar a la parte demandada a pagar a favor de DANIEL RICARDO FONSECA MOZO como hijo del trabajador fallecido los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales.	
PARA LA MENOR NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO	

A. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO como hija del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante consolidado, según el dictamen que se rinda para el efecto.

B. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO como hijo del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante futuro, según el dictamen que se rinda para el efecto

C. Condenar a la parte demandada a pagar a favor de NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO como hija del trabajador fallecido los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales.

PARA EL MENOR DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL

A. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL como hijo del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante consolidado, según el dictamen que se rinda para el efecto.

B. Condenar a la parte demandada a pagar en favor de DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL como hijo del trabajador fallecido EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante futuro, según el dictamen que se rinda para el efecto

C. Condenar a la parte demandada a pagar a favor de DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL como hijo del trabajador fallecido los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales.

SEPTIMA- Condenar a la parte demandada a pagar a los demandantes concurrentes la pensión de sobrevivientes 50% para la compañera SONIA ROCIO MOZO GALINDO y el restante 50% para los hijos del causante DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL.

OCTAVA: Condenar a la parte demandada a pagar a los accionantes la INDEMNIZACION MORATORIA: La contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haberse cancelado los salarios y prestaciones al finalizar la relación laboral. La presente

condena debe expendirse hasta el momento en que se haga efectivo la totalidad del fallo.”	
FUNDAMENTO FÁCTICO DE LAS PRETENSIONES DENTRO DEL PROCESO No. 2012- 304	FUNDAMENTO FÁCTICO DE LAS PRETENSIONES DENTRO DEL PROCESO No. 2014- 61
Como fundamentos fácticos de las pretensiones en resumen, los demandantes aluden al accidente ocurrido al señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, el día 4 de febrero de 2012 cuando desarrollaba el objeto contractual del contrato 433 de 2010, celebrado entre la UT MULTIPARQUE y el municipio de Tunja; y se enfatiza sobre los hechos referentes a las causas del accidente, e igualmente, hacen relación a los hechos que vinculan solidariamente al municipio de Tunja, indicando que el ente territorial en mención es dueño de la obra en la que laborara la víctima al momento del accidente y que fue beneficiario de la actividad por él presentada.	Como fundamento de las pretensiones elevadas en este proceso, el demandante señaló que la víctima laboraba como contratista de la UT MULTIPARQUE quien a su vez había celebrado el contrato de obra 433 de 2010 con el municipio de Tunja. Indicó igualmente que

Ahora bien, en lo que respecta a la identidad de la causa *petendi* y a la identidad de objeto, observa la Sala que en efecto existe una cosa juzgada parcial en lo que respecta a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios materiales –lucro cesante consolidado y futuro y perjuicios morales respecto de la señora SONIA ROCIO MOZO GALEANO, compañera permanente de la víctima y de los menores DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO, hija de la víctima y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima e igualmente, se fundan en los mismos supuestos facticos, que corresponden al fallecimiento de la víctima durante la ejecución de la obra contratada por el municipio de Tunja con la UT MULTIPARQUE quien lo había vinculado laboralmente y de las causas del accidente.

Aunado a lo anterior, vale la pena precisar que dentro del acuerdo conciliatorio se aprobó la fórmula de arreglo en los siguientes términos:

"En este estado de la audiencia las partes manifiestan al Despacho que han llegado a un acuerdo y que consiste en que la parte demandada señores LUIS HERNANDO MESA BALLESTEROS y JOSE FABIAN SIERRA

MESA, están de acuerdo en cancelar la suma de ciento sesenta y cinco millones de pesos (\$165.000.000.00) a las demandantes, señoras SONIA ROCÍO MOZO GALINDO y SANDRA CARDENAL FIGUEROA, en trs (3) cheques de gerencia del Banco de Colombia de Tunja, así: La suma de \$125.000.000.00 para la demandante SONIA ROCÍO MOZO GALINDO y \$40.000.000.00 para SANDRA CARDENAL FIGUEROA. El Despacho deja constancia de que los tres (3) cheques de gerencia serán girados en la fecha a órdenes de las demandantes ya mencionadas y su apoderado judicial, abogado BYRON HERNAN SNACHEZ PRIETO, es decir, la suma de \$105.000.000.00 para SONIA ROCIO MOZO GALINDO, la suma de \$30.000.000,00 para SANDRA CARDENAL FIGUEROA y la suma de \$30.000.000, para el doctor BYRON HERNAN SANCHEZ PRIETO”.

En la parte resolutive de dicha decisión, se dispuso aprobar la conciliación a la cual llegaron las partes y hacer extensiva dicha decisión al MUNICIPIO DE TUNJA y a la llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS CONFIANZA S.A., dando, como consecuencia, por terminado el proceso por conciliación.

Así mismo, en el curso de la audiencia en la que se aprobó la conciliación mencionada, las partes acordaron que conciliaban respecto de la totalidad de las pretensiones – pese a que, infortunadamente y al margen del asunto que valora la Sala, ninguna mención se hizo en el acuerdo conciliatorio respecto de la pensión de sobrevivientes reclamada por la parte demandante en dicho escenario judicial-, como si las partes y especialmente su apoderado se hubiesen olvidado de la misma, e igualmente, la juez que presidió la diligencia, quien no tuvo en cuenta tal pretensión, dado que les precisó que uno de los efectos de dicho acuerdo conciliatorio, es que el mismo hacía tránsito a cosa juzgada, de manera que no podían invocarse las mismas pretensiones o demandarse a las mismas partes por los hechos que se ventilaron en dicho asunto (min. 10-min. 1036 CD fl. 864)

No cabe duda entonces que en el presente asunto resulta procedente declarar de oficio la excepción parcial de cosa juzgada respecto de las pretensiones que a título de lucro cesante y de perjuicios morales invocan la señora SONIA ROCIO MOZO GALEANO y los menores - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO Y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, pues de una parte existe identidad de causa *petendi*, de objeto y de partes en los dos procesos objeto de análisis

y, en consecuencia, debe concluirse que , tales perjuicios ya fueron reconocidos en el proceso ordinario laboral- como indemnización plena- entendiéndose incluidos dentro del monto fijado en la conciliación que allí se surtió-, circunstancia que valga precisar, se ajustaría a los parámetros fijados por el Consejo de Estado en la providencia del año 2007 en punto a los perjuicios ya reconocidos en procesos ordinarios y aquellos que se reclaman ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de reparación directa.

En suma, la Sala dispondrá declarar probada de oficio, parcialmente, la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de lucro cesante futuro y consolidado de perjuicios morales de la señora SONIA ROCIO MOZO y los menores - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO Y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL , y seguirá con el estudio de los argumentos deprecados en el escrito de apelación impetrado por el municipio de Tunja, pero únicamente en lo que atañe a la pretensión declaratoria y a las condenatorias relativas a daño emergente reclamadas por las señoras SONIA ROCIO MOZO y NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO y los perjuicios morales invocados por - MIGUEL FONSECA GONZALEZ, ANA GEORGINA QUINTEO, NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, FERNANDO FONSECA QUINTERO, JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, FABIOLA FONSECA QUINTERO, JHON ORLEY FONSECA QUINTERO y RUTH MARY FONSECA QUINTERO.

3.3. De la legitimación en la causa de hecho por pasiva respecto del MUNICIPIO DE TUNJA. Caso concreto.

De la lectura del libelo demandatorio se advierte que el apoderado de la parte demandante conformó la parte demandada con el MUNICIPIO DE TUNJA, esto, en el entendido que la muerte del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA CONGALEZ se produjo cuando se encontraba laborando al

servicio de la UT MULTIPARQUE, contratista del ente territorial en mención, con ocasión del contrato No. 433 de 2010 celebrado entre este y aquella¹⁰.

En ese sentido, tenemos, de una parte, que conforme al registro civil de defunción allegado al expediente, el señor FONSECA GONZALEZ, falleció el 4 de febrero de 2012 (fl. 49).

De otro lado, en lo que atañe al vínculo contractual entre el MUNICIPIO DE TUNJA y la UT MULTIPARQUE, se encuentra acreditado lo siguiente:

(i) El MUNICIPIO DE TUNJA –en calidad de contratante- y la Unión Temporal MULTIPARQUE –como contratista-, celebraron el **contrato de obra No. 433 de 8 de noviembre de 2010 (fls. 62-77) , cuyo objeto correspondía a elaboración de “ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE MULTIPARQUE SUR ORIENTE” (fl. 63 vlto) ,por un valor de \$2.323.893.931.25)**

En la cláusula quinta del aludido contrato, se estipuló que el plazo para su ejecución sería hasta el 31 de diciembre de 2010 (fl. 65); no obstante, las partes suscribieron sendas adiciones a la cláusula quinta en mención, en los siguientes términos:

- Adicional No. 1 de 8 de agosto de 2011 (fl. 78): Se adicionó el contrato por un plazo de 3 meses, contados a partir de la fecha inicial de terminación del contrato (31 de diciembre de 2010); es decir, hasta el 31 de marzo de 2011.

- Adicional No. 2 de 25 de noviembre de 2011 (fls. 79-80): Se adicionó el contrato por un plazo de 4 meses, contados a partir de la fecha de terminación del último plazo pactado del contrato; es decir, hasta el 31 de julio de 2011.

¹⁰ Ver hechos 2 y 7 de la demanda (fls. 18-9)

- **Adicional No. 3 de 30 de diciembre de 2011 (fls. 81-82):** Se adicionó el contrato por un plazo de 2 meses, contados a partir de la fecha de terminación del último plazo pactado del contrato; es decir, hasta el 30 de septiembre de 2011. E igualmente, se adicionó el valor del contrato en la suma de \$1.138.275.681,75.

Pues bien, si se memora que la **calenda en que falleció la víctima directa del daño corresponde al día 4 de febrero de 2012**, la exposición probatoria decantada hasta este punto de la motivación, daría lugar a colegir que el daño sufrido por aquella – y de contera, el alegado por los perjudicados aquí demandantes-, NO tuvo ocurrencia durante la vigencia del vínculo contractual existente entre la UT MULTIPARQUE y el MUNICIPIO DE TUNJA, en los términos afirmados por el apoderado de los actores en el libelo demandatorio.

No obstante lo anterior, si bien esta circunstancia en principio implicaría entrar a cuestionar si el ente territorial demandado se encontraba o no legitimado de hecho para conformar dicho extremo en el *sub júdice*, lo cierto es que, más allá de no encontrarse vigente el aludido vínculo contractual, ha de precisar la Sala que en el plenario se advierte comprobado que **la UT MULTIPARQUE estaba ejecutando el objeto contractual fijado en el contrato de obra 433 de 8 de noviembre de 2010, inicialmente celebrado con el MUNICIPIO DE TUNJA, al momento del fallecimiento del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO.**

Frente a la tesis fijada en el enunciado anterior de ésta providencia, ha de indicarse que así lo corroboran los siguientes supuestos facticos, debidamente acreditados en el plenario, a saber:

- En primera medida, se advierte que la UT MULTIPARQUE procedió a remitir oficios con posterioridad al fallecimiento de la víctima, tanto al MUNICIPIO DE TUNJA como a la sociedad INVERMOHES S EN CS – interventora del contrato 433 de 2010 (fl. 84 y ss), en el contexto del contrato de obra No. 433 de 2010.

Así se puede colegir, por ejemplo, del oficio UTM-433-035-2012, de 24 de abril de 2012, suscrito por el representante legal de la UT en mención a la Secretaria de Contratación, licitaciones y Suministros de la alcaldía de Tunja, en la que indica como referencia "*Contrato de obra No. 433 de 2010- Estudios, diseños y construcción Multiparque Sur Oriente*" (fl. 96-97)

Aunado a lo anterior, en oficios UTM-433-028-2012 de 4 de abril de 2012 (fl. 99), y UTM -433-20-2012 de fecha 24 de febrero de 2012 (fl. 107) remitido por la UT MULTIPARQUE a la interventora del contrato 433 de 2010, el representante legal de la mencionada UT, igualmente se indicó como referencia el mencionado contrato de obra 433 de 2010.

- De otro lado, se encuentra a folio 181 de las diligencias, oficio No. SCLS-066-338 de 4 de mayo de 2012, con referencia "*requerimiento por Reporte de Accidente Multiparque Sur Oriente Contrato de obra 433 de 2012*", suscrito por ELINA ULLOA SAENZ secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio de Tunja y dirigido al ingeniero JHON ERNESTO CARRERO VILLAMIL Secretario de infraestructura del Municipio de Tunja, en el que se adjuntó copia de oficios dirigidos al interventor del contrato y a la compañía aseguradora para lo de su competencia.

En efecto, uno de los mencionados oficios -oficio SCLS-066-336 de 4 de mayo de 2012-, suscrito por la Secretaria de Contratación, Licitaciones y suministros del municipio, en el que igualmente se consignó como referencia "*Requerimiento por Reporte de Accidente Multiparque Sur Oriente Contrato Obra 433 de 2010*", tenía por objeto requerir a la representante legal de la firma interventora de contrato 433 de 2012 (fl. 183) un informe detallado sobre el accidente que ocasionó el deceso del señor EDWIN FRANKIN FONSECA QUINTERO, sobre la existencia de señalización de la obra y si la víctima se encontraba afiliado por cuenta del contratista a Riesgos profesionales, salud, pensión y demás obligaciones referentes a seguridad social a que hubiere lugar "*en virtud del contrato de obra 433 de 2010*" (fl. 183)

Estas circunstancias, permiten establecer que para la fecha en la que tuvo ocurrencia el accidente, tanto la entidad territorial demandada, como la Unión temporal y la interventoría, daban por entendido que las labores ejecutadas por la unión temporal correspondían al objeto contractual estipulado en el contrato de obra 433 de 2010, es decir los “estudios, diseños y construcción del multiparque sur oriente”

Lo anterior, aunado al hecho que el MUNICIPIO DE TUNJA NO ha negado el hecho que la UT MULTIPARQUE estuviese ejecutando una obra pública de su propiedad, ni con posterioridad al fatídico accidente, ni en el curso de los diferentes escenarios prejudiciales o judiciales que se han suscitado a causa del asunto que hoy se debate.

Así, si el análisis probatorio previamente decantado, permite dar cuenta a la Sala que, el municipio de Tunja era el propietario de la obra pública - multiparque sur oriente-, que ejecutaba la UT MULTIPARQUE al momento del fallecimiento del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, habrá de concluirse entonces que en el presente asunto, tal ente territorial se encuentra legitimado de hecho para acudir al presente asunto litigioso en calidad de demandado, a pesar que al momento del fallecimiento de la víctima directa del daño, NO se encontraba vigente el contrato de obra celebrado entre aquella y la UT MULTIPARQUE.

En otras palabras, es la ejecución de la obra de naturaleza pública de la cual era dueña el municipio de Tunja, por parte de la UT MULTIPARQUE, la que conlleva a colegir que es respecto de dicho ente territorial que deberá determinarse, a partir del análisis probatorio pertinente, si sobre este recae la legitimación material en la causa, es decir, si le es o no imputable fáctica y jurídicamente el daño alegado por los demandantes.

Precisado lo anterior, se procederá a formular el problema jurídico a resolver por ésta instancia, en los siguientes términos:

3.4.- Determinación del Problema Jurídico.

Atendiendo los argumentos expuestos en el escrito de apelación, la Sala formulará el problema jurídico en orden a establecer (i) Si se encuentra o no debidamente acreditado que la causa adecuada que originó el daño alegado deba ser atribuida jurídicamente al municipio de Tunja y (ii) si se acredita el hecho de la víctima como causa extraña eximente de responsabilidad, en el entendido que la víctima directa se devolvió de manera solitaria al punto de ejecución de la obra, sin su equipo de trabajo.

3.4.1. Del daño.

Corresponde a la *"afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito"*¹¹ o la *"alteración negativa a un interés protegido"*¹²

Debe precisarse en este punto de la motivación, que de acuerdo a la cláusula consagrada en el artículo 90 Superior¹³, el daño constituye **el primer elemento de la responsabilidad**, esto, en el entendido que el fin de la obligación resarcitoria del Estado radica en la **reparación de daños**.

A partir de lo anterior, ha de indicarse que dentro del escrito de alzada ningún reproche se ventiló en torno a la acreditación de este elemento de la responsabilidad decantado en el fallo proferido en primera instancia; análisis que sobre el particular comparte la Sala.

En efecto, se advierte que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, falleció el día **4 de febrero de 2012**, conforme se acredita con la copia auténtica del registro civil de defunción (fl. 49); así mismo, el informe pericial de necropsia No. 2012010115001000016 suscrito por el médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se consigna como causa básica de la muerte de la víctima *"Politraumatismo*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 5 de julio de 2018. Expediente No. 76001-23-31-000-2003-03974-01(41788). C.P. Dra. María Adriana Marín.

¹² Óp. Cit. Pág. 10.

¹³ **"Artículo 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

por aplastamiento con trauma raquimedular alto que compromete canal y médula, trauma cerrado de tórax, trauma cerrado de pelvis y trauma craneoencefálico". (fl. 356).

De otro lado, en lo que atañe al daño de los demandantes – quienes fungen como perjudicados con ocasión del fallecimiento de la víctima directa- , se advierte, conforme al material probatorio que se encuentra acreditado, con base en sus respectivos registros civiles de nacimiento, su nivel de parentesco con el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, en los siguientes términos:

- DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, hijo de la víctima (fl. 53)
- NATALIA CAROLINA FONSECA Mozo, hija de la víctima. (fl. 51)
- DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, hijo de la víctima. (fl. 52)
- MIGUEL FONSECA GONZALEZ, padre de la víctima. (fl. 48)
- ANA GEORGINA QUINTEO, madre de la víctima. (fl. 48)
- NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 56)
- ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 55)
- FERNANDO FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. (fl. 57)
- JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima (fl. 58)
- FABIOLA FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 59)
- JHON ORLEY FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. (fl. 60)
- RUTH MARY FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 61)

Adicionalmente, y aun cuando en el fallo de primera instancia NO se avizora una análisis detallado en punto a determinar si respecto de la señora SONIA ROCIO MOZO GALINDO, se encuentra acreditado el carácter personal del daño en tanto impetra la demanda como compañera permanente de la víctima directa, lo cierto es que la Sala advierte probada tal circunstancia; esto, en el entendido que de una parte, dentro del proceso ordinario laboral tramitado ante el juzgado 4 laboral del Circuito de Tunja bajo el radicado No. 2012-304, en el que fungió como demandante la señora MOZO GALINDO y como demandados el municipio de Tunja y los integrantes de la UT MULTIPARQUE, se llegó a un acuerdo conciliatorio en el que se

procedió a reconocer a aquella, como compañera permanente del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA, la suma de \$125.000.000. (fls. 865-866)

Adicionalmente, se encuentra que dentro de las copias allegadas por la Fiscalía General de la Nación provenientes de la investigación penal No. 1500160001322012200504 adelantada por el homicidio del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, reposan declaraciones extra juicio realizadas por los señores DOMINGO ALIRIO CORREDOR y MARIA EUNICE GUTIERREZ MORENO, quienes manifestaron que les constaba que la víctima y la demandante convivían bajo el mismo techo en unión libre y de manera permanente, desde hace 8 años y hasta el momento del fallecimiento del señor FONSECA QUINTERO, y que de su unión se procrearon dos hijos – NATALIA CAROLINA y DANIEL RICARDO FONSECA MOZO. (fls. 734-735).

Finalmente, en la diligencia de testimonios que se llevó a cabo dentro del presente asunto, varios de los testigos – como es el caso de la señora MARIA EUNICE GUTIERREZ MORENO y CARLOS EDUARDO REYES, declararon que la señora SONIA ROCIO MOZO GALIDNO convivía con el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO.

De manera que las circunstancias anteriores permiten a la Sala dar por acreditada la condición de compañera permanente de la víctima directa invocada por la señora SONIA ROCÍO MOZO GALINDO.

Precisado entonces la acreditación del daño reclamado por los demandantes, procederá la Sala a determinar si el mismo resulta o no imputable al municipio de Tunja, conforme a lo expuesto en el escrito de alzada impetrado por dicho sujeto procesal, tal y como sigue.

3.4.2. La imputación

A efectos de desatar el primer planteamiento formulado en el problema jurídico, memora la Sala que, en lo que atañe a la imputación fáctica – entendida como aquel nivel de imputación en el que se "*determina*,

identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante)”¹⁴, la tesis adoptada por el *a quo* en la sentencia apelada, se contrajo a sostener que la misma corresponde a la omisión por parte de la UT MULTIPARQUE, y de contera del MUNICIPIO DE TUNJA como entidad dueña de la obra, en el cumplimiento de las normas de seguridad industrial fijadas para la ejecución de obras relacionadas con la excavación de zanjas (específicamente, lo relativo a falta de ejecución de la entibación o al apuntalamiento con madera de la zanja que estaba excavando la víctima), y que dio lugar al derrumbe de las paredes de la zanja que causó la muerte al señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO.

De otro lado, respecto de la imputación jurídica – vista como el deber normativo de reparar la lesión causada¹⁵, o el fundamento jurídico del deber de reparar, esto es, la falla del servicio, la teoría del riesgo excepcional o el daño especial, según el caso-¹⁶, en el fallo de primer grado se indicó que la misma era imputable al municipio de Tunja a título de falla del servicio.

Por su parte, la apoderada judicial del municipio de Tunja, aduce que dentro del expediente no reposa elemento de convicción alguno del cual se pueda colegir que la causa del fallecimiento del señor FONSECA QUINTERO le sea atribuible; esto, en el entendido que al momento en que tuvo ocurrencia el accidente, la única persona que presenció el mismo fue la víctima directa del daño, y en ese sentido, no existen testigos presenciales que den fe de las verdaderas causas que propiciaron el hecho.

Así, en orden a determinar si los argumentos invocados por el apelante resultan ajustados a derecho o si, contrario *sensu*, debe mantenerse la tesis fijada por en la sentencia recurrida en punto a la atribución del daño, la

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección C. sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación No. 05001-23-31-000-1996-00440-01 (28.329) C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ *Ibíd.* sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación No. 05001-23-31-000-1996-00440-01 (28.329).

¹⁶ PATIÑO DOMINGUEZ, Hector Eduardo. “El trípode o bípode : La estructura de la responsabilidad.”. La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas internacionales de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición. 2015.

Sala procederá la estudiar el acervo probatorio obrante en las diligencias, en los siguientes términos:

1) En primer lugar, varias de las pruebas allegadas al expediente, permiten tener por **acreditado que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, víctima directa, laboraba como maestro de obra al servicio de la UT MULTIPARQUE al momento de su deceso;** conclusión fáctica a la que se arriba a partir de las siguientes pruebas:

(i) El señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO suscribió el 3 de septiembre de 2011 con la UT MULTIPARQUE el contrato No. UTMP-04-2011, cuyo objeto correspondía al *"Suministro de mano de obra para el contrato 433 de 2010, cuyo objeto es: Estudios, Diseños y Construcción Multiparque Sur Oriente, por un plazo de 4 meses y con fecha de iniciación de 5 de septiembre de 2011"*. (fls. 337-341)

(ii) De acuerdo al formato de INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO, proyectado por la UT MULTIPARQUE el 18 de febrero de 2012, se describe que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, tenía el **cargo de maestro de obra** al momento en que sufrió el accidente que causó su muerte. (fl. 142)

(iii) De otro lado, en oficio UTM-433-028-2012 de 4 de abril de 2012, dirigido al representante legal de la sociedad interventora INVERMOHES S EN CS, afirmó el representante legal de la UT MULTIPARQUE que el 17 de febrero de 2012 procedió a radicar el INFORME DE INVESTIGACIÓN ante la ARL positiva, correspondiente al accidente ocurrido el día 4 de febrero de 2012 al señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, e indicó que tal informe cumplía con lo establecido en el Decreto 1530 de 1996 artículo 4, el cual establece que **"cuando el trabajador fallezca como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, el empleador deberá adelantar, junto con el comité paritario de Salud ocupacional o en Vigía ocupacional, según sea el caso, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la ocurrencia de la muerte, una investigación encaminada a determinar las**

causas del evento y remitirlo a la Administradora correspondiente en los formatos que esta determine” (fl. 98) (Resalta la Sala)

(iv) En oficio UTM-433-35-2012 de fecha 24 de abril de 2012, suscrito por el representante legal de la UT MULTIPARQUE, dirigida a la Secretaria de Contratación, licitaciones y suministros del MUNICIPIO DE TUNJA, y radicado en dicha dependencia el 27 de abril de 2012, se indica por parte del remitente que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, fungía como contratista de dicha Unión Temporal, mediante contrato de obra civil No. UTMP-04-2011 (fl. 96)

(v) Igualmente, el testimonio del señor WILSON EMILIANO MOZO MALAVER, primo de la víctima, y quien igualmente trabajaba en la obra aludida, afirmó en su declaración que en efecto, la víctima directa también laboró al servicio de la UT ya mencionada.

2) Las pruebas arrimadas al informativo, igualmente acreditan que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO estaba desarrollando la actividad de excavación de la zanja en el tramo de conexión pluvial y que el talud de tierra cayó encima de la víctima durante el momento en el que desarrollaba la excavación de la zanja:

(i) Nótese por ejemplo, que en la bitácora de la obra, que corresponde al día en que ocurrió el deceso del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, se precisó que se adelantaba trabajo de excavación para instalar tubería, de la siguiente manera (fl. 789 vlto-790):

"Actividades: Se tomaron pruebas de proctor (densidades) a las canchas de superficie en grama. 2 Tomas de densidades por cada cancha de superficie grama y dos tomas al sendero peatonal, excavación mecánica para adecuación de tubería de 36" para descorrer hacia el río Jordán.

Así mismo, se consignó en la mencionada bitácora, el accidente mortal sufrido por el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO en el lugar de excavación, suscrito por la directora de la interventoría de la obra, en los siguientes términos (fl. 790):

"Observaciones: Se presenta un lamentable accidente laboral mortal en el lugar de la excavación mecánica para la adecuación de tubería de 36" para descender hacia el río Jordán esperando que este triste hecho sea esclarecido"

(ii) De otro lado, conforme a la INSPECCIÓN TÉCNICA A CADAVER realizada por la policía judicial el día 4 de febrero de 2012 - fecha en que ocurrió el deceso de la víctima, se consignó en el acápite denominado *"examen externo del cuerpo"* (fl. 347), que el mismo se encontraba *"sumergido parcialmente toda vez que está cubierto con capas de tierra color amarillo"*.

(iii) Del álbum fotográfico de la URI de Tunja que registra las fotografías tomadas en la fecha del accidente -4 de febrero de 2012-, se puede establecer que la víctima estaba laborando en un lugar de excavación, y que su cuerpo fue encontrado dentro de la zona de excavación cubierto de tierra. (fls. 353-355)

(iv) De acuerdo al formato de *"INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO"* proyectado por la UT MULTIPARQUE el 18 de febrero de 2012 (FLS. 142-144), en el que se describe el accidente que sufrió el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO el 4 de febrero de 2012, se consignaron las entrevistas a los testigos PEDRO MIGUEZ y CRISTIAN GONZALEZ quienes, de acuerdo al diligenciamiento del mencionado formato, hicieron la respectiva descripción, (fl. 142):

"SE DIO EN LA ESQUINA DE LA CRA CON CALLE EL 4 DE FEBRERO DE 2012 A LAS 10:45 A.M. ERA LAS 10:20 Y ME IBA BAJANDO AL TRAMO Y FUIMOS A TOMAR GASEOSA CON UN OPERARIO Y EDWIN EL DIJO QUE TENIA AFAN PORQUE LE IBA A HACER EL ALMUERZO A LA ESPOSA DE CUMPLEAÑOS SE TOMÓ LA GASEOSA Y SALIÓ ADELANTE, ME QUEDÉ ATRÁS PARA RESPONDER UNA LLAMADA DE FREDY HERNANDEZ EL PODERADOR DE LA 312 PARA MANDAR UNA VOLQUETA, CUANDO UN SEÑOR DE SOMBRERO DIJO LO TAPO AYUDENLO LO TAPÓ"

Así mismo, en el aludido formato de investigación del accidente de la víctima, en el aparte denominado *"DESCRIPCIÓN DEL ACCIDENTE"* se consignó que se le había encontrado cubierto de tierra en el fondo de la zanja. 142):

"SE ENCONTRABA TRABAJANDO EN EL TRAMO DEL COLECTOR PLUVIAL SE SUSPENDEN LAS ACTIVIDADES DEBIDO A QUE LOS TRABAJADORES SE DIRIGIAN A TOMAR REFRIGERIO, EL SEÑOR FONSECA REGRESÓ SOLO A LAS 10:45 .M. AL SITIO DE TRABAJO ANTES QUE LOS DEMÁS, CUANDO LOS TRABAJADORES REGRESABAN FUERON ABISADOS (sic) POR UN TRANSEUNTE DE QUE ALGO HABÍA OCURRIDO EN EL SITIO DE OBRA, LOS TRABAJADORES REGRESARON RÁPIDAMENTE Y ENCONTRARON AL SEÑOR EDWIN FONSECA EN EL FONDO DE LA ZANJA CUBIERTO CON TIERRA"

(v) Descripción que coincide con lo informado por la UT MULTIPARQUE a la ARP POSITIVA en el oficio reporte de accidente de trabajo que aquella radicó el 7 de febrero de 2012. (fl. 158) y el formato de "INVESTIGACIÓN DE INCIDENTES Y ACCIDENTES DE TRABAJO" de la ARL POSITIVA radicado el 17 de febrero de 2012 (fl. 159).

Valga señalar que en dicho formato, se consignó en el acápite *"descripción del incidente o accidente de trabajo"* del anexo 1 (Hoja adicional para detallar la información de testimonios), el testimonio del señor CRISTIAN GABRIEL GONZALEZ, operador de la obra, en los siguientes términos (fl. 162):

"El sábado 4 de febrero de 2012, Edwin mandó al personal a traer unos palos fuimos a tomar gaseosa, Edwin, Pedro y yo, hechando (sic) gaseosa y Edwin comió un ponqué en tienda (sic) el salió de una, no vimos para donde se fue, íbamos en camino a la obra y pasó un señor y nos dijo se cayó un señor moreno lo tapo! Lo tapo! El señor llamó a otra gente que estaba arriba trabajando, al ver la tierra cogimos pica y pala todos desesperados pero no sabíamos en dónde buscar. No sé por qué se metería por allá."

Así mismo, se consignó en el mencionado informe, el testimonio del señor PEDRO ANTONIO MIGUEZ, así (fl. 162):

"Se dio en la esquina de la carrera 4 con calle 6 al 4 de febrero de 2012 a las 10:45 a.m. eran las 10:40 am y me iba bajando al tramo y fuimos a tomar gaseosa, con un operario y Edwin él dijo que tenía afán porque le iba a hacer el almuerzo a la esposa de cumpleaños, se tomó la gaseosa y salió adelante, me quede atrás para responder una llamada de Fredy Hernández el operador de la para mandar una volqueta cuando un señor de sombrero y chaqueta roja dijo "ayúdenlo, lo tapó! Lo tapó!". Nos fuimos rápido y nos metimos a ayudarlo. Por afán se metió solo de una, el había estado vigilando todo desde afuera de la excavación."

- Aunado a lo ya descrito, en el formato de investigación de accidente de trabajo se indicó, en el diagrama causa-efecto- análisis de causas, lo siguiente: *"Materia prima talud de tierra. Medio ambiente Talud de tierra – señalización informativa.*

(vi) En el informe del accidente en el que ocurrió el deceso de la víctima, elaborado por la Arquitecta interventora y dirigido al Secretario de infraestructura del municipio de Tunja, JHON ERNESTO CARRERO el 29 de febrero de 2012 (fls. 284 a 287), se consignan como hechos del accidente mortal el derrumbe de tierra que cayó encima de la víctima cuando aquella se encontraba en un punto de excavación; lo anterior en los siguientes términos:

"Según narraciones por parte del contratista, el trabajador se encontraba dentro de una excavación y en ese momento un bloque de tierra se derrumbó sobre él enterrándolo y causándole la muerte"

(vii) En la declaración de WILSON EMILIANO MOZO MALAVER, quien valga indicar, advierte la Sala que corresponde a la única declaración que conducente en punto de la imputación fáctica y jurídica, dado que, aunque el deponente no estuvo al momento en que ocurrió el hecho que desencadenó el fallecimiento del actor, el deponente laboraba en la obra para el momento en que el mismo tuvo ocurrencia y así mismo observó el cuerpo de la víctima minutos después de su fallecimiento, manifestó sobre el hecho de haber encontrado al señor EDWIN FRANKLIB FONSECA cubierto de tierra dentro de la zanja que se excavaba, lo siguiente:

"Bajé rápidamente y transcurrirían unos 10 o 15 minutos cuando llegué abajo; cuando llegué abajo la excavación donde se estaba colocando una tubería creo que era de 16 pulgadas falló y pues quedó atrapado, pues intentamos fue sacarlo, remover lo que pudimos con la mano y con palas y seguimos cavando hasta que le descubrimos la mano, pero cuando lo logramos descubrir ya fue muy tarde".

Ahora bien, no obstante la representante legal de la firma interventora del contrato 433 de 2010, en oficio remitido a la Secretaria de Contratación del municipio de Tunja, informó a aquella que el ya mencionado informe de accidente de trabajo radicado ante la ARL POSITIVA el 17 de febrero de 2012, presentaba *"contradicciones de la muerte del señor FRANKLIN*

FONSECA QUINTERO, en referencia a los aportes realizados por los testigos" (fl. 187), lo cierto es que las demás probanzas ya expuestas, permiten colegir sin ambages que fue el derrumbe de tierra lo que ocasionó la muerte de la víctima, mientras se encontraba ejerciendo actividades de excavación de la plurimencionada zanja.

3) Ahora bien, acreditado como se encuentra que la víctima laboraba para la UT MULTIPARQUIE, quien ejecutaba una obra propiedad del municipio demandado e igualmente, que encontrándose en la zanja que se excavó para la instalación de una tubería pluvial, cayó un derrumbe encima de él causándole la muerte, se entrará a precisar si, conforme a lo invocado en la *causa petendí*, fue la omisión en la adopción de medidas de seguridad en la obra de excavación en la que falleció la víctima, - específicamente, en lo que atañe a la omisión de tablas de apuntalamiento de la zanja- lo que constituye la imputación fáctica en el presente asunto.

Para ello y atendiendo que la causalidad por omisión como imputación fáctica implica realizar un análisis jurídico, se tiene que la Resolución 2400 de 1979 *"Por la cual se establecen algunas disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo"* consagra, conforme a su artículo primero, que las disposiciones allí previstas *"se aplican a todos los establecimientos de trabajo, sin perjuicio de las reglamentaciones especiales que se dicten para cada centro de trabajo en particular, **con el fin de preservar y mantener la salud física y mental, prevenir accidentes y enfermedades profesionales**, para lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar de los trabajadores en sus diferentes actividades"* (Resalta la Sala).

Así mismo, el artículo 616 de la resolución en cita, consagra que en caso de que la actividad laboral corresponda a la excavación de zanjas que excedan los 1.5 mts, deberán adoptarse unos apuntalamientos con madera para evitar algún tipo de derrumbamiento; el tenor literal de la norma prescribe:

Artículo 616. Al abrir una zanja o un hoyo cualquiera, la operación deberá realizarse siempre en forma metódica, de arriba hacia abajo; los lados deberán estar debidamente inclinados de acuerdo a la

calidad de la tierra excavada. Los lados de las zanjas que excedan de 1.5 metros deberán estar apuntalados con tablas de madera sólida, con el objeto de evitar todo derrumbamiento que ponga en peligro la vida de los trabajadores durante la excavación. Los trabajadores encargados del transporte de los escombros deberán disponer de pasajes seguros. Los escombros no deberán amontonarse en las proximidades de las zanjas, sino que estarán depositados lo suficientemente lejos de ellas, para no correr riesgos de que vuelvan a caer en el interior, a una distancia no menor de 60 centímetros.

Así mismo, el artículo 621 de la misma normativa, prescribe que "Las paredes de las zanjas de más de 1,20 metros de profundidad, donde la calidad del terreno ofrezca riesgo de derrumbe, deberán estar entibadas, a menos que tengan un declive que coincida con el ángulo de reposo de la tierra."

Precisado entonces lo anterior, **advierte la Sala que, las pruebas allegadas al informativo, permiten colegir que en efecto, al momento en que ocurrió el accidente que acabó con la vida del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, la zanja de excavación en la que él trabajaba, NO CONTABA con entibación alguna:**

(i) Así, tenemos que en declaración extra juicio rendida el 1 de marzo de 2014 ante el notario 4 del circulo notarial de Tunja, por el señor DANIEL DÍAZ GUERRERO, el declarante, quien se encontraba trabajando en el lugar de los hechos en los que tuvo ocurrencia el deceso del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, manifestó lo siguiente, respecto a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al deceso del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, que la zanja no se encontraba entibada; lo anterior en los siguientes términos (fl. 398):

"PREGUNTADO: INDIQUE USTED SI SE ENCONTRABA TRABAJANDO CON EL SEÑOR EDWIN FRANKLIN FONSECA, EL DÍA CUATRO (4) DE FEBRERO DE 2012, EN EL QUE SUCEDIÓ LA MUERTE DEL EL. **CONTESTÓ:** SI ESTÁBAMOS TRABAJANDO EN LA OBRA MULTIPARQUE, ESTÁBAMOS INSTALANDO UNA TUBERÍA DE 16 PULGADAS, CON UNA PROFUNDIDAD DE TRES METROS Y SE CAYÓ UN BARRANCO DE LA ZANJA Y ACABÓ CON SU VIDA. **PREGUNTADO.** SIRVASE INDICAR SI LA TERMINACIÓN DE DICHA ZANJA SE HABÍA VISTO RETRASADA POR ALGUNA RAZÓN. **CONTESTO:** SI SE VIO RETRASADA APROXIMADAMENTE 24 HORAS PORQUE SE HABÍA PEDIDO UN TUBO Y DOS CODOS Y LLEGARON SOLO LOS CODOS

FALTANDO UN TUBO Y AHÍ FUE CUANDO TOCÓ DEJAR PARA EL OTRO DÍA CUANDO OCURRIÓ EL ACCIDENTE. **PREGUNTADO:** POR SU CONOCIMIENTO QUÉ MEDIDAS DE SEGURIDAD SE TOMAN PARA LA EXCAVACIÓN Y SI ALLÍ SE OBSERVABAN. **CONTESTÓ:** LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SON QUE A PARTIR DE 1.20 DE PROFUNDIDAD HAY QUE ENTIBAR CON MADERA Y **ESTO NO SE ESTABA APLICANDO EN ESTA OBRA Y EL SEÑOR FALLECIDO HABÍA PEDIDO LA MADERA QUE SE REQUIERE PARA ENTIBAR** Y DESPUES DEL ACCIDENTE HAY (sic) SI LA TRAJERON Y LA OBRA DURÓ SUSPENDIDA MÁS O MENOS EN UNA SEMANA DESPUES DE LA MUERTE DEL SEÑOR EDWIN Y TERMINÓ LO DE LA ZANJA APROXIMADAMENTE SEIS DÍAS DESPUES. **PREGUNTADO:** SIRVASE INDICAR POR SU CONOCIMIENTO DIRECTO SI SE TRAMITABAN LOS PERMISOS PARA TRABAJOS SEGUROS EN EXCAVACIÓN POR ESCRITO ANTES DE LA MUERTE DE EDWIN. **CONTESTÓ:** NO SE VIO NADA DE PERMISO Y YO NO SABÍA TAMPOCO QUE SE REQUERÍA. **PREGUNTADO** SIRVASE INDICAR SI TENÍAN ESCALERA PARA EL INGRESO A EXCAVACIONES. **CONTESTÓ:** NO HABÍA NINGUNA ESCALERA. **PREGUNTADO:** SIRVASE INDICAR COMO ERAN LAS CONDICIONES DEL TERRENO. **CONTESTÓ:** LAS CONDICIONES DEL TERRENO. **CONTESTÓ:** LAS CONDICIONES DEL TERRENO ERAN INESTABLES, QUIERE DECIR QUE HABÍA TIERRA MOVIDA." (Subraya la Sala)

-Igualmente, reposa declaración extrajuicio rendida por el señor MARCO ANTONIO VARGAS VARGAS el 1 de marzo de 2014 ante la notaría 4 del círculo de Tunja, trabajador de la ya mencionada obra Multiparque sur oriente, respecto a las condiciones del sitio donde ocurrió el deceso de la víctima y las medidas de seguridad adoptadas fue coincidente con lo expuesto en la declaración previamente citada, manifestando lo siguiente:

PREGUNTADO: POR SU CONOCIMIENTO COMO ERAN LAS CARACTERÍSTICAS DE LA EXCAVACIÓN QUE SE ESTABA LLEVANDO Y QUE MEDIDAS DE SEGURIDAD SE TOMAN PARA UNA EXCAVACIÓN Y SI ALLÍ SE OBSERVABAN: **CONTESTÓ:** LAS CARACTERÍSTICAS DEL ZANJADO TENÍA MAS O MENOS DE 80 A 100 METROS. HUBO UNA PARTE QUE ESTABA ESTABLE Y OTRO INESTABLE DONDE ARRANCARON EL ZANJADO QUE ES DEL RIO JORDAN, PARA UNA EXCAVACIÓN LA MEDIDA DE SEGURIDAD ES ENTIBAR CON MADERA Y TABLÓN Y TENER UN VÍGÍA Y TENER EL PERMISO DE EXCAVACIÓN Y MAQUINARIA, ESE PERMISO DEBE ESTAR FIRMADO POR LA INTERVENTORÍA, EL INGENIERO RESIDENTE Y EL HS EN UNA PROFUNDIDAD DE 3 METROS CON 180 DE ANCHO Y ESAS NORMAS NO SE OBSERVABAN ALLÍ. **PREGUNTADO:** SIRVASE INDICAR POR SU CONOCIMIENTO DIRECTO SI SE TRAMITABAN LOS PERMISOS PARA TRABAJOS SEGUROS EN EXCAVACIÓN POR ESCRITO ANTES DE LA MUERTE DE EDWIN. **CONTESTÓ:** YO NO VÍ PERMISOS Y ESTANDO EN LA OBRA Y YO NUNCA LO VÍ, SOLO UNA CHARLA QUE DIERON UN DÍA. **PREGUNTADO.** SIRVASE INDICAR SI TENÍAN ESCALERA PARA EL INGRESO A LAS EXCAVACIONES: **CONTESTÓ:** NO HABÍA NINGUNA ESCALERA. **PREGUNTADO:** SIRVASE INDICAR COMO ERAN LAS CONDICIONES DEL TERRENO. **CONTESTÓ:** LAS CONDICIONES DEL TERRENO ERAN INESTABLES, QUIERE DECIR QUE HABÍA TIERRA MOVIDA, PORQUE HABÍAN INSTALADO UNA TUBERÍA Y PORQUE

HABÍA UNA HUMEDAD O CÁRCAVA DONDE BAJABA EL AGUA. YO LE HABÍA DICHO A EDWIN QUE PORQUE NO ENTIBABA QUE ERA MUY PELIGROSO Y EL DIJO QUE YA HABÍA PEDIDO LA MADERA.

... Aunado a lo anterior, de la lectura de lo transcrito, **igualmente se puede colegir que los declarantes citados coinciden en afirmar que la zona en la que excavaba la zanja tenía aparte con inestabilidad.**

(ii) Dentro del informe elaborado por la interventoría del contrato de obra 443 de 2010 con ocasión del accidente que causó el deceso de la víctima y que fue radicado ante la secretaría de infraestructura del municipio de Tunja el 29 de febrero de 2012, se consignaron como causas del mencionado accidente, las siguientes (fl. 285):

"CAUSAS

- Los escombros estaban amontonados en las proximidades de la zanja o de la excavación.
- Cuando se realizan excavaciones o trabajos en zanjas siempre debe haber más de un trabajador y según versiones el trabajador se encontraba solo en ese momento.
- Si en el fondo de la excavación trabaja una sola persona, esta será provista de un cinturón y un arnés con su respectiva eslinga, controlado desde la superficie por una persona que velara por la seguridad del trabajador en caso de cualquier emergencia."

Así mismo, se consignaron las siguientes medidas preventivas (fl. 285):

- Antes de empezar cualquier trabajo de excavación se debe eliminar toda piedra suelta u obstáculo que pueda originar posibles riesgos durante el desarrollo del trabajo.
- **Al efectuar trabajos de excavación se deberán dejar taludes normales de acuerdo con la sensibilidad del terreno. Si esto no es posible por razones del proyecto se deberá realizar apuntalamientos debidamente sustentados para evitar que los cambios de presión en la tierra puedan derrumbarlo.**
- Los escombros no deberán amontonarse en las proximidades de las zanjas, sino que estarán depositados lo suficientemente lejos de ellas, para evitar o no correr el riesgo de que vuelvan a caer al interior.
- Las excavaciones deberán inspeccionarse con frecuencia, especialmente después de las lluvias, pues se pueden producir deslizamientos de terrenos o derrumbes.

(iii) En la declaración del señor WILSON EMILIANO MOZO LALAVER al preguntársele sobre la entibación de la zanja en mención indicó que "De pronto no se entibó en ese momento porque el material se veía bien."; lo

que permite colegir que no había apuntalamiento en la excavación de la zanja.

(iv) Aunado a lo ya descrito, encuentra la Sala que de acuerdo con el informe de policía judicial realizado el día en que tuvo lugar el fatídico accidente del señor FONSECA QUINTERO, respecto a la descripción del lugar de la diligencia y al fondo de la excavación que se adelantaba en el sitio donde se encontró el cuerpo del occiso, se indicó que la zanja en el mismo se halló, medía más de 1.50 ms de profundidad (fl. 351):

"Posteriormente se procede a ingresar al lugar de los hechos utilizando el método de espiral donde se observa la (sic) calle 6ª una serie de trabajos de escabación (sic) donde se observa una retroescavadora (sic) color naranja marca case 590, la cual se fija fotográficamente, se continúa con la búsqueda del EMP se trata de una escabación (sic) de 2,70x1, 90 de profundidad y ancho"

(v) Finalmente, del testimonio del señor WILSON EMILIANO MOZO MALAVER, se colige en efecto, la zanja excavada ya aludida, tenía una profundidad que se ajusta a la indicada en el artículo 161 de la resolución 2244 de 1979; pues al respecto manifestó:

*"Lo que tengo entendido, lo que ocurrió es que ahí se estaba instalando una tubería que va hasta el colector del caño de abajo se venía instalando esa tubería, **más o menos los niveles de excavación oscilaban entre 1.50 o 1. 60, en ese punto si se profundizó un poquito más, como 1.80 calculo yo**"(Resalta la Sala)*

Pues bien, las probanzas enunciadas en precedencia, permiten colegir a la Sala que en efecto **se encuentra acreditada la imputación fáctica por omisión normativa en cabeza de la UT MULTIPARQUE**, en el entendido que pese a que la medida de profundidad de la zanja – superior a los 1.5 mts- implicaba entibar la zona para evitar derrumbes, no adoptó esa medida de seguridad industrial requerida para evitar que el derrumbe de tierra que generó la muerte de la víctima; en otras palabras, de haber actuado la Unión Temporal suministrando los materiales respectivos que permitieran entibar la zanja, se hubiese podido evitar razonablemente el daño causado al señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO.

Corolario de lo expuesto, **y en punto a la atribución jurídica del daño**, advierte la Sala que **el título de imputación** acreditado en el *sub júdice*, atendiendo la atribución normativa ya señalada, es el de **la falla del servicio**; esto, en el entendido que se omitió el contenido obligatorio traducido en la implementación de entibar la zanja como medida de seguridad, prevista en el artículo 616 de la Resolución 2400 de 1979, omisión que, como se indicó en punto de la imputación fáctica, constituyó la causa adecuada o eficiente del daño.

Así, al margen de otras fallas que se advirtieron en cabeza de la UT MULTIPARQUE, - como es el caso de una insuficiente capacitación, o la no afiliación del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO- a la seguridad social en materia de riesgos laborales, las cuales no tuvieron incidencia en la ocurrencia del daño, lo cierto es que la ejecución de la obra pública desatendiendo la regla de seguridad industrial ya comentada, generó la afectación de la víctima.

Ahora bien, ha de indicarse en este punto que, si bien fue la unión temporal quien incurrió en la omisión ya probada, al haberse acreditado tal circunstancia, será el municipio de Tunja, por ser el beneficiario de la obra, el legitimado de hecho para responder por los pedimentos indemnizatorios invocados.

Al respecto, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar el servicio público, es tanto como si aquélla la ejecutara directamente, esto es, que debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con ocasión de los referidos trabajos. En efecto, entre otras, en sentencia de 28 de noviembre de 2002, expediente número: 14.397¹⁷, la Alta Corte precisó:

¹⁷ C.P. Ricardo Hoyos Duque.

"Al precisar el fundamento de responsabilidad bajo el cual debe examinarse el asunto en estudio, **debe atenderse necesariamente a la naturaleza de la actividad en la cual se produjo el daño y a la calificación que la jurisprudencia le ha dado a la misma.**

"En efecto, desde el año de 1985 se ha considerado que **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 más a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado.

"Esta posición fue reiterada por la Sala en otra providencia, en la cual se señaló que la responsabilidad que se le puede imputar a la administración en estos eventos está sustentada en los siguientes principios:

"a. - Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la ejecutara directamente.

"b. - Que es ella la dueña de la obra.

"c. - Que su pago afecta siempre patrimonio estatal.

"d. - La realización de esas obras obedece siempre a razones de servicio y de interés general.

"e. - Que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a aquellos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga bien sea porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Elementos estos que son constitutivos de falta o falla del servicio."

Se colige de lo anterior que el régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga) que **hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente.**" (Negrillas de la Sala).

Aunado a lo anterior, el Órgano de Cierre, en pronunciamiento del 31 de julio de 2014, al diferenciar la acción de reparación directa de la ordinaria laboral en este tipo de supuestos fácticos, sostuvo que el particular que incoa la acción indemnizatoria por trabajos públicos persigue la responsabilidad extracontractual del Estado, propietario de la obra pública que, si bien no ejecuta la labor directamente, la contrata en ejercicio de

una función pública, de donde no cabe sino colegir su condición de beneficiario¹⁸.

De manera que, es al MUNICIPIO DE TUNJA a quien debe hacerse la atribución del daño alegado, por ser el propietario y beneficiario de la obra pública desarrollada por la víctima directa, señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO.

3.4.3. Solución a los argumentos de la apelación.

Lo expuesto hasta este punto, respecto de la imputación fáctica y jurídica acreditadas en el informativo, resulta suficiente para despachar de manera desfavorable el argumento expuesto en el recurso de alzada en el que se indicaba que no se encontraba acreditado que el daño alegado pudiera ser imputado al municipio de Tunja; esto por cuanto, como ya se indicó, las pruebas obrantes en el informativo dan cuenta de (i) la ocurrencia de un derrumbe de tierra que produjo el fallecimiento de la víctima, quien en ese momento se encontraba excavando una zanja; (ii) que la zanja no contaba con entablamento como medida de seguridad industrial, omisión normativa que de contera da lugar a invocar como fundamento del deber de reparar el título de imputación jurídica de falla del servicio y (iii) que al ser el MUNICIPIO DE TUNJA el propietario y beneficiario de la obra pública en la que laboraba la víctima, es quien debe responder por los perjuicios reclamados.

De otro lado, tampoco se avizora en el plenario que se configure el hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad, por las razones que pasan a exponerse.

Ha sostenido el Consejo de Estado, que para invocar la prosperidad del aludido eximente de responsabilidad, el estudio debe encaminarse a establecer si la conducta de la víctima dolosa o gravemente culposa desde la perspectiva civil, haya sido la causa eficiente del daño, es decir, la razón

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección B. Radicado **17001-23-31-000-1999-00376-01(31034)**. C.P. **Stella Conto Díaz del Castillo**.

sin la que aquél no se habría producido¹⁹.

En ese sentido, aduce la recurrente que la causa eficiente y adecuada del daño alegado no resulta otra que el hecho de que el señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO se hubiese dirigido solo a realizar las labores de excavación.

Al respecto, cabe señalar que varias de las probanzas analizadas en el acápite anterior de ésta providencia, permiten establecer que en efecto, la víctima retomó sus labores sin que fuera acompañado por alguno de sus compañeros, e igualmente, que al momento en que ocurrió el accidente de trabajo él se encontraba solo en la zanja que excavaba; como es el caso de los testimonios rendidos por los señores CRISTIAN GABRIEL GONZALEZ Y PEDRO MIGUEZ, descritos en el formato entregado ante la ARP POSITIVA por parte de la UT MULTIPARQUE el 17 de febrero de 2012. (fls. 162).

No obstante, tal circunstancia no guarda la entidad probatoria suficiente para sostener que esa conducta es la causa eficiente del daño sufrido, pues ninguna de las probanzas dan cuenta de un actuar doloso o culposos por parte de la víctima.

Aunado a lo anterior, de analizarse un posible acompañamiento de los demás operarios y obreros que ejecutaban la excavación de la zanja en el punto del accidente, no podría arribarse a la conclusión que el mismo se hubiese evitado, coligiéndose, pues, como se precisó, que fue la omisión en apuntalar con madera la zanja, la omisión que causó el daño sufrido.

Ello, sin que, de manera alguna se pueda advertir a partir de los apartes de los testimonios decantados en el escrito de apelación, que la víctima se hubiese expuesto a su propio daño por el hecho de irse solo a realizar las labores de excavación.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A. sentencia de 26 de abril de 2018. Expediente No. **63001-23-31-000-2008-00242-01(40684)**. C.P. **María Adriana Marín**.

Lo anterior, resulta suficiente para denegar los débiles argumentos deprecados en el recurso interpuesto por la apoderada judicial del **MUNICIPIO DE TUNJA.**

3.5. Liquidación de perjuicios

En este acápite debe anotarse que en razón a la excepción de cosa juzgada que se declarará probada de oficio por ésta Sala de decisión en la presente providencia, respecto de la señora SONIA ROCIO MOZO GALEANO y de los menores - DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO Y DAVID SEBASTIAN FONSECA CARDENAL, habrá de concluirse que se modificará la sentencia recurrida respecto a los perjuicios que a título de lucro cesante futuro y consolidado y daño moral, fueron reconocidos a estos sujetos procesales en la providencia recurrida, y en consecuencia se dispondrá no reconocer perjuicio alguno a aquellos como consecuencia de la prosperidad del aludido medio exceptivo.

Una vez en claro lo anterior, se procederá a liquidar los perjuicios para los demás demandantes.

- Perjuicios morales

Como quiera que para la fecha en que se dicta esta sentencia, y aún para cuando se profirió la sentencia de primera instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, en su Sala Plena, efectuó la unificación de su Jurisprudencia en punto de la reparación del daño moral en caso de muerte, se aplicarán los parámetros allí establecidos.²⁰

Así pues, se fijaron cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, de tal manera que se estableció la siguiente tabla:

²⁰ Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 26.251. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

GRAFICO No. 1 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Pues bien, teniendo en cuenta que los señores MIGUEL FONSECA GONZALEZ y ANA GEORGINA QUINTERO acreditaron ser los padres de la víctima (fl. 48), en efecto se confirma la sentencia recurrida respecto al reconocimiento de la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V. por perjuicios morales.

Así mismo, se confirma la decisión recurrida respecto del reconocimiento de perjuicios morales por la suma de 50S.M.L.M.V., a los siguientes demandantes, quienes acreditaron con los respectivos registros civiles, ser hermanos de la víctima:

- NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 56)
- ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 55)
- FERNANDO FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. (fl. 57)
- JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima (fl. 58)
- FABIOLA FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 59)
- JHON ORLEY FONSECA QUINTERO, hermano de la víctima. (fl. 60)
- RUTH MARY FONSECA QUINTERO, hermana de la víctima. (fl. 61)

- Perjuicios materiales

En cuanto a los **perjuicios materiales**, reclamados por la señora SONIA ROCIO MOZO por la adquisición de un lote en el municipio de Tunja y por la señora NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO por concepto de gastos del funeral de la víctima directa, la Sala encuentra ajustada la liquidación elaborada por el juzgado de primera instancia, habida cuenta que se basó en:

(i) El contrato de 2 de junio de 2012, en el que se consigna que Parque y Funerarios S.A. vendió a SONIA ROCÍO MOZO GALIDNO un lote por valor de \$ 5.200.000 (fl. 364) y

(ii) El certificado emitido por la empresa Servicios Funerales Integrales San Francisco LTDA de 11 de abril de 2012, en el que se consigna que en desarrollo del contrato preexequial No. 29990 suscrito por la señora NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO, hermana del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, se prestaron los servicios fúnebres de aquel el 4 de febrero de 2012.

En consecuencia, las sumas reconocidas por este concepto, serán actualizadas a la fecha de ésta sentencia.²¹

Aplicando la fórmula utilizada para actualizar la renta, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (sumas reconocidas) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia proferida por la Sala, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en el cual se produjo la sentencia de primera instancia

$$Ra = \frac{R_{\text{}} * \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde (R), es la suma reconocida en primera instancia, multiplicado por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor (el

²¹ Tal como lo precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 18 de mayo de 2015. Exp. 18001-23-31-000-1999-00162-01(29842), con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero "La actualización del dinero de ninguna manera desconoce el principio de la no reformatio in pejus, pues solo es el reconocimiento de la pérdida adquisitiva de la moneda."

del mes anterior a la sentencia) por el índice inicial (el vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia).

Aplicando dicha fórmula tenemos:

- Respecto de SONIA ROCÍO MOZO GALINDO:

$$\begin{aligned} Ra &= \$6.204.131 * \frac{142.67 \text{ (octubre de 2018)}}{132,84 \text{ (noviembre de 2016)}} \\ Ra &= \$6.663.229 \end{aligned}$$

- Respecto de NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO:

$$\begin{aligned} Ra &= \$2.197.588 * \frac{142.67 \text{ (octubre de 2018)}}{132,84 \text{ (noviembre de 2016)}} \\ Ra &= \$2.360.207 \end{aligned}$$

Así las cosas, se modificará lo pertinente en la parte resolutive de la sentencia en lo relacionado con los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente debidamente actualizado.

3.6. Costas

Como quiera que la decisión emitida por ésta instancia de lugar a una prosperidad parcial de las pretensiones, la Sala no condenará en costas; lo anterior de conformidad a lo previsto en el artículo 365-5 del C.G.P.

3.7. Otras determinaciones

Memora la Sala que, dentro del acápite de ésta providencia en el que se abordó el estudio de la legitimación de hecho por pasiva del MUNICIPIO DE TUNJA, se concluyó a partir de las pruebas allegadas, que al momento en que tuvo lugar el fatal accidente del señor EDWIN FRANKLIN FONSECA QUINTERO, no se encontraba vigente el contrato de obra 433 de 2010 celebrado entre la aludida entidad territorial y la UT MULTIPARQUE.

Así, aun cuando tal circunstancia, es decir, la prolongación irregular del aludido contrato para la época en que tuvo lugar el hecho dañoso, no interfiere en el análisis ya decantado que dio lugar a concluir que el daño alegado es imputable al ente territorial demandado, la circunstancia advertida, deja entrever irregularidades en cabeza de INVERMOHES S. EN C.S., firma interventora del contrato quien, valga precisar, tenía a su cargo la vigilancia de la ejecución del contrato 433 de 2010, conforme y se advierte de lo estipulado en el contrato de interventoría No. 477 de 29 de noviembre de 2010, celebrado entre aquella y el MUNICIPIO DE TUNJA.

Lo anterior, da lugar a que la Sala considere pertinente compulsar copias a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, de ésta providencia, para que inicien en el ámbito de sus competencias, de estimarlo procedente, las investigaciones disciplinarias y/o fiscales en contra de los autoridades, personas naturales o jurídicas que dieron lugar a que se generaran las conductas previamente reprochadas.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de COSA JUZGADA respecto de la señora SONIA ROCÍO MOZO GALIDNO y de los menores DANIEL RICARDO FONSECA MOZO, NATALIA CAROLINA FONSECA MOZO y DAVID ESTEBAN FONSECA ARDENAL, respecto de la pretensión encaminada al reconocimiento y pago del lucro cesante consolidado y futuro y de perjuicios morales. Lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada, y en su lugar se dispone:

"Segundo: Como consecuencia de dicha declaración se condenará a la parte demandada a pagar:

1. Perjuicios Morales

MIGUEL FONSECA GONZALEZ	100 S.M.L.M.V.
ANA GEORGINA QUINTERO	100 S.M.L.M.V.
NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
ANA ELIZABETH FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
FERNANDO FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
JOSE WILLIAM FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
FABIOLA FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
JHON ORLEY FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.
RUTH MARY FONSECA QUINTERO	50 S.M.L.M.V.

2. Perjuicios materiales

2.1 Daño emergente

SONIA ROCÍO MOZO GALINDO	\$6.663.229
NILCIA YANETH FONSECA QUINTERO	\$2.360.207

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: COMPULSAR COPIAS a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ, de ésta providencia, para que inicien en el ámbito de sus competencias, de estimarlo procedente, las investigaciones disciplinarias y/o fiscales en contra de los

autoridades, personas naturales o jurídicas que dieron lugar a que se generaran las conductas reprochadas en ésta providencia.

SEXTO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

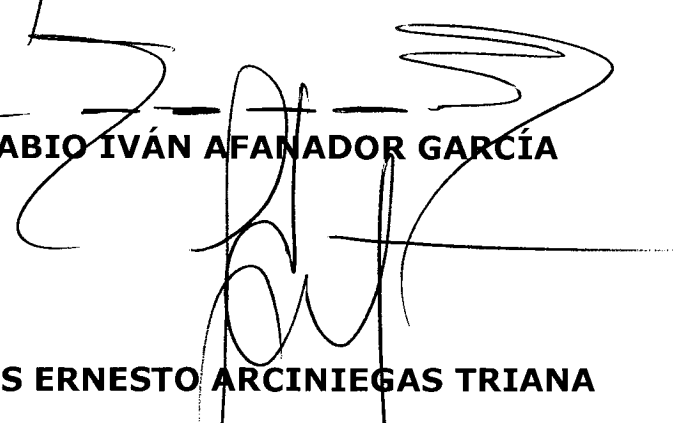
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

Los Magistrados


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJAS DE FIRMAS
REP. DIRECTA
EXP. 2014-0061-02
DEMANDANTE: SONIA ROCIO MOZO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No 202 de 2018 28 NOV 2018
EL SECRETARIO 