

Señores

JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

j12lccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
Demandantes: JOSÉ LUIS ARROYO VILLEGAS Y OTROS
Demandados: LA NACIÓN RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.
Litisconsorte: PC COM S.A.
Radicación: 76001-31-05-012-2024-00244-00.

Asunto: **INCIDENTE DE NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, mayor y vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del C. S. de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de la parte demandante, conforme al poder conferido y el cual ya obra en el expediente, manifiesto que, mediante el presente libelo procedo a formular **INCIDENTE DE NULIDAD POR FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA** en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. El día 16/11/2011 los señores JOSE LUIS ARROYO VILLEGAS, CLARA YENSI VIDAL ARDILA, CARMELITA VILLEGAS DE ARROYO y AGRIPINA ARDILA DE VIDAL iniciaron proceso de reparación directa en contra de la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, cuyas pretensiones estuvieron dirigidas a:

“PRIMERA: Que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, representada en este caso por el Director Administrativo o Ejecutivo de Administración Judicial o quien haga sus veces, por incurrir en una ostensible falle en el servicio, durante el ejercicio de una actividad peligrosa y en razón a la actuación reprochable e irresponsable de sus funcionarios y o conductor del vehículo de placas OHK 154, con lo que se ocasionó la muerte del señor DAVID ARROYO VIDAL, pues además la demandada la usaba indebidamente como carro de carga.

SEGUNDA: Que igualmente se declare que la NACIÓN- RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, representada en este caso por el Director Administrativo o Ejecutivo de Administración Judicial o quien haga sus veces debido a la impericia en la conducción del vehículo de placas OHK 154 de propiedad del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, que además constituye la realización de una actividad peligrosa, por parte del señor EIDER MAURICIO OTERO, incurrió en grave falla en el servicio, al ocasionar con ello el accidente mencionado en los hecho y consecuentemente la muerte del señor DAVID ARROYO VIDAL.

TERCERA: Que en consecuencia, la NACIÓN- RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en el caso planteado, incumplió con el deber que le impone el art. 2º de la Constitución Nacional-

*CUARTA: Que dado lo anterior, la NACIÓN- RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, es responsable y debe indemnizar todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales directos y heredados, derivados de la muerte del señor DAVID ARROYO VIDAL, por lo que se pruebe y por lo menos por los montos que se discrimina de la siguiente manera:
(...)*

QUINTA: También como petición principal, pido respetuosamente ordenar que las sumas probadas y reconocidas en la sentencia se indexen, actualicen o que se ajusten

al valor presente desde el día en que el señor DAVID ARROYO VIDAL (QEPD) entró en el lamentable estado de coma y hasta el momento del fallo y más exactamente del pago, o en su defecto desde la fecha o fechas que determine el despacho conforme lo establece el artículo 884 del Código de Comercio.

SEXTA: Que se condene a los demandados a pagar en favor de los demandantes los intereses comerciales (corrientes y por mora) desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, sobre las sumas que se precisen en la misma.

SEPTIMA: Que se condene a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho.”

2. De lo anterior, se puede apreciar que, el objeto del presente litigio se centró en que se declarara administrativamente responsable a la Nación- Rama Judicial por una falla en el servicio durante el ejercicio de una actividad peligrosa que le ocasionó la muerte al señor DAVID ARROYO VIDAL el día 04/05/2010, sin que se advierta ningún tipo de responsabilidad contractual derivada del artículo 216 del C.S.T.
3. La demanda fue admitida mediante auto No. 323 del 24/11/2011 emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.
4. Una vez surtido el trámite procesal pertinente, el H. Tribunal Contencioso mediante sentencia No. 091 del 10/05/2018 resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura por la muerte del joven David Arroyo Vidal en los hechos ocurridos el día 28 de abril de 2010.

SEGUNDO.- DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por la entidad accionada.

TERCERO.- CONDENAR a la entidad demandada a reconocer en favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Por perjuicios morales:

DEMANDANTE	PARENTESCO	INDEMNIZACION
Clara Yensy Vidal Ardila	Madre	100 S.M.L.M.V.
José Luis Arroyo Villegas	Padre	100 S.M.L.M.V.
Carmelita Villegas de Arroyo	Abuela paterna	50 S.M.L.M.V.
Agripina Ardila de Vidal	Abuela materna	50 S.M.L.M.V.
En favor de la sucesión de David Arroyo Vidal	Sucesión del fallecido	20 S.M.L.M.V.

Daño a la salud:

En favor de la sucesión de David Arroyo Vidal la suma de 20 S.M.L.M.V.

CUARTO.- CONDENAR a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura a reconocer en favor de Clara Yensy Vidal Ardila y José Luis Arroyo Villegas, en proporciones iguales la suma de 14.107.968.9 por concepto de lucro cesante consolidado.

QUINTO.- CONDENAR a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura en favor de la **sucesión del occiso David Arroyo Vidal** por concepto de lucro cesante consolidado la suma de \$ 156.248.4.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SÉPTIMO.- Sin costas en esta instancia.

OCTAVO.- se dará cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, de acuerdo a lo señalado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

NOVENO.- ORDENAR por Secretaría inscribir el presente proveído en el programa siglo XXI, y una vez se encuentre ejecutoriado, devuélvase al Juzgado de Origen.

De la anterior sentencia, por no estar conforme con la decisión la parte demandante y demandada interpusieron recurso de apelación, por lo que fue remitido al Consejo de Estado.

5. Mediante Auto del 29/04/2024 el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercero- Subsección A, el consejero ponente Dr. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde el auto admisorio, inclusive, por falta de jurisdicción, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR las diligencias a los JUZGADOS LABORALES DEL CIRCUITO DE CALI – reparto-, por ser los competentes para conocerlas, a quienes se les ENVIARÁ, a través de la Secretaría de la Sección Tercera, copia digital íntegra del expediente de la referencia.”

La anterior decisión, se fundamentó en que la fuente del daño y naturaleza de la controversia imponen el conocimiento privativo de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral habida cuenta de que, el daño por el que se pretende una indemnización tuvo origen en la prestación de servicios que desempeñaba el señor Arroyo Vidal cuando ejecutaba una actividad propia de su trabajo bajo la autoridad de su empleador, finalmente precisó que: *“si se llegare a considerar una responsabilidad solidaria de la Rama Judicial como entidad beneficiaria del trabajo en relación con la empleadora PC COM S.A. o que el accidente ocurrió en un vehículo de la contratante, lo cierto es que estos aspectos no pueden ser evaluados por la esta jurisdicción en tanto deben ser materia de discusión dentro de un proceso de responsabilidad por un accidente de trabajo, dado que el infortunio ocurrió con motivo y en ejecución de una actividad laboral privada.”*

6. Ante lo anterior, es menester precisar que, (i) si bien nunca se ha negado el hecho que el señor David Arroyo era trabajador del PC COM S.A. y que falleció en su horario laboral, lo cierto es que, dentro del presente proceso NO se pretendió el reconocimiento de perjuicios derivados del artículo 216 del CST, ni el reconocimiento de una eventual culpa patronal del empleador y mucho menos la declaración de una solidaridad de la Rama Judicial, (ii) se encuentra acreditado que el generador del riesgo fue de la RAMA JUDICIAL, comoquiera que, dentro de un vehículo de su propiedad, operado por un empleado de dicha corporación, el señor Arroyo Vidal perdió la vida, por tanto, NO es cierto como mal lo adujo el H. Consejo de Estado, que el accidente haya tenido origen en la prestación del servicio, pues ni el vehículo ni el conductor fueron suministrados por el empleador PC COM S.A., y (iii) en el presente proceso se cumplen los requisitos del fuero de atracción y por tanto, debe conocer el asunto la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como más adelante se expondrá.
7. Debido a la remisión a los Juzgados Laborales, mediante Auto interlocutorio No. 1777 del 02 de julio de 2024 el Juzgado Doce Laboral del Circuito avocó conocimiento, integró a la litis a la sociedad PC COM S.A. y ordenó notificar a los demandados.

II. CAUSAL DE NULIDAD ALEGADA: FALTA DE JURISDICCIÓN Y/O COMPETENCIA

La presente solicitud de nulidad se fundamenta en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 133 del C.G.P., en el cual se contempla que el proceso es nulo por falta de jurisdicción o competencia, para el caso en concreto, se tiene que las pretensiones de la demanda se circunscriben en que se declare administrativamente responsable a la Nación- RAMA JUDICIAL por la falla en el servicio durante el ejercicio de una actividad peligrosa y en razón a una situación reprochable e irresponsable de uno de sus funcionarios, que le ocasionó la muerte al señor DAVID ARROYO VIDAL, es decir, que al ser una responsabilidad civil extracontractual por parte del Estado se requiere por parte de aquella su reparación directa, proceso el cuál debe conocerlo la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se pone de presente lo indicado en el numeral 1° del artículo 133 del C.G.P.:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia. (...)”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil en Sentencia SC5052-2019 de 26/11/2019 a la luz del Código de Procedimiento Civil, pero que viene al caso citar, se precisó que:

“(…) la nulidad, en el ámbito procesal, pasa a ser la sanción que la ley impone a un acto jurídico para privarlo de efectos por el alejamiento que presenta en relación con el conjunto de formas preestablecidas en la ley procesal, con lo cual se excluye toda connotación sustancial, como es obvio. Ese apartamiento de las formas no puede abarcar todo tipo de irregularidades, en una suerte de prurito ritualista, ya superado. Se trata de una desviación grave (principio de trascendencia) que el legislador colombiano ha precisado, mediante causales específicas de aplicación restrictiva y taxativas, acogiendo al respecto la orientación de la Francia revolucionaria, con su conocido apego a la ley, que difundió aquello de que no hay nulidad sin ley que la establezca (principio de la especificidad). Esas causales de invalidación están referidas al proceso, en todo o en parte, como lo establece el encabezado del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.”

En relación a lo citado, debe entonces entenderse que la finalidad de la nulidad será la sanción impuesta a un acto jurídico para privarlo de efectos, y el juzgador hace mención al artículo 140 del C.P.C. entendiéndose así que no es menester que se decrete la nulidad por el juez, sino que debe procederse con la nulidad comoquiera que se presentan irregularidades en el proceso frente a la jurisdicción o competencia del presente litigio.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil en Sentencia SC3678-2021 de 25/08/2021 hizo referencia a lo siguiente:

“Uno de los motivos de nulidad procesal es el previsto en el artículo 133 ibídem, según el cual «[e]l proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia», causal que debe ser abordada en coherencia con el artículo 16 ejusdem, según el cual:

[l]a falta de jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.”

En relación con lo expuesto, la falta de jurisdicción o competencia funcional o subjetiva improrrogable y es insubsanable que no se dé atención a la solicitud de parte que la propuso, por cuanto la misma afecta a lo actuado en el proceso, impidiendo el curso normal del mismo toda vez que debe ser remitido ante el juez competente.

Asimismo, es importante traer a colación que el Juez Laboral es competente para conocer (i) los asuntos relativos a conflicto jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, (ii) las acciones sobre fuero sindical, (iii) suspensión disolución, liquidación de sindicatos y cancelación de registro sindical, (iv) controversias relativas a la prestación de los servicios de seguridad social, (v) ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral, (vi) conflicto jurídicos en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones, (vii) ejecución de multas, (viii) recurso de anulación de laudos arbitrales, (ix) recurso de revisión y (x) calificación de la suspensión o paro colectivo. ¹

¹ Artículo 2 del CPTSS

A su turno, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es competente para conocer de (i) las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, (ii) responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, (iii) relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública, (iii) contratos celebrados con cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, (iv) relación legal y reglamentaria entre servidores y el estado, y la seguridad social de los mismos, (v) que se originen en actor políticos, (vi) ejecutivos derivados de condenas impuestas y conciliaciones y, (vii) recursos extraordinarios contra laudos arbitrales.²

Así las cosas, si bien el accidente de trabajo se produjo en ejecución de una labor derivada de un contrato de trabajo suscrito entre el lesionado y PC COM S.A., lo cierto es que el fatal accidente se produjo como consecuencia y con ocasión a una falla del servicio por parte de la RAMA JUDICIAL, es decir, el presente litigio se centra en la responsabilidad extracontractual de la entidad pública, controversia que conoce la Jurisdicción Administrativa.

Por otro lado, al instaurar el proceso administrativo NO se pretendió imputar responsabilidad patronal a PC COM S.A., pues véase que las pretensiones no van dirigidas a dicha empresa y ni siquiera se menciona una posible omisión de aquella, sino que, al ser la RAMA JUDICIAL la propietaria del vehículo y la cual tenía a su cargo el servidor que se encontraba conduciendo el mismo, móvil en el cual falleció el señor ARROYO VIDAL, se endilga a todas luces una responsabilidad extracontractual del Estado, aunado a ello, no se pierde de vista que NO se pretende una responsabilidad contractual, comoquiera que, los reclamantes son terceros ajenos a la relación laboral.

Ahora bien, aunque en este litigio el H. Consejo de Estado dispuso la remisión a la jurisdicción laboral por falta de competencia de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que no es el competente para dirimir un conflicto negativo de competencias. Así las cosas, véase que frente al caso marras, concurren los presupuestos del fuero de atracción de acuerdo con los criterios que han establecido el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, para que el proceso sea competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales paso a señalar:

- a) Los hechos y la causa que fundamentan la eventual responsabilidad de los sujetos de derecho privado y las entidades estatales son los mismos.
- b) Los hechos, las pretensiones y las pruebas que obran en el expediente permiten inferir razonablemente que existe una probabilidad “*mínimamente seria*” de que las entidades estatales serán condenadas.
- c) El demandante haya planteado fundamentos fácticos y jurídicos para imputar el daño antijurídico a la entidad estatal. En este sentido, deben existir suficientes elementos de juicio que permitan concluir, por lo menos *prima facie*, que las acciones u omisiones de la entidad estatal demandada fueron, al menos, “*concausa eficiente del daño*”.³

Así las cosas, se concluye que existe una falta de jurisdicción y competencia del Juez Laboral, comoquiera que, el objeto del presente litigio se centra en la responsabilidad extracontractual que tuvo la Nación- Rama Judicial en el accidente en el cual perdió la vida el señor DAVID ARROYO VIDAL, con ocasión a una falla en el servicio, por tanto, de conformidad con el artículo 104 del CPACA, quien debe dirimir el presente conflicto es la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal cual como ya se tramitó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cali y en el cual hubo condena en contra de la entidad pública por comprobarse su responsabilidad.

Finalmente, se ponen de presente los siguientes aspectos:

Trascendencia de la nulidad: El yerro en comento reviste especial importancia por cuanto mis representados se han visto afectados por la decisión del H. Consejo de Estado ante la remisión a los Juzgados Labores, comoquiera que, ya se contaba con un fallo favorable por parte del Tribunal de lo Contencioso en primera instancia, en la cual se declaró la responsabilidad del Estado en el fallecimiento de su familiar, por lo que, existía una expectativa legítima en cuanto al resarcimiento

² Artículo 104 del CPACA

³ Auto 646 de 2021- Corte Constitucional

del daño causado.

Idoneidad de la nulidad: Por consiguiente, el único medio idóneo para restablecer los derechos de mis representados es la declaratoria de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, para que el proceso sea adecuadamente conocido por lo Contencioso Administrativo y se continúe el proceso en el curso en el que iba y seguir ejerciendo el derecho de defensa.

Aclaración sobre el no saneamiento y oportunidad: Se aclara que este defecto no se ha saneado en tanto que, si bien el H. Consejo de Estado, dispuso la remisión por falta de competencia de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que, no era el ente competente para dirimir un conflicto negativo de competencias.

Legitimación: En cuanto a la legitimación para alegar la nulidad pretendida por falta de jurisdicción y competencia, en cumplimiento del numeral 1° del artículo 133 del Código General del Proceso, se aclara que mis procurados son los afectados en tanto que, ya hubo una sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo, y eventualmente con la remisión del proceso ante el Juez Laboral, dicha circunstancia mute.

III. ARGUMENTACIÓN DE LA CAUSAL ALEGADA: FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

En el caso de marras, se instauró la demanda de reparación directa en contra de la Nación- Rama Judicial, en la cual se pretende de la declaración de una responsabilidad extracontractual de la entidad pública, con ocasión a una falla en el servicio, y véase que NUNCA estuvo motivada ni se pretendió una responsabilidad patronal ni mucho menos el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del artículo 216 del C.S.T.

Así las cosas, conforme a los criterios del fuero de atracción se acredita que: (i) El siniestro acaecido el 09/05/2010 se produjo en el horario laboral del señor DAVID ARROYO VIDAL trabajador de la empresa PC COM S.A. y al interior de un vehículo de propiedad de la Rama judicial y cuyo conductor era un empleado de dicha entidad, por lo que eventualmente existe responsabilidad de la entidad estatal. (ii) De conformidad con las pruebas aportadas y más aun con el fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo, se puede inferir razonablemente que existe una responsabilidad de la entidad estatal (Rama Judicial). (iii) Los fundamentos fácticos y jurídicos plasmados en el escrito de demanda evidencian el daño antijurídico desplegado por la entidad estatal, y de las pruebas aportadas se evidencia un actuar negligente del conductor del vehículo (empleado y vehículo de la entidad) ya que, de acuerdo con el informe policial consignó que la ocurrencia del accidente se debió a “conducir sin precaución por superficie mojada”, evidenciándose que el presente proceso debe ser conocido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de la falla del servicio alegada, aquella ha sido por excelencia el título jurídico de imputación en la cual se pretende desplegar la obligación indemnizatoria del Estado, pues a causa de un incumplimiento a una obligación que estuvo a su cargo, no cabe duda que la falla en el servicio es el mecanismo idóneo cuando se busca la declaratoria de una responsabilidad patrimonial extracontractual de una entidad pública.

El litigio en el presente caso, se discute la responsabilidad del Estado por el daño causado por un vehículo automotor de su propiedad que además era conducido por un servidor público y que se produjo en desarrollo de una actividad peligrosa, así entonces el Estado debe responder por los riesgos a que expuso al lesionado con la utilización de dichos elementos, por ello, el régimen aplicable es la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, aplicada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En virtud de tal título de imputación objetivo, tiene el demandante el deber de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre este y la acción u omisión de la entidad pública, situaciones o aspectos que fueron argumentados dentro del proceso de reparación directa y la razón por la cual el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca, resolvió condenar a la entidad demandada.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU 449 de 2016 precisó:

“Ahora bien, aunque tal como se dijo, el Consejo de Estado ha considerado que en relación con el ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores, se presume la responsabilidad de la administración y, por lo tanto, los asuntos de esta naturaleza se resuelven bajo el régimen de responsabilidad objetiva, para efectos de determinar la responsabilidad de los daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha indicado que es menester identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, ya que tal circunstancia establece las directrices del título de imputación bajo el que debe analizarse el supuesto.”

(...)

“En este sentido, recordaron que el Alto Tribunal ha establecido que: “Cuando se debate la ocurrencia de un daño proveniente del ejercicio de la actividad peligrosa de conducción de vehículos automotores de propiedad del Estado o al servicio de éste, ha entendido la Sala que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional” (Subrayas fuera de texto)

Conforme con la cita, es claro que el señor DAVID ARROYO falleció como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa que se encontraba desplegando el servidor público mientras conducía un vehículo de propiedad de una entidad estatal, por tanto, el título de imputación será la responsabilidad objetiva.

Ahora bien, la discusión sobre la jurisdicción que debe conocer del presente asunto, se centra en el hecho de que, el señor DAVID ARROYO VIDAL era trabajador del contratista PC COM S.A. y falleció durante la ejecución de sus funciones, sin embargo, el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, ha indicado que en estos eventos los damnificados o terceros afectados tienen la facultad de perseguir la acción indemnizatoria en contra de la entidad pública, así lo dejó sentado en Sentencia con radicación 10504 del 25/06/1997:

“Cuando el daño se produce por accidente de trabajo, los damnificados tienen dos acciones diferentes. De un lado la derivada del contrato de trabajo con el contratista o sub - contratista de la administración. Y de otro lado la acción indemnizatoria por trabajos públicos contra la entidad propietaria de la obra. La primera es de competencia de la justicia ordinaria, mientras que la segunda, señala que es del resorte de esta jurisdicción. En esta última eventualidad subraya que la acción de los damnificados es directa y personal sin perjuicio del derecho que le asiste a la administración de repetir contra el contratista cuando a ello haya lugar.”

Así las cosas, se reitera que el objeto de la litis siempre se centró en el reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, con ocasión a la falla en el servicio que le ocasionó la muerte al señor ARROYO VIDAL y que generó perjuicios a los demandantes, caso en el cual es totalmente viable y certero demandar exclusivamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, comoquiera que, NO se pretendió indemnización derivada del artículo 216 del CST.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera y Subsección B en sentencia del 26/07/2021, estudió lo relativo a la responsabilidad del Estado en daños causados a una persona aún cuando esta haya sido vinculada por el contratista de la obra, dejando sentado que:

“[L]a jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que cuando se trata de daños vinculados con una obra que la Administración contrató, la jurisprudencia del Consejo de Estado los ha analizado bajo el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista. (...) Bajo tal perspectiva, resulta posible imputar a las

entidades estatales el daño reclamado en la demanda, toda vez que cuando la Administración Pública contrata a un tercero para la ejecución de una obra, es tanto como si la entidad la ejecutara directamente. Es más, **si el daño es sufrido por una persona que hubiere sido vinculada a la obra por el contratista ejecutor, el Estado también se encuentra llamado a responder por aquel (...). Así las cosas, se concluye que el hecho de que la obra hubiera estado a cargo del contratista (...) y del subcontratista (...), no deja de hacer responsable al municipio de Lebrija por los daños antijurídicos que se causen como consecuencia de su ejecución, puesto que aquella fue acometida por su cuenta y, además, según la cláusula décima del contrato, al contratante también le correspondía -se insiste- ejercer la coordinación, supervisión y vigilancia del objeto de dicho negocio jurídico.** (Subrayas y negrita fuera de texto)

Por su parte la Corte Constitucional en el Auto 1517 de 2022, estudió lo relativo a la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en un caso similar al que hoy nos ocupa, ello es, la muerte de un trabajador del contratista dentro de la ejecución del contrato con el Estado. Así las cosas, refiere que en dichos eventos se podrá demandar tanto en la jurisdicción laboral como en lo contencioso, situación que a todas luces se dio en el presente proceso, pues véase que la demanda de reparación directa se presentó desde sus inicios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pues se alegó una falla en el servicio por parte de la Rama Judicial, por ello, era el competente, tanto así, que la misma fue admitida en primera medida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y no fue objeto de reclamo alguno por la parte pasiva.

La H. Corte Constitucional señaló:

*De otra parte, en el fallo en mención también se señaló que frente al empleado del contratista o subcontratista, la acción de reparación directa es igualmente idónea para reclamar la indemnización por los daños sufridos. Al respecto, se precisó que tanto el servidor estatal como el trabajador que se vincula con la empresa contratista asumen una misma clase de riesgo y, por lo tanto, sus situaciones deben ser definidas de idéntica manera. Asimismo, indicó que, “[a]demás, en ambos casos, como ya se señaló, **los trabajadores o sus causahabientes, al margen de que hubieran sido vinculados por la entidad estatal o por la empresa contratista, tienen la opción de demandar ante el juez laboral la indemnización integral de los perjuicios que hubieran sufrido, en accidentes de trabajo ocurridos por culpa del empleador –entidad pública o contratista, según el caso– o la indemnización integral por el daño antijurídico imputable a la entidad demandada. Por lo tanto, se insiste, la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa, pero para que sus pretensiones puedan prosperar se requiere acreditar que el daño es imputable a la entidad demandada.**”*

En la misma providencia, la Corte Constitucional, trae a colación la sentencia del 07/06/2007 emitida por el Consejo de Estado en la cual precisó:

*“Con fundamento en lo anterior, **concluye la Sala que la demanda de la referencia, interpuesta por los familiares del trabajador José Saúl Sierra Sierra en ejercicio de la acción de reparación directa es procedente y es de conocimiento de esta Jurisdicción, en cuanto la causa petendi de la misma está orientada a que se declare la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada por los hechos que dieron lugar a la muerte del señor Sierra y que, en su criterio, se produjeron como consecuencia de una falla en el servicio, lo anterior sin perjuicio de que los mismos hechos puedan catalogarse como un accidente de trabajo del cual también se puedan derivar ciertas responsabilidades de carácter laboral.** (subrayas fuera de texto).*

*En este caso **la responsabilidad que se demanda está referida únicamente a los perjuicios sufridos directamente por los parientes del trabajador, como terceros ajenos a la relación laboral, cuya reparación, como se ha visto, puede exigirse***

ante esta Jurisdicción porque su fuente es extracontractual, porque la entidad cuya responsabilidad se pretende es de carácter estatal y porque la indemnización que se reclama no corresponde a las prestaciones derivadas del vínculo laboral”.

Conforme a la jurisprudencia en cita, en el caso marras la muerte del señor DAVID ARROYO VIDAL dejó perjuicios sufridos para sus familiares (hoy demandantes), siendo aquellos terceros ajenos a la relación laboral que sostuvo el trabajador fallecido con PC COM S.A., por tanto, al fallecer como consecuencia de una falla en el servicio, se busca la declaratoria de una responsabilidad extracontractual del Estado y por ello, quien debe conocer del presente proceso es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, sostuvo la Corte en la providencia citada que *“Si bien los demandantes sostienen que el señor Acosta Castillo falleció a causa de un accidente en desarrollo de las labores contratadas, dicha afirmación debe analizarse como parte de los hechos descritos en la demanda, sin que aquello suponga alterar el objeto de la controversia, que consiste en determinar si se configura la responsabilidad extracontractual del Estado por dicho fallecimiento.”*

Se observa que los demandantes pretenden la reparación como consecuencia del daño causado al señor ARROYO VIDAL por parte de la Rama Judicial, por tanto, sus pretensiones son ajenas a la relación laboral que sostuvo su familiar con el contratista y la acción adecuada será la reparación directa, así lo dejó sentado el Consejo de Estado, Sección Tercera del 08/11/2007 al indicar:

“(…) Los terceros damnificados con el daño, diferentes al trabajador, sus causahabientes o sucesores, podrán demandar ante esta jurisdicción la reparación de los perjuicios que hubieren sufrido como consecuencia del daño causado al trabajador, imputable a la entidad estatal demandada, al margen de que aquellos (el trabajador o sus sucesores o causahabientes), demanden en acción ordinaria laboral, o en acción de reparación directa, porque su pretensión tiene una fuente diferente, son ajenos a esa relación laboral y, por lo tanto, no los cubren los efectos de la cosa juzgada, ni puede oponerse a ellos el pago que se hubiera realizado a éstos.” (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, conforme con la jurisprudencia en cita es concluye que, (i) la acción de reparación directa se encuentra regulada para demandar la reparación de un daño producido por el Estado, (ii) se pueden reclamar daños causados a terceras personas como consecuencia de la muerte de un trabajador en virtud de un accidente, con independencia de las indemnizaciones de carácter laboral y, (iii) es viable encausar una demanda de reparación directa aun cuando el fallecido sea el trabajador del contratista o subcontratista, pues se acredita una falla en el servicio a raíz de una actividad peligrosa por parte del Estado.

En igual sentido es importante traer a colación el salvamento de voto realizado por la consejera ponente la Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, dentro de la providencia del 31/03/2023, en el estudio de un caso similar al que hoy nos ocupa, y en el cual señaló:

“Así las cosas, vale precisar en los términos del fallo aludido que, en los eventos en los que el empleador y el responsable de la responsabilidad extracontractual no confluyan en un mismo sujeto, las causas de las imputaciones devienen de fuentes jurídicas distintas y, por tanto, las acciones podrán iniciarse, a prevención, ante la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, sin que exista limitación, traslapamiento o prohibición en ese sentido. Además, podrán interponerse de forma independiente y/o conjunta; no obstante, en este último evento, operará el fuero de atracción.

(…) Esto, con el ánimo de hacer las deducciones correspondientes y así evitar un enriquecimiento sin justa causa. En estos términos lo ha expresado también la Corporación:

Aceptar el planteamiento según el cual se pueden subsumir los dos sistemas de indemnización en uno solo, equivale, sin eufemismo alguno, a borrar la distinción, que al menos en el ámbito positivo obliga por el momento, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, y ello no se puede hacer sin violentar el ordenamiento constitucional y legal.

En efecto, en el campo de la responsabilidad extracontractual administrativa, la noción

de falla del servicio no es una figura cuyo correlato sea precisamente la idea de culpa del derecho privado o laboral. Y debe quedar claro que la responsabilidad del Estado cuando el daño sea causado a sus mismos servidores, no sólo se puede originar por una falla del servicio, sino por cualquier otro título de imputación, que impediría obrar dentro del marco limitativo del artículo 216 del C.S.T., o de cualquier norma similar, porque lo que consagra es la responsabilidad subjetiva del empleador. Además, la noción de culpa en términos generales no puede quedar inmersa como una noción común al ordenamiento jurídico, el concepto de culpa en cada una de las ramas del derecho encuentra un marco de aplicación específico, de allí que no podremos hablar de un trasuntar entre la culpa civil, la penal, la laboral y la falla del servicio, como una categoría igual que irradia todas esas áreas. No pueden olvidarse las diferentes graduaciones de la culpa por ejemplo en materia civil, y las consecuencias que de dicha gradualidad se pueden derivar para uno u otro supuesto; cosa similar ocurre también si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, pues en la primera, la culpa en sus diversas formas puede comprometer la responsabilidad, en cambio en la segunda, no admite graduación alguna.

Las tesis atrás señaladas han sido aplicadas de forma reciente por las Subsecciones de la Sección Tercera, sin que se haya mencionado una suerte de imposibilidad de acudir a la reparación directa cuando exista un vínculo contractual o legal y reglamentario, y/o una obligación de acudir primero a la sede ordinaria.

En ese sentido, como en este asunto se pretende la reparación de los perjuicios de orden extrapatrimonial causados por las demandadas, la acción de reparación directa resulta procedente. Considerar lo contrario limita el alcance de la responsabilidad del Estado -artículo 90 de la Constitución Política-, dado que impone la obligación a los interesados de acudir previamente a la sede ordinaria, negándoles su derecho de acción ante esta jurisdicción, a través del ejercicio de la acción de reparación."

En consecuencia, si bien el señor DAVID ARROYO VIDAL (Q.E.D.P) era trabajador del contratista PC COM S.A., hecho que no está en discusión, lo cierto es que, el presente proceso se centró en el reconocimiento de una responsabilidad extracontractual del Estado (Rama Judicial) comoquiera que, el trabajador perdió la vida en el ejercicio de una actividad peligrosa que se ejecutaba en vehículo de propiedad de dicho ente y cuyo conductor era empleado de aquel, es decir, se le imputa una falla del servicio a la RAMA JUDICIAL por un actuar negligente del servidor público, mismo que generó perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales a los señores JOSE LUIS ARROYO VILLEGAS, CLARA YENSI VIDAL ARDILA, CARMELITA VILLEGAS DE ARROYO y AGRIPINA ARDILA DE VIDAL, terceros ajenos a la relación laboral.

Es procedente el presente incidente de nulidad con fundamento en el numeral 1° del artículo 133 del C.G.P., debe atenderse a la solicitud de falta de jurisdicción o competencia comoquiera que, todo el proceso se ve afectado por la misma, y en atención a que el presente asunto corresponde a un proceso que debe conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

IV. PETICIONES

PRIMERA: Decretar la nulidad procesal ante la FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA del Juez Laboral para conocer el presente proceso en el cual se solicitan el reconocimiento de una responsabilidad extracontractual de la Nación- Rama Judicial con ocasión a una falla en el servicio que produjo el fallecimiento del señor DAVID ARROYO VIDAL, de conformidad con los argumentos esbozados en el presente escrito.

SEGUNDA: Remitir el presente proceso a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente al Consejo de estado para que resuelvan las apelaciones presentadas por las partes contra la sentencia de primera instancia No. 091 del 10/05/2018 emitida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dejando incólume las etapas surtidas en el proceso de reparación directa tramitado bajo la radicación No. 760013331007201101675-01

V. ANEXOS

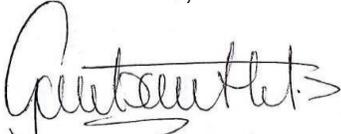
1. Sentencia del Consejo de Estado con radicación 10504 del 25/06/1997

2. Sentencia del Consejo de Estado con radicación 66001-23-31-000-1996-03409-01(15967) del 08/11/2007
3. Sentencia SU 449 de 2016 expedida por la Corte Constitucional
4. Sentencia del Consejo de Estado con radicación 68001-23-31-000-2010-00695-01(48574) del 26/07/2021
5. Auto 1517 de 2022 expedido por la Corte Constitucional
6. Salvamento de voto Consejo de Estado con radicación 18001-2331-000-2011-00117-01 (68668)

VI. NOTIFICACIONES

El suscrito y mi representada en la secretaria de su despacho, en la Avenida 6ABis No.35N-100 Oficina 212 de la ciudad de Cali y en el correo electrónico notificaciones@gha.com.co

Del Señor Juez;



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C.S. del C.S. de la J.

**ACCIDENTE DE TRABAJO - contrato de obra pública/ JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA – Competencia. Accidente de trabajo en
obra pública / CONTRATISTA DE OBRA PUBLICA - Responsabilidad
administrativa / ACCION INDEMNIZATORIA POR TRABAJOS PUBLICOS -
Accidente de trabajo / ACCION DE REPETICION CONTRA EL CONTRATISTA -
Indemnización por trabajos públicos**

La Sala a primera vista advierte con respecto al caso que se examina que la Empresa de Energía de Bogotá aparece como propietaria de la obra, que la demandada contrató con un particular la ejecución de la obra y que éste a su vez se hizo a los servicios del señor Capolicán Rojas para acometer los trabajos en colaboración con otro grupo de personas. Tal situación conlleva a pensar que el damnificado no sólo tenía la posibilidad de demandar al contratista por la vía ordinaria la indemnización de los servicios que sufrió con ocasión de los referidos hechos, sino que también podía accionar contra la entidad acudiendo a la jurisdicción contencioso administrativa porque 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 y el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a aquéllos, 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. Cuando el daño se produce por accidente de trabajo, los damnificados tienen dos acciones diferentes. De un lado la derivada del contrato de trabajo con el contratista o sub - contratista de la administración. Y de otro lado la acción indemnizatoria por trabajos públicos contra la entidad propietaria de la obra. La primera es de competencia de la justicia ordinaria, mientras que la segunda, señala que es del resorte de esta jurisdicción. En esta última eventualidad subraya que la acción de los damnificados es directa y personal sin perjuicio del derecho que le asiste a la administración de repetir contra el contratista cuando a ello haya lugar.

NOTA DE RELATORIA: Se mencionan los Exps. 7193 de 8 de abril de 1994; Exp.6794, Actor: María Amanda Díaz de Ochoa; Ponente Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, Exp. 6761, Actor: Libardo Mayorga, Ponente Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.; Exp. 8814, de septiembre 23 de 1994, Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Santafé de Bogotá, D.C., Junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997)

Radicación número: 10504

Actor: CAPOLICAN ROJAS HERNÁNDEZ

Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ

Pasa la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del demandante contra el auto dictado por esta sección el 24 de enero de 1996, proveído por el cual se declaró que es nula toda la actuación surtida en este proceso por falta de jurisdicción.

La providencia recurrida

La providencia que dictó la Sala motivo de reposición declaró la nulidad de todo lo actuado en esta jurisdicción porque entendió que el demandante solo podía exigir el resarcimiento de los perjuicios frente al contratista y por la vía ordinaria, y no de la administración, pues el Consorcio Paez Ramos López lo incorporó bajo su total responsabilidad para que colaborara en el desarrollo de los trabajos público que se había comprometido realizar en favor de la Empresa de Energía de Bogotá.

De la referida providencia se retiene los siguientes apartes:

"Dado que el libelista enmarca las lesiones sufridas por el demandante como consecuencia de lo que la legislación laboral reconoce bajo el concepto de accidente de trabajo, de modo exclusivo y sin ninguna circunstancia que vincule a la administración demandada, la Sala revocará el auto impugnado para optar por la declaratoria de nulidad que solicita el memorialista, pues según se afirma, el daño se produjo cuando la víctima desempeñaba su contrato laboral con el consorcio Páez - Ramos, contratista de la administración.

"Para el ad - quem, la pauta mas sobresaliente en la apreciación de los hechos se desprende la noción que recoge la legislación laboral: "se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo".

"En concepto de Krotoschin, "con ocasión del trabajo" significa, en síntesis, "trabajando...".

"Con esa perspectiva la Sala ha venido considerando, en decisiones anteriores, que "...la indemnización a que tiene derecho, deriva directa o indirectamente del contrato de trabajo o de relación legal y reglamentaria y no de una falla o falta del servicio que compromete la responsabilidad de la administración". (sentencia de 8 de abril de 1994, 7193).

"Bajo esa misma orientación se encaminaron, entre otras, las decisiones tomadas en los procesos 6794, actor María Amanda

Díaz Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez y 6761, actor Libardo Mayorga, con ponencia del Consejero Juan de Dios Montes.

"Consecuentemente, para la Corporación ha de concluirse que la jurisdicción contenciosa administrativa no está llamada a conocer esta controversia, pues para ello existe, por disposición legal, la jurisdicción ordinaria laboral (decreto 4133 de 1948)." (pag. 62 - 63, C.1)

El recurso de reposición.

El mandatario judicial de la parte actora en escrito sustentatorio del recurso solicita la revocación de la providencia recurrida porque en su criterio dicho pronunciamiento va en contravía de la jurisprudencia de la Sala en la cual para casos similares ha sostenido que el damnificado puede demandar la indemnización de los perjuicios que hubiese sufrido siempre que provenga de la ejecución de trabajos públicos a la entidad que contrato la obra pública con el particular para cual trabaja el actor.

Del referido escrito se destaca lo siguiente:

"A) El hecho segundo de la demanda nos dice que el señor Capolicán Rojas trabajaba con el consorcio Páez Ramos López.

"B) El hecho cuarto afirma que el citado consorcio por cuenta de la Empresa de Energía estaba instalando unos postes en el municipio de la Mesa.

"C) El hecho quinto nos explica lo que le ocurrió al demandante.

"D) El hecho 10 dice en que consistió la falla del servicio endilgada a la entidad pública demandada en el presente proceso.

"E) El hecho once cita jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

"F) El hecho doce afirma que se entabla una acción de responsabilidad extracontractual y no de carácter laboral ya que el demandante no tenía ningún vínculo laboral con la Empresa de Energía.

"Considero por tanto que el auto cometió un error al afirmar que no hay ninguna circunstancia que vincule a la administración. Si en el estado en que se encuentra el proceso no existe tal prueba, debido a que la petición de nulidad se produjo antes de que arribaran los documentos respectivos, informo al honorable Consejo de Estado que en la primera instancia ya se encuentran varias que vinculan a la Empresa de Energía. Entre ellos se encuentra el informe rendido por el ingeniero Francisco Gómez Molina, jefe de Salud Ocupacional que acompañó con este escrito.

"EL CONSEJO DE ESTADO SI HA CONOCIDO DE PROCESOS SIMILARES AL PRESENTE.

"Yo presenté esta demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo seguido por la lectura de la jurisprudencia de la Sección Tercera que en muchas oportunidades se ha declarado competente para conocer de procesos en los que un trabajador de una entidad pública es víctima de un accidente y la demanda se enfoca como proceso de responsabilidad extracontractual.

"Recordemos algunas de esas providencias. En sentencia de julio 8 de 1994, con ponencia del doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, (sic) expediente 8517 actor Juan de Dios Manrique, (sic) se estudió el caso del accidente ocurrido al trabajador de Telecom Durango Pérez quien sufrió una electrocución mientras estaba laborando para el citado establecimiento. El Consejo de Estado se declaró competente del caso y falló.

"En sentencia de septiembre 23 de 1994 con ponencia del doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, (sic) dentro del expediente 8814 se estudió otro caso parecido. El menor Julio Manrique Garcés trabajaba en Bucaramanga en las obras de remodelación del Palacio de Justicia. El fue contratado por el contratista o subcontratista y cuando colocaba un andamio se cayó y falleció. Fue un accidente de trabajo y sin embargo sus deudos escogieron la jurisdicción administrativa para demandar. La sentencia en su página siete dice que los damnificados por la muerte de Julio Manrique Garcés tenían dos acciones diferentes: la laboral, derivada del contrato de trabajo y la segunda, la acción indemnizatoria por trabajos públicos que fue la que escogieron. En el presente caso esta fue la que escogió el suscrito, y con anterioridad a las dos citadas existen otras, pronunciadas antes de presentarse la demanda de Capolicán Rojas en las cuales el honorable Consejo de Estado se declaró competente.

"Recordemos como el caso estudiado se refiere a la construcción de una obra pública contratada por una entidad de derecho público hipótesis en la cual el Consejo de Estado ha dicho que si se causan perjuicios a predios el perjudicado puede demandar al contratista o a la entidad pública, no obstante existe también la vía ante la jurisdicción común para que el damnificado demande al particular contratista. En el caso planteado por razones de equidad y de justicia con mayor razón se debe seguir la misma tesis porque está en juego la integridad física y muchas veces la vida de una persona, mas importante que los perjuicios causados a predios.

"DEBE TENERSE EN CUENTA LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL.

"Considero que lo importante es el reconocimiento de los derechos sustanciales del señor Capolicán Rojas los cuales serán desconocidos en su totalidad si se mantiene el auto impugnado porque la acción laboral se encuentra prescrita. El artículo 228 de la Carta, aplicado por la Sección Tercera en varios casos, entre

otros en providencia de junio 16 de 1994, ponente doctor DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ, expediente 9313, actor CILIA BEATRIZ SEPULVEDA, dice como en las actuaciones de la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial. Norma que se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2. del C.C.A y en el 4. del C de P.C lo esencial, lo básico, lo fundamental, es que los derechos del demandante no pierdan efectividad al interpretar leyes adjetivas si no que se le reconozcan". (fl. 65 - 68)

Planteadas así las cosas para resolver se CONSIDERA,

El auto objeto del recurso de reposición será revocado porque la Sala equivocó sus apreciaciones en cuanto aceptó que el pensamiento jurisprudencial contenido en la providencia de abril 8 de 1994 expediente 7193 dictado por esta sección era aplicable al caso sub - examine.

Antecedente citado como fundamento del auto recurrido:

En aquel caso, la realidad fáctica y jurídica se condensa en los siguientes puntos

a. - Que el día doce de enero de 1989 el señor Norberto Hincapié Bernal se encontraba laborando en las Empresas Públicas de Armenia en el oficio de recolector de basuras con un salario de \$32.500 mensuales.

b. Prestando dichos servicios el vehículo de propiedad de la entidad demandada le cercenó el dedo anular y le traumatizó los dedos índice y meñique de la mano derecha.

c. - Las labores que cumplía el señor Hincapié Bernal para el día del accidente eran ejecutadas por órdenes del señor Eduardo Quiñones Jefe de la Sección de Aseo de las Empresas Públicas de Armenia.

La Sala en este preciso caso luego de examinar y revisar la normatividad que reguladora de la relación jurídica del demandante y la entidad pública concluyó lo siguiente:

“LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA de conformidad a los acuerdos 43 de 1962 y No. 5 de 1963, incorporados al expediente, debidamente autenticados (fls. 1 a 23, C.4), son un establecimiento público. Por su naturaleza, sus servidores públicos, generalmente tienen la calidad de empleados públicos y, excepcionalmente, la de trabajadores oficiales; estos últimos vinculados a las labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, mediante contrato de trabajo, de conformidad al art. 292 del decreto 1333 de 1986. No obra en el expediente acto administrativo alguno que nos indique, por excepción, quienes son trabajadores oficiales, sin embargo, el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo (folio 2, C.4).

“El actor, sufrió un accidente de trabajo al momento de prestar los servicios como servidor público, en LAS EMPRESAS PUBLICAS DE

ARMENIA y estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales. La indemnización a que tuviese derecho, deriva directa o indirectamente del contrato de trabajo o de relación legal y reglamentaria y no de una falla o falta del servicio que compromete la responsabilidad de la administración.....

“Ya la Sala se ha pronunciado en el mismo sentido en autos del 26 de septiembre de 1991, expediente 6794, actor MARÍA AMANDA DÍAZ DE OCHOA y OTROS, Consejero Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ; 26 de septiembre de 1993, expediente No. 6761, actor LIBARDO MAYORGA, Consejero Ponente Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ”.

La Sala allí, para concluir que se trataba de un accidente de trabajo tuvo en cuenta que el demandante desempeñaba labores de sostenimiento de obras públicas y que la relación jurídica que surgió con la entidad demandada descansaba en un contrato de trabajo.

Se funda igualmente esta decisión es decir, la contenida en el expediente No. 7193 de abril 8 / 94 en que las personas que desempeñan esta clase de empleos para efectos de prestaciones e indemnizaciones prestacionales les es aplicable la legislación laboral el Código Sustantivo del Trabajo, lo que implica que los daños que sufran (en accidentes de trabajo) en cumplimiento de sus oficios sean demandables ante la jurisdicción ordinaria.

El caso motivo del recurso de reposición

Ahora bien, la controversia que ocupa la atención de la Sala se mencionan los siguientes hechos:

"En febrero de 1992 el señor Capolicán Rojas Hernández trabajaba con el Consorcio Patricia Páez Silva y Héctor Eduardo Ramos López, en el Municipio de La Mesa (Cundinamarca) vereda Las Palmas.

"El señor Capolicán Rojas ganaba como trabajador de este consorcio la suma de setenta y ocho mil (\$78.000.00) pesos mensuales.

"El consorcio estaba por cuenta de la Empresa de Energía de Bogotá instalando unos postes de concreto para transmisión de energía, en dicho municipio.

"El día 7 de febrero de 1992 se encontraba Capolicán Rojas Hernández en Compañía de los compañeros de trabajo Hernán Beltrán, Mauricio Prieto y Jorge Hector Escobar, los cuales estaban empujando un poste de concreto de propiedad de la entidad pública demandada, el cual cargaron en un zorro (aparato de dos llantas), el señor Rojas estaba en la parte de atrás cuando se rodó con el poste y éste se atravesó y le cogió la pierna a Capolicán Rojas.

"6. Luego de ocurridos los hechos sus compañeros de trabajo lo trasladaron a urgencia al Hospital de La Mesa, en un carro del consorcio, allí permaneció un rato y le hicieron unas curaciones.

"Como en el hospital no había ortopedista el cirujano lo envió a la Clínica Ortopédica la Cien en Bogotá donde le hicieron una operación.

"Como consecuencia de las heridas quedó con las siguientes secuelas:

"Fractura abierta de tibia y peroné.

"Miembro inferior izquierdo en tratamiento.

"Injerto de piel en pierna izquierda.

"Enfermedad Acidopéptica asintomática.

"Clínicamente tiene un retardo en la movilidad del cuello de pie izquierdo."

(f. 4 - 5, C.1)

La Sala a primera vista advierte con respecto al caso que se examina que la Empresa de Energía de Bogotá aparece como propietaria de la obra, que la demandada contrató con un particular la ejecución de la obra y que éste a su vez se hizo a los servicios del señor Capolicán Rojas para acometer los trabajos en colaboración con otro grupo de personas.

Tal situación lleva a pensar que el damnificado no solo tenía la posibilidad de demandar al contratista por la vía ordinaria la indemnización de los servicios que sufrió con ocasión de los referidos hechos, sino que también podía accionar contra la entidad acudiendo a la jurisdicción contenciosa administrativa porque 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 obra obedece siempre a razones de servicio y de interés general.

e. - Que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre y el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente aquéllos, 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.

Con respecto a lo dicho la Sala en fallo de 23 de septiembre de 1.994, dictado dentro del expediente 8814, con ponencia del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, precisó que cuando el daño se produce por accidente de trabajo, los damnificados tienen dos acciones diferentes. De un lado la derivada del contrato de trabajo con el contratista o sub - contratista de la administración. Y de otro lado la acción indemnizatoria por trabajos públicos contra la entidad propietaria de la obra.

La primera indica la sentencia es de competencia de la justicia ordinaria, mientras que la segunda, señala que es del resorte de esta jurisdicción. En esta última eventualidad subraya que la acción de los damnificados es directa y personal sin perjuicio del derecho que le asiste a la administración de repetir contra el contratista cuando a ello haya lugar.

De la referida providencia se retienen los siguientes apartes:

"Deja ver lo precedente que los damnificados con la muerte de Julio Manrique Garcés, tenían a su disposición dos acciones diferentes. De un lado, la derivada del contrato de trabajo que éste había celebrado con el señor Pedro Chaparro R subcontratista del señor Rafael Clavijo Escandón, contratista del Fondo Rotatorio. Y de otra, la acción indemnizatoria por trabajos públicos contra la entidad propietaria de la obra objeto de remodelación. La primera, con su legitimación radicada en cabeza de los herederos del trabajador fallecido y de competencia de la justicia ordinaria. Y la segunda, con legitimación a los damnificados por esa muerte, y por ese solo hecho, y de competencia de esta jurisdicción.

La mencionada acción laboral derivada del contrato de trabajo procedente contra el subcontratista o el contratista y no contra la administración, gracias a lo dispuesto por el art. 89 del decreto 222 de 1983, referido a los contratos de obra a precios unitarios (el aquí celebrado es de esa índole), en su inciso final, que a la letra dice:

"El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos .

"En cambio, los damnificados con la muerte del menor Julio Manrique Garcés (herederos o no) tenían también la acción indemnizatoria por los daños causados por ese trabajo público contra la entidad propietaria de la obra.

"En esta última eventualidad la acción de los damnificados es directa personal, no hereditaria.

"Y fue precisamente esta la instaurada en el presente caso. En esta hipótesis en virtud del mismo artículo 89 del decreto 222 de 1983 la administración podrá repetir contra el contratista.

"Para la Sala, hecha las precisiones anteriores, la sentencia merece confirmación, ya que hace suya la perspectiva manejada por el a - quo, en cuanto al problema de fondo: La responsabilidad del ente público por los daños causados con ocasión de un trabajo público. Aunque esta clase de responsabilidad es objetiva, hasta el punto que no habrá necesidad de probar la conducta irregular de la entidad dueña de la obra, en el presente asunto, como lo da a entender el a - quo, también puede hablarse de esa falla del servicio, por la inadecuada instalación del andamio que permitió la caída del menor y su fallecimiento".

Al pronunciarse en tal sentido, la Sala no hizo cosa distinta que reiterar su pensamiento jurisprudencial recogido en el expediente 4556, actor Gladys Mamby de Delgado, donde con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo la Corporación sostuvo 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 la mas de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración sin que por ello pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública, no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tiende a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano mas de la gestión estatal.

"En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de origen legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público.

"No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servicio público, en particular, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta a pesar de que el perjuicio se halla producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que

sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servicios públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las persona vinculadas a su servicio. Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; por esto no quiere decir que la administración no responda frente a estos."

Así las cosas, cabe reiterar que las convenciones o pactos celebrados entre la administración y los contratistas en las cuales establecen cláusulas de indemnidad de la entidad pública frente a terceros por daños derivados con ocasión de la ejecución de trabajos públicos no tienen efectos antes los particulares o el personal que el contratista hubiese incorporado para realizar la respectiva obra.

Para estos eventos se insiste, se mira como si la propia administración actuara "personalmente" es decir, que es ella misma la que interviene en la construcción de la obra, y por ende se predica que la responsabilidad es directa simplemente directa así como lo es la responsabilidad por el hecho de un funcionario o empleado público.

La administración para estos eventos solo podrá exonerarse probando la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el hecho de un tercero.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Revócase el auto de 24 de enero de 1996 dictado por esta sección y en su lugar dispone:

Confírmase el auto de 6 de octubre de 1994 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso del rubro.

Ejecutoriado el presente proveído devuélvase el expediente al tribunal de origen para que se continúe con el trámite del proceso. Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 24 de abril de 1997.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

CARLOS BETANCUR JARAMILLO JESUS MARIA CARRILLO
BALLESTEROS
Presidente de la Sala

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

DANIEL SUAREZ HERNÁNDEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ
Secretaria

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MUERTE POR ACCIDENTE DE TRABAJO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR DAÑOS CAUSADOS POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN

[N]o se demostró que en la ejecución de la obra pública adelantada por el Municipio [...] existiera la obligación de entibar las paredes de la brecha que se estaba abriendo para instalar el alcantarillado, porque esa medida no estaba técnicamente indicada, dado que por las condiciones del terreno sobre el cual se ejecutaba la obra y las dimensiones de la excavación no existía un riesgo cierto de que estas se derrumbaran, y tampoco se demostró que la circulación de los vehículos por la zona adyacente incidiera en la estabilidad del terreno. En esas condiciones el riesgo era imprevisible para la entidad. Y si no existía la obligación de adoptar las medidas de seguridad reclamadas en la demanda, no es posible inferir responsabilidad por omisión de las mismas, no debe perderse de vista que, conforme al criterio adoptado por la Sala, para que se produzca responsabilidad por omisión se requiere, en primer lugar, la existencia de una obligación concreta a cargo de la entidad demandada, que en este caso, se insiste, no se demostró que existiera.

PRUEBA TRASLADADA / ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA TRASLADADA / IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / RATIFICACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Cabe precisar que en el análisis del caso concreto se tendrán en cuenta los documentos traídos al proceso y los testimonios practicados en el mismo, así como la prueba documental trasladada de la investigación preliminar que por los hechos adelantó la Fiscalía [...], la cual fue remitida por esa misma oficina en copia auténtica [...], porque en relación con ésta se surtió el principio de contradicción, por cuanto han estado dentro de este proceso a disposición de la parte contra la cual se oponen, sin que le hayan merecido réplica alguna. Se advierte que no podrán ser valorados los testimonios recibidos en dicho proceso, porque no fueron ratificados en éste y su traslado sólo lo solicitó la parte demandante.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CALIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO / CALIDAD DE TRABAJADOR OFICIAL / TRABAJADORES DE CONTRATISTAS / SUBCONTRATISTA / TERCERO DAMNIFICADO

Diversos tratamientos por parte de la jurisprudencia de esta Corporación ha recibido el problema jurídico relativo a la determinación de la vía judicial o la acción idónea para exigir la responsabilidad extracontractual del Estado a propósito del daño antijurídico a él imputable por la acción u omisión de las entidades estatales y la responsabilidad laboral que concierne a las mismas en las relaciones que tiene con sus empleados y trabajadores, cuando el hecho dañino se ha producido con ocasión del desempeño laboral o por situaciones externas y ajenas a éste. [...] i.) El servidor estatal, sus sucesores o causahabientes podrán demandar, ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa laboral, según si su vínculo con la entidad fue un contrato de trabajo o una relación legal o reglamentaria, el pago de una indemnización plena por los daños sufridos con ocasión de la ejecución de sus servicios, por culpa del patrono, o podrán

demandar de la misma entidad el pago de la indemnización por el daño antijurídico imputable a la misma entidad pública, con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, pero la sentencia que se profiera en el proceso laboral tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa, con las precisiones arriba anotadas. ii) El trabajador de la firma contratista (o sus causahabientes y sucesores) podrá demandar en proceso ordinario laboral el pago de una indemnización plena, con fundamento en que el daño que sufrió es imputable a la culpa del patrono, o podrá demandar la indemnización integral en acción de reparación directa por haber sufrido un daño antijurídico, pero si en el proceso laboral llamó a responder solidariamente a la misma entidad estatal, la sentencia que se profiera en aquel proceso tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa. iii) El trabajador o sus causahabientes que demanden ante la jurisdicción ordinaria al particular contratista con quien hubieran celebrado un contrato de trabajo, con el fin de obtener la indemnización plena del daño, podrán optar por demandar ante la jurisdicción contenciosa, para perseguir del Estado la indemnización integral de los daños y perjuicios imputables a la misma, pero cuando en el proceso ordinario se dicte sentencia favorable a sus intereses, en el proceso de reparación directa podrá decretarse la excepción de pago, bien a solicitud de la entidad estatal o de manera oficiosa. iv) Los terceros damnificados con el daño, diferentes al trabajador, sus causahabientes o sucesores, podrán demandar ante esta jurisdicción la reparación de los perjuicios que hubieren sufrido como consecuencia del daño causado al trabajador, imputable a la entidad estatal demandada, al margen de que aquellos (el trabajador o sus sucesores o causahabientes), demanden en acción ordinaria laboral, o en acción de reparación directa, porque su pretensión tiene una fuente diferente, son ajenos a esa relación laboral y, por lo tanto, no los cubren los efectos de la cosa juzgada, ni puede oponerse a ellos el pago que se hubiera realizado a éstos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la acción idónea para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado cuando el hecho dañino se ha producido con ocasión del desempeño laboral o por situaciones externas y ajenas a éste, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, rad. 14002, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 24 de febrero de 2005, rad. 15125, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 7 de septiembre de 2000, rad. 12544, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 1 de marzo de 2006, rad. 15284, C. P. María Elena Giraldo Gómez.

TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Por consiguiente, no sólo se superó la limitación para acudir a esta Jurisdicción bajo la égida de la llamada regla a 'a forfait de la pensión' para cuando el daño obedece a la prestación ordinaria o normal del servicio, al permitir a la víctima o a sus causahabientes interponer la acción de reparación directa cuando el daño se ocasionó por hechos externos a esa relación laboral -tal es el caso del militar que perece en un accidente de tránsito-, sino que se puntualizó que el título de imputación de responsabilidad de la entidad estatal empleadora era el de la falla del servicio, es decir, por la acción u omisión de la misma en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes de protección de todos los ciudadanos en su vida, honra y bienes. Posteriormente, en el tercer estadio jurisprudencial, la Corporación al reconocer que los terceros afectados con el daño infligido al servidor público o trabajador oficial (Sentencia de 24 de febrero de 2005 Exp. 15.125), podían instaurar la acción de reparación directa, amplió los títulos de imputación cuando

la indemnización era demandada por los mismos, para señalar que podía derivar de la culpa –falla del servicio-, el riesgo excepcional o el daño especial, de acuerdo con el caso concreto. A esta inferencia arribó la Sala luego de distinguir los eventos que se debían entender como accidentes de trabajo y los que no se consideraban contemplados en dicha noción de conformidad con lo previsto en la legislación vigente para esa época (artículos 9, 10 y 11 del Decreto 1295 de 1994), y de diferenciar cuando el conflicto jurídico se originaba directa o indirectamente en un contrato de trabajo. En esta misma línea jurisprudencial la Sala, mediante Sentencia de 1º de marzo de 2006 (Exp. 15.284), tratándose de daños causados a personas que laboraban en la construcción de obras públicas, distinguió el título de imputación aplicable a los trabajadores vinculados con las entidades estatales, de aquellos vinculados con los contratistas o subcontratistas, para reiterar que en relación con los primeros se aplicaba el régimen de falla del servicio, en tanto que, en relación con los segundos, había lugar a aplicar también el régimen de riesgo excepcional.

DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

[L]os daños padecidos por quienes participen en la ejecución de obras públicas son imputables al Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política cuando se demuestre que tales daños se derivaron de una falla concretada en el sometimiento a un riesgo superior al que debían asumir al no haber adoptado las medidas necesarias para minimizar el riesgo. Por lo tanto: (i) Si el trabajador de la construcción sufre daños derivados de su negligencia de acatar las recomendaciones e instrucciones impartidas por el responsable de la obra, el daño le será atribuible a su propia culpa; (ii) Si a pesar de las reglamentaciones y advertencias, respetadas por el trabajador, el daño se produce por caso fortuito, se tratará de un típico accidente de trabajo, para cuya indemnización están previstas, igualmente, las indemnizaciones a for fait, y (iii) si el daño se produce como consecuencia de una falla del servicio atribuible a la entidad demandada o al contratista de la obra, deberá reconocerse al trabajador, o a quienes resulten afectados con el hecho, la indemnización integral por ese daño antijurídico.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

Por tratarse de la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado por falla del servicio por omisión, la Sala, en jurisprudencia que se reitera, ha considerado que en tales eventos, para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración del voto del consejero Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03409-01(15967)

Actor: LUÍS MARIO LÓPEZ GUTIÉRREZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 30 de octubre de 1998, mediante la cual negó las pretensiones formuladas en acción de reparación directa por los señores LUÍS MARIO LÓPEZ GUTIÉRREZ y OTROS, en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA. La sentencia recurrida será confirmada.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones.

El 7 de junio de 1996, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora MARÍA YOLANDA HERNÁNDEZ, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores LUÍS GONZALO, ELIO NELSON y EYDER JHONATAN LÓPEZ HERNÁNDEZ formuló demanda en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a la entidad por los daños y perjuicios que sufrieron como consecuencia de la muerte del señor LUÍS EVELIO LÓPEZ GUTIÉRREZ, ocurrida el 12 de septiembre de 1994, en esa ciudad, cuando se

dedicaba a trabajos de reparación de la vía, en el sector de la calle 21 con carreras 15 y 16, al caerle encima un bloque de tierra.

A título de indemnización por perjuicios morales, solicitaron el valor equivalente a lo que costaban 1.000 gramos de oro el 1° de enero de 1981, actualizados a la fecha de la sentencia, y a título de indemnización por perjuicios materiales, la suma que recibían como ayuda económica (lucro cesante) de su esposo y padre, actualizada de acuerdo con las fórmulas aplicadas por la jurisprudencia, suma que debía calcularse teniendo en cuenta los salarios y prestaciones que recibía el occiso, siendo este último valor equivalente a por lo menos el 25% del salario base.

Por esos mismos hechos, el 12 de septiembre de 1996, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores LUÍS MARIO, MARINO, JOSÉ FERNELY, HUVELIA, MARÍA IDALIA, JAIRO, HEBERT, LIBIA y EMILIANO LÓPEZ GUTIÉRREZ formularon demanda en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA.

Como indemnización por perjuicios morales solicitaron para cada uno de los demandantes, la suma que reemplace lo que costaban 1.000 gramos de oro el 1° de enero de 1981, actualizados a la fecha de la sentencia.

En providencia de 21 de marzo de 1997, el a quo resolvió acumular los procesos.

2. Fundamentos de hecho.

Los hechos relatados en ambas demandas fueron los siguientes: Para el mes de septiembre de 1994, el municipio de Pereira estaba adelantando mantenimiento del alcantarillado, sobre la calle 21, desde la carrera 14 de la ciudad, para lo cual suscribió contrato de obra con el Ingeniero Gonzaga Valencia Herrera, y contrato de interventoría con el Ingeniero Alexander Osorio. Para la ejecución de

las obras fue necesario abrir unas brechas. El señor Luís Evelio López Gutiérrez trabajaba como obrero en esa obra. El 12 de septiembre de ese año, mientras realizaba trabajos en el sector, se produjo un desbandamiento de las paredes de la brecha, que lo atrapó y le causó la muerte.

El daño se imputó a la entidad responsable de la obra pública, porque, según la demanda, el mismo se produjo por fallas de carácter técnico, dado que no se adoptaron las medidas de seguridad necesarias para proteger la vida de los obreros, como eran las de entibar o atracar las paredes, para evitar el desbandamiento, dado que el terreno se encontraba debilitado, en particular, porque la vía estaba habilitada para el tráfico de vehículos, lo que hacía previsible que, por efectos de la trepidación, pudiera presentarse un hecho de esa naturaleza.

3. La oposición de la demandada.

El Municipio de Pereira se opuso a las pretensiones de las demandas, con fundamento en que tanto la entidad como el contratista cumplieron a cabalidad con las obligaciones que les correspondían, el primero como propietario de la obra y responsable de la correcta prestación de los servicios, y el segundo como ejecutor de las obras pactadas y responsable del personal que vinculó para su cumplimiento.

El Municipio formuló las siguientes excepciones:

(i) Fuerza mayor, en consideración a que a pesar de los cuidados y precauciones se presentó el suceso: el derrubamiento de un pequeño talud, por la fuerza de la gravedad, que al desprenderse de manera extraña, causó la muerte del señor López Gutiérrez, hecho que era imprevisible y que fue irresistible para los ejecutores de la obra.

Adujo que sobre la vía se instalaron vallas de concreto y guaduas, atadas con cinta amarilla y negra, para alejar el tráfico vehicular a 1.50 metros, no sólo con el

fin de prevenir accidentes de tránsito, sino también para evitar que se dañara el pavimento. Destacó que para la época de ejecución del contrato, el tráfico vehicular por esa vía era mínimo y que en esas condiciones, la vibración del terreno era mínima, insuficiente para desestabilizar el terreno de una excavación de escasos 1.20 metros de profundidad y que, por lo tanto, no era previsible que, por efectos de la trepidación, pudiera derribarse una de las paredes de la brecha.

Agregó que, de acuerdo con las especificaciones técnicas estandarizadas de los profesionales de la ingeniería civil para la ejecución de obras públicas, para la construcción de brechas para alcantarillado de 0 a 2 metros de profundidad no se requerían entibados, cuando los terrenos mostraban estabilidad, no estaban bajo agua, ni sometidos a corrientes de aguas, y que todas esas características las presentaba el terreno donde se ejecutó la obra, por lo cual no se entibaron las paredes de las brechas de alcantarillado.

(ii) Pagos por concepto de indemnización por muerte, por salarios, prestaciones sociales y gastos funerarios, efectuados por el Ingeniero Valencia Herrera, a la señora María Yolanda Hernández, cónyuge del occiso, quien renunció a iniciar acciones penales, civiles o de cualquier naturaleza, por haber sido indemnizada totalmente, pagos que beneficiaron al municipio en tanto propietario de la obra pública.

(iii) Falta de legitimación por activa, porque la familia del occiso, al recibir la indemnización por la muerte del señor López Gutiérrez, subrogaron en el contratista, quien efectuó los pagos, los derechos a reclamar por ese hecho, conforme a lo previsto en los artículos 1666 a 1670 del Código Civil.

4. El llamamiento en garantía

En ambos procesos, el municipio de Pereira llamó en garantía a los Ingenieros Gonzaga Valencia Herrera y Alexander Osorio Patiño, y a la Compañía Agrícola de Seguros S.A. Mediante autos de 31 de julio y 8 de noviembre de 1996, el

Tribunal a quo admitió los llamamientos en garantía; dispuso la notificación personal de los llamados y la suspensión del proceso hasta que venciera el término señalado para que éstos comparecieran, sin que dicho término excediera de 90 días. Los llamados fueron debidamente notificados y dieron respuesta al llamamiento y a la demanda en forma oportuna.

Los fundamentos de cada uno de los llamamientos y las respuestas dadas a los mismos, en ambos procesos, fueron los siguientes.

(i) El Municipio llamó en garantía al Ingeniero Gonzaga Valencia Herrera, con quien celebró el contrato de obra pública No. SOPM-008-94, por un valor de \$158.151.001,75, un término de 110 días y cuyo objeto fue la *“ampliación, pavimentación, cambio de redes de acueducto, alcantarillado, mejoramiento de alumbrado público en la calle 21, carreras 14 y 18”*, en el cual se convino que el contratista respondería civilmente por los perjuicios que causara a terceros en desarrollo del mismo; prestó garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y se comprometió a mantener vigente una póliza de seguros para amparar responsabilidad civil, seguros de vida y accidentes, para proteger al personal vinculado a las obras, y como el accidente lo sufrió un trabajador de la obra, dentro del término de ejecución y en un tramo de la misma, en el evento de que se considerara que la entidad fue responsable de su muerte, por haber ocurrido las fallas técnicas de que trata la demanda, deberá ser el contratista el llamado a sufragar la condena correspondiente.

El llamado formuló la excepción de culpa exclusiva de la víctima. Adujo que el accidente se produjo porque el señor López Gutiérrez, de manera imprudente y contrariando las normas de seguridad impartidas se expuso arbitrariamente al peligro. Aseguró que a todos los trabajadores se les impartieron instrucciones sobre el banqueo de la obra y se les recomendó que a medida que fueran excavando debían entibar o atracar las paredes y, que por eso, se les entregaron los respectivos materiales, tales como guaduas, estacones y madera, pero que el occiso a pesar de haber sido advertido del peligro y de haber aceptado las

instrucciones, fue renuente a usar los equipos de seguridad, sin que esa omisión hubiera podido ser advertida por el responsable de la obra, porque no podía destinarse a cada trabajador otra persona que vigilara el cumplimiento de dichas medidas. Aclaró que no era posible destinar un trabajador a excavar y otro a trancar las paredes, porque en una brecha sólo era posible que trabajara una sola persona.

Adujo que a la familia del occiso se le pagaron los perjuicios, según el acta de indemnización, en la cual consta, además, que los demandantes manifestaron quedar colmados en sus aspiraciones, y que el trabajador estaba debidamente asegurado por parte del empleador. Subsidiariamente, solicitó que en el evento de que se profiera condena en su contra, ésta se redujera en un 95%.

Señaló que la indemnización reclamada era excesiva, porque los perjuicios morales, como de todos modos tienen relación con el aspecto patrimonial, sólo pueden ser reclamados por quienes convivieran con el occiso; que las obligaciones de los padres eran compartidas por partes iguales y, por lo tanto, el padre no estaba obligado a entregar todo su patrimonio sino sólo el 50%, que es la carga que la ley le exige cumplir.

El Ingeniero, a su vez, llamó en garantía a la compañía Seguros de Vida del Estado S.A., con fundamento en las pólizas de seguro colectivo de vida No. 14843 y de responsabilidad No. 94484982. Mediante auto de 28 de noviembre de 1996, el Tribunal a quo aceptó el llamamiento y dispuso la notificación personal a la compañía. Surtida la notificación, la aseguradora dio respuesta oportuna al llamamiento. Manifestó que, en relación con la póliza No. 14.843, ya se cumplió la obligación convenida, porque ya había indemnizado al asegurado por la suma de \$2.467.500, y que en relación con la póliza de responsabilidad civil extracontractual No.9448498, por tratarse de un empleado del asegurado, por sustracción de materia, quedaba excluido del amparo.

(ii) El Municipio llamó en garantía al Ingeniero Alexander Osorio Patiño, con quien celebró el contrato de consultoría No. SOPM- 025-94, por \$9.586.830, por un término de 120 días, con el objeto de que ejerciera la interventoría de la obra contratada con el Ingeniero Valencia Herrera, en el cual se comprometió a ejercer la supervisión y vigilancia en la ejecución de la misma y a asumir toda la responsabilidad por cualquier demanda o reclamación contra el Municipio de Pereira o sus funcionarios, por cualquier tipo de daño proveniente de sus actos u omisiones, y en el caso concreto, el interventor presuntamente incurrió en culpa grave en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, relacionadas con fallas de carácter técnico que causaron la muerte del señor López Gutiérrez.

El llamado se opuso a las pretensiones. Afirmó que no era cierto que en el contrato de consultoría se hubiera convenido que el Municipio tuviera derecho a exigirle el reembolso total del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia; que tampoco era cierto que hubiera incurrido en culpa grave, dado que el contrato se cumplió a cabalidad dentro de los términos y con las técnicas exigidas para esa clase de trabajos, como lo señaló la entidad demandada en el escrito de respuesta a la demanda, y que prueba de que no había incumplido sus obligaciones era que la Secretaría de Obras Públicas no le había hecho ningún requerimiento, ni en la liquidación del contrato se le había hecho ninguna observación.

(iii) El Municipio llamó en garantía a la Compañía Agrícola de Seguros S.A., con quien suscribió la póliza No. 10457 vigente desde el 01 de abril de 1994 al 01 de abril de 1995, con un límite global único para daños a personas y daños materiales por \$300.000.000, para amparar *“la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado por los perjuicios físicos y materiales a terceros y por los que resulte civilmente responsable, como consecuencia de las actividades propias en el desempeño de su objeto social”*.

La compañía adujo que en relación con el llamamiento en garantía debía tenerse en cuenta que en las condiciones generales de la póliza se había pactado que por cada evento habría un deducible a cargo del asegurado, que era del 10% sobre

cada posible indemnización, con un mínimo de \$10.000.000; además, que para ese momento se tramitaban varios procesos contra la entidad y contra las Empresas Públicas de Pereira, que estaban asegurados con la misma póliza, y que era posible que en el caso de una remota pero eventual condena, se encontrara totalmente agotado el tope máximo asegurado, por lo que la aseguradora no tendría que responder a la entidad.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, coadyuvó plenamente las excepciones de inexistencia del nexo causal, pago y falta de legitimación por activa propuestas por el Municipio de Pereira. Además, formuló la excepción de falta de jurisdicción, porque el señor Luís Evelio López falleció mientras cumplía con una obligación laboral, contraída con el Ingeniero Gonzaga Valencia, por lo que la jurisdicción competente para conocer del asunto era la ordinaria.

5. La sentencia recurrida.

Consideró el Tribunal que el daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la muerte del señor Luís Evelio López era atribuible a la propia víctima, quien había desatendido las instrucciones al abrir la brecha, porque debía hacerlo en forma vertical y él desvió el eje de la excavación y, además, tampoco estaba utilizando el casco protector al momento del accidente.

Agregó que, conforme a la prueba que obraba en el expediente, no era necesario realizar el entibamiento de la brecha, porque su altura no superaba los 1.20 metros y el terreno era muy estable, es decir, que *“ni era práctico estibar ni el terreno lo ameritaba”* y, en consecuencia, que el daño no era imputable a la entidad.

6. Lo que se pretende con la apelación.

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia impugnada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda. Adujo que en el caso concreto hubo falla en el servicio, la cual consistió en la falta de medidas de

seguridad que debieron adoptarse en el sitio de trabajo, con el fin de evitar el daño, que era previsible, en consideración a las condiciones del terreno.

Afirmó que el dictamen pericial debía leerse en forma integral y que en él constaba que eran viables los puentes de tierra para proteger a los trabajadores, los cuales no se hicieron y, además, que el tráfico no fue interrumpido en la zona, como lo manifestó el mismo Ingeniero Gonzaga Valencia, en el interrogatorio de parte, lo cual incidía en la estabilidad del terreno, que era excavado a 90 grados de ángulo, aunque la profundidad no superara los 1.20 metros, por lo que era necesario reforzar con otra clase de entibado.

Añadió que en las fotografías aportadas con el dictamen se podía observar que en varios lugares de la obra no existía un corte vertical, porque la losa de cemento que formaba parte de la vía estaba en el aire, lo que indicaba que el terreno no era tan firme y que, inclusive, se veían lugares donde estaba excavada la pata.

También señaló que no tenía explicación el hecho de que un trabajador tan correcto, como lo calificaron los testigos, cometiera tantos errores y si además era cierto que ejercían sobre la obra y sus trabajadores una vigilancia tan permanente, tuvieron que haber visto cuando el obrero violó las órdenes y, por lo tanto, debieron ordenarle que corrigiera los errores.

Controvirtió el testimonio del señor John Jairo Carvajal, quien aseguró que al occiso le gustaba “guaquiar”, porque, aseguró, el terreno ya había sido trabajado antes, cuando se instaló el primer alcantarillado y, por lo tanto, había sido alterado.

Concluyó que, por las razones anteriores, en el caso concreto no se acreditó la culpa de la víctima y sí, por el contrario, la responsabilidad de la entidad demandada, no sólo en razón de la peligrosidad de la actividad, que daba lugar a una responsabilidad objetiva, en tanto que, quien crea el riesgo tiene la carga de soportar sus consecuencias, sino porque, además, hubo fallas en la operación, atribuibles al constructor, quien expuso a los trabajadores a un peligro como el que se presentó en el caso concreto, y porque los obreros que trabajan en obras

públicas no tenían que soportar ningún detrimento por el hecho de estar cumpliendo sus funciones, por lo tanto, que todo daño que sufrieran en esas circunstancias era antijurídico.

7. Actuación en segunda instancia

Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones hicieron uso la parte demandante y el Ministerio Público.

7.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso; además, citó apartes de los testimonios rendidos en el proceso y de la jurisprudencia de la Corporación sobre la culpa de la víctima, para concluir que en el proceso no había prueba de que hubiera actuado de manera diferente, es decir, que hubiera realizado un corte del terreno diferente al ordenado, ni que su conducta hubiera tenido incidencia causal en el daño; en particular, destacó que la omisión del uso del casco protector no tuvo incidencia en el daño, porque, según el acta de necropsia, la causa de la muerte fue un golpe cerrado de tórax y no de cráneo.

7.2. El Ministerio Público solicitó que se declarara la nulidad del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 140-1 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto al momento de su muerte, el señor López Gutiérrez se hallaba vinculado laboralmente con el contratista del municipio, ejecutor de la obra pública y falleció en ejercicio de las labores propias de su vinculación, es decir, que se trató de un accidente de trabajo y, por lo tanto, la jurisdicción competente para dirimir el conflicto relacionado con la responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados en el accidente de trabajo, por la presunta culpa del patrono era de competencia de la jurisdicción laboral.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso de doble instancia, seguido contra el municipio de Pereira, por la muerte de un trabajador de una obra pública, como más adelante se explicará.

1. El daño sufrido por los demandantes

1.1. El señor Luís Evelio López Gutiérrez falleció el 12 de septiembre de 1994, en el municipio de Pereira, según se acreditó con el acta del levantamiento del cadáver (fl. 2-3 C-3); el protocolo de las necropsias médico legales, en el cual se concluyó que el fallecimiento se produjo por “trauma cerrado de tórax y abdomen de origen traumático contundente” (fls. 34-5 C-3), y el certificado del registro civil de la defunción (fl. 9 C-1).

1.2. Igualmente, está acreditado el vínculo que unía al señor Luís Evelio López Gutiérrez con los demandantes, así: (i) los señores Hever, José Fernely, Libia, Huvelia, María Idalia, Jairo, Luís Mario, Emiliano y Julio, demostraron ser los hermanos del señor Luís Evelio López Gutiérrez, porque en los certificados de la copia de la partida eclesiástica del primero de los demandantes¹ y en las copias de las actas de los registros civiles del nacimiento de los demás demandantes y del occiso consta que todos eran hijos de los señores Benjamín López y Aurora Gutiérrez (fls. 9, 11, 13, 15, 17, 18, 20, 22, 24, 27 y 29 C-2); (ii) la señora María Yolanda Hernández Restrepo demostró ser la cónyuge del señor Luís Evelio López Gutiérrez con el certificado del registro civil de matrimonio (fl. 56 C-1), y (iii) Luís Gonzalo, Helio Nelson y Eider Jhonatan demostraron ser sus hijos con la copia del acta de los registros civiles de su nacimiento (fls. 6-8 C-1).

Ahora bien, la demostración del matrimonio así como del parentesco en el primero y segundo grados de consanguinidad entre la víctima y los demandantes,

¹ Documento que tiene valor probatorio, de conformidad con lo establecido en la ley 92 de 1938, conforme al cual las partidas eclesiásticas eran idóneas para acreditar situaciones del estado civil de las personas ocurridas durante su vigencia, la cual se extendió hasta la entrada en vigencia del artículo 105 del Decreto 1260 de 5 de agosto de 1970, y el señor Hever López Gutiérrez nació el 23 de mayo de 1938, según consta en dicho documento.

unida a las reglas de la experiencia, permiten inferir el dolor moral que éstos sufrieron con la muerte de aquél.

Perjuicio que, en el caso concreto, aparece además acreditado con el testimonio que rindieron ante el a quo, los señores Jhon Jairo Galindo García, Gloria Amparo Patiño Mejía y Efigenia Martínez (fls. 27-32 C-4). Los dos primeros aseguraron que eran vecinos y amigos de la familia materna del señor Luís Evelio López, en la ciudad de Pereira, y la segunda de la familia que éste conformó con la señora Yolanda Hernández, con quienes vivía en Desquebradas y que por eso les constaba el profundo dolor que les causó la muerte del hermano, del esposo y padre y los perjuicios económicos que padecieron por la pérdida de la ayuda económica que éste les brindaba.

2. El hecho causante del daño

Cabe precisar que en el análisis del caso concreto se tendrán en cuenta los documentos traídos al proceso y los testimonios practicados en el mismo, así como la prueba documental trasladada de la investigación preliminar que por los hechos adelantó la Fiscalía Veintidós de la Unidad Previa y Permanente de Pereira, Risaralda, la cual fue remitida por esa misma oficina en copia auténtica (fls. 11 C-4 y anexo 3), porque en relación con ésta se surtió el principio de contradicción, por cuanto han estado dentro de este proceso a disposición de la parte contra la cual se oponen, sin que le hayan merecido réplica alguna. Se advierte que no podrán ser valorados los testimonios recibidos en dicho proceso, porque no fueron ratificados en éste y su traslado sólo lo solicitó la parte demandante.

Con fundamento en esas pruebas se concluye que la muerte del señor Evelio López Gutiérrez ocurrió como consecuencia de un accidente mientras se hallaba laborando en la construcción de una obra pública. La anterior conclusión se obtiene de las siguientes pruebas:

2.1. El acta del levantamiento del cadáver, practicado por el Inspector de Policía (fls. 2-5 C-3), en la cual se dejó constancia de que, conforme a la hoja de la historia clínica, la manera probable de muerte fue la siguiente: “cuando laboraba como obrero en la pavimentación de vías y alcantarillado en la calle 21 con carrera 16 de esta ciudad, le cayó un barranco y lo tapó, obra a cargo del Ingeniero GONZAGA”.

2.2. En el “informe médico de lesiones presuntamente profesionales” suscrito por profesional de la Clínica Pio XII del Instituto de Seguros Sociales (fl. 33 C-3), consta la siguiente impresión diagnóstica: “Le cayó alud de tierra, ‘estaba haciendo una brecha’...Ingresó paciente sin movimiento respiratorio, no ruidos cardíacos ni pulso...Llegó muerto”.

2.3. El testimonio rendido ante el a quo, por el señores Rodrigo Osorio Colonia, supervisor de la obra (fls. 35-37 C-4), quien aseguró que el señor López Gutiérrez fue golpeado por un desprendimiento de tierra, de aproximadamente medio metro cúbico, junto con el afirmado de la vía, de 15 centímetros, aproximadamente, pero no con la losa, porque ésta no se desprendió y que ese golpe le causó la muerte.

2.4. El señor John Henry Mora Galvis (fls. 38-40 C-4), manifestó que para el momento del accidente laboraba como coordinador de proyectos de la Secretaría de Obras Públicas Municipales y que entre sus funciones estaba la de visitar la obra, por tratarse de un proyecto del plan vial municipal, por lo que el día del accidente visitó el lugar donde éste había ocurrido y se percató de que existía un pequeño desmoronamiento “en el suelo constitutivo del material de subrasante, dado que la losa del pavimento se encontraba retirada del sitio de trabajo...lo que se desprendió fue tierra”, que según le informaron los responsables de la obra había caído sobre el cuerpo del señor Luís Evelio López.

2.5. La Fiscal Veintidós de la Unidad Previa y Permanente de Pereira, Risaralda, mediante providencia de 26 de diciembre de 1994 (fls. 45-49 C-3), resolvió

inhibirse de iniciar la respectiva investigación penal, “por ser atípica la conducta que originó la misma”. Esa decisión fue adoptada con fundamento en las siguientes consideraciones:

“No hay duda de que LÓPEZ GUTIÉRREZ laboraba en la ampliación de la vía calle 21 entre carreras 14 a la 18, desde el día cinco de septiembre hasta el día de su deceso, doce del mismo mes y año que avanza, se encuentra relacionado en el personal y estaba cobijado por la póliza de Seguros del Estado, es decir, no se encontraban desprovisto de seguridad social. Al parecer, se encontraba desarrollando su trabajo en la tierra y no en el pavimento, por esto fue que al desprenderse la tierra lo alcanzó a tapar ocasionándole las lesiones descritas en el protocolo de necropsia, las que por su naturaleza fueron contundentes y las que le produjeron la muerte por trauma cerrado de tórax y abdomen.

“No es evidente la culpabilidad dolosa o culposa en el deceso del señor LÓPEZ GUTIÉRREZ, pues de acuerdo a la prueba allegada se tiene que él era trabajador en la pavimentación, o sea, nadie le solicitó que hiciera lo que no le correspondía o con la intención de que le sucediera algo, más bien lo ocurrido fue accidental, conducta que no da lugar a una investigación penal, por cuanto no se ha violado una norma...”.

3. La idoneidad de la acción de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios por el daño sufrido por quien presta un servicio al Estado.

Frente a la demostración de que la muerte del señor Luís Evelio López Gutiérrez se produjo cuando, como empleado de un contratista de la entidad demanda, se dedicaba a la construcción de una obra pública, el análisis de este asunto en el cual se demanda la responsabilidad de la entidad pública por el daño sufrido por los actores con ocasión de esa muerte, impone el estudio de dos temas a saber: (i) la idoneidad de la acción de reparación directa; y (ii) el título de imputación cuando el daño proviene de la actividad de la construcción.

3.1. La jurisprudencia de la Sala

Diversos tratamientos por parte de la jurisprudencia de esta Corporación ha recibido el problema jurídico relativo a la determinación de la vía judicial o la acción idónea para exigir la responsabilidad extracontractual del Estado a propósito del daño antijurídico a él imputable por la acción u omisión de las

entidades estatales y la responsabilidad laboral que concierne a las mismas en las relaciones que tiene con sus empleados y trabajadores, cuando el hecho dañino se ha producido con ocasión del desempeño laboral o por situaciones externas y ajenas a éste.

Esa evolución fue precisamente reseñada en Sentencia de 1 de marzo de 2006² en un juicioso recuento que ahora la Sala se permite retomar, para sintetizar los criterios aplicados dependiendo de si se trata de la víctima directamente o frente a terceros afectados con el hecho, en los siguientes términos:

3.1.1. Frente a la víctima directa

3.1.1.1. Cuando se encuentra directamente vinculado con el Estado (empleado público o trabajador oficial)

i) Primera tesis: *“No es posible interponer la acción indemnizatoria ante la Jurisdicción Contenciosa por el daño sufrido por el agente del Estado para exigir su responsabilidad extracontractual”*

En Sentencia de 10 de diciembre de 1982, la Sección manifestó:

“...Los funcionarios públicos aceptan al posesionarse los riesgos propios de la actividad propia (sic) del respectivo cargo, y la Nación, por su parte, prevé la indemnización en caso de muerte en actos de servicio o en accidente de trabajo, en la forma que la responsabilidad ‘a forfait’ desplaza toda posibilidad de acudir a la indemnización por falla del servicio u ordinaria...”³.

En esta orientación, el agente público víctima de un daño y sin distinguir si éste se produjo por causa o por razón del empleo o por una falla del servicio, no se le permitía exigir mediante la acción indemnizatoria ante la Jurisdicción la responsabilidad extracontractual de la entidad pública empleadora, sino que el

² Expediente No. 14.002. En igual sentido, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 15125 y Sentencia de 7 de septiembre de 2000, Exp. 12.544.

³ Expediente 3.332. El régimen legal para aquella época estaba constituido por las Leyes 6^a de 1945 (art. 17. lit d) y 64 de 1946 (art. 11).

accidente laboral o la muerte sólo le otorgaba el derecho al reclamo de las prestaciones indemnizatorias predeterminadas en la legislación laboral.

ii) Segunda Tesis: *“Es viable el ejercicio de la acción indemnizatoria de reparación directa ante la Jurisdicción Contenciosa sólo por aquellos hechos externos que exceden el riesgo propio del servicio (falla del servicio).”*

Bajo este criterio, la Corporación distinguió entre el daño producido por un riesgo propio del servicio al cual estaba dedicada la víctima, del daño producido por falla, al cual se identificó como aquel externo a la prestación ordinaria o normal del servicio, es decir, hechos que exceden los riesgos propios de la actividad, para descartar en relación con los primeros (riesgo del servicio) la procedencia de la acción indemnizatoria (ahora de reparación directa), mientras que se reconoció frente a los segundos (externos al servicio).

Así, en Sentencia de Sala Plena de 13 de diciembre de 1983, y con ocasión de la demanda presentada por los daños sufridos por un militar, explicó la Sala:

“...al asumir mayores riesgos profesionales, se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinando un régimen de mayores prestaciones, dados sus riesgos especiales, sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio, el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufridas por un militar son causadas dentro del servicio que prestan, las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la represión del delito.

“(...) No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, sino que han sido causadas (sic) por falla del servicio, el funcionario, o el militar, en su caso, que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total.

“Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente, tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro, o aquél que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo, sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios de ejercicio: tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito, debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el

militar que perece en accidente de avión, debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos, la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley”.⁴ (Subrayado por fuera del texto original).

Según el criterio precedente, en los casos en que el daño se genera desligado a la prestación ordinaria o normal del servicio que presta el funcionario, teniendo como origen la falla en el servicio de la entidad pública, quien lo sufre o sus causahabientes tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud, pues en virtud del principio de igualdad -apunta- no sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho a ser protegido por el Estado y a indemnizarlo en esos eventos, circunstancias que habilitan el ejercicio de la acción indemnizatoria para perseguir en esta Jurisdicción la responsabilidad patrimonial del Estado, sólo que como solución para evitar el enriquecimiento sin causa, se dispuso descontar de la indemnización total la suma reconocida a título de prestaciones.

En Sentencia de 7 de febrero de 1995, la tesis anterior sufrió una variación importante en tanto se señaló que no había lugar a descontar de la suma a reconocer a título de indemnización plena, las sumas que la víctima hubiera recibido por las prestaciones laborales predeterminadas en la legislación laboral, tras aceptar que se trataba de obligaciones jurídicas con una fuente distinta. Esa misma sentencia al referirse a las acciones señaló la acción laboral como la idónea cuando la situación que origina el daño tiene su causa en el incumplimiento del patrono y la acción indemnizatoria de reparación directa cuando la situación que originó el daño tiene su causa en hechos u omisiones de la misma persona que es patrono, pero externa de esta situación, es decir, en este último caso, en el evento en que el daño se haya ocasionado en forma externa a la relación laboral.⁵

⁴ Expediente 10.807.

⁵ Expediente Sala Plena S – 247, fallo en el cual se recogió la Sentencia de 30 de octubre de 1989, Exp. 5275). En lo demás reiteró la posición.

En esta misma línea jurisprudencial, la Sección en Sentencia de 7 de septiembre de 2000, precisó:

“Finalmente para el ejercicio correcto de la acción, deben hacerse las siguientes precisiones:

“.Que con ocasión de un accidente de trabajo, esta última calificación, de trabajo, conduce y orienta a que la acción correcta es la laboral.

“.Que por fallas o culpas del llamado patrono pero sin relación o vínculo con el trabajo, la acción es:

“la de reparación directa, si el demandado es una autoridad sobre la cual tenga conocimiento la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, o

“la indemnizatoria civil, ante la jurisdicción ordinaria, si el demandado es una persona pública respecto de la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa no tiene conocimiento.

“En esas acciones, simplemente, enunciadas tienen estas otras connotaciones antecedentes:

“La laboral cuando la situación que originó el daño (hecho dañino) tiene su causa en el incumplimiento del patrono; ese hecho se califica de accidente laboral, respecto del trabajador o empleado, porque tiene que ver con el defecto, omisión o culpa en las obligaciones del patrono (cargas laborales).

“La acción indemnizatoria (o de reparación directa o civil ordinaria) cuando la situación que originó el daño (hecho dañino) tiene su causa en hechos u omisiones de la misma persona que es patrono, pero desligada o externa de esta condición Vgr. El trabajador que sale de las instalaciones de su patrono y le cae un objeto del techo; o el trabajador que sale del trabajo para su casa y un vehículo de su patrono lo atropella); ese hecho no se califica de accidente laboral, porque para que lo fuera tendría que haberse producido con ocasión directa del vínculo laboral o desempeño; es decir que el daño se ocasiona en forma externa a la relación laboral.

“(…)

“Cuando el daño es padecido por el trabajador pero aquel no tiene fuente en la relación laboral y ocurre en forma externa a esa relación “contractual o legal y reglamentaria”, tiene cabida la acción indemnizatoria; de esta manera la jurisprudencia garantiza que haya una indemnización plena a los perjuicios sufridos por los trabajadores sin nexo con el contrato.”⁶ (Subrayado por fuera del texto original).

De manera que, para determinar la acción de reparación directa como la idónea, se diferenció entre los daños sufridos por los trabajadores con ocasión, de una parte, del desempeño laboral y, de otra parte, de situaciones externas y ajenas a

⁶ Sentencia de 7 de septiembre de 2000, Expediente 12.554.

ese desempeño. En relación con los primeros se concluyó que daban lugar a prestaciones predeterminadas por la legislación laboral o *a forfait* descartando entonces la procedencia de la acción de reparación directa, mientras que en relación con los segundos se concluyó el derecho a reclamar la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a través de la acción de reparación directa.

3.1.1.2. Cuando es trabajador del contratista o subcontratista del Estado:

“Pueden demandar mediante la acción de reparación directa ante la Jurisdicción Contenciosa por los hechos dañinos a título de falla del servicio o de riesgo excepcional”

La Sala en Sentencia de 1º de marzo de 2006 (Exp. 15.284), aceptó la viabilidad de que el Estado respondiera patrimonialmente por vía de la acción de reparación directa por los daños inferidos a las personas vinculadas con sus contratistas, para lo cual se afirmó:

“...como el hecho dañoso se vincula a la ejecución de una obra pública, se harán anotaciones atinentes a la responsabilidad de la Administración en su condición de dueño de ésta, adelantando de entrada que cuando el daño lo padecen quienes intervienen en su ejecución, como trabajadores u obreros vinculados por el contratista o subcontratista de la Administración, la jurisprudencia los ha considerado para todos los efectos como verdaderos terceros, siendo aplicables como títulos de imputación de responsabilidad, los de falla probada, y en su defecto o ante la falta de prueba de ella, el de riesgo creado por el ejercicio de una actividad peligrosa, sin que éste último quede reducido al riesgo en exceso...
“(..)

“Cabe resaltar que cuando demandan los familiares del trabajador que falleció mientras participaba en la ejecución de una obra pública, se presentan dos situaciones claramente diferenciadas:

- la del trabajador vinculado mediante contrato de trabajo por la Administración y
- la del trabajador vinculado por un particular contratista, las cuales gozan de un tratamiento diverso, en lo que tiene que ver con el título jurídico de imputación.

“En efecto, sólo en el primer caso, cuando el trabajador es un servidor público vinculado al Estado y sufre un daño en desarrollo o en cumplimiento de la actividad para la cual fue contratado, el derecho a ser resarcido por ese daño surge únicamente cuando éste ha sido expuesto a un riesgo mayor al que está llamado a soportar en el marco de la relación laboral entablada con el Estado, dado que como se ha manifestado en varias oportunidades, los daños causados por el enfrentamiento al riesgo ordinario propio del cargo o actividad ejercida en forma remunerada, es cubierto por la ley en forma anticipada, mediante la denominada indemnización *a forfait*.

“En tanto que el trabajador que sufre un daño cuando participa en la ejecución de una obra pública, en desarrollo de un contrato de trabajo celebrado ya no con el Estado sino con un tercero, llámese contratista, subcontratista etc, es considerado para los efectos anotados como un tercero, siendo aplicable tanto el título de falla como el del riesgo creado, el cual debe definirse con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* que hace responsable de los perjuicios a quien crea la carga, sin las connotaciones existentes para cuando en la Administración se conjuga también la condición de patrono del trabajador”⁷.
(Subrayado extratextual).

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, el fundamento de esta distinción es la consideración de que el servidor público al vincularse a la entidad estatal asume los riesgos propios de la actividad que ejerce, en tanto que el trabajador que se vincula con el particular contratista es un tercero frente al Estado y, por lo tanto, ajeno a los riesgos derivados de una actividad que se ejecuta en beneficio de éste.

3.1.2. Frente a los terceros afectados con el hecho: *“Cuando la indemnización es demandada por terceros afectados indirectos con el daño sufrido directamente por el servidor del Estado, la acción idónea es la de reparación directa del conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa”*

A propósito de los terceros afectados con el hecho dañino, en sentencia de 24 de febrero de 2005 (Exp. 15.125), se realizaron las siguientes reflexiones:

“...Conforme a lo expresado, resulta claro que la acción de reparación directa no es el medio procesal procedente para solicitar la indemnización de los daños surgidos por causa o con ocasión de la relación laboral y, por lo tanto, de los denominados accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. No se trata en esos casos, en efecto, de una responsabilidad extracontractual del Estado, sino de una obligación determinada por la existencia previa de una relación laboral entre la entidad pública respectiva y el funcionario afectado, que se rige por disposiciones especiales. (...).

“Ahora bien, en el evento en que la entidad estatal respectiva no pague las prestaciones asistenciales y económicas que se originan en los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales -prestaciones que están expresamente previstas y tasadas en la ley, por lo cual se han denominado, según se ha visto, indemnización a forfait-, el funcionario deberá presentar ante aquella la respectiva reclamación y, si la solicitud es negada, interponer los recursos necesarios para agotar la vía gubernativa y formular, posteriormente, si es el caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto o los actos administrativos correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se trate de un conflicto jurídico que no se origine directa o indirectamente en un

⁷ Sentencia de 1º de marzo de 2006, exp. 66001-23-31-000-1996-05284-01(15.284)

contrato de trabajo. En caso contrario, la competencia será de la jurisdicción laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º del C.P.T.

“Debe precisarse, finalmente, que, cuando se trata de la indemnización de perjuicios causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad -sea que el primero pueda o no calificarse como accidente de trabajo y que la segunda constituya o no una enfermedad profesional-, la acción procedente será la extracontractual y, siendo el patrono una entidad pública, será la de reparación directa. El fundamento de la responsabilidad, por lo demás, podrá encontrarse en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

“Se advierte, sin embargo, que esta última situación planteada no corresponde a la prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual procedería imponer al patrono la obligación de pagar la indemnización total de los perjuicios sufridos por el trabajador, en el evento de demostrarse que aquél hubiere tenido culpa en la ocurrencia del accidente. Tal acción, como lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia, sólo puede ser formulada por la víctima directa del siniestro, o sus herederos, en su condición de continuadores de su personalidad, si aquél falleciere como consecuencia del mismo⁸, y, como lo prevé la misma norma, da lugar al descuento de las prestaciones en dinero que hubieren sido pagadas, del valor de la indemnización total y ordinaria que deba reconocerse por concepto de perjuicios.

“Tampoco corresponde dicha situación a la que se presenta cuando los beneficiarios del trabajador, como “acreedores laborales directos” (...), pretenden, por ejemplo, el pago de las prestaciones debidas al mismo o la efectividad de derechos como la pensión de sobrevivientes, el seguro de vida, el auxilio funerario, etc. La acción procedente, en este evento, sería, igualmente, de carácter laboral y tendría su fuente en el contrato de trabajo o en la relación legal y reglamentaria existente.”⁹ (Subrayado por fuera del texto original).

Como puede apreciarse, en la providencia transcrita se introduce un nuevo elemento jurisprudencial al distinguir no solo la actividad con ocasión de la cual se produjo el daño, sino a los reclamantes; en efecto, se precisó que: i) cuando la entidad no paga las prestaciones asistenciales y económicas que se originan en accidente de trabajo y enfermedades profesionales, el funcionario debía reclamar ante la entidad para provocar su pronunciamiento y en caso de negativa acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener su reparación; y ii) cuando la indemnización era demandada por terceros afectados indirectos con el daño sufrido directamente por el servidor del Estado, la acción idónea

⁸ Cfr. Cortes Suprema de Justicia, Sentencia de 8 de abril de 1987, Exp. 0562.

⁹ Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 15.125, criterio reiterado en sentencias de 5 de diciembre de 2005, Exp. 14.731 y de 1º de marzo de 2006, Exp. 14.002.

corresponde a la indemnizatoria de reparación directa y el título de imputación bien podía serlo la culpa, el riesgo, el daño especial u otro diferente.

En esa oportunidad, además se advirtió que la situación de esos terceros era diferente a la contemplada como indemnización plena por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que según la tesis de la Corte Suprema de Justicia, esa acción sólo se puede ejercitar por la víctima directa del siniestro o sus herederos en su condición de continuadores de su personalidad, en caso de que aquella falleciera.

La anterior jurisprudencia fue reiterada en Sentencia de 1 de marzo de 2006¹⁰, en la que se dirimió un proceso en que los demandantes fueron terceros (algunos parientes en diferentes grados de consanguinidad) afectados con la muerte de quien falleció en un accidente ocurrido con ocasión del vínculo laboral que tenía con una entidad pública, dentro de su jornada laboral y en cumplimiento de una comisión de trabajo, hechos que determinaron el fallo.

3.1.3. El título de imputación para ejercer la acción de reparación directa

Cada etapa dentro de la evolución jurisprudencial descrita en precedencia ha estado signada por un título de imputación por los daños producidos al agente vinculado al Estado o a los terceros afectados con el hecho dañino, que a la vez que determinó el régimen de responsabilidad del Estado empleador, también condicionó la titularidad y viabilidad para el ejercicio de las acciones de reparación directa o laboral en forma excluyente la una respecto de la otra.

La teoría del riesgo profesional fue la que inspiró el primer estadio de la jurisprudencia de la Corporación, pues con base en ella se propugnó que la reclamación prestacional de la indemnización excluía la posibilidad de generar

¹⁰ Expediente No. 14.002. Precisamente en esa sentencia se hizo el recuento de la evolución de la jurisprudencia en el tema y se insistió además que para que el servidor público pudiera demandar en reparación directa, el accidente debía haberse producido por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente.

una acción indemnizatoria por parte del agente del Estado en el contencioso administrativo, o dicho de otra forma la víctima o sus causahabientes no podían pretender más reparación de los derechos a la pensión de que es titular el agente trabajador en virtud de su estatuto laboral.¹¹

En efecto, esta tesis parte de la base conocida de que los accidentes de trabajo sufridos por un empleado o trabajador del Estado, originan el reconocimiento de prestaciones o de indemnizaciones preestablecidas en la legislación, según las secuelas o incapacidad para trabajar. Esas indemnizaciones prefijadas, consagradas en el régimen laboral para cubrir los perjuicios provenientes del accidente de trabajo, se fundamentan en el riesgo creado, toda vez que no son causadas por culpa del empleador, sino que derivan de la responsabilidad objetiva que a este legalmente le incumbe por vincular al agente en una actividad que de por sí involucra un riesgo.¹²

La teoría del riesgo profesional o responsabilidad objetiva, que animó en un primer momento la doctrina jurisprudencial de esta Corporación para no reconocer la idoneidad de la acción indemnizatoria con el fin de perseguir por este cauce la responsabilidad de la entidad empleadora, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, “en cierto sentido hizo a un lado la noción de culpa del empleador, que por ello dejó de ser indispensable para comprometer o no la responsabilidad del mismo, de donde surgió, como lógica consecuencia de esa teoría, la obligación de reparar el daño ocasionado por el riesgo profesional, aunque mediara el hecho del trabajador (salvo el doloso o gravemente culposos), el hecho de un tercero o la fuerza mayor; y el legislador tarifó el resarcimiento del daño. Por eso ahora, si el accidente ocurre por causa o con ocasión del trabajo, aunque ese acontecimiento corresponda a un imprevisto o suceso repentino al

¹¹ Vid. Sentencia de 10 de diciembre de 1982, Exp. 3.332.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sent. 17429, de 19 de febrero de 2002, M.P. Germán Valdés Sánchez (5726-1).

que es imposible resistir, el empleador, aun así, queda comprometido en su responsabilidad...”¹³

Así, en materia laboral estuvieron previstas las indemnizaciones por los accidentes de trabajo, que corresponde a la materialización del riesgo intrínseco a la actividad que desempeña el trabajador (indemnización *a for fair*) entre otras, en las siguientes disposiciones: Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, decreto 2351 de 1965 (actualmente en la ley 100 de 1993, decretos 1772 de 1994, 1832 de 1994, 1835 de 1994, 1837 de 1994, 1838 de 1994, 1859 de 1994, 2100 de 1995, 2150 de 1995 y 190 de 1996).

En el segundo estadio de la jurisprudencia del Consejo de Estado se acogió, aunque adaptado a los títulos de imputación que se manejan en el contencioso administrativo, el pensamiento según el cual era jurídicamente factible que existiera una indemnización diferente al pago de las prestaciones preestablecidas derivadas por hechos dañinos que se han producido con ocasión del desempeño laboral o por situaciones externas y ajenas a éste.

Esta apertura doctrinal en la jurisdicción contencioso encuentra su espíritu en varias fuentes, entre otras, lo anotado en su momento por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el monto de las indemnizaciones preestablecidas soportadas en la teoría del riesgo profesional, no es el total de lo que debiera pagar el patrono cuando el daño se causa por su culpa, razón por la cual resulta posible instaurar la acción de indemnización plena establecida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), para cuya prosperidad debe probarse dicha culpa del patrono en el accidente.¹⁴

De ahí que la citada corporación puntualizó esta distinción en materia de responsabilidad derivada del título de imputación en los siguientes términos:

¹³ Corte Suprema de Justicia, Ídem.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de abril de 1952, G. del T”, T. VIII, N° 65, pág. 157.

“Las indemnizaciones prefijadas que consagra el Código Sustantivo del Trabajo para los perjuicios provenientes del accidente de trabajo, tienen fundamento en el riesgo creado, no provienen de la culpa sino de la responsabilidad objetiva. Pero la indemnización total y ordinaria prevista en el artículo 216 de dicha obra, exige la demostración de la culpa patronal, que se establece cuando los hechos muestran que faltó “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos celebrados en beneficio de ambas partes.

“Para reclamar la indemnización prefijada le basta al trabajador demostrar el accidente y su consecuencia. Cuando se reclama la indemnización ordinaria debe el trabajador demostrar la culpa del patrono, y éste estará exento de responsabilidad si demuestra que tuvo la diligencia y cuidado requeridos.”¹⁵

Igualmente, a partir de consideraciones similares esta Corporación rectificó en la Sentencia de 13 de diciembre de 1983 -atrás comentada- su criterio inicial para dar paso a aquel de conformidad con el cual se puede producir un daño en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio por una falla en el servicio, en cuyo evento tanto la víctima como sus causahabientes pueden perseguir una indemnización plena, sólo que, según se precisó en la Sentencia de 7 de febrero de 1995, sería la acción laboral la idónea cuando el daño tiene su causa en el incumplimiento del patrono y la acción indemnizatoria de reparación directa cuando tiene su origen en hechos u omisiones externas a la relación laboral por parte del empleador estatal. Precisó la Sala lo siguiente:

“La [acción] laboral cuando la situación que originó el daño (hecho dañino) tiene su causa en el incumplimiento del patrono; ese hecho se califica de accidente laboral, respecto del trabajador o empleado, porque tiene que ver con el defecto, omisión o culpa en las obligaciones del patrono (cargas laborales). (...) La acción indemnizatoria (o de reparación directa o civil ordinaria) cuando la situación que originó el daño (hecho dañino) tiene su causa en hechos u omisiones de la misma persona que es patrono, pero desligada o externa de esta condición, vgr., el trabajador que sale de las instalaciones de su patrono y le cae un objeto del techo; o el trabajador que sale del trabajo para su casa y un vehículo de su patrono lo atropella; ese hecho no se califica de accidente laboral, porque para que lo fuera tendría que haberse producido con ocasión directa del vínculo laboral o desempeño; es decir que el daño se ocasiona en forma externa a la relación laboral...”¹⁶

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de abril de 1975. Reiterada en Sentencia de 26 de febrero de 2004, radicación 22175.

¹⁶ Expediente Sala Plena S – 247, fallo en el cual se recogió la Sentencia de 30 de octubre de 1989, Exp. 5275.

Por consiguiente, no sólo se superó la limitación para acudir a esta Jurisdicción bajo la égida de la llamada regla a '*a forfait de la pensión*' para cuando el daño obedece a la prestación ordinaria o normal del servicio, al permitir a la víctima o a sus causahabientes interponer la acción de reparación directa cuando el daño se ocasionó por hechos externos a esa relación laboral -tal es el caso del militar que perece en un accidente de tránsito-¹⁷, sino que se puntualizó que el título de imputación de responsabilidad de la entidad estatal empleadora era el de la falla del servicio, es decir, por la acción u omisión de la misma en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes de protección de todos los ciudadanos en su vida, honra y bienes.

Posteriormente, en el tercer estadio jurisprudencial, la Corporación al reconocer que los terceros afectados con el daño infligido al servidor público o trabajador oficial (Sentencia de 24 de febrero de 2005 Exp. 15.125), podían instaurar la acción de reparación directa, amplió los títulos de imputación cuando la indemnización era demandada por los mismos, para señalar que podía derivar de la culpa -falla del servicio-, el riesgo excepcional o el daño especial, de acuerdo con el caso concreto.¹⁸ A esta inferencia arribó la Sala luego de distinguir los

¹⁷ "Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente, tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro, o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo, sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios de ejercicio: tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito, debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de avión, debido a que este fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos, la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley." Cfr. Sentencia de 13 de febrero de 1995, S - 247.

¹⁸ Por ejemplo en Sentencia de 14 de julio de 2005, la Sala aplicó este criterio así: "...En el caso concreto no se acreditó una falla del servicio de la entidad demandada ni que se hubiera sometido a la víctima a una carga excepcional, El agente (...) falleció como consecuencia de la realización del riesgo inherente a su actividad, por lo cual su familia tenía derecho a reclamar las prestaciones laborales establecidas en la ley (D. 1213/90), como ocurrió en el presente caso, pero no una indemnización por un hecho imputable al Estado, ya que como se señaló al inicio de esta sentencia, en el presente caso no se supo por qué ni quienes causaron la muerte al agente de la policía y que sus superiores la hayan calificado como ocurrida en actos especiales del servicio, sustentada en 'las especiales circunstancias que viven los integrantes de la policía en éste sector del país ante represalias por parte de grupos de narcoterroristas', no hacía presumir que lo fuera por un hecho excepcional que no tuviera la obligación de soportar..."

eventos que se debían entender como accidentes de trabajo y los que no se consideraban contemplados en dicha noción de conformidad con lo previsto en la legislación vigente para esa época (artículos 9, 10¹⁹ y 11 del Decreto 1295 de 1994), y de diferenciar cuando el conflicto jurídico se originaba directa o indirectamente en un contrato de trabajo.

En esta misma línea jurisprudencial la Sala, mediante Sentencia de 1º de marzo de 2006 (Exp. 15.284), tratándose de daños causados a personas que laboraban en la construcción de obras públicas, distinguió el título de imputación aplicable a los trabajadores vinculados con las entidades estatales, de aquellos vinculados con los contratistas o subcontratistas, para reiterar que en relación con los primeros se aplicaba el régimen de falla del servicio, en tanto que, en relación con los segundos, había lugar a aplicar también el régimen de riesgo excepcional.

3.1.4. Estado de la cuestión

En suma, de conformidad con la jurisprudencia actual de la Sala:

i.) La acción de reparación directa no es el medio procesal para solicitar la indemnización de los daños surgidos por causa o con ocasión de la relación laboral -accidentes de trabajo o enfermedades profesionales- por parte del servidor público o agente del Estado víctima del mismo, la cual sólo se le permite en los casos en que no estén relacionados con el servicio por hechos ajenos a éste y a título de falla del servicio.

ii.) En contraste, la acción de reparación directa si es idónea para reclamar a la entidad pública empleadora la indemnización de perjuicios causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad -sea que el primero pueda o no calificarse

¹⁹ Es de anotar que los artículos 9 y 10 del Decreto 1295 de 1994 fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-858 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño a partir del 20 de junio de 2007, al desbordar el Ejecutivo la competencia dada en las facultades extraordinarias para su expedición.

como accidente de trabajo y que la segunda constituya o no una enfermedad profesional-, acción que se podrá fundamentar en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional.

iii.) También pueden demandar por vía de la acción de reparación directa ante la Jurisdicción Contenciosa el trabajador del contratista o subcontratista del Estado a título de falla del servicio o de riesgo excepcional.

Por lo tanto, respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por un daño imputable a la acción u omisión de las entidades estatales, y la responsabilidad laboral de estas últimas, derivada de las relaciones que tienen con sus empleados y trabajadores, el último criterio jurisprudencial adoptado por la Sala -según se expuso- es el de que esta Jurisdicción es competente para conocer de la acción de reparación directa formulada por los familiares de la víctima dado que éstos son ajenos a la relación laboral, pero que esa opción no la tiene el mismo trabajador, a menos que el daño se haya producido por una situación que aunque provenga de la culpa del patrono, sea externa a la relación laboral.

3.2 Precisiones en torno a la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales por los daños inferidos a sus empleados y trabajadores.

En relación con este aspecto, la Sala recogerá el criterio adoptado por la Corporación que diferencia la acción idónea para dirimir las pretensiones formuladas por los empleados públicos o trabajadores oficiales del Estado y las formuladas por sus parientes, para efectos de solicitar la indemnización por los daños sufridos por aquéllos (4.2.1) y, además, se recogerá la jurisprudencia que distingue los trabajadores de la entidad de los del contratista, para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable en cada evento (4.2.2.).

3.2.1. Frente a la víctima: la acción de reparación directa es idónea para reclamar la indemnización por los daños sufridos por el servidor del Estado.

Recapitulando la jurisprudencia expuesta en el acápite anterior, se ha entendido que el daño que sufren los causahabientes de la víctima que fungía como funcionario del Estado y que muere o sufre una lesión con ocasión de un accidente o una enfermedad en el ejercicio de sus funciones, con independencia de que esos hechos puedan calificarse como accidente de trabajo o enfermedad profesional, según el caso, los ubica frente al Estado en una relación ajena al vínculo laboral, que les permite reclamar la reparación de un daño antijurídico dentro de los parámetros de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada por el artículo 90 de la Constitución Política, con su lógica consecuencia de que compete a esta Jurisdicción la determinación de tal responsabilidad. En cambio, en relación con los servidores que padecen el daño sólo pueden hacer una reclamación ante el Estado – empleador, a través de las acciones previstas en materia laboral.

La Sala estima necesario retomar el examen del tema, teniendo en cuenta que esa distinción se basa en la fuente u origen de la responsabilidad del Estado empleador, pues en una nueva reflexión del asunto entiende que el agente como víctima directa del daño y los terceros afectados se encuentran en similar situación jurídica para reclamar una indemnización en acción de reparación directa ante esta Jurisdicción, bajo los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado.

Con este propósito resultan importantes las consideraciones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con la naturaleza de la indemnización plena consagrada en el artículo 216 del C.S.T.²⁰ y en particular la identificación de la culpa del patrono como título de imputación de la responsabilidad consagrada

²⁰ “Artículo 216. Culpa del patrono. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo...”

en esa norma, efectuadas en Sentencia de 13 de julio de 1993, en los siguiente términos:

“...conviene recordar, como con acierto lo advierte la recurrente en la parte inicial de su cargo, que los perjuicios provenientes de un accidente de trabajo tienen una diferente forma de reparación según se trate del daño que se resarce con la indemnización tarifada por el código o del que requiere la indemnización total y ordinaria de perjuicios a que específicamente se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo. En el primer caso, la indemnización laboral común halla su fundamento no en la culpa en que pueda haber incurrido el empleador sino en la responsabilidad objetiva que la ley estableció a su cargo para procurar la integridad física de los trabajadores a su servicio y garantizar así la reparación del daño que sufran en su cuerpo o su salud por razón de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. En el segundo caso, la responsabilidad que incumbe al empleador exige la plena demostración de su culpa en la causación del infortunio.

“(…)

“La Ley 6ª de 1945 previó (...) en su artículo 12 la responsabilidad ordinaria por perjuicios en los casos de enfermedad profesional y de accidentes de trabajo “por culpa comprobada del patrono”. La norma, que aún se encuentra vigente en lo que hace relación al régimen de los trabajadores oficiales, fue recogida por los redactores del Código Sustantivo del Trabajo y aparece plasmada en su artículo 216 en el cual, al igual que lo establece el último inciso del literal b) del artículo 12 de la Ley 6ª, se ordena descontar del monto de la condenación ordinaria por perjuicios lo que se haya pagado por concepto de la indemnización tarifada con base en la responsabilidad objetiva del empleador.

“(…) la evolución que en nuestro medio ha tenido la reparación de los perjuicios por los riesgos del trabajo permite fijar el contenido y alcance de las normas que regulan la materia y de las relativas a la representación del empleador que tienen determinados trabajadores frente a los restantes servidores de la empresa. Siendo ahora la regla general la de que el empleador responde objetivamente por los daños que el trabajador sufra como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, será siempre excepcional la condenación ordinaria por perjuicios y únicamente procederá cuando la enfermedad profesional o el accidente de trabajo se produzca “por culpa comprobada del patrono”, conforme lo disponen tanto el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 como el 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

“En estos eventos, el deber de indemnizar que tiene el empleador cuando incumple su obligación contractual de evitarle daños al trabajador por razón o con ocasión de su trabajo, exige como presupuesto la comprobación de su culpa, la que no puede presumirse en razón de la actividad peligrosa que se desarrolle o por cualquier otro motivo. De igual manera, esta culpa comprobada del empleador debe ser suya propia y no derivada del comportamiento del trabajador que sufra el accidente o padezca la enfermedad profesional.”²¹

De este modo, el pago de una indemnización al trabajador con ocasión de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, predeterminada en la ley,

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de julio de 1993, Rad. casación No. 5918.

bien puede corresponder a aquella o a la indemnización plena a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, en la que se supera el criterio de la materialización del riesgo intrínseco en algunas actividades para dependerla de la culpa del patrono que permite la ocurrencia del accidente o de la enfermedad. Esta misma filosofía de distinguir entre la responsabilidad por el riesgo profesional a la que le corresponde una indemnización preestablecida y aquella que se deriva de la culpa del patrono, en la cual puede el trabajador perseguir la indemnización plena, se puede aplicar tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico que se inflige al servidor público, obviamente, con las particularidades jurídicas de dicho régimen.

Nótese que el tema que ahora ocupa la atención de la Sala parte de la distinción existente entre la pretensión laboral del trabajador, referida al pago de la indemnización plena derivada del daño sufrido con ocasión de la relación laboral- y en la que se acuse que el daño tuvo como causa una culpa del patrono- de aquella que se formule con el fin de obtener una indemnización derivada de una acción u omisión imputable a una entidad estatal y, por tanto, gobernada bajo la égida del artículo 90 de la Carta Política.

Ambas pretensiones presentan como elemento común un daño derivado de un hecho imputable al patrono: culpa en el campo laboral y daño antijurídico en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado; es decir, el deber de indemnizar en los dos casos surge de un hecho dañino imputable al patrono y frente a esa coincidencia no se encuentra justificación alguna para que se estime improcedente el ejercicio de la acción de reparación directa por el trabajador afectado, cuando sí se permite para los terceros damnificados con ese mismo hecho.

En consecuencia, cuando por acción u omisión del Estado como patrono ocurre un accidente de trabajo o se presenta una enfermedad profesional, la entidad pública responsable está obligada a indemnizar a su agente de manera integral, con arreglo al artículo 90 de la Constitución Política; el agente podría acudir a la

justicia laboral o contencioso administrativa, con sustento en la relación laboral o legal o reglamentaria, según el caso, o ejercer la acción de reparación directa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con fundamento en la responsabilidad atribuible a la entidad estatal por la acción u omisión que produjo el daño antijurídico, con las precisiones que más adelante se hará en torno a los efectos de la decisión que en una y otra acción se adopte.

En este orden de ideas, en esta oportunidad la Sala rectifica su jurisprudencia para precisar que la acción de reparación directa es idónea para reclamar ante esta Jurisdicción y a través de la acción de reparación directa, la indemnización por los daños sufridos por el servidor del Estado o sus causahabientes cuando la causa de los mismos es imputable a la entidad, con independencia de que los demandantes lo sean terceros afectados con el hecho o lo sea directamente el servidor o sus causahabientes y de que el hecho se haya producido con ocasión del desempeño laboral o con ocasión de situaciones externas y ajenas a ese desempeño.

3.2.2. Frente al empleado del contratista o subcontratista: la acción de reparación directa es idónea para reclamar la indemnización por los daños.

Al respecto, considera la Sala que carece de fundamento la distinción entre la reclamación que por los daños padecidos con ocasión de la prestación de sus servicios, imputable al Estado, pueda formular ante esta Jurisdicción el servidor estatal y la reclamación que en el mismo sentido pueda hacer el trabajador vinculado laboralmente con el contratista, bajo la consideración de que el servidor público al vincularse a la entidad estatal asume los riesgos propios de la actividad que ejerce, mientras que el trabajador que se vincula con el particular contratista es un tercero frente al Estado, ajeno a los riesgos derivados de la actividad que se desarrolla.

Sobre ese aspecto, la Sala modifica parcialmente su jurisprudencia para considerar que en ambos casos la situación es idéntica, porque tanto el servidor estatal como el trabajador que se vincula con la empresa contratista asumen una misma clase de riesgo y, por lo tanto, sus situaciones deben ser definidas de idéntica manera.

En efecto, si como se afirma en la providencia que se recoge (Sentencia de 1 de marzo de 2006, Exp. 15.284), el Estado debe responder por los perjuicios que se ocasionen con una obra pública, bien que la ejecute directamente o con la colaboración de terceros, a través del mecanismo de la contratación, porque la titularidad de la obra es del Estado, en tanto su materialización está ligada al desarrollo de sus fines, y si el contratista comparte con el Estado la condición de guardián de la actividad peligrosa, no hay razón para dar un tratamiento al servidor estatal y otro al colaborador estatal, para efectos de establecer el régimen de responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que sufran con ocasión de la ejecución de dicha obra, porque en ambos casos quienes ejercen la actividad participan de sus riesgos.

Además, en ambos casos, como ya se señaló los trabajadores o sus causahabientes, al margen de que hubieran sido vinculados por la entidad estatal o por la empresa contratista, tienen la opción de demandar ante el juez laboral la indemnización integral de los perjuicios que hubieran sufrido, en accidentes de trabajo ocurridos por culpa del empleador -entidad pública o contratista, según el caso- o la indemnización integral por el daño antijurídico imputable a la entidad demandada.

Por lo tanto, se insiste, la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa, pero para que sus pretensiones puedan prosperar se requiere acreditar que el daño es imputable a la entidad demandada.

3.2.3. Los efectos de la cosa juzgada de las sentencias proferidas por las jurisdicciones laboral o contenciosa administrativa o de los pagos realizados en virtud de las mismas.

La Sala estima importante precisar que, como es posible demandar la indemnización que corresponda al Estado patrono ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y también es posible que el servidor público demande con fundamento en la existencia de la relación laboral la indemnización plena, la cual ostenta como título de imputación la culpa del patrono estatal, deben tenerse en cuenta en el juicio de reparación directa los efectos de las sentencias que para definir el tema laboral, se profieran en la jurisdicción ordinaria o en la contenciosa administrativa.

En este sentido, cabe aclarar los efectos de la cosa juzgada o de los pagos que en virtud de dichas sentencias puedan presentarse en tratándose de reclamaciones presentadas por los servidores estatales o sus sucesores o causahabientes, en la jurisdicción ordinaria laboral, o en la jurisdicción contenciosa laboral y ante esta misma jurisdicción cuando se ejerce la acción de reparación, así:

Partiendo del criterio de que en relación con los daños que sufran los trabajadores vinculados bien de manera directa a las entidades públicas o a sus contratistas, además de las indemnizaciones legalmente establecidas, la reclamación puede hacerse: (i) por el trabajador oficial o sus causahabientes, con fundamento en la culpa del patrono, con el fin de obtener una indemnización plena, ante la jurisdicción ordinaria laboral; (ii) por el empleado público o sus causahabientes ante la jurisdicción contenciosa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando lo que se discute, además de la indemnización preestablecida, es un monto mayor para indemnizar el daño²², y

²² Es de advertir que en ejercicio que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, además de la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento, también se puede solicitar la

(iii) por los mismos servidores afectados con el hecho, con fundamento en la antijuridicidad del daño, en ejercicio de la acción de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa.

Estos tres eventos se pueden presentar, habida cuenta de que se invocan fuentes obligacionales diferentes: en la reclamación ante el juez laboral ordinario o administrativo la fuente es el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria existente entre el servidor y la entidad estatal, y en las acciones de reparación directa, la fuente lo será el daño antijurídico causado al servidor estatal o al trabajador vinculado con el contratista, que resulta imputable a la entidad estatal, por haberse ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que ejecuten actividades a cargo o por cuenta de las entidades, y que puede generarle perjuicios tanto a él, como a sus causahabientes o sucesores, o inclusive a terceros, quienes tienen la calidad de damnificados.

No obstante, cabe señalar 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: (i.) cuando se trate de servidores estatales y éstos o sus causahabientes o sucesores demanden, ante la jurisdicción ordinaria tratándose de trabajadores oficiales, o ante esta jurisdicción tratándose de empleados públicos, con el fin de obtener la indemnización plena, con fundamento en la culpa del patrono, y también demanden en acción de

reparación del daño, pretensión esta última en la cual cabe esa diferencia entre la indemnización preestablecida en la ley y aquella adicional que pruebe el agente público demandante para obtener así una indemnización integral.

reparación directa con el fin de obtener una indemnización por el daño antijurídico sufrido, imputable a la entidad estatal; (ii.) Cuando se trate de trabajadores del contratista 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 3° del Decreto 2351 de 1995²³, y a la vez demanden ante la Justicia Contencioso Administrativa a la entidad estatal dueña de la obra.

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. En efecto, 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

²³ 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 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”.

seguridad y culminación a la relación sustancial sobre la que versa aquella decisión.²⁴

Por el contrario, cuando el trabajador o sus causahabientes demanden al particular contratista con quien aquél se hallaba vinculado laboralmente, ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de obtener una indemnización integral por la culpa del patrono y, además, demanden ante esta jurisdicción el pago de una indemnización por el daño antijurídico que se le hubiere causado, no existirá identidad de parte y, por lo tanto, la sentencia que en uno u otro proceso se dicte no producirá en el otro efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, salvo que en el proceso ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa, según el caso, se haya llamado en garantía al contratista, evento en el cual, de haber sido condenado podrá esgrimir, mediante excepción, los efectos de la cosa juzgada.

No obstante, en este último evento, el pago que se efectúe en cumplimiento de la sentencia dictada en el proceso ordinario, podrá ser alegado para no incurrir en un doble pago, siempre que la suma sea equivalente o superior a la que se liquide en este último proceso, o al menos, podrá descontarse el valor de lo pagado, cuando fuere inferior, porque, como lo ha considerado la Sala al tratar de los efectos de la sentencia penal en la de reparación directa²⁵, puede realizarse un pago de obligaciones ajenas, aún en contra de la voluntad del deudor y porque un mismo daño no puede ser reparado en forma múltiple, dado que implicaría un enriquecimiento sin causa.

Por lo tanto, en este caso, si bien existen dos caminos jurídicos diferentes y alternos para obtener la indemnización integral del daño sufrido por el trabajador, con ocasión de una conducta contraria al ordenamiento, constitutiva de culpa patronal o de una acción u omisión imputable a la entidad estatal, el

²⁴ 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).

²⁵ Criterio que fue precisado por la Sala en sentencia de 5 de diciembre de 2006, exp. 15.064.

perjudicado sólo puede solicitar la indemnización hasta concurrencia del daño sufrido.

En otras palabras, dado que la fuente de la obligación de reparar y el derecho que surge a favor del lesionado es el daño antijurídico, y no obstante que por mandato y fuerza del ordenamiento deba ser analizada desde dos perspectivas y relaciones jurídicas, entre sujetos y régimen normativo diferentes, es claro que se prohíbe el doble pago de la indemnización a la víctima, porque no se puede favorecer al actor -este sí el mismo en uno y otro juicio-, con la posibilidad de cobrar dos veces por el mismo concepto y, por ende, patrocinar un enriquecimiento sin causa. Con otras palabras:

“...EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE (...) La enunciación de la presente regla es simple: la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o, al menos en la situación más próxima a la que existía antes del suceso. Dicho de otra manera “se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”, o, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”. [Corte Constitucional, Sentencia de 20 de mayo de 1993]. La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima...”²⁶ (subraya la Sala).

En conclusión, no puede permitirse que la víctima se enriquezca sin justa causa a través del cobro de un doble valor indemnizatorio, y de esta irregular forma acreciente su patrimonio a expensas del patrimonio del Estado, situación que, como afirma la doctrina y así lo ha reconocido la jurisprudencia, “...*está condenada por el derecho y la equidad (nemo cum alterio detrimento locupletiolem fieri potest)*...”²⁷ Pretender recibir otro pago cuando el resarcimiento de los perjuicios ya se encuentra satisfecho, con independencia de quien ha pagado, no tiene una fuente

26 HENAO PEREZ, Juan Carlos, El Daño, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998 pág. 45. Y agrega, incluso este autor que “...si la regla de la indemnización plena del daño en el sistema continental es hacer del daño realmente sufrido la medida de su resarcimiento, no es dable violarla otorgando indemnizaciones por encima del menoscabo sufrido...” (Ob cit. Pág. 48).

27 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Octava Edición, 2005, pág. 42.

justificativa que lo ampare y, por ende, no merece tutela por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, huelga precisar que para no propiciar un enriquecimiento sin causa a favor del perjudicado y evitar el cobro de una doble indemnización, imperativo que constituye un principio general del derecho²⁸, cuando exista prueba del pago de la indemnización como consecuencia de una condena laboral, o de otra forma jurídica de resolución pacífica pero vinculante de conflictos prevista por la ley, el juez administrativo en el proceso contencioso administrativo y sin perjuicio de la declaratoria de la responsabilidad del Estado, cuando se den los elementos que la estructuran, debe declarar de oficio o a petición de parte probada la excepción de pago total o parcial de la obligación indemnizatoria. Así lo impone el artículo 164 del C.C.A. cuando señala que:

“ARTICULO 164. EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la “reformatio in pejus.”

Es decir, el Juez se encuentra habilitado jurídicamente para la declaración oficiosa de un hecho exceptivo de fondo probado, que, como el pago, es extintivo o modificativo de la pretensión resarcitoria dentro del proceso de reparación directa contra el Estado, poder que le otorga la norma jurídica transcrita para adoptar una decisión equitativa y fundada en el interés general de que no se

²⁸ El artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 permite su aplicación al disponer que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.” El artículo 831 del Código de Comercio también lo trae cuando señala que “Nadie podría enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

desconozca el principio general del derecho según el cual nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.²⁹

Finalmente, advierte la Sala que la anterior posición y precisiones realizadas no modifican en sentido alguno la jurisprudencia vigente que de tiempo atrás (ver, por ejemplo, Sentencia de 7 de febrero de 1995, Exp. S-247) se ha elaborado por la Corporación respecto del reconocimiento de prestaciones o de indemnizaciones preestablecidas en la legislación laboral (*a forfait*) según las secuelas o incapacidad para trabajar, que se fundamentan en la responsabilidad objetiva del empleador para cubrir los perjuicios provenientes del accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en particular en relación con la compatibilidad de la acumulación entre dichas prestaciones y la indemnización plena, doctrina que se mantiene, toda vez que las consideraciones en torno a la cosa juzgada o a los pagos realizados según las sentencias de la justicia laboral o de la justicia contencioso administrativa, hacen exclusiva referencia a la indemnización plena por encima de la *a forfait* por los perjuicios irrogados por culpa del empleador; es decir, las consideraciones que en esta oportunidad realiza la Sala en nada afectan la compatibilidad de la indemnización *a forfait* que deviene de la ley con sustento en la relación laboral de la víctima, con la derivada por el daño antijurídico, según se determinó en la jurisprudencia anterior.³⁰

3.2.4. Conclusiones

Con las anteriores precisiones, la Sala concluye lo siguiente:

²⁹ Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Constitución Política, estatuye que "...Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. "La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

³⁰ Ver entre otras: Sentencias Sala Plena S -442 de 1996; Sección Tercera, 4 de julio de 1997, Exp. 10.1782; 24 de abril de 1997, Exp.9997; 10 de abril de 1997, Exp. 11.866; 20 de marzo de 1997, Exp. 11183; 20 de febrero de 1997, Exp. 11756; 30 de octubre de 1997, Exp 11.960.

i.) El servidor estatal, sus sucesores o causahabientes podrán demandar, ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa laboral³¹, según si su vínculo con la entidad fue un contrato de trabajo o una relación legal o reglamentaria, el pago de una indemnización plena por los daños sufridos con ocasión de la ejecución de sus servicios, por culpa del patrono, o podrán demandar de la misma entidad el pago de la indemnización por el daño antijurídico imputable a la misma entidad pública, con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución³², pero la sentencia que se profiera en el proceso laboral tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa, con las precisiones arriba anotadas.

ii) El trabajador de la firma contratista (o sus causahabientes y sucesores) podrá demandar en proceso ordinario laboral el pago de una indemnización plena, con fundamento en que el daño que sufrió es imputable a la culpa del patrono, o podrá demandar la indemnización integral en acción de reparación directa por haber sufrido un daño antijurídico, pero si en el proceso laboral llamó a responder solidariamente a la misma entidad estatal, la sentencia que se profiera en aquel proceso tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa.

iii) El trabajador o sus causahabientes que demanden ante la jurisdicción ordinaria al particular contratista con quien hubieran celebrado un contrato de trabajo, con el fin de obtener la indemnización plena del daño, podrán optar por demandar ante la jurisdicción contenciosa, para perseguir del Estado la indemnización integral de los daños y perjuicios imputables a la misma, pero cuando en el proceso ordinario se dicte sentencia favorable a sus intereses, en el proceso de reparación directa podrá decretarse la excepción de pago, bien a solicitud de la entidad estatal o de manera oficiosa.

³¹ Artículo 85 del C.C.A., esto es, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, más la solicitud de reparación del daño.

³² Artículo 86, por la vía de la acción de reparación directa.

iv) Los terceros damnificados con el daño, diferentes al trabajador, sus causahabientes o sucesores, podrán demandar ante esta jurisdicción la reparación de los perjuicios que hubieren sufrido como consecuencia del daño causado al trabajador, imputable a la entidad estatal demandada, al margen de que aquellos (el trabajador o sus sucesores o causahabientes), demanden en acción ordinaria laboral, o en acción de reparación directa, porque su pretensión tiene una fuente diferente, son ajenos a esa relación laboral y, por lo tanto, no los cubren los efectos de la cosa juzgada, ni puede oponerse a ellos el pago que se hubiera realizado a éstos.

3.3. La connotación de peligrosa de la actividad de la construcción

3.3.1. En tratándose de daños causados con ocasión de una obra pública, cuando su construcción se realiza a través de particulares, la Sala ha reiterado que el Estado es responsable de los mismos, en tanto la entidad es beneficiaria y destinataria de la obra. Al respecto dijo la Sala:

“...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 mas a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado³³.

³³ En Sentencia de 9 de octubre de 1985, exp. 4556, dijo la Sala: “Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular participe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal. En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa’ Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del

“Esta posición fue reiterada por la Sala en otra providencia³⁴, 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 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”³⁵.

3.3.2. La connotación de peligrosa de una actividad está determinada por criterios objetivos, relacionados, entre otros, con los elementos utilizados para su desarrollo, las circunstancias en que se adelanta, la posibilidad de eliminar, o al menos reducir al máximo los riesgos que la misma genera, tal como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia:

“El carácter peligroso de una actividad no puede quedar al capricho o voluntad del intérprete, sino que debe estar guiada por criterios objetivos, pues según se ha reiterado, los casos al efecto señalados en el artículo 2356 del Código Civil, son enunciativos. Por esto, la calificación de peligrosa, entonces, debe hacerse en cada caso concreto, teniendo en cuenta la naturaleza propia de los elementos utilizados, las circunstancias en que la actividad se realiza y el comportamiento de quien la ejecuta o se beneficia, en relación con las precauciones adoptadas

Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio”.

³⁴ Auto de 25 de junio de 1997, Exp. 10.504.

³⁵ Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 17001-23-31-000-1993-9051-01(14397). De manera más reciente, ha reiterado la Sala que “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 aquella 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”. Sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14.178. En el mismo sentido, sentencias de 3 de mayo de 2007, exp. 19.420, de 7 de diciembre de 2005, exp. 14.065 y de 28 de noviembre de 2002, exp. 14.397, entre muchas otras.

para evitar que las cosas potencialmente peligrosas puedan causar daños a terceros”³⁶.

La relatividad en el concepto de actividad peligrosa, ha sido destacada por la doctrina, en los siguientes términos:

“El concepto de actividad peligrosa es por su naturaleza un concepto relativo porque depende del estado alcanzado por la ciencia y la técnica en un determinado sector. Así, por ejemplo, actividades que en un tiempo era consideradas altamente peligrosas, gracias al progreso tecnológico ahora se han vuelto inocuas; mientras otras (actividades) que en un tiempo era inofensivas o hasta inexistentes, como la derivada de un empleo pacífico de la energía nuclear, hoy vienen a ser (se han vuelto) extremadamente peligrosas. Factores ambientales, pues, pueden contribuir de una manera determinante en la calificación de la actividad como peligrosa, sea en razón de particulares condiciones físicas o climáticas, sea en razón del lugar en el cual se ejercitan...”³⁷.

En este contexto, la Sala ha considerado que *“la actividad que tiene por objeto la construcción, remodelación, mantenimiento y mejora de las vías públicas es una de las denominadas riesgosas o peligrosas en el entendimiento de que tal calificación supone una potencialidad de daño para las personas o para las cosas”*³⁸.

Esta connotación de peligrosa que se predica de la actividad de la construcción, obedece a la utilización en ella de elementos e instrumentos que representan riesgos para quienes laboran en esa actividad como frente a terceros ajenos a la misma, que si bien pueden y deben minimizarse con el uso de todas las medidas que el avance tecnológico permita, la naturaleza de los mismos y los instrumentos que se involucran en la actividad hacen que de todas formas permanezcan, a pesar de que se extremen las medidas de seguridad que técnicamente puedan adoptar para su manejo.

³⁶ Sentencia de 3 de marzo de 2004, exp. C-7623, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Proceso ordinario de Aparicio Ibarra Pichina contra la Central Hidroeléctrica de Betania S. A. "Chb".

³⁷ MASSIMO FRANZONI. *La actividad peligrosa*. En: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 1997. págs. 125-126.

³⁸ Sentencia de 8 de junio de 1999, Exp. 13.540.

3.4. Criterio de imputación aplicable en relación con los daños sufridos por quienes ejerzan la actividad peligrosa de la construcción.

La calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma. No obstante, en este tema debe distinguirse entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a la misma.

En efecto, este es un asunto que ha sido decantado por la Sala a través de tesis que ahora se reitera, según la cual frente a los daños que sufre quien ejerce una actividad peligrosa, cuando son la materialización de los riesgos propios de esa actividad, la decisión sobre el derecho a la indemnización debe ser adoptada bajo el régimen de la falla del servicio y no del régimen de responsabilidad objetiva, por riesgo excepcional.

Estos argumentos son válidos también frente a la actividad de la construcción de obras públicas dado el carácter peligroso que encierra su ejecución, proveniente de los instrumentos que se utilizan en ella y de la intervención que con ocasión de los mismos se hace en la naturaleza, como sucede cuando la construcción amerita la remoción de tierra, desvío del cauce de aguas, tala de árboles etc. El trabajador que se vincula a esta actividad asume voluntariamente el riesgo que ella involucra y tiene sobre sí la obligación de extremar las medidas de seguridad para evitar resultar lesionado, pero si a pesar de ello se materializa el riesgo tendrá derecho al pago de la indemnización previamente establecida en la ley y derivada de la relación laboral a través de la administradora de riesgos profesionales correspondiente, lo cual no excluye el pago de la indemnización integral por accidente de trabajo cuando la causa del daño es imputable al patrono.

Por lo tanto, al Estado le son imputables los daños sufridos por los trabajadores con ocasión de la construcción de una obra pública a título de falla del servicio, dado que: (i) El trabajador que ejerce una actividad de la construcción, participa en la creación del riesgo que dicha actividad supone, y (ii) se beneficia de un régimen legal de protección en razón de su oficio.

Sobre el asunto en mención la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Quien maneja un arma, conduce un vehículo, etc, no podrá invocar después el ejercicio de la actividad peligrosa para reclamar del Estado la indemnización por el daño que sufra como consecuencia del uso del arma, de la conducción del automotor, etc, en tanto es él mismo, precisamente, quien está llamado a actuar de manera prudente y diligente en el ejercicio de la actividad peligrosa que se le recomienda.

“De tal manera, el servidor público de la fuerza pública que manipula un arma y se lesiona, no podrá acudir a este régimen de responsabilidad para obtener la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado; por el contrario, si el afectado es un tercero, quedará relevado de probar la falla del servicio y la administración sólo se exonerará si acredita que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, por el hecho de un tercero ajeno al servicio, exclusivo y diferente, o por fuerza mayor³⁹.

De otra parte, ha dicho la Sala que quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (*a forfait*), cuando sufran daños como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la misma actividad, y que sólo habrá lugar a la reparación proveniente de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, cuando el daño se produzca por una falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar los demás miembros de dichas instituciones.

Esto porque quien se vincula al ejercicio de actividades peligrosas asume profesionalmente los riesgos derivados de la manipulación de instrumentos o bienes peligrosos con los cuales se cumpla la actividad. Conclusión que de ninguna manera releva al Estado del deber de anular, o al menos reducir al mínimo tales riesgos, con la adopción de todas las medidas de seguridad técnicamente desarrolladas y con un entrenamiento o instrucción suficiente a quienes deben entrar en contacto con tales elementos. La ausencia de tales

³⁹ Sentencia del 13 de febrero de 1997, exp: 9.912, reiterada, entre otras, en sentencia de 7 de septiembre de 2000, exp: 13.184.

medidas constituirá falla del servicio y generará, por lo tanto, responsabilidad patrimonial del Estado, pero cuando el daño corresponda solamente a la realización del riesgo que subsiste a pesar de tales medidas, la víctima y sus beneficiarios tendrán derecho sólo a las indemnizaciones previstas en la ley.

En síntesis, los daños padecidos por quienes participen en la ejecución de obras públicas son imputables al Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política cuando se demuestre que tales daños se derivaron de una falla concretada en el sometimiento a un riesgo superior al que debían asumir al no haber adoptado las medidas necesarias para minimizar el riesgo.

Por lo tanto: (i) Si el trabajador de la construcción sufre daños derivados de su negligencia de acatar las recomendaciones e instrucciones impartidas por el responsable de la obra, el daño le será atribuible a su propia culpa; (ii) Si a pesar de las reglamentaciones y advertencias, respetadas por el trabajador, el daño se produce por caso fortuito, se tratará de un típico accidente de trabajo, para cuya indemnización están previstas, igualmente, las indemnizaciones a *for fait*, y (iii) si el daño se produce como consecuencia de una falla del servicio atribuible a la entidad demandada o al contratista de la obra, deberá reconocerse al trabajador, o a quienes resulten afectados con el hecho, la indemnización integral por ese daño antijurídico.

4. En el caso concreto no se acreditó que el daño hubiera sido causado por una falla del servicio imputable a la entidad demandada.

En la demanda se imputó la muerte del señor Luís Evelio López Gutiérrez, al Municipio de Pereira, a título de falla del servicio, porque se afirmó que se habían omitido las medidas de seguridad requeridas para proteger la vida de los obreros, en particular, porque no fueron entibadas o atracadas las paredes de la banca, para evitar que éstas se derrumbaron, lo cual era previsible por la calidad del terreno y el efecto que sobre el mismo causaba el tráfico de vehículos sobre la zona contigua a la brecha.

La entidad demandada, por el contrario, afirmó que el daño era imputable a la propia víctima, por no haber atendido las instrucciones ni medidas de seguridad que se le habían impartido.

Por tratarse de la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado por falla del servicio por omisión, la Sala, en jurisprudencia que se reitera, ha considerado que en tales eventos, para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios⁴⁰; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño⁴¹.

Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión⁴².

En consecuencia, se procederá a demostrar que las pruebas que obran en el expediente no permiten afirmar la responsabilidad del Municipio de Pereira por omisión de medidas de seguridad.

⁴⁰ Sentencia del 23 de mayo de 1994, exp: 7616.

⁴¹ Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122.

⁴² "...conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado; así, no parece necesario recurrir al análisis de la "virtualidad causal de la acción", propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño". Sentencia de 21 de febrero de 2002, exp:12.789.

4.1. Las pruebas que obran en el expediente dan certeza de que en el sitio donde se produjo el derribamiento del terreno que causó la muerte al señor Luís Evelio López se estaba adelantando la apertura de una zanja, en desarrollo del contrato de obra pública No. SOPM 008-94, celebrado entre ese municipio y el Ingeniero Gonzaga Valencia Herrera, cuyo objeto era: *“la ampliación, pavimentación, cambio de redes de acueducto, alcantarillado, mejoramiento de alumbrado público en la calle 21, entre carreras 14 y 18”*, y que la interventoría de la obra la realizaba el Ingeniero Alexander Osorio Patiño, según consta en las copias auténticas de los contratos y de otros documentos relacionados con los mismos, como resoluciones de adjudicación y aprobación de pólizas, certificados de reserva presupuestal y pólizas de seguro, aportadas por la parte demandada (fls. 55-161 y 165-193 C-1).

4.2. También existe certeza en el expediente que en esa obra laboraba el señor Luís Evelio López, quien había sido contratado por el Ingeniero Gonzaga Valencia Herrera, según consta en la copia de la certificación expedida por el Coordinador del Plan Vial de la Secretaria de Obras del Municipio de Pereira, quien, además, trajo copia de la relación de trabajadores amparados con la póliza colectiva No. 14.843 de Seguros de Vida del Estado, a nombre del Ingeniero Gonzaga Valencia Herrera (fls. 27-32 C-3).

5.3. No obstante, no quedó acreditado en el expediente que el municipio de Pereira hubiera incurrido en las omisiones relacionadas en la demanda; por el contrario, se acreditó que en ese caso concreto no era previsible un derrumbamiento del terreno sobre el cual se estaba realizando la brecha y mucho menos que de presentarse allí un derrumbamiento pudiera representar un riesgo para la vida de los trabajadores, en consideración a la altura de la banca, ni se demostró que el tráfico vehicular por la zona adyacente pudiera producir dicho efecto; aunque tampoco se demostró que la víctima hubiera desatendido las instrucciones impartidas en relación con la forma como debía realizar la brecha. En relación con las causas del accidente, obran las siguientes pruebas:

4.3.1. En el interrogatorio rendido a instancia de parte por el Ingeniero Gonzaga Valencia (fls. 67-69 C-4), aseguró que no se había incurrido en ninguna omisión de adoptar medidas de seguridad, como realizar estibaciones en la brecha porque esa actividad no se requería, en consideración a que el terreno en el sector era firme. Explicó:

“Para efectos de guiarnos sobre la manera de ejecutar los trabajos en general en una obra, existe la cartilla de especificaciones técnicas en las cuales se dan pautas para ejecutar los trabajos, en el caso de una brecha, esta se divide o clasifica dependiendo de factores como altura, tipo de terreno, humedad relativa, etc. En el caso que nos ocupa, este tipo de brecha exigía un ancho aproximado de 60 a 80 cms. para efecto de trabajar de manera cómoda, pues dicha brecha no superaba los dos metros, que es el caso en que si es superada esta altura se debe entibar, hay que aclarar que el terreno estaba conformado por un excelente tipo de tierra que es la del sector cafetero, color amarillo, una arcilla muy estable. Para este caso de la seguridad no es exigible entibamiento de ninguna clase, máxime cuando la altura o cota de emplazamiento de la tubería era de 1.20 metros..., para el caso en que se supere la altura de la excavación, ellos pueden retacarla y si es el caso, aunque muy rara vez, dado el caso del terreno, por observación visual, si se encuentra algún tajamiento en los taludes de la brecha, proceder a entibarla”.

Además, aseguró que en el desmoronamiento de la tierra no tuvo ninguna incidencia el tráfico vehicular porque los vehículos pasaban a 2.00 o 2.50 metros de distancia del borde de la brecha, por lo que la vibración causada no afectaba la estabilidad del terreno.

Y señaló que el accidente pudo deberse a un desquiciamiento del terreno, producido, tal vez, porque el obrero se desvió el eje de la excavación, a pesar de habersele dado un lineamiento preciso, socavando el terreno.

Aunque esas apreciaciones sobre las medidas de seguridad que debían adoptarse en la obra y sobre la incidencia causal de algunos fenómenos en la producción del daño fueron afirmadas por quien tenía interés en el resultado del proceso, por tratarse del Ingeniero contratista de la entidad a cuyo servicio se hallaba el fallecido, lo cierto es que las mismas fueron confirmadas con los demás testimonios rendidos en el proceso y con el dictamen pericial. En efecto:

4.4.2. En la declaración rendida por el señor Rodrigo Osorio Colonia (fls. 35-37 C-4), quien para la época de los hechos se desempeñaba como “maestro de obra”, contratado por el señor Gonzaga Valencia, manifestó, igualmente, que no era necesario realizar entibaciones en el lugar donde ocurrió el accidente, porque el terreno era firme y la brecha que se estaba abriendo era superficial, dado que sus dimensiones eran de 80 centímetros de ancho por 1.20 metros de profundidad y, por lo tanto, los riesgos eran muy pocos.

Agregó que su función era la de velar por la calidad de la obra y por la seguridad del personal que laboraba en la misma y de las demás personas ajenas a ella; que en la obra permanecían, además, durante toda la jornada, la Ingeniera interventora y un inspector de obra. Al ser interrogado sobre cuál pudo ser la causa del accidente, manifestó:

“Al día siguiente, yo vi algo que me hizo pensar que había sido imprudencia del mismo obrero. La brecha siempre se baja derecho, él sobre excavó en la parte de abajo, es decir, hizo lo que llamamos quitarle la pata a la pared. A esa profundidad había un tubo, que correspondía a la tubería que se iba a cambiar, encima del tubo estaba la tierra que él estaba sacando”.

En cuanto a las medidas de seguridad que debían adoptarse para evitar los riesgos que representaba la obra, manifestó que semanalmente se hacían comités en los que participaban el ingeniero constructor, el interventor y el director del plan vial, con el fin de ilustrar a los trabajadores sobre normas de seguridad, uso de chalecos y cascos, vallas y el entibado de las brechas, recomendaciones que él y el inspector de la obra las transmitían a los trabajadores.

4.4.3. El señor John Henry Mora Galvis (fls. 38-40 C-4), quien para el momento del accidente laboraba como coordinador de proyectos de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, manifestó que era poco probable que el tráfico vehicular por la zona contigua hubiera tenido incidencia sobre el desmoronamiento de la tierra, porque *“la brecha se encontraba distanciada de la zona de circulación y de acuerdo con las teorías de diseño..., en pavimentos rígidos como es el caso del de la calle 21, la losa absorbe y disipa por completo los esfuerzos que ha de soportar la subrasante”*.

Aseguró, además, que entre sus funciones estaba la de visitar la obra, por tratarse de un proyecto del plan vial municipal, por lo que el día del accidente visitó el lugar donde éste había ocurrido y se percató de que existía un pequeño desmoronamiento, que según su criterio, se pudo deber a un proceso constructivo erróneo, porque las excavaciones se debían hacer con paredes verticales y no con negativos, es decir, *“que la zanja en la parte inferior era más ancha que en la superior y probablemente por eso se perdió el apoyo del terreno superior y se desmoronó”*; aunque, insistió en que al hablar de negativos, se refería a la causa probable del accidente, pero que no afirmaba que esa hubiera sido *“la situación que produjo el desmoronamiento del terreno”*, porque no conoció las características de los *“posibles negativos”*.

4.4.4. La señora Gloria María Londoño (fls. 42-45 C-4), quien se hallaba vinculada con el señor Gonzaga Valencia, aseguró que entre sus funciones estaba la de suministrar la herramienta y los materiales necesarios para la ejecución de la obra, así como pagar la nómina de los obreros, por lo que permanecía casi todo el tiempo de su jornada en la obra y que por eso le constaba que de manera permanente se estaba informando a los trabajadores sobre los riesgos y medidas de seguridad que debían adoptar para evitarlos y se les suministraban todos los materiales necesarios para ese fin. Aseguró que en el sitio donde ocurrió el accidente el terreno era firme y la excavación no superaba los 1.20 metros; que no se entibaba a esa profundidad porque esto impedía al obrero hacer su trabajo y porque el terreno no lo requería; que no ocurría lo mismo, tratándose de sitios donde la profundidad de la excavación superaba los 2.00 metros, caso en el cual se entibaba para evitar accidentes.

Manifestó, además, que el señor Luís Evelio López, siempre permanecía en la ruta que se le indicaba laborar; que llevaba laborando con el Ingeniero Gonzaga un año y medio, aproximadamente, y que era muy cuidadoso y buen trabajador; que hasta donde tenía conocimiento, nunca hubo que llamarle la atención para que siguiera las instrucciones que le fueron impartidas. Sobre la causa del

accidente, afirmó que al visitar el terreno sólo vio una pequeña caída de tierra, que no puede explicarse cómo pudo sufrir allí un accidente. Añadió que *“la brecha donde ocurrió el insuceso estaba bien elaborada, debidamente trazada y sus paredes correctamente trazadas”*.

4.4.5. El señor John Jairo Carvajal (fls.70-73 C-4), manifestó que laboraba con el Ingeniero Gonzaga Valencia desde hacía varios años; que al momento del accidente, se hallaba a una distancia aproximada de cinco metros del señor Luís Evelio López, quien estaba trabajando la línea perfectamente, de la manera que se los había explicado el maestro de obra; que él mismo tenía mucha experiencia en trabajos de brecha y la que estaba abriendo en ese momento no alcanzaba a superar el metro de profundidad; que las medidas de seguridad que se les brindaban era muy buenas, porque se les daban las instrucciones y materiales que requirieran pero que a veces, ellos no utilizaban los elementos de protección, como ocurrió con el occiso, a quien le encontraron todos esos elementos al pie; además, señaló que éste *“se puso a cueviar, es decir, metérsele al barranco, hacerle hueco al barranco excavando en forma horizontal y no vertical..., al otro día fuimos a mirar y observamos que había una cueva o excavación hacia adentro. Al señor Luís Evelio le gustaba guaquiar y de pronto se pilló algo por allá”*.

4.4.6. En el dictamen rendido en el proceso (fls. 18-25 C-4), los peritos concluyeron que *“para excavación de profundidades aproximadas 1.20 (sic) de altura no es práctico el entibamiento con estructura de madera o metálica, pero sí son viables los puentes en tierra separados en distancias, según el criterio de ingeniero”*. Los fundamentos y conclusiones del dictamen fueron los siguientes:

“DOCUMENTACIÓN TEÓRICA.

“Medidas de seguridad durante la construcción.

“Objetivo: los requisitos de este capítulo tienen por objetivo dar las medidas que deben tomarse para velar por la salud y la vida de los trabajadores, transeúntes y moradores de la zona, así como por la seguridad e integración de las obras vecinas durante los procesos de construcción y demolición.

“Título f. Código de la Construcción para Santafé de Bogotá.

“-Entibación: entibación quiere decir una estructura de madera y metálica, que en general se monta según se va realizando la excavación. Se utiliza para evitar que las paredes de la excavación se derrumben, normalmente se emplea en excavaciones grandes o pequeñas, pero poco profundas y en las pequeñas pero moderadamente profundas. Por ejemplo, la zanja para las alcantarillas en una calle, si no se entiba podría dañar el pavimento y paralizar el tráfico, o las paredes de un pozo profundo, si no se protegen podrían derrumbarse y lesionar a los obreros, todo esto a (sic) sucedido con bastante frecuencia.

“Ataguías pag. 489 Cimentación de Estructuras. C.W. Dun Hany.

“-La construcción de los servicios requiere auxiliares de sistemas que permitan excavar en forma segura, ocupando el menor espacio posible, a estos sistemas de protección, se les llama comúnmente sistemas de entibamientos y se componen fundamentalmente de estructuras planas unidas entre sí para formar una pared y contener el empuje del suelo estando en contacto directamente con él y elementos que apuntalan las estructuras planas entre sí y son capaces de tomar las estructuras que induce el empuje del suelo.

“Pág. 187 Memorias Seminario Internacional sobre Métodos Constructivos en Obras de Acueducto y Alcantarillado EMCACI.

“Entibado y apuntalamiento de brechas: cuando las excavaciones presentan por cualquier circunstancia peligro de derrumbarse se deberá proceder a colocar a medida que avance la excavación un entibado que garantice la seguridad de los obreros que trabajan dentro de las brechas e igualmente la estabilidad de las estructuras vecinas.

“Pág. 13-14 Normas para diseños y construcción de alcantarillado Empresas Públicas de Manizales.

“EXPERIENCIA PROFESIONAL.

“Observando las fotografías suministradas consideramos que existen profundidades de 1.20 y otras diferentes.

“Los apuntalamientos que realizamos frecuentemente dependen del tipo de terreno...

“En brechas de 1.20 (sic) de altura regularmente no se usa entibamiento con estructura metálica o de madera, ya que obstaculizaría el desarrollo normal de la colocación de las redes y además una parte considerable del cuerpo está por encima de la superficie del terreno”.

En conclusión, no se demostró que en la ejecución de la obra pública adelantada por el Municipio de Pereira a través del Ingeniero Gonzaga Valencia existiera la obligación de entibar las paredes de la brecha que se estaba abriendo para instalar el alcantarillado, porque esa medida no estaba técnicamente indicada, dado que por las condiciones del terreno sobre el cual se ejecutaba la obra y las dimensiones de la excavación no existía un riesgo cierto de que estas se derrumbaran, y tampoco se demostró que la circulación de los vehículos por la zona adyacente incidiera en la estabilidad del terreno. En esas condiciones el riesgo era imprevisible para la entidad.

Y si no existía la obligación de adoptar la medidas de seguridad reclamadas en la demanda, no es posible inferir responsabilidad por omisión de las mismas, no debe perderse de vista que, conforme al criterio adoptado por la Sala, para que se produzca responsabilidad por omisión se requiere, en primer lugar, la existencia de una obligación concreta a cargo de la entidad demandada, que en este caso, se insiste, no se demostró que existiera.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 30 de octubre de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ENRIQUE GIL BOTERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03409-01(15967)

Actor: LUÍS MARIO LÓPEZ GUTIÉRREZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SALVAMENTO DE VOTO)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto lo resuelto en el proveído del ocho de noviembre de 2007, dictado dentro del proceso de la referencia, me aparto de él en relación con las consideraciones acerca de la posibilidad de acumular o no las indemnizaciones provenientes del accidente de trabajo causado por culpa del patrono y la condena a una entidad pública por la declaración de responsabilidad extracontractual del Estado.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de la aclaración de voto

A través de la providencia de la cual me aparto, la Sección decidió confirmar, la sentencia del 30 de octubre de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, porque “el riesgo era imprevisible para la entidad”. Mi disentimiento se plantea a partir de la fundamentación que se hace en el tópicó que a continuación se transcribe:

“Ahora bien, en materia laboral estaban previstas la indemnizaciones por los accidentes de trabajo (indemnización *a for fait*) entre otras, en las siguientes

disposiciones: ley 6 de 1945, decreto 2127 de 1945, decreto 2351 de 1965, ley 100 de 1993, decretos 1772 de 1994, 1832 de 1994, 1835 de 1994, 1837 de 1994, 1838 de 1994, 1859 de 1994, 2100 de 1995, 2150 de 1995 y 190 de 1996.

“En síntesis, los daños padecidos por quienes participen en la ejecución de obras públicas son imputables al Estado únicamente cuando se demuestre que tales daños se derivaron de una falla del servicio, o del sometimiento a un riesgo superior al que debían asumir los demás trabajadores de la obra.

“Partiendo del criterio de que en relación con los daños que sufran los trabajadores vinculados bien de manera directa a las entidades públicas o a sus contratistas, además de las indemnizaciones legalmente establecidas, la reclamación puede hacerse: (i) por el trabajador o sus causahabientes, con fundamento en la culpa del patrono, con el fin de obtener una indemnización integral, ante la jurisdicción ordinaria, invocando la culpa del patrono; (ii) por el trabajador o sus causahabientes ante la jurisdicción contenciosa, invocando una falla del servicio de la entidad estatal, y (iii) por terceros afectados con el hecho, con fundamento en la antijuridicidad del daño, ante la jurisdicción contenciosa.

“Estos tres eventos pueden coexistir, habida cuenta de que tienen fuentes diferentes: en la reclamación ante la jurisdicción ordinaria la fuente es el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria existente entre el trabajador y la entidad estatal o el contrato celebrado entre el trabajador y el particular contratista de la entidad estatal, y en las acciones que se presenten ante esta jurisdicción, la fuente lo será el daño antijurídico causado al trabajador, que resulta imputable a la entidad estatal, por haberse ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que ejecuten las obras a cargo de las entidades, y que puede generarle perjuicios tanto a él, como a sus causahabientes o sucesores, o inclusive a terceros, quienes tienen la calidad de damnificados.

“No obstante, cabe señalar que tratándose de la reclamación presentada por el trabajador o sus sucesores o causahabientes tanto ante la jurisdicción ordinaria

como ante la contenciosa, la sentencia que en cualquiera de tales procesos se dicte produciría efectos de cosa juzgada en el otro, cuando exista identidad de partes.

“Esa identidad podrá presentarse: (i) cuando se trate de servidores estatales y éstos o sus causahabientes o sucesores demanden, ante la jurisdicción ordinaria tratándose de trabajadores públicos, o ante esta jurisdicción tratándose de empleados públicos, con el fin de obtener la indemnización integral, con fundamento en la culpa del patrono, y también demanden en acción de reparación directa con el fin de obtener una indemnización por el daño antijurídico sufrido, imputable a la entidad estatal, por falla del servicio; (ii) cuando se trate de trabajadores del contratista 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 1995⁴³.

“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...”

⁴³ 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 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”.

“Por el contrario, cuando el trabajador o sus causahabientes demanden al particular contratista con quien aquél se hallaba vinculado laboralmente, ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de obtener una indemnización integral por la culpa del patrono y, además, demanden ante esta jurisdicción el pago de una indemnización por el daño antijurídico que se le hubiere causado, no existirá identidad de parte y, por lo tanto, la sentencia que en uno u otro proceso se dicte no producirá en el otro efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

“No obstante, en este último evento, el pago que se efectúe en cumplimiento de la sentencia dictada en el proceso ordinario, podrá ser invocado como excepción en el de reparación, siempre que la suma sea equivalente o superior a la que se liquide en este último proceso, o al menos, podrá descontarse el valor de lo pagado, cuando fuere inferior, esto porque, como lo ha considerado la Sala al tratar de los efectos de la sentencia penal en la de reparación directa⁴⁴, puede realizarse un pago de lo ajeno, aún en contra de la voluntad del deudor y porque un mismo daño no puede ser reparado en forma múltiple porque esto implicaría un enriquecimiento sin causa, en tanto no es posible afirmar que la entidad estatal generó un daño como patrono y otro diferente como Administración Pública.

“Por lo tanto, en este caso, si bien existen dos caminos jurídicos diferentes y alternos para obtener la indemnización integral del daño sufrido por el trabajador, con ocasión de una conducta contraria al ordenamiento, constitutiva de culpa patronal y de falla del servicio, el perjudicado sólo puede solicitar la indemnización hasta concurrencia del daño sufrido.

En otras palabras, dado que la fuente de la obligación de reparar y el derecho que surge a favor del lesionado es el daño antijurídico, y no obstante que por mandato y fuerza del ordenamiento deba ser analizada desde dos perspectivas y relaciones jurídicas, entre sujetos y régimen normativo diferentes, es claro que se prohíbe el doble pago de la indemnización a la víctima, porque no se puede favorecer al actor -este sí el mismo en uno y otro juicio-, con la

⁴⁴ Criterio que fue precisado por la Sala en sentencia de 5 de diciembre de 2006, exp. 15.064.

posibilidad de cobrar dos veces por el mismo concepto⁴⁵ y, por ende, patrocinar un enriquecimiento sin causa...

(...)

“En conclusión:

“(1) El servidor estatal, sus sucesores o causahabientes podrán demandar, ante la jurisdicción ordinaria o la contenciosa según si su vínculo con la entidad fue un contrato de trabajo o una relación legal o reglamentaria, el pago de una indemnización integral por los daños sufridos con ocasión de la ejecución de sus servicios, por culpa del patrono, y también podrán demandar de la misma entidad el pago de la indemnización por el daño antijurídico imputable a la misma entidad pública, con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, pero la sentencia que se profiera en el proceso laboral tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación.

“(2) El trabajador de la firma contratista (o sus causahabientes y sucesores) podrá demandar en proceso ordinario laboral el pago de una indemnización integral, con fundamento en que el daño que sufrió es imputable a la culpa del patrono, y también podrá demandar la indemnización plena en acción de reparación directa, por haber sufrido un daño antijurídico, pero si en el proceso laboral llamó a responder solidariamente a la misma entidad estatal, la sentencia que se profiera en aquel proceso tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación.

“(3) El trabajador o sus causahabientes que demanden ante la jurisdicción ordinaria al particular contratista con quien hubieran celebrado un contrato de trabajo, con el fin de obtener la indemnización integral del daño, podrán,

45 En efecto, se trata de una misma conducta del funcionario que comprometió su propia responsabilidad y la de la administración, y por ende, se refiere a la misma fuente de la cual se pretende un reconocimiento indemnizatorio por el daño antijurídico.

igualmente demandar ante la jurisdicción contenciosa, con el fin de perseguir del Estado la indemnización plena de los daños y perjuicios ocasionados por una falla del servicio imputable a la misma, pero cuando en el proceso ordinario se dicte sentencia favorable a sus intereses, pero en el proceso de reparación podrá decretarse la excepción de pago, bien a solicitud de la entidad estatal o de manera oficiosa, cuando la condena que se hubiere impuesto en el proceso ordinario sea equivalente a la que se imponga en el contencioso, de suerte que se cumpla con el requisito de reparación integral del daño; en su defecto, la excepción sería de pago parcial, esto es, por la proporción que efectivamente se hubiere pagado en relación con el monto de la condena a imponer en el proceso de reparación directa.

“(4) Los damnificados con el daño, diferentes al trabajador, sus causahabientes o sucesores, podrán demandar ante esta jurisdicción la reparación de los perjuicios que hubieren sufrido como consecuencia del daño causado al trabajador por una falla del servicio imputable a la entidad estatal demandada, al margen de que aquellos (el trabajador o sus sucesores o causahabientes), demanden en acción ordinaria laboral, o en acción de reparación directa, porque su pretensión tiene una fuente diferente, son ajenos a esa relación laboral y, por lo tanto, no los cubren los efectos de la cosa juzgada, ni puede oponerse a ellos el pago que se hubiera realizado a éstos” (se subraya).

2. Fundamentos de la aclaración

Considero, respetuosamente, que los argumentos del proveído citado, que debe precisarse: son *obiter dictum* respecto de la decisión final, incurren en contradicciones insalvables. En primer lugar, se afirma que cuando concurren la culpa del patrono y el daño antijurídico imputable a la entidad estatal, la fuente de la obligación es diferente:

“Estos tres (sic) eventos pueden coexistir, habida cuenta de que tienen fuentes diferentes: en la reclamación ante la jurisdicción ordinaria la fuente es el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria existente entre el trabajador y la entidad estatal o el contrato celebrado entre el trabajador y el

particular contratista de la entidad estatal, y en las acciones que se presenten ante esta jurisdicción, la fuente lo será el daño antijurídico causado al trabajador, que resulta imputable a la entidad estatal, por haberse ocasionado por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que ejecuten las obras a cargo de las entidades, y que puede generarle perjuicios tanto a él, como a sus causahabientes o sucesores, o inclusive a terceros, quienes tienen la calidad de damnificados”.

Sin embargo, a continuación, se dice que cuando se ha demandado ante la jurisdicción ordinaria laboral la culpa del patrono y en acción de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa, la decisión que finalice alguno de los dos procesos, configura cosa juzgada respecto del otro:

“No obstante, cabe señalar que tratándose de la reclamación presentada por el trabajador o sus sucesores o causahabientes tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante la contenciosa, la sentencia que en cualquiera de tales procesos se dicte produciría efectos de cosa juzgada en el otro, cuando exista identidad de partes”.

Pero el razonamiento no termina ahí, a pesar de lo dicho al inicio de la providencia, concluye que las compensaciones provenientes de la acción laboral y de la responsabilidad extracontractual del Estado son incompatibles y, por lo tanto, no se pueden acumular, dado que constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de los damnificados por el hecho dañoso:

“En otras palabras, dado que la fuente de la obligación de reparar y el derecho que surge a favor del lesionado es el daño antijurídico, y no obstante que por mandato y fuerza del ordenamiento deba ser analizada desde dos perspectivas y relaciones jurídicas, entre sujetos y régimen normativo diferentes, es claro que se prohíbe el doble pago de la indemnización a la víctima, porque no se puede favorecer al actor -este sí el mismo en uno y otro juicio-, con la

posibilidad de cobrar dos veces por el mismo concepto⁴⁶ y, por ende, patrocinar un enriquecimiento sin causa...”

En efecto, resulta incongruente afirmar, al mismo tiempo, que las fuentes del resarcimiento en la culpa patronal y el daño antijurídico imputable al Estado son diferentes y luego concluir que las indemnizaciones que se deriven de ellas resultan incompatibles y tener, como premisa de tal consideración, la excepción de cosa juzgada. En mi criterio, tan equívoco razonamiento resulta de aplicar parcialmente los requisitos para la configuración de las fuentes del daño y desconocer, de manera absoluta, la figura de la acumulación de indemnizaciones o *compensatio lucri cum damno*.

2.1. La excepción de cosa juzgada

A la cosa juzgada o "*res judicata*" se le ha asimilado al principio del "*non bis in idem*"; y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, plena eficacia jurídica, es por ello que la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los artículos 332 del C.P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se contienen los elementos formales y materiales para su configuración. El formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi y fundamentos jurídicos, lo anterior, para garantizar la estabilidad y la seguridad propia de la esencia del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente

46 En efecto, se trata de una misma conducta del funcionario que comprometió su propia responsabilidad y la de la administración, y por ende, se refiere a la misma fuente de la cual se pretende un reconocimiento indemnizatorio por el daño antijurídico.

de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para que se configure la cosa juzgada, es necesario analizar los requisitos concurrentes establecidos en ambos códigos, a saber: i) que los procesos versen sobre el mismo objeto, ii) que tengan la misma causa y, iii) que exista identidad jurídica de partes.

Al respecto, esta Sala ha considerado lo siguiente:

“A partir de esta norma, y para efectos del presente proceso, hay que destacar que los requisitos establecidos en ambos códigos, para que se configure la cosa juzgada, son tres (3), cuya presencia debe ser concurrente: que los procesos versen sobre el mismo objeto, que tengan la misma causa y que exista identidad jurídica de partes. Con lo que ha denominado la doctrina, la trilogía de identidades.

“Sobre la *identidad jurídica de partes*, es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la “identidad jurídica de partes”, lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica.

“En cuanto a la *identidad de objeto* en ambos procesos, el tratadista Hernán Fabio López Blanco explica de manera adecuada la problemática que existe en torno a este requisito, pues, para algunos autores, el objeto del proceso se encuentra en las pretensiones, mientras que para otros se halla en la sentencia. Para este autor “... las dos posiciones son acertadas porque el objeto del proceso no sólo se encuentra en las pretensiones, lo cual equivale a aceptar que igualmente debe buscarse en los hechos en que aquellas se apoyan, sino también en lo decidido en la sentencia, y es por eso que en orden a precisar si existe el mismo objeto en el nuevo proceso deben estudiarse los hechos y pretensiones del segundo a fin de

precisar si existe identidad y, caso de darse los otros requisitos, declarar la existencia de la cosa juzgada.”⁴⁷

“En estos mismos términos también Eduardo J. Couture plantea el problema, al decir que “Por un lado puede hablarse de lo que ha sido materia de decisión en un sentido rigurosamente procesal; es decir, lo que ha sido decidido. Así, por ejemplo, puede serlo tan sólo la parte dispositiva del fallo, o en un sentido más amplio puede serlo todo el conjunto de la sentencia, como una unidad jurídica, comprendiendo sus fundamentos o considerandos

“Pero de objeto de decisión puede hablarse también en un sentido sustancial, para referirse a lo que ha sido verdaderamente materia de litigio, a la *res in judicium deductae*: el objeto y la causa” (Ob. Cit. pág. 426)

“Y agrega más adelante que “Sin embargo, es menester apresurarse a anticipar que la eficacia de la cosa juzgada, se extiende necesariamente a aquellas cuestiones que han sido objeto de debate expreso en el juicio anterior y que, sin ser motivo de una decisión explícita, han sido resueltas implícitamente en un sentido u otro, como antecedente lógico de la decisión” (Ob. Cit. Pág. 431)

“Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el *petitum* de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso.

“La *identidad de causa* se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la

⁴⁷ Procedimiento Civil, Parte general. Tomo I. Editorial Dupré. Novena edición. Bogotá. 2005. pág. 644.

misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal.

“Hernando Devis Echandía explica este elemento diciendo que “... la *causa petendi* es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión. Los fundamentos de derecho invocados le son indiferentes y por eso el juez debe de oficio aplicar otras normas legales.

“Pero debe tenerse en cuenta que la razón de hecho debe estar formulada por el conjunto de hechos alegados como fundamento de la demanda, no por cada uno de ellos aisladamente; por este motivo, la presentación de nuevos hechos que constituyan circunstancias que no alteren la esencia de la razón de hecho discutida en el proceso anterior, no constituye una *causa petendi* distinta...”⁴⁸⁴⁹

Respecto de la identidad de causa, la misma sección ha precisado:

“La causa es la razón por la cual se demanda y surge de los hechos de la demanda que constituye la fuente del daño. En ese sentido, la causa petendi de la responsabilidad, no es la norma jurídica invocada sino el derecho violado”⁵⁰.

En la sentencia de la que discrepo se considera que la identidad de las partes es requisito suficiente para declarar la cosa juzgada, la coincidencia de objeto apenas se enuncia y respecto de la misma circunstancia en cuanto a la causa ni siquiera se menciona. Efectivamente, nada se dice acerca de que en un proceso laboral se declare la responsabilidad por culpa patronal, cuyo sustento normativo, entre otros, sería el art. 216 del C.S.T. y, que en otro lo sea un daño antijurídico imputable a una entidad estatal, establecido en el art. 90 de la C.P. Así mismo, se guarda silencio, respecto de que el origen de la obligación en lo laboral sea contractual o la relación

⁴⁸ Ob. Cit. Pág. 506.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del diez de noviembre de 2005, expediente, 14.109, actor: Sociedad Ingesuelos, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de octubre del 2001, expediente: 13.538, Actor: Luis Felipe Ríos Ariza, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

legal y reglamentaria del servidor público con la administración, mientras en la contencioso administrativa sea extracontractual.

Para declarar la excepción de cosa juzgada, en cualquier proceso, deben concurrir los tres requisitos exigidos para su configuración: la identidad de partes, objeto y causa. En la sentencia, objeto de la presente aclaración de voto, solo se hace referencia al primero, por lo que el razonamiento al respecto resulta, sin duda, incompleto.

2.2. Compensatio lucri cum damno

Se trata de establecer sí cuando como consecuencia de un daño donde la víctima recibe compensaciones de varias fuentes queda en una mejor posición por el aspecto patrimonial a causa del mismo, y si dicha situación es compatible con criterios de validez y justicia. Este evento corresponde a lo que la doctrina ha denominado la *compensatio lucri cum damno*⁵¹ y puede estar conformado por conceptos diferentes al indemnizatorio, que dicho sea, es el debido por el causante directo del daño. Se tiene, en consecuencia, que sí es posible para la víctima quedar en una mejor situación material o de ventaja con motivo de los diferentes ingresos económicos a que puede tener derecho por la materialización del daño. La doctrina sobre el particular ha expuesto:

“El tema es de por si complejo, pero ello no impide centrarlo correctamente. Se debe recordar, con el Consejo de Estado colombiano, “que no es cierto que un delito o cuasidelito, no puede ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se darán [...] cuando exista un título o causa que justifica ese

⁵¹ De Cupis Adriano, *El Daño*, Editorial Bosch, 1970, 2ª edición, pág. 327.

enriquecimiento”³⁷, precisión que conduce a aceptar que el lucro o la ventaja que la víctima recibe a raíz del daño puede superar el valor de éste. Se combate así la idea de quienes consideran que la víctima frente a su daño sólo puede quedar máximo en situación idéntica a la que se tenía antes de su advenimiento, porque una víctima sí puede enriquecerse a raíz de un daño. El ejemplo típico es el cobro de un seguro de personas o el caso de donaciones realizadas por piedad al dañado, que provengan de personas distintas al responsable, en las cuales quien sufre el daño puede quedar en una situación económica que supere a la entidad real de su daño.

“El problema consistirá entonces, como bien se observa en la sentencia citada, en que la causa o título que justifica la mejoría de la víctima no se excluya con la indemnización del proceso de responsabilidad. Dentro de esta óptica se plantea de una manera diferente la regla de la indemnización plena del daño: no se trata de discutir si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican. A este propósito se puede sentar la siguiente regla: si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo – un seguro, una pensión, una donación, etc. -, y si, además, dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación. Si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño. Nótese que se habla de cúmulo de compensaciones y no necesariamente de indemnizaciones, porque bien puede ocurrir que no todos los ingresos que tenga la víctima a raíz del daño sean indemnizatorios.”⁵²

Es el caso, tratado en varias ocasiones por la jurisprudencia de la corporación, cuando la víctima reclama la indemnización legal o a forfait (prestaciones sociales, mas técnicamente) y la indemnización propiamente dicha, en el que se ha planteado el problema de su acumulación. Para el análisis debe establecerse si coinciden la indemnización que se origina con el daño y las prestaciones sociales que se derivan de la condición que las posibilita. La Sala Plena ha precisado el alcance y contenido de estas diversas realidades:

“...a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles una prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del agente. O sea, en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la

³⁷ Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, CP. Dr. Uribe Acosta, actor: Rosa Nelly Londoño, exp. 6572.

⁵² Henao Juan Carlos, El daño, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 51 y 52.

responsabilidad que le compete a la administración pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente"⁵³.

Esta era la posición reiterada de la Sala Plena del Consejo de Estado fruto de un largo periplo evolutivo donde dialécticamente se superó un primer ciclo caracterizado por el rechazo a la posibilidad de acumulación de compensaciones, en él sólo había lugar al reconocimiento de la indemnización de ley o a forfait (prestaciones sociales); hubo un segundo momento donde se adoptó el esquema del derecho francés, esto es, el de descontar de la indemnización total o plena el reconocimiento de prestaciones sociales, y finalmente, en el tercer estadio, la Sala Plena de esta corporación acogió la postura jurisprudencial que se viene de transcribir, consistente en la independencia absoluta y autonomía de cada uno de los conceptos – prestaciones sociales e indemnización – en virtud de la dualidad causal. La estratificación argumentativa que permitió el escalonamiento al tercer hito fue el resultado de un recurso extraordinario de súplica cuya función como es sabido era la de unificar la jurisprudencia.

Y ésta línea jurisprudencial fue desconocida en la sentencia del tres de octubre de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵⁴ donde se atomizó esta realidad así: a) si el hecho causante del daño proviene del empleador y éste había trasladado a la seguridad social, como es su deber legal, los riesgos que pudieran sufrir sus empleados como consecuencia de un accidente de trabajo, las prestaciones laborales, constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo del empleador y tiene entonces naturaleza indemnizatoria, y b) si el daño proviene de un tercero distinto del empleador se da la acumulación de la indemnización a forfait y la indemnización derivada del hecho dañoso. El cambio jurisprudencial constituye un retroceso en la materia.

Esta providencia ha creado una situación caótica en cuanto al esquema de la seguridad jurídica de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Plena en la sentencia citada, la cual había logrado estructurarse gracias a un esfuerzo cimentado en la doctrina, la jurisprudencia, y sobre todo en la interpretación sistemática o armónica

⁵³ Sentencia del 7 de febrero e 1995, exp. S-247, C.P. Dr. Orjuela Góngora.

⁵⁴ Sentencia del 3 de octubre e 2002, exp. N° 14.207, CP. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

del ordenamiento jurídico. Debo anotar que la Sala Plena, en sentencia en sentencia del 29 de enero de 2008, ha refrendado su criterio, al determinar que no se puede descontar de la indemnización, en la que también se ordena el reintegro de un servidor público, los sueldos obtenidos por el demandante en otras entidades del Estado; en el proveído se manifestó:

“Ahora bien, la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 16 de mayo de 2002, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación No. 19001-23-31-000-397-000-01(1659/01), actor, Parménides Mondragón Delgado, consideró que cuando se ordene el reintegro de un servidor público debe ordenarse el descuento de todo lo percibido por él en razón de los salarios recibidos de otras entidades públicas, siempre y cuando sean incompatibles con el servicio y no estén autorizados por la ley. Expresó:

(...)

“En esta ocasión la Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones:

“Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

“Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

“El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

(...)

“Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

“Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

(...)

“Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

“El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

“El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc...”⁵⁵. (se subraya).

Por último, la posibilidad de acumulación de las prestaciones sociales y la indemnización de perjuicios encuentra sus límites en la existencia o no de ley expresa que permita la subrogación, y en el examen de las causas jurídicas de uno y otro, se ha dicho por la doctrina que más que un problema de lógica jurídica corresponde a una implementación de política legislativa, pero se hace una seria exclamación o admonición de constitucionalidad; en efecto se advierte:

“Es pues un problema del legislador, que habrá de tener en claro que cada vez que permite la subrogación desecha la aplicación de la teoría de la diferencia de causa jurídicas que tengan las prestaciones e impide a la víctima del daño cobrar ambas, así haya realizado pagos para poder obtenerla iotro será el debate respecto de la constitucionalidad de un tal proceder del legislador!”⁵⁶

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de enero de 2008, expediente: _760012331000200002046 02, actor: Amparo Mosquera Martínez.

⁵⁶ Henao Juan Carlos, Ob. Cit, pág. 68.

Es importante destacar, igualmente, como en el derecho español la compatibilidad de indemnizaciones derivadas de accidente laboral y acto culposo se resuelve en la acumulación a favor de la víctima, y es así como el Tribunal Supremo ha elaborado y perfeccionado la doctrina de la llamada "**perfecta compatibilidad**" entre indemnizaciones civiles y laborales. Esta compatibilidad y absoluta independencia de las prestaciones satisfechas por accidentes de trabajo y la derivada de acto culposo, es doctrina jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo, cabe destacar entre otras las sentencia del 27 de noviembre de 1993, que cita entre muchas otras que mantienen la misma línea, las siguientes: la del 5 de enero, 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio, y 28 de octubre de 1983; 7 de mayo y 8 de octubre de 1984; y 2 de enero de 1991⁵⁷; todo lo cual es reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias de: 7-3-1994, y 27-2-1996, expresando esta última: "Debe rechazarse el primero de los motivos invocado al amparo del núm. 1º o 2º del artículo 1692 LEC, ante la reiterada doctrina de éste Tribunal que establece la compatibilidad de las prestaciones dimanantes de un mismo hecho (accidente laboral) pues las razones de pedir en el orden jurisdiccional laboral y las que sirven de fundamento al pedimento en este orden jurisdiccional civil se basan en reglas que, no obstante, sean concurrentes en el hecho físico, se apoyan en hechos normativos diferenciados que no se anulan entre sí o se confundan el uno con el otro"⁵⁸.

Desde otro ángulo, se debe mirar el vínculo que existe entre el acto desencadenante del daño y el beneficio, y es que no se puede dejar de lado este punto porque se llegaría a una indeterminación o indiferencia causal que no es el camino más indicado, la doctrina así se pronuncia: "Nosotros preferimos la tesis que admite la acumulación en todos los casos, porque ella se funda en un elemento esencial e invariable como es el de la conexión causal entre el acto ilícito y el beneficio. Es evidente que éste no tiene como causa necesaria ese acto, sino que se funda en elementos diversos: retenciones de los sueldos, años de servicio, etc.. el acto ilícito no es más que la "ocasión" fortuita en que se cumple la condición (invalidez, muerte) a que se halla subordinado el beneficio, el cual habría podido nacer en

⁵⁷ Luis Díes Picazo, Derecho de Daños, Editorial Civitas, 1999, pág. 177.

⁵⁸ García Gil, Francisco Javier, El daño extracontractual y su reparación Tratamiento jurisprudencial, Editorial Dolex, S.L., Madrid, 2000, pág. 713.

cualquier otra circunstancia: no puede decirse, por tanto, que acto ilícito sea la "causa de la jubilación o pensión"⁵⁹.

Y en similar sentido, el profesor Jorge Mosset Iturraspe, ha señalado: "Es lo que acontece, por vía de ejemplo, con el soldado conscripto con derecho a una pensión como consecuencia del daño sufrido durante el servicio militar. Empero si el beneficio previsional reconoce otra causa, como es el trabajo durante un número de años y los aportes efectuados, sea por el beneficiario o por su causahabiente, no puede de manera alguna invocarse la compensación aludida"⁶⁰.

El tratadista Ricardo Luis Lorenzetti al referirse a las diferencias entre la acción especial y la acción civil, en el punto específico en cuanto a la extensión de la reparación señala que: "En la acción especial se responde por la consecuencia inmediata y necesaria derivada de causa laboral, y sólo en la medida en que éste ha concurrido. En la acción civil se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias y por las consecuencias mediatas previsibles." Y en cuanto a las similitudes entre una y otra acción indica: "- no se aplica la compensatio lucrum cum danno, puesto que para ambos casos (arts. 13 y 16, ley 24.028) se prevé que las indemnizaciones y demás prestaciones "no excluyen ni suspenden ninguno de los beneficios establecidos en las leyes de jubilaciones, pensiones o subsidios"⁶¹.

Es por todo lo anterior, que, en mi criterio, resulta más coherente en el sistema jurídico mantener la doctrina de la absoluta independencia entre la indemnización proveniente del hecho dañoso y las reglas de seguridad social, doctrina conocida como la de la perfecta compatibilidad entre indemnizaciones civiles y laborales conforme lo ha destacado el Tribunal Supremo en España.

Aceptar el planteamiento de la sentencia objeto de la presente aclaración, cual es subsumir los dos sistemas de indemnización en uno solo, equivale, sin eufemismo alguno, a borrar la distinción, que al menos en el ámbito positivo obliga por el

⁵⁹ Alfredo Orgaz, El Daño resarcible, 2ª edición, editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 208

⁶⁰ El valor de la vida humana, 3ª edición, editorial Rubinzal Culzoni, 1993, pág. 257.

⁶¹ La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo, editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, pág. 65 y 68.

momento, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, y ello no se puede hacer sin violentar el ordenamiento constitucional y legal.

En efecto, en el campo de la responsabilidad extracontractual administrativa, la noción de falla del servicio no es una figura cuyo correlato sea precisamente la idea de culpa del derecho privado o laboral. Y debe quedar claro que la responsabilidad del Estado cuando el daño sea causado a sus mismos servidores, no sólo se puede originar por una falla del servicio, sino por cualquier otro título de imputación, que impediría obrar dentro del marco limitativo del artículo 216 del C.S.T., o de cualquier norma similar, porque lo que consagra es la responsabilidad subjetiva del empleador. Además, la noción de culpa en términos generales no puede quedar inmersa como una noción común al ordenamiento jurídico, el concepto de culpa en cada una de las ramas del derecho encuentra un marco de aplicación específico, de allí que no podremos hablar de un trasuntar entre la culpa civil, la penal, la laboral y la falla del servicio, como una categoría igual que irradia todas esas áreas. No pueden olvidarse las diferentes graduaciones de la culpa por ejemplo en materia civil⁶², y las consecuencias que de dicha gradualidad se pueden derivar para uno u otro supuesto⁶³; cosa similar ocurre también si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, pues en la primera, la culpa en sus diversas formas puede comprometer la responsabilidad, en cambio en la segunda, no admite graduación alguna⁶⁴.

En virtud de lo antes expuesto, considero equivocado aseverar que el resarcimiento proveniente de la culpa patronal resulta incompatible con el del daño antijurídico imputable al Estado, toda vez que se justifica tal razonamiento a partir de una aplicación parcializada de los elementos que configuran la cosa juzgada; más aún, cuando se afirma en la misma providencia que corresponden a “dos perspectivas y relaciones jurídicas, entre sujetos y régimen normativo diferentes”, porque siendo así, el afirmar un doble pago, en estas circunstancias, carece de todo fundamento.

⁶² Código Civil art. 63, distingue tres especies de culpa y descuido: 1) culpa grave, negligencia grave o culpa lata; 2) culpa leve, descuido leve o descuido ligero; y 3) culpa o descuido levísimo.

⁶³ Art. 1604 del C.C. que se refiere a las aplicaciones prácticas de la división tripartita el artículo 63.

⁶⁴ En la aplicación del artículo 216 del C.S.T. la prueba de la culpa corresponde al trabajador a sus causahabientes y se trata de “aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, según la definición de culpa leve que corresponde a los contratos que se celebran en beneficio de ambas partes, artículo 1604 del C.C.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

Sentencia SU449/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO-Configuración

**DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA
O IRRAZONABLE DE LA NORMA-**Hipótesis en las cuales puede
incurrir la autoridad judicial

El defecto sustantivo aparece cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional (i) aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

**DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL
PRECEDENTE JUDICIAL**

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que también el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe.

PRECEDENTE JUDICIAL Y ANTECEDENTE JUDICIAL-
Diferencias

El antecedente se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de

transparencia e igualdad. Por su parte, el precedente, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

RESPONSABILIDAD EN LOS DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS-Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre título de imputación

En la actualidad, cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados con elementos o actividades peligrosas, como lo son el uso de armas de fuego de dotación oficial, el uso de vehículos automotores oficiales, la conducción de aeronaves y la conducción de energía eléctrica, el Consejo de Estado ha señalado que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional.

GUARDA MATERIAL DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA-Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre diferencia entre víctima que ejerce la actividad peligrosa y los terceros afectados con la misma para establecer el título de imputación

El Consejo de Estado ha considerado que en relación con el ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores, se presume la responsabilidad de la administración y, por lo tanto, los asuntos de esta naturaleza se resuelven bajo el régimen de responsabilidad objetiva, para efectos de determinar la responsabilidad de los daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha indicado que es menester identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, ya que tal circunstancia establece las directrices del título de imputación bajo el que debe analizarse el supuesto.

DIFERENCIAS ENTRE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR-Jurisprudencia del Consejo de Estado

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferencial positivo

Cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta darles un trato diferencial y positivo, es no solo válido sino una obligación del Estado, quien debe ayudar a este tipo de personas a superar las barreras que encuentran al desenvolverse en la sociedad, mediante la implementación de un enfoque diferencial que disminuya sus dificultades. De esta manera, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha analizado y desarrollado el derecho fundamental a la igualdad establecido en el citado artículo 13 Constitucional, señalando de manera clara, enfática y reiterada que el principio de igualdad contempla “de un lado, un mandato de trato igual frente a todas aquellas situaciones fáctica o jurídicamente equiparables siempre que no existan razones suficientes para proveer un trato diferente, y de otro lado, un mandamiento de trato desigual frente a circunstancias diferenciables”.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR RIESGO EXCEPCIONAL-No procede cuando la actividad peligrosa es ejercida por la misma víctima y no se acredita la falla del servicio

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se desconoció precedente respecto al título jurídico de imputación de los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas en accidente aéreo

La Sala considera que no es posible afirmar que se configuró un defecto sustantivo en la modalidad de desconocimiento del precedente, en lo que respecta al título jurídico de imputación de los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas, puesto que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la línea jurisprudencial al respecto, en virtud de la cual, cuando la actividad peligrosa es ejercida directamente por la víctima del daño debe analizarse la responsabilidad estatal bajo la tesis de falla probada del servicio.

Referencia: Expediente T- 5.380.986

Acción de tutela interpuesta por Ana Rosa Cristina Llano Narvárez y otros contra la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado.

Derechos fundamentales invocados:
Debido proceso, igualdad.

Temas: Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; configuración del defecto sustantivo; jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el título de imputación de

responsabilidad estatal en el desarrollo de actividades peligrosas; jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor; y el principio de igualdad.

Problema jurídico: Determinar si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales de los accionantes, al negar la responsabilidad patrimonial del Estado en el accidente aéreo en el cual falleció el señor Wilmer Orlando Cortés Conde, alegando para la ello la causal eximente de responsabilidad de fuerza mayor, sin tener en cuenta que el evento se produjo en el desarrollo de una actividad peligrosa.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados, María Victoria Calle Correa -quien la preside-, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por las Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el tres (03) de noviembre de dos mil quince (2015) y el quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), respectivamente, en el trámite de la acción de tutela incoada por Ana Rosa Cristina Llano Narvárez y otros contra la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de esta Corporación, la Sala de Selección de Tutelas Número Dos (02) de la Corte

Constitucional¹ escogió a través del auto del veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016), notificado el once (11) de marzo de dos mil dieciséis (2016), la acción de tutela de la referencia para efectos de su revisión.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015, por tratarse de una acción de tutela dirigida contra una providencia judicial proferida por el Consejo de Estado, el Magistrado Sustanciador rindió el respectivo informe de la acción de tutela a la Sala Plena de la Corte Constitucional, quien en sesión del once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016), determinó que la presente acción fuera fallada por el Pleno de esta Corporación.

1.1. SOLICITUD

A través de apoderado judicial, los señores **Ana Rosa Cristina Llano Narváez, David Fernando y Ana María Cortés Llano, Arnoldo Cortés Aguilar, Leda Libia Conde de Cortés, Arnoldo Ernesto Cortés Conde, Leonardo Alberto Cortés Conde, Daniel Fernando y Leonardo Andrés Cortés Arias**, interpusieron acción de tutela el veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), contra **la Sección Tercera, Subsección “A”, del Consejo de Estado**, por considerar vulnerados su derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al haberseles negado la declaratoria de responsabilidad del Estado por la muerte del señor Wilmer Orlando Cortés Conde.

En consecuencia, solicitan que se tutelen los derechos fundamentales invocados y que: **(i)** se declare que la Sección Tercera, Subsección “A”, del Consejo de Estado incurrió en vías de hecho en el fallo del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) proferido dentro del expediente 50001-23-31-000-2003-20283-01 (34.674), por grave error en la interpretación de la norma aplicada y violación del principio de igualdad; **(ii)** se deje sin efecto el fallo en mención; y **(iii)** se ordene al accionado que dicte un nuevo fallo, que se ajuste a los lineamientos expresados por el juez de tutela.

Sustentan su solicitud en los siguientes:

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.2.1. Manifiesta el apoderado de los accionantes que el señor Wilmer Orlando Cortés Conde, vinculado al Ejército Nacional en el grado de Capitán, falleció el treinta (30) de noviembre de dos mil uno (2001), cuando en cumplimiento de una misión de apoyo de combate a las fuerzas de despliegue rápido (Brigada Móvil No. 1), transcurridos ocho minutos desde el despegue, el helicóptero en el que se movilizaba se accidentó en la zona rural del Municipio de San Juanito, Meta.

¹ Integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Gloria Stella Ortíz Delgado.

1.2.2. Indica que en consecuencia, la señora Ana Rosa Cristina Llano Narváez, en calidad de esposa de Wilmer Orlando Cortés Conde, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores David Fernando y Ana María Cortés Llano, sus padres Arnoldo Cortés Aguilar y Leda Libia Conde de Cortés, sus hermanos Arnoldo Ernesto y Leonardo Alberto Cortés Conde, y sus sobrinos Daniel Fernando y Leonardo Andrés Cortés Arias, interpusieron acción de reparación directa contra de la Nación- Ministerio de Defensa el trece (13) de agosto de dos mil tres (2003), con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad del Estado y la condena al pago de la totalidad de los daños y perjuicios representados en: perjuicio moral, lucro cesante y alteraciones en las condiciones de existencia.

1.2.3. Sostiene que mediante Sentencia del quince (15) de junio de dos mil siete (2007), el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda por considerar que el accidente se produjo por fuerza mayor, en tanto fueron las condiciones meteorológicas las generadoras del fatal hecho. Sobre el particular, expresó el juez de conocimiento lo siguiente:

“(...) el caso bajo estudio se abordará desde la teoría del riesgo, habida cuenta de que las circunstancias fácticas se generaron en cumplimiento de una actividad peligrosa por tratarse de una aeronave (...) perteneciente al Ejército Nacional que en ejercicio de una tarea propia de sus funciones, se accidentó en las estribaciones de la Cordillera Oriental, en jurisdicción del municipio de San Juanito, Departamento del Meta, perdiendo la vida abnegados servidores públicos, entre ellos, el capitán WILMER ORLANDO CORTÉS CONDE (...)

Frente a este régimen de responsabilidad, se parte de la presunción de responsabilidad de la cual puede relevarse al Estado cuando es generada por una causa extraña.

Conforme al examen juicio e integral de la prueba arrimada al proceso, las aspiraciones del actor no pueden resultar exitosas por cuanto como se verá, el accidente se produjo por fuerza mayor, entendido este instituto como un hecho exterior a las partes, que es imprevisible e irresistible.

En nuestro caso particular, el accidente de la aeronave no se produjo por un comportamiento positivo u omisivo de la administración, sino por un hecho externo de la misma, con las características de imprevisibilidad e irresistibilidad habida cuenta que el mal tiempo o dicho de otra manera, las condiciones meteorológicas y súbitas, fueron las generadoras del fatal hecho; a esta conclusión se llega con

fundamento en el informe del Ejército Nacional sobre el siniestro (...)

Debe tenerse en cuenta además que allí (...) se indica igualmente que hubo error en la operación de la aeronave por parte de los pilotos de la misma, situación que adicionada a la primera, fue la génesis de la catástrofe.

No existe prueba de ninguna naturaleza de la cual pueda inferirse desperfectos de la máquina o errores por parte de la torre de control que lo guiaba, como se reitera, la alteración súbita de las condiciones meteorológicas aunados al error humano, fueron de manera exclusiva el origen del desastre, esta afirmación encuentra apoyo en las declaraciones de los rescatistas del mismo Ejército (...), quienes en otra aeronave una vez enterados del accidente, procedieron a la búsqueda del helicóptero, indicando que el mal tiempo reinante el mismo día de la catástrofe, los hizo postergar el rescate para el día siguiente, encontrando totalmente destruido el aparato que se empleaba para abastecer a miembros del Ejército que se encontraban en tierra”.

1.2.4. Inconformes con la anterior decisión, interpusieron recurso de apelación con el fin de revocar la sentencia, indicándose que: **(i)** en el caso objeto de análisis, no se presentó un evento constitutivo de fuerza mayor, sino de caso fortuito, ya que se trató de un hecho que, a pesar de que no se pudo evitar, sí se podía prever; **(ii)** la actividad que desempeña un aviador, si bien está ligada a riesgos previsible, como lo es el estado del tiempo, existen riesgos que se pueden evitar, como en el presente caso, restringiendo el tránsito de aeronaves cuando las condiciones climáticas son adversas; **(iii)** cuando se trata de una actividad peligrosa, la falla del servicio se presume y, por tanto, el régimen de responsabilidad que se aplica es el objetivo, por riesgo excepcional; **(iv)** como la entidad demandada creó el riesgo y se benefició de la actividad peligrosa, es ella quien debe responder por los daños que el desarrollo de la misma le causó a los demandantes.

1.2.5. Señala que del recurso de apelación le correspondió conocer a la Sección Tercera, Subsección “A”, del Consejo de Estado, que mediante Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) confirmó la decisión apelada, considerando que el accidente aéreo se produjo como consecuencia de un caso de fuerza mayor, y que por tanto se exoneraba de responsabilidad al Estado. Reseña que el fundamento de la decisión fue el siguiente:

“Pues, bien, conforme a lo expuesto, la Sala encuentra acreditado que el accidente aéreo en el cual perdió la vida el Capitán del Ejército WILMER ORLANDO CORTÉS

CONDE sobrevino como consecuencia de las condiciones meteorológicas “adversas”, “imprevistas” y “súbitas” imperantes en el momento en el cual la aeronave sobrevolaba el área general del municipio de San Juanito (Meta), de tal suerte que, como lo indicó el Tribunal de primera instancia, ello configuró un evento constitutivo de fuerza mayor que impide imputar el daño a la entidad demandada (...)

De lo anterior, se concluye, entonces, que las condiciones en las cuales se produjo el accidente aéreo constituyeron un evento de fuerza mayor, entendida ésta como “la causa extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño”, que rompe el nexo de causalidad entre el daño y el actuar de la administración.

Ahora, la Sala acoge las conclusiones contenidas en los informes rendidos dentro de la investigación disciplinaria referenciadas párrafos atrás, en cuanto a las condiciones meteorológicas adversas, como determinantes del siniestro, en la medida en que fueron rendidas por personas calificadas para emitir ese tipo de conceptos, ya que se trata de profesionales con conocimientos en esas áreas (pilotos de pruebas del equipo M1 17 IV, miembros de la Compañía de Mantenimiento del Batallón de Helicópteros), de suerte sus dichos resultan idóneos para acreditar que esa fue la causa del siniestro”.

- 1.2.6.** Asevera que la decisión adoptada por el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo por apartarse de la interpretación y posición jurisprudencial respecto de las actividades peligrosas, considerando como causal eximente de responsabilidad la fuerza mayor, cuando la misma no resulta acorde con los hechos acaecidos.
- 1.2.7.** Alega que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que en los casos relacionados con el ejercicio de una actividad peligrosa, como el caso del manejo de aeronaves, el régimen de responsabilidad es objetivo, en aplicación de la teoría del riesgo excepcional. Contrario a lo establecido en la sentencia que se ataca, en la que se consideró que el título de imputación aplicable al caso era el de la falla probada del servicio
- 1.2.8.** Pese a lo anterior, estima que independientemente del título de imputación aplicado, ha debido declararse la responsabilidad del Estado, puesto que reiterada jurisprudencia ha establecido que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue de actividades peligrosas, a quien corresponde la guarda de la actividad queda

obligado a responder por los perjuicios ocasionados por la realización del riesgo creado.

1.2.9. En este sentido, considera contradictorio que en la decisión del Consejo de Estado se reconozca que las circunstancias que produjeron la muerte del señor Wilmer Orlando Cortés, se dieron como consecuencia del cumplimiento de sus funciones, pero a su vez se considere que dicha actividad no conduce a la imputación de responsabilidad de la administración.

1.2.10. Cuestiona y afirma ser insuficiente el eximente de responsabilidad alegada, cual es la fuerza mayor, pues considera que indudablemente la aviación implica un riesgo específico de caer a tierra, por lo que quien despliega esa actividad y se beneficia de ella, debe responder patrimonialmente por cualquier perjuicio ocasionado.

Adicionalmente, señala que la responsabilidad del Estado surgió al haber ordenado la ejecución de una operación aérea en condiciones climáticas adversas.

1.2.11. Por otro lado, destaca que los hechos que dieron origen al accidente, contrario a lo afirmado por el Consejo de Estado, no son constitutivos de fuerza mayor sino que debe considerarse como un caso fortuito, por cuanto a pesar de ser un hecho que no se pudo prever si se pudo evitar, pues es deber de las torres de control informar en todos los casos de los sucesos meteorológicos donde se va a pilotear.

De esta manera, resalta que el Consejo de Estado ha considerado que la presencia de un caso fortuito no exonera la responsabilidad del Estado.

1.2.12. Finalmente, sostiene que se presentó una vulneración al principio de igualdad puesto que en el mismo accidente fallecieron también un Sargento y un Cabo, frente a quienes el Tribunal Administrativo del Meta decretó la responsabilidad del Estado.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Auto del veintinueve (29) de agosto de dos mil quince (2015), la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado de la misma a la autoridad judicial accionada para que rindiera informe sobre los hechos objeto de la acción.

De igual forma, como terceros interesados en la results del proceso, ordenó la vinculación al trámite de la tutela a la Nación- Ministerio de Defensa y al Tribunal Administrativo del Meta.

Finalmente, requirió al apoderado judicial de los accionantes para que aportara el poder especial que lo faculta para interponer la acción de

tutela en nombre y en representación de los poderdantes Ana María Cortés Llano y Leonardo Andrés Cortés Arias.

1.3.1. El Consejero de Estado, Carlos Alberto Zambrano Barrera, en su condición de ponente de la Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), rindió informe sobre los hechos expuestos por los accionantes y consideró que no se evidencia vulneración a derecho constitucional alguno que deba ser amparado vía acción de tutela:

1.3.1.1. Adujo que del contenido de la sentencia cuestionada, resulta diáfano afirmar que la Sección Tercera aplicó el precedente judicial para estos casos, pues el fallo no desconoció que el título de imputación que la jurisprudencia ha aplicado para eventos en los que se crean riesgos en ejercicio de una actividad peligrosa, es objetivo.

1.3.1.2. Explicó que la cuestión es que, como en el asunto bajo análisis la víctima del daño era el copiloto de la aeronave siniestrada, la decisión cuestionada precisó, con fundamento en sentencias de esta Sección del veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009) -expediente 16.689- y del veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010) -expediente 17.632-, que cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, sino el de falla probada del servicio, de manera que se distingue entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta.

En este sentido, la sentencia señaló que, en el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe adoptarse con fundamento en la tesis de la falla probada del servicio y no en la del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional.

1.3.1.3. Preciso que del testimonio rendido por uno de los sobrevivientes del accidente, se extrae que: **(i)** el helicóptero accidentado sobrevolaba sin ningún problema en el páramo de Chingaza, de donde salió y efectuó sin contratiempos dos sobrevuelos previos a San Juanito; **(ii)** al regresar del segundo vuelo, no se presentó problema alguno y las condiciones de visibilidad eran óptimas, ya que se podían divisar los cerros sobre los cuales sobrevolaba; **(iii)** luego de sobrepasar los cerros, “*todo se comenzó a ver blanco*”, “*totalmente tapado*”, y luego se produjo el accidente.

1.3.1.4. Aseveró que con base en lo anterior, la Sala infirió que la aeronave sobrevolaba en buenas condiciones de aeronavegabilidad (hecho que lo evidenció también un informe rendido por la comisión investigadora que conoció del accidente), cuando intempestivamente, sobrevino un evento inesperado de nubosidad que impidió la visibilidad, de modo que ese cambio meteorológico se produjo en condiciones súbitas e

inesperadas para la demandada y, por lo mismo, no le fue posible evitarlo.

1.3.1.5. Por lo expuesto, en el fallo se concluyó que las condiciones en las cuales se produjo el accidente aéreo constituyeron un evento de fuerza mayor, entendida ésta como *“la causa extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño”*, la cual rompió el nexo de causalidad entre el daño y el actuar que se predica de la administración.

1.3.1.6. Advirtió que al margen de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta dentro del proceso de reparación directa interpuesto por otras víctimas del accidente, lo cierto es que el fallo acá cuestionado encontró fundamento en las pruebas válidamente practicadas y aportadas al proceso, las cuales, luego de ser objeto de la correspondiente valoración, llevaron a la Sala de Decisión a la convicción de que el daño por el cual se reclamó la indemnización, devino como consecuencia directa de un evento constitutivo de fuerza mayor, lo cual impidió la imputación del daño a la demandada.

1.3.2. El apoderado judicial de los accionantes, allegó escrito en virtud del cual indicó que en lo que respecta a los menores Ana María Cortés Llano y Leonardo Cortés Conde, fueron los señores Ana Rosa Cristina Llano y Leonardo Alberto Cortés Conde, quienes en calidad de padres, le otorgaron poder en representación de sus hijos menores, por lo que en su concepto está facultado para interponer la acción de tutela en su nombre².

1.3.3. La Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa, mediante oficio OFI15-76383 del veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015), se pronunció sobre los hechos expuestos en la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

1.3.3.1. Manifestó que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, estudió e hizo un juicio de valoración a cada una de las pruebas aportadas dentro del proceso, en virtud de las cuales no era procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues no se acreditó la existencia de una falla del servicio.

1.3.3.2. Indicó que en efecto se encontró demostrado que le correspondía a la parte demandante acreditar a través de pruebas idóneas la causa del accidente y las condiciones en las cuales se produjo, sin embargo, para el momento del accidente el militar fallecido se encontraba en misión de servicio y en cumplimiento de las funciones propias de su cargo, es decir, el daño ocurrió como consecuencia de los riesgos propios que

² Para probar la anterior relación se adjuntaron los registros civiles de nacimiento de los dos menores.

asumió dentro de la actividad militar que desarrollaba, motivo por el cual, el caso se abordó desde la teoría del riesgo, toda vez que las circunstancias fácticas se generaron en cumplimiento de una actividad peligrosa por tratarse de una aeronave.

1.3.3.3. Sostuvo que en el caso *sub examine*, el accidente de la aeronave no se produjo por un comportamiento omisivo de la administración sino por un hecho externo de la misma con las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, habida cuenta que fueron condiciones meteorológicas las generadoras del fatal hecho.

1.3.3.4. Arguyó que dentro del acervo probatorio y la investigación disciplinaria adelantada, se evidenció que la destrucción total de la aeronave fue producida como consecuencia de las circunstancias meteorológicas que predominaban en el área, ya que no eran las más adecuadas para dar cumplimiento a la misión, de otra parte, se pudo establecer que la nave fue encontrada al día siguiente totalmente destruida y la tripulación había perecido en su totalidad como consecuencia del funesto accidente.

1.3.3.5. Concluyó que el accidente aéreo en el cual perdió la vida el Capitán del Ejército Wilmer Orlando Cortés Conde, sobrevino como consecuencia de las condiciones meteorológicas adversas e imprevistas en el momento en el cual la aeronave sobrevolaba, de manera que, como lo indicó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se configuró un evento constitutivo de fuerza mayor que impide imputar el daño a la entidad demandada.

1.3.3.6. Conforme a lo anterior, solicita que se nieguen las pretensiones de la tutela.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de tutela se aportaron las siguientes pruebas, en medio magnético:

1.4.1. Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) proferida por la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, dentro del expediente 50001-23-31-000-2003-20283-01 (34.674), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

1.4.2. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil catorce (2014) del Tribunal Administrativo del Meta.

1.4.3. Sentencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil catorce (2014) del Tribunal Administrativo del Meta.

1.4.4. Poderes para actuar.

- 1.4.5. Registros civiles de nacimiento de Ana María Cortés Llano y Leonardo Andrés Cortés Arias.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA - SECCIÓN CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Mediante Sentencia del tres (03) de noviembre de dos mil quince (2015), la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió **negar** el amparo constitucional deprecado, al considerar que no se genera la responsabilidad del Estado respecto del personal que hace parte de las fuerzas armadas y que presta sus servicios de manera voluntaria (como era el caso del señor Wilmer Orlando Cortés Conde, quien ostentaba el grado de Capitán), pues es la persona que decide vincularse de manera libre y voluntaria al ejercicio de la profesión quien asume el riesgo inherente a la actividad militar.

Precisó que en este sentido no existe por parte de la Sección Tercera desconocimiento del precedente judicial, pues el fallo no excluyó la existencia de la responsabilidad objetiva por parte del Estado cuando se crean riesgos en el ejercicio de una actividad peligrosa, y el asunto debatido giró en torno de un Capitán del Ejército Nacional que prestó sus servicios de manera voluntaria, quien desempeñaba el rol de copiloto de la aeronave que sufrió el accidente.

Igualmente, sostuvo que la labor de manejo de una aeronave conlleva a asumir un riesgo inherente al desempeño de esta actividad, riesgo que el Capitán Wilmer Orlando Cortés Conde asumió de manera voluntaria, y una vez se concretó el mismo, no existió para el Estado la configuración de la responsabilidad objetiva.

En efecto, cuando el daño sufrido se ocasiona como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida directamente por la víctima, no resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, sino el de falla probada en el servicio.

No obstante lo anterior, en el presente caso se configuró un hecho constitutivo de fuerza mayor como eximente de responsabilidad del Estado, y si bien, los accionantes alegan que pudo evitarse que la aeronave sobrevolara en condiciones climatológicas adversas y que existía un deber de advertencia por parte de la torre de control, contrario a ello, la prueba del testimonio rendido por uno de los sobrevivientes llevó a concluir que *“intempestivamente sobrevino un evento inesperado de nubosidad que impidió la visibilidad de modo que ese cambio meteorológico se produjo en condiciones súbitas e inesperadas, y por lo mismo no fue posible evitarlo”*.

Coligió que no hay evidencia de que las decisiones judiciales objeto de tutela comprometan los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso que ameriten la intervención del juez constitucional, en la medida en que no se trata de providencias absolutamente caprichosas, arbitrarias o carentes de justificación o motivación jurídica o que conduzcan a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso, más aún si se tiene en cuenta que los accionantes tuvieron a su disposición y utilizaron los medios de defensa establecidos por el legislador para controvertir las decisiones atacadas ahora por vía de tutela.

2.2. IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial de los accionantes impugnó el fallo de primera instancia al considerar que: **(i)** se demostró que en el caso bajo análisis era aplicable el régimen de responsabilidad objetiva y la inexistencia de fuerza mayor como causal de eximente de responsabilidad, por lo que debió declararse la responsabilidad del Estado; y **(ii)** el fallo acusado omitió pronunciarse sobre la vulneración del principio de igualdad.

2.2.1. En primer lugar, sostuvo que el Consejo de Estado, en los casos relacionados con el ejercicio de una actividad peligrosa como en el caso del manejo de aeronaves, ha aplicado de manera uniforme el régimen de responsabilidad objetiva señalando que el factor de imputación siempre es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados.

Así bien, en los eventos en que se ocasionan daños por el ejercicio de una actividad peligrosa, la controversia debe resolverse bajo el régimen de responsabilidad objetiva del riesgo excepcional, en la que la parte demandante habrá de demostrar tanto la existencia del daño como la existencia de un nexo causal entre éste y el accionar de la administración, con miras a configurar la responsabilidad administrativa del Estado.

Adicionalmente, indicó que de forma contraria a lo señalado en la sentencia impugnada, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el riesgo inherente al desarrollo de una actividad peligrosa se aplica para todos los ocupantes de un vehículo o de una aeronave, indistintamente de si son pasajeros o tripulantes del mismo, ya que cuando se materializa el riesgo de que la aeronave caiga a tierra, se compromete directa e indiscriminadamente la vida de todos los que en ella se encuentran.

Ahora bien, resaltó que independientemente del título de imputación que se hubiese aplicado, por los supuestos propios del caso bajo análisis, todo conducía a la declaratoria de responsabilidad del Estado, debido a que la jurisprudencia ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue de actividades peligrosas, es aquel a quien le corresponde jurídicamente la guarda de la

actividad, quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado.

De la misma manera, consideró que es contradictoria la calificación de los hechos que han dado lugar a este proceso como un escenario generador de fuerza mayor, pues la construcción de esta postura es insuficiente para considerar que la caída de un helicóptero es un hecho externo a la actividad desarrollada y al servicio prestado. Indudablemente la aviación supone el riesgo específico de caer a tierra, por tanto, quien despliega esta actividad y se beneficia de ella está llamado a responder patrimonialmente por cualquier perjuicio sufrido con ocasión de ella.

La responsabilidad del Estado surge por cuanto los hechos dañosos ocurrieron en ejercicio de un servicio público que expuso a un riesgo excesivo a la víctima, al haber ordenado la ejecución de la operación aérea en condiciones climáticas adversas. Esto representa un comportamiento positivo de la administración que no es externo a la misma, habida cuenta que las condiciones meteorológicas generadoras del fatal hecho, debieron hacer que no se permitiera el vuelo que lo desencadenó.

En el escrito de tutela se demostraron los motivos por los que de los hechos del caso no se puede aducir la existencia de una fuerza mayor, sino que por el contrario se reúnen los elementos propios de un caso fortuito, el cual se refiere a un evento que a pesar de que no se pudo prever, se pudo evitar, es decir que el caso fortuito se refiere a lo imprevisible, a diferencia de la fuerza mayor que se refiere a lo inevitable.

De esta manera es evidente que la actividad que desempeña un aviador está acompañada de una serie de riesgos imprevisibles, como lo era el mal tiempo, pero igualmente se podía evitar que la aeronave volara en esas circunstancias, por cuanto es deber de la torre de control informar en todos los casos de los sucesos meteorológicos de la región donde se va a pilotear.

En relación con la responsabilidad por presencia de un caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que éste no exonera de responsabilidad al Estado³.

Así las cosas, es claro que la administración está llamada a responder por los daños que ocasione a sus asociados en el supuesto del caso fortuito, y que esta figura debió ser utilizada por el Consejo de Estado en el caso concreto, atendiendo a que el mal tiempo en la aviación es un riesgo previsible.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A". C.P. Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., ocho (08) de junio de dos mil once (2011). Radicación No. 19001-23-31-000-1998-05110-01 (20328).

Frente a este punto, concluyó que existió un defecto sustantivo por grave error en la interpretación de la norma aplicada en la sentencia acusada, pues conforme al precedente judicial, la entidad que ejerce la actividad peligrosa debe responder por el daño siempre que el hecho le ha sido imputado, *“aun cuando por circunstancias internas el peligro latente que envuelve la actividad se haya desencadenado sin su culpa, es decir, responde aún en los supuestos de caso fortuito”*.

2.2.2. En segundo lugar, manifestó que el fallo que se impugna omitió pronunciarse sobre la vulneración del principio de igualdad alegada, pese a la advertencia que se hizo de esta solicitud en la parte inicial del escrito.

A pesar de haberse identificado como problema jurídico la vulneración al principio de igualdad, el fallador de instancia sólo se pronunció en los siguientes términos: *“En consecuencia, conforme con lo discurrido no hay evidencia de que las decisiones judiciales objeto de tutela comprometan los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso que ameriten la intervención del juez constitucional”*.

En su concepto, y teniendo en cuenta que el señor Wilmer Orlando Cortés Conde falleció en el mismo accidente en el que también murieron el Sargento Segundo Silvio Saúl Fuentes y el Cabo Primero Ferney Mora Gómez, las decisiones sobre la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado debieron ser concordantes.

En este sentido solicitó que en aplicación del principio de igualdad de trato jurídico, se ordene revocar la decisión objeto de impugnación y por ende, se revoque la decisión adoptada en la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) por la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado.

2.3. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA- SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO

Mediante Sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió **confirmar** la sentencia de primera instancia al considerar que:

2.3.1. El señor Cortés Conde era el copiloto del helicóptero accidentado, por lo que no hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, sino que se debe analizar a la luz de la falla del servicio, situación que fue debidamente explicada y sustentada en la decisión que se pide dejar sin efecto⁴.

⁴ “Así, verificada la existencia del daño, esto es, la muerte por la cual se pidió la declaratoria de responsabilidad del Estado, la Sala abordará el análisis de la imputación, con miras a establecer si aquella

En este sentido, la negativa de las pretensiones no devino del título de imputación sino de la existencia de un eximente de responsabilidad, cual es la fuerza mayor, por lo que basta con afirmar que no resultaría plausible abordar cuál título de imputación debió aplicarse para resolver la acción de reparación directa ejercida por los tutelantes, pues fue una labor que ya adelantó el juez natural del proceso ordinario, en debida forma y con el respectivo sustento jurisprudencial, además, pues cualquiera se la conclusión a la que se arribe, no tendría la entidad suficiente para afectar la decisión adoptada en la sentencia cuestionada.

Por otro lado, no hay lugar a declarar próspero el argumento según el cual la calificación de que el accidente en el que perdió la vida el señor Cortés Conde, derivó de una circunstancia de fuerza mayor “*resulta insuficiente*”, pues del análisis de la providencia enjuiciada se encuentra que esa conclusión es el resultado de la valoración de las pruebas realizada por el juez de lo contencioso administrativo.

Tras citar las argumentaciones expuestas en el fallo acusado, concluyó que la decisión adoptada en relación con la declaratoria de la existencia de fuerza mayor, tuvo como respaldo el material probatorio obrante en el plenario y no se advierte que las conclusiones a las que se arribaron resulten una determinación arbitraria o caprichosa por parte del juez natural del proceso ordinario.

2.3.2. Sostuvo que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que haya lugar a la protección del derecho a la igualdad, se requiere que en aquellos casos en los que existan decisiones dictadas que guarden identidad fáctica y jurídica pero con resueltas disímiles, las sentencias

es atribuible a la demanda, por la concreción de un riesgo excepcional, como se sostuvo en la demanda, o si no es atribuible, por configurarse la causal eximente de responsabilidad, denominada “fuerza mayor”, como lo consideró el Tribunal de primera instancia.

(...) no puede pasar inadvertido para la Sala el hecho de que en la sentencia, el Tribunal analizó la responsabilidad del Estado, en aplicación de un régimen objetivo, por riesgo excepcional; al respecto debe advertirse que el hecho de que la víctima fuera parte de la tripulación como copiloto de la aeronave, al momento en el que se produjo el siniestro, lleva a recordar que esta Corporación ha señalado que, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, sino el de falla probada del servicio.

En otras palabras, se distingue entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe adoptarse con fundamento en la tesis de la falla probada del servicio y no en la del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional.

Al respecto, es un hecho que quien hacer parte de la tripulación como copiloto de una aeronave está, evidentemente, a cargo de la actividad peligrosa, pues las funciones que se desempeñan en ejercicio de esa calidad están estrictamente relacionadas con el manejo de la aeronave, al punto que “Quien pretenda actuar como piloto al mando (comandante) o como copiloto de una aeronave que pertenezca a algunas de las categorías señaladas a continuación (entre éstas helicópteros) deberá ser titular de una licencia de piloto expedida de conformidad con las disposiciones de este capítulo”.

Así las cosas, se impone la confirmación de la sentencia, en la medida en que, en cualquiera de los títulos de imputación, bien por falla probada del servicio o por riesgo excepcional, la fuerza mayor –que se acreditó en este asunto– constituye una causa extraña que impide imputar el daño a la administración”.

sean proferidas por la misma Corporación Judicial e incluso la Sala debe estar igualmente conformada respecto de sus integrantes, en todos los eventos, situación que no se cumple en este asunto, pues resulta más que evidente que el fallo cuestionado fue proferido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, mientras que el presente reparo se funda en providencias dictadas por el Tribunal Administrativo del Meta.

3. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

- 3.1. El Despacho del Magistrado Sustanciador, mediante auto del diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016), resolvió:

“PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se ponga en conocimiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Carrera 7ª N°. 75-66, piso 2 y 3. Bogotá D.C.), y de la Procuraduría General de la Nación (Carrera 5 N°. 11-96. Bogotá D.C.), la solicitud de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, expresen lo que estimen conveniente.

SEGUNDO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Tribunal Administrativo del Meta, para que, en el término de tres (03) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente auto, remita a esta Corporación copia del expediente contentivo de la acción de reparación directa radicada bajo el No. 2003-20283-01 (34.674) promovido por la señora Ana Rosa Cristina Llano Narváez y otros.”

- 3.2. Mediante oficio del once (11) de julio de dos mil dieciséis (2016), la Secretaría General de esta Corporación informó que, el auto del diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016), *“fue comunicado mediante oficios de pruebas OPTB-676/16 al OPTB-678/16, el 21 de junio de 2016 y durante dicho término NO se recibió comunicación alguna”*.
- 3.3. Por lo anterior, este Despacho mediante auto del veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), reiteró la solicitud de pruebas efectuada.
- 3.4. Mediante oficio del tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016), la Secretaría General de esta Corporación envió al Despacho el expediente contentivo del proceso de reparación directa promovido por la señora Ana Rosa Cristina Llano Narváez y otros contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

- 3.5. Mediante auto del cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016), y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, se ordenó que, por Secretaría General se pusiera a disposición de las partes, por el término de un (1) día hábil, expediente contentivo del proceso de reparación directa promovido por Ana Cristina Llano Narváez y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

En el asunto de la referencia, corresponde a la Sala Plena de esta Corporación determinar si la Sección Tercera del Consejo de Estado ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de los accionantes, al proferir la Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), mediante la cual confirmó la decisión de exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado, por cuanto el accidente aéreo en el que perdió la vida su familiar, se produjo como consecuencia de un caso de fuerza mayor.

Con el fin de solucionar el problema jurídico, esta Sala estudiará: **primero**, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **segundo**, los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **tercero**, el defecto sustantivo; **cuarto**, la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el título de imputación de los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas, en particular cuando la víctima es quien ejerce la guarda material de la actividad peligrosa; **quinto**, la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor; **sexto**, el principio de igualdad; y **séptimo**, el caso concreto.

4.2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales es un tema que ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se

fundamenta esta posibilidad, y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-543 de 1992, declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho.

A partir de este precedente, la Corte construyó una línea jurisprudencial sobre el tema, y determinó progresivamente los defectos que configuraban una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia **T-231 de 1994**, la Corte dijo: *“Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”*⁵. En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho.

En virtud de esta línea jurisprudencial, se ha subrayado que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se ha indicado que uno de los efectos del principio de *Estado Social de Derecho* en el orden normativo está referido a que los jueces, en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

Por un amplio periodo de tiempo, la Corte Constitucional decantó de la anterior manera el concepto de vía de hecho. Posteriormente, un análisis de la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacían viable la acción de tutela contra providencias judiciales llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sentencia sea necesariamente una decisión *arbitraria y caprichosa del juez*, era más adecuado utilizar el concepto de *causales genéricas de procedibilidad de la acción* que el de *vía de hecho*.

Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en las sentencias C-590 de 2005⁶ y SU-913 de 2009⁷, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Actualmente no “(...) *sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)*”⁸.

De esta forma, la Corte ha distinguido, en primer lugar, unos requisitos de orden procesal de carácter general⁹ orientados a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela **-requisitos de procedencia-** y, en segundo lugar, unos de carácter específico¹⁰, centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas que desconocen derechos fundamentales **-causales de procedibilidad**.

4.2.2. Requisitos generales y especiales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

De esta manera, la Corte en la Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre los requisitos generales de procedencia estableció:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones¹¹. En

⁶ Sentencia del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Sentencia del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁸ Sentencia T-774 de 2004, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Sentencia SU-813 de 2007: Los **critérios generales** de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que “*en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.*”

¹⁰ Sentencia T-1240 de 2008: los **critérios específicos** o **defectos** aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

¹¹ Sentencia 173/93.”

consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹². De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹³. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁴. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁵. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester

¹² Sentencia T-504/00.”

¹³ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

¹⁴ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.

¹⁵ Sentencia T-658-98.

que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁶. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”¹⁷

De otro lado, las causales específicas o defectos que hacen procedente la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes:

“Defecto procedimental absoluto, falencia que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Igual que en el caso anterior, la concurrencia del defecto fáctico tiene naturaleza cualificada, pues se exige que se esté ante un trámite judicial que se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial y, en consecuencia, desconoce el derecho fundamental al debido proceso.”¹⁸

Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Al respecto, debe recalcarse que este es uno de los supuestos más exigentes para su comprobación como causal de procedencia de la acción de tutela contra sentencias. Ello debido a que la valoración de las pruebas en el proceso es uno de los campos en que se expresa, en mayor medida, el ejercicio de la autonomía e independencia judicial. El ejercicio epistemológico que precede al fallo es una tarea que involucra, no solo la consideración acerca de las consecuencias jurídicas que, en materia probatoria, impone el ordenamiento jurídico positivo, sino también la valoración que de los hechos del caso realice el funcionario judicial, a partir de su propia experiencia

¹⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-324 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, - bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico -, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.”

y de su conocimiento sobre el área del derecho correspondiente, tópicos que suelen reunirse bajo el concepto de sana crítica.

Defecto material o sustantivo, que se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto. Esta misma falencia concurre cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Así, el defecto material o sustantivo apela a la necesidad de que la sentencia judicial tenga un soporte racional argumentativo mínimo, esto es, que (i) se soporte en las normas constitucionales y legales que resulten aplicables; (ii) acredite consonancia entre la motivación, que da cuenta del reconocimiento de esos preceptos de derecho positivo y su contraste con el material probatorio legal y debidamente recaudado durante el trámite, y la decisión que adopta el juez del conocimiento.¹⁹

Error inducido, tradicionalmente denominado como “vía de hecho por consecuencia” que se presenta cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.²⁰

Sentencia sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la disconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión

¹⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”.

²⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional SU-014 de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez: “Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial - presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.”

correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.²¹

“Violación directa de la Constitución, causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y provisiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados” (énfasis de la Corte).

El estudio jurisprudencial permite advertir que el asunto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales “*se muestra complejo, puesto que la adecuada protección de los principios y valores constitucionales implica un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción -presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica*”.²²

En resumen, como ha sido señalado por la jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un juicio de validez y no como un juicio de corrección²³ del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación normativa, que dieron origen a la controversia.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² Sentencia de la Corte Constitucional T-310 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Sentencia de la Corte Constitucional T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente conceder la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio, los accionantes aseguran que la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente judicial, al considerar que el título de imputación del daño ocasionado por el accidente aéreo en el que perdió la vida el Capitán del Ejército Wilmer Orlando Cortés Conde era la falla del servicio mas no el riesgo excepcional.

Igualmente, afirman que la autoridad judicial accionada consideró erróneamente que se presentó una causal eximente de responsabilidad del Estado, cual es la fuerza mayor, cuando en realidad se constituyó un caso fortuito, el cual no tiene la idoneidad de excluir la responsabilidad alegada.

Por esta razón, a continuación la Sala analizará con más detalle cuándo se presentan los defectos enunciados.

4.2.3. Defecto material o sustantivo en la jurisprudencia constitucional

Nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la Carta Política, contempla un complejo y extensivo reparto de competencias designadas a los diferentes órganos de la rama judicial del poder público, reconociendo un amplio margen de interpretación y aplicación del derecho a su cargo.

Sin embargo, esta Corporación ha sido reiterativa en señalar que la autonomía de la que gozan las autoridades judiciales, no es absoluta, puesto que las mismas deben someterse al imperio del Estado de Derecho²⁴.

El **defecto sustantivo** aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial desconoce las disposiciones de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado. Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional **(i)** aplica una disposición en el caso, que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; **(ii)** aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; **(iii)** a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -

²⁴ Ver entre otras Sentencias T-033, T-328 y T-709 de 2010.

interpretación *contra legem*- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente; (v) omite motivar su decisión o la motiva de manera insuficiente; o (vi) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso²⁵.

Frente a la configuración de este defecto se reitera que, si bien es cierto, los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

4.2.3.1. Con fundamento en lo anterior, el defecto sustantivo también se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas, y por tanto, la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente.

De esta manera, la Sentencia SU-962 de 1999²⁶ manifestó que las decisiones que incurren en una vía de hecho por interpretación *“carece(n) de fundamento objetivo y razonable, por basarse en una interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable.”*

Por su parte, la Sentencia T-567 de 1998²⁷ precisó que *“cuando la labor interpretativa realizada por el juez se encuentra debidamente sustentada y razonada, no es susceptible de ser cuestionada, ni menos aún de ser calificada como una vía de hecho, y por lo tanto, cuando su decisión sea impugnada porque una de las partes no comparte la interpretación por él efectuada a través del mecanismo extraordinario y excepcional de la tutela, ésta será improcedente.”*

Esta posición fue reiterada por la Corte en la Sentencia T-295 de 2005²⁸ al señalar:

“La Corte Constitucional ha indicado que la interpretación indebida de normas jurídicas puede conducir a que se configure una vía de hecho por defecto sustantivo. Así, en la sentencia T-

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁷ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se expresó al respecto: “En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.”

4.2.3.2. Respecto al defecto sustantivo que se presenta como consecuencia de una errada interpretación, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en indicar que no cualquier interpretación tiene la virtualidad de constituir una vía de hecho, sino que ésta debe ser abiertamente arbitraria.

En consecuencia, ha dicho la Corte que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional. En este sentido, en Sentencia T-1222 de 2005²⁹ la Corte consideró:

“Como lo ha señalado reiteradamente la Corte, no es el juez constitucional el funcionario encargado de definir la correcta interpretación del derecho legislado. En particular, la jurisprudencia ha reconocido que es la Corte Suprema de Justicia la intérprete autorizada del derecho civil y comercial.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar si se produce alguna clase de defecto cuando en un proceso ejecutivo de ejecución de providencia judicial, el juez de apelación revoca el mandamiento de pago, al considerar que le entidad demandada en el proceso ordinario carecía de capacidad para ser parte en él.

En este sentido, no sobra indicar que, en todo caso, los jueces civiles son intérpretes autorizados de las normas que integran esta rama del derecho y el juez constitucional no puede oponerles su propia interpretación salvo que se trate de evitar

²⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

una evidente arbitrariedad o una clara violación de los derechos fundamentales de las partes. En este caso el juez constitucional tiene la carga de demostrar fehacientemente la existencia de una vulneración del derecho constitucional de los derechos fundamentales como condición previa para poder ordenar la revocatoria de la decisión judicial impugnada.

En suma, ante una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial por presunta arbitrariedad en la interpretación del derecho legislado -vía de hecho sustancial por interpretación arbitraria- el juez constitucional debe limitarse exclusivamente a verificar que la interpretación y aplicación del derecho por parte del funcionario judicial no obedezca a su simple voluntad o capricho o que no viole los derechos fundamentales. En otras palabras, no puede el juez de tutela, en principio, definir cuál es la mejor interpretación, la más adecuada o razonable del derecho legislado, pues su función se limita simplemente a garantizar que no exista arbitrariedad y a proteger los derechos fundamentales y no a definir el sentido y alcance de las normas de rango legal.”

Se colige entonces, que pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

4.2.3.3. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que también **el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe³⁰.

A propósito de esta modalidad en la cual se configura un defecto sustantivo, la Sala considera necesario examinar la diferencia entre los conceptos de antecedente y precedente.

El **antecedente** se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no

³⁰ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.

Esta noción fue esbozada en la sentencia T-292 de 2006³¹, en la que la Corte, ante la pregunta de “¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?”, indicó:

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”.

Por su parte, **el precedente**, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

Esta noción ha sido adoptada en sentencias como la T-794 de 2011³², en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

Esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa. **El primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y **el segundo** se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de

³¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

En este orden, debe resaltarse que el precedente no sólo es orientador sino obligatorio, como se explica a continuación.

La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 Superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”³³.

³³ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más adecuada que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: *“tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes”* y *“exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”*³⁴.

Así pues, por las razones expuestas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el desconocimiento sin debida justificación del precedente judicial configura un **defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe³⁵.

No obstante, esta regla no es absoluta, pues no puede ignorarse que el Derecho es dinámico y cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; por ende, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia, pero con una justificación razonable y proporcional. La Corte Constitucional ha establecido al respecto que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(…) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las

³⁴ *Ibídem*

³⁵ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente) ”³⁶.

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que jueces de la jurisdicción contencioso administrativa han desconocido el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, ha concedido la tutela contra las providencias atacadas por existencia de un defecto sustantivo, en sentencias como la T-934 de 2009³⁷, T-351 de 2011³⁸, T-464 de 2011³⁹ y T-212 de 2012⁴⁰. En estos casos, la Corporación observó que existía un precedente consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin razones por las autoridades demandadas⁴¹. Estos ejemplos muestran que es más sencillo constatar la presencia de un defecto sustantivo cuando existe un precedente consolidado; sin embargo, esto no significa que la inobservancia de un precedente individual sin la debida justificación no dé lugar eventualmente a la procedencia de la acción de tutela.

En resumen, los jueces tienen un deber de obligatorio cumplimiento y es el de: **(i)** acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyen precedentes, y/o **(ii)** sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, esta regla no es absoluta, ya que los jueces pueden apartarse de dicho precedente, pero cumpliendo la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico. En este orden de ideas, por ejemplo, cuando un juez de inferior jerarquía se aparta de un precedente establecido en su jurisdicción por el órgano de cierre o de su propio precedente, sin exponer un razonamiento proporcional y razonable para el efecto, incurre en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

4.2.3.4. Defecto sustantivo en la modalidad de insuficiencia en la motivación de la decisión.

En la Sentencia **T-233 de 2007**⁴², se estableció que la ausencia de motivación se estructura solo cuando la argumentación realizada por el juez, en la parte resolutive del fallo, resulta defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente. La anterior decisión fue tomada con base en el principio de autonomía judicial, el cual impide que el juez de tutela

³⁶ Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

³⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁴¹ Lo mismo puede verse en sentencias T-156 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

interceda frente a controversias de interpretación. Por lo tanto, la competencia del juez de tutela, solo podrá activarse en casos específicos en donde se evidencie que la falta de argumentación decisoria, convierta la providencia en un mero acto de voluntad del juez.

Como conclusión, debe tenerse en cuenta que la falta de motivación, como causal de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, tiene como finalidad proteger los derechos de los ciudadanos de obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, permitiendo de esta manera, ejercer efectivamente el derecho de contradicción.

Por lo tanto, el juez de tutela debe tener en cuenta, que la falta de motivación de una decisión judicial, supone una clara vulneración al derecho del debido proceso ya que existe un deber en cabeza de los funcionarios judiciales, el cual tiene que presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan el fallo, acción que se genera en virtud de un principio base de la función judicial.

Asimismo, la Sentencia **T-261 de 2013**⁴³ resaltó la importancia que tiene la argumentación y motivación de los fallos judiciales dentro de los fines del Estado de Derecho, por cuanto la inexistencia de motivación en las decisiones de los jueces se transformó en una causal autónoma para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, luego de haber sido valorada como una hipótesis de defecto material o sustantivo.

De igual manera, en la misma decisión, se reiteró la posición adoptada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-590 de 2005⁴⁴ en la cual se señaló que las decisiones que no cuenten con la debida motivación constituyen un vicio que permite que la acción de tutela proceda en contra de sentencias, y que adicionalmente está relacionado con la legitimidad del actuar de los jueces ya que tienen que dar cuenta de los hechos y de los fundamentos de derecho que sustentan sus decisiones.

En este pronunciamiento se determinó que la jurisprudencia había indicado los supuestos que permiten establecer que se presenta un defecto de esta naturaleza, y señaló dos casos específicos: **(a)** si se evidencia que existe una contradicción manifiesta entre la decisión y los fundamentos empleados para proferir la misma, y **(b)** que el juez haya utilizado normas inconstitucionales o inexistentes. Así mismo contempló dos casos adicionales que pueden ser calificados como defectos sustantivos: **(i)** desconocer sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional con efectos erga omnes y **(ii)** efectuar una interpretación judicial irrazonable.

⁴³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño

También se sostuvo que el defecto sustantivo se ocasiona en aquellos eventos donde la decisión no sigue al régimen jurídico que rige al caso y se dejó en claro que la necesidad de motivación no implica que se cuestione la pertinencia o validez de los argumentos que expone el juez ordinario.

El amplio margen de discrecionalidad que la Carta Política les reconoce a las autoridades judiciales tiene como límite el principio de legalidad, cuyo acatamiento protege la seguridad jurídica al impedir que las decisiones de los administradores de justicia sean absolutamente discrecionales. De ahí que, frente a providencias fundadas en un ejercicio interpretativo absolutamente irrazonable, la acción de tutela se erija como el remedio constitucional idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

Posteriormente, mediante Sentencia **T-267 de 2013**⁴⁵ se reiteró que el defecto sustantivo se genera cuando **(i)** la providencia judicial presenta problemas por una sustentación insuficiente o cuando la justificación de lo actuado afecte derechos fundamentales; o, **(ii)** si se desconoce el precedente judicial sin que se presente una argumentación razonable mínima de donde se pueda inferir una decisión diferente si se hubiese seguido la jurisprudencia, entre otros.

En la misma providencia, al referirse a la necesidad de argumentar las decisiones de manera suficiente, la Corte recordó lo expresado en la Sentencia **T-1130 de 2003**⁴⁶ ya que en esta decisión se consagraron una serie de requisitos mínimos de naturaleza hermenéutica que a pesar de limitar la autonomía del juez, garantizaban el carácter público, objetivo y justo de un fallo judicial, por cuanto se exigía que la decisión tenía que ser “razonable” ya que debía argumentar de manera suficiente la conclusión a la que había llegado y que la misma estuviera en concordancia con la norma que se le había aplicado al caso específico. De lo contrario, se efectuaría un ejercicio hermenéutico erróneo en donde se incluyen solo “*las simples inclinaciones o prejuicios de quien debe resolver el asunto*”⁴⁷.

De esta manera, se entendió que la acción de tutela procede frente a decisiones judiciales en los casos donde se presente una argumentación insuficiente, defectuosa o inexistente que hace que la misma sea considerada como arbitraria.⁴⁸

4.2.4. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS

⁴⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-607 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-267 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DEL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

En la actualidad, cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados con elementos o actividades peligrosas, como lo son el uso de armas de fuego de dotación oficial, el uso de vehículos automotores oficiales, la conducción de aeronaves y la conducción de energía eléctrica, el Consejo de Estado ha señalado que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional⁴⁹.

En efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales elementos peligrosos.⁵⁰

En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar: **(i)** la existencia del daño antijurídico y **(ii)** el nexo causal entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.

A su vez, la Administración para exonerarse de responsabilidad deberá acreditar que éste último elemento, el nexo causal, no existe o que es apenas aparente, mediante la comprobación de una causa extraña, como: **(i)** el hecho exclusivo de la víctima, **(ii)** la fuerza mayor, o **(iii)** el hecho exclusivo y determinante de un tercero, advirtiéndose que en estos eventos el caso fortuito no constituye causal de exoneración⁵¹.

4.2.4.1. Consideraciones sobre la guarda material de la actividad peligrosa

Ahora bien, aunque tal como se dijo, el Consejo de Estado ha considerado que en relación con el ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores, se presume la responsabilidad de la administración y, por lo tanto, los asuntos de esta naturaleza se resuelven bajo el régimen de responsabilidad objetiva, para efectos de determinar la responsabilidad de los daños causados en el desarrollo de actividades peligrosas, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha indicado que es menester identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, ya

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 24 de agosto de 1992, Exp: 6754; del 15 de abril de 1994, Exp: 8536; del 16 de junio de 1997, Exp: 10.024; del 30 de junio de 1998, Exp: 10.981.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 11 mayo de 2006, Exp. acumulados 14694 y 15640, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 14 de julio de 2005, Exp. 14974, C.P. Ruth Stella Correa; 4 de diciembre de 2006, Exp. 15723; de la misma fecha Exp. 18479, ambas C.P. Mauricio Fajardo; entre otras.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C., 30 de junio de 1994. Radicación No. 9269.

que tal circunstancia establece las directrices del título de imputación bajo el que debe analizarse el supuesto.

Al respecto, en la Sentencia del 13 de febrero de 1997, Exp 9912, C.P Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó:

“Quien maneja un arma, conduce un vehículo, etc, no podrá invocar después el ejercicio de la actividad peligrosa para reclamar del Estado la indemnización por el daño que sufra como consecuencia del uso del arma, de la conducción del automotor, etc, en tanto es él mismo, precisamente, quien está llamado a actuar de manera prudente y diligente en el ejercicio de la actividad peligrosa que se le recomienda.

De tal manera, el servidor público de la fuerza pública que manipula un arma y se lesiona, no podrá acudir a este régimen de responsabilidad para obtener la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado; por el contrario, si el afectado es un tercero, quedará relevado de probar la falla del servicio y la administración sólo se exonerara si acredita que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, por el hecho de un tercero ajeno al servicio, exclusivo y diferente, o por fuerza mayor”

En este sentido, la jurisprudencia de esa Corporación ha diferenciado el título de imputación cuando la víctima es quien ejerce la actividad peligrosa o cuando el afectado es un tercero, señalando que para el primero de los casos, esto es, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa que **es ejercida directamente por la propia víctima**, no resulta aplicable el régimen objetivo de responsabilidad, sino el de **falla probada del servicio**.

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia de 8 de noviembre de 2007. Exp 15967. C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sostuvo que *“la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado.”*

Así las cosas, se tiene que los daños que sufre quien ejerce una actividad peligrosa, cuando tales daños son la materialización de los riesgos propios de esa actividad, la decisión sobre el derecho a la indemnización debe ser adoptada bajo el régimen de la falla del servicio y no del régimen de responsabilidad objetivo, por riesgo excepcional.

Es decir, el régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional no puede ser aplicado al funcionario que resulte lesionado o muerto con la conducción del vehículo que le ha sido asignado para el cumplimiento de sus funciones, cuando la actividad es ejercida por la misma víctima y no se acredita la falla del servicio.⁵²

Así se estableció en la Sentencia del 26 de enero de 2011, Exp. R-6706, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Ha sido reiterada la tesis de la Sala en el sentido de que en aquellos eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas, el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación está derivado de la realización directa de una actividad que entraña peligro, de tal manera que en esos casos basta que el actor acredite, primero, la existencia del daño, y segundo, que el mismo se ha generado como consecuencia de dicha actividad. En relación con lo anterior, resulta necesario señalar que la responsabilidad se estructura bajo el hecho cierto de que la actividad peligrosa hubiere sido ejercida por cuenta de la entidad demandada⁵³.

*No obstante ello, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa, la cual es ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable dicho régimen, sino el de falla probada del servicio. En efecto la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, **distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta**. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse con fundamento en **la tesis de la falla probada del servicio** y no del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, pues éste último sería aplicable al segundo de los casos mencionados, como también le sería aplicable por supuesto el de **falla del servicio⁵⁴**.” (Negrillas fuera de texto)*

Específicamente en relación con daños originados como consecuencia de accidentes aéreos, el Consejo de Estado ha seguido uniformemente esta línea jurisprudencial. Así, la **Sentencia del 14 de junio de 2010. Exp 12.198. C.P. Germán Rodríguez Villamizar de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, al estudiar una demanda de reparación directa, presentada por la muerte de un Subteniente de la Fuerza aérea colombiana, quien falleció como consecuencia de un accidente

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de Junio de 2010. Expediente No. 17632. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵³ Sección Tercera, Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11.688

⁵⁴ Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2009, expediente 16.689; Sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 17.632.

producido dentro de una práctica de instrucción de aeronavegación, indicó:

“Para el efecto, en primer lugar es pertinente advertir que, el título jurídico bajo el cual debe ser analizada y decidida la imputación de responsabilidad elevada en contra de la entidad demandada, es el de falla del servicio y no el de responsabilidad de carácter objetivo, derivada de la actividad peligrosa en que tuvo lugar la muerte del Subteniente Higuera Romo (conducción de una aeronave), por cuanto, si bien dicha actividad, de suyo implicaba para la víctima la exposición a un riesgo, es lo cierto que, la víctima tenía la condición de miembro de la Fuerza Aérea, con grado de Subteniente, quien, al momento de ingresar a las filas de dicha institución conocía, y así lo aceptó y asumió de antemano, el riesgo que representaba el formar parte de ella y, en particular, el derivado de la conducción de aeronaves, como es precisamente el caso de los helicópteros, por ser esa una actividad propia y específica de la formación y actuación de los integrantes de dicha fuerza armada del Estado; es decir, desde aquél momento Roland Vladimir Higuera Romero tomo para sí el denominado riesgo del aire, inherente a la actividad profesional por él libremente escogida.

(...)

En ese contexto, se tiene que, si bien la muerte de Roland Vladimir Higuera Romero se produjo en momentos en que éste desarrollaba una actividad que, por su naturaleza es peligrosa, es igualmente cierto que, el hecho tuvo ocurrencia en condiciones normales para la ejecución de dicha actividad, pues, no medió para su ocurrencia falla o falta alguna del servicio imputable a la administración, ni tampoco se trató de un riesgo excepcional al que aquél fuera sometido o expuesto, sino de una actividad que debía cumplir en razón de la naturaleza y tipo de funciones propias del grado, instrucción y entrenamiento que tenía.

Es cierto que la conducción de aeronaves de suyo lleva implícito un considerable margen de peligro para la integridad y vida de las personas que deben desempeñar tal función, pero, todas esas contingencias y márgenes de riesgo son bien conocidos y también aceptados por todas aquellas personas al momento que deciden incorporarse voluntariamente a las filas de la Fuerza Aérea del Estado. En otros términos, lo ocurrido simplemente hizo parte del riesgo propio y normal del cargo y actividad desempeñados por la víctima en su condición de Subteniente, con la debida preparación y entrenamiento para acometer el tipo de prácticas de vuelo que el día de los hechos ejecutaba, bajo la

facultada y permanente asesoría y dirección de un instructor igualmente calificado para tal labor.”

En igual sentido, la **Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 26 de enero de 2011, Exp 18431, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez**, al estudiar la demandada interpuesta por la muerte de un Capitán y un Teniente de la Policía Nacional, quienes perdieron la vida al precipitarse a tierra el helicóptero en el cual cumplían una operación de entrenamiento, sostuvo:

“En el presente asunto, es claro que quien estaba al mando de la aeronave siniestrada era el Capitán de la Policía Nacional Fray José Gamboa Taborda y no el Teniente del Ejército Nacional William Ariel Riascos Bohórquez, de tal suerte que la decisión sobre el derecho a ser indemnizado respecto del primero de ellos deberá gobernarse con fundamento en un régimen de falla probada del servicio, mientras que respecto del segundo deberá regirse con fundamento en un régimen objetivo por actividad peligrosa.”

En esa oportunidad, el Consejo de Estado estableció en relación con la responsabilidad de la entidad demandada por la muerte del Capitán, quien se encontraba al mando de la aeronave siniestrada que: *“la misión que cumplía (..) era rutinaria, pues se trataba de una operación de entrenamiento con los riesgos normales que entraña una actividad de esa naturaleza, sin que ello implicara el sometimiento a un riesgo anormal o de mayor entidad que aquel al cual hubiesen sido expuestos sus demás compañeros que se encontraban en las mismas condiciones del oficial fallecido.*

Todo lo dicho apunta a que la muerte del citado Capitán no devino por una falla en la prestación del servicio imputable a la demandada; tampoco se evidenció que el oficial fallecido hubiese sido sometido a un riesgo anormal, pues su muerte se concretó cuando cumplía funciones propias, normales e inherentes relacionadas con su profesión, de tal suerte que la Sala negará las pretensiones de la demanda en relación con la muerte del oficial aludido.”

A su vez, la **Sentencia del 13 de junio de 2013, Exp 25712, C.P. Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, señaló: *“(E)l régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional resulta aplicable al funcionario de las fuerzas militares que resulte lesionado o muerto en una actividad aérea, cuando ésta le ha sido asignada para el cumplimiento de sus funciones y el pilotaje no sea ejercido por la misma víctima, o lo que es lo mismo, cuando no tenga la guarda material de la actividad.”*(Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, en esa ocasión el Consejo de Estado determinó que como la víctima del daño no era quien tenía la guarda

material de la aeronave, es decir, no era quien piloteaba la misma sino un pasajero en desarrollo de una acción propia constitutiva de una actividad peligrosa, y al no haberse probado un excluyente de responsabilidad, era imperativo concluir la responsabilidad del Estado bajo el régimen objetivo por riesgo excepcional.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es pertinente anotar que, en eventos como los enunciados, en donde los miembros de los cuerpos armados del Estado están sometidos a riesgos que son propios del servicio, para cubrir hasta donde sea posible esa situación de riesgo que deben afrontar, el legislador ha preestablecido unas reglas de indemnización, con apoyo en las cuales, cuando por actos del servicio y dentro de los márgenes propios de riesgo de éste los agentes del Estado sufren daño en su vida o integridad personal o moral, deben ser restablecidos prestacionalmente.

De esta manera, cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización *à forfait*⁵⁵, la cual está consagrada dentro de un régimen prestacional de naturaleza especial, que, como se anotó, reconoce las circunstancias de particular riesgo que caracteriza a las actividades que deben desarrollar los servidores públicos de la fuerza pública, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado.

4.2.5. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

El artículo 64 del Código Civil Colombiano establece que “*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

La anterior definición ha sido acogida mayoritariamente por la jurisprudencia civil, y es entendida bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor.

En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido *monista* sino *dual*, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de

⁵⁵ Ver entre otras las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 20 de abril de 1995, Exp 8878; del 15 de febrero de 1996, Exp 10.033; del 31 de agosto de 1999, Exp 11.987.

considerar que de éstas sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp 7365, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, señaló:

“Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad y la que estima que hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida”.

Por su parte, en la Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, C.P. Alier Eduardo Hernandez Enriquez, se dijo:

“Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”

En lo que respecta a la comprobación de la fuerza mayor, la Sala en Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez, evocando a lo establecido en la doctrina; dijo:

*“la fuerza mayor sólo se demuestra: ‘...mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña).
(...) } lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias () En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa.*

() además de imprevisible e irresistible debe ser exterior al agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito; no provenir de su culpa () cuya causa no le es imputable al demandado, y en cuyo daño no ha existido culpa adicional por

parte de este”(páginas 334, 335 y 337⁽⁵⁶⁾)”

A su vez, en la Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp 13833, C.P. German Rodríguez Villamizar, la Sección tercera del Consejo de Estado precisó frente a los sucesos constitutivos de fuerza mayor:

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina⁵⁷ se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo⁵⁸.

A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad.⁵⁹”

En hilo de lo dicho, puede concluirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es una causa extraña y externa al hecho demandado, es un hecho irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario

Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño

4.2.6. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

⁵⁶ TAMAYO JARAMILLO Javier. “De la Responsabilidad Civil” Editorial TEMIS 1986.

⁵⁷ PEIRANO FACIO. Jorge. Responsabilidad Extracontractual. 3ª ed. Temis. Bogotá. 1981. Págs. 451 a 459.

⁵⁸ . Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de noviembre de 1962.

⁵⁹ . Ob. Cita pág 457.

El artículo 13 de la Constitución Política señala que en Colombia todas las personas son iguales ante la ley y por lo tanto deben recibir el mismo trato y las mismas garantías sin ningún tipo de discriminación por cuestiones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Igualmente, esta norma Superior consagra el deber constitucional de proteger a aquellas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o hacen parte de un grupo discriminado, por lo que se impone la obligación en cabeza de las autoridades de adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades a dicho grupo de personas.

Para precisar el alcance de esta norma, la Corte Constitucional desde sus inicios ha establecido⁶⁰ que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo. Así, la Sentencia T-330 de 1993⁶¹ precisó:

“Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo.”

En este orden de ideas, cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta⁶² darles un trato diferencial y positivo⁶³, es no solo válido sino una obligación del Estado, quien debe ayudar a este tipo de personas a superar las barreras que encuentran al desenvolverse en la sociedad, mediante la implementación de un enfoque diferencial que disminuya sus dificultades.⁶⁴

De esta manera, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha analizado y desarrollado el derecho fundamental a la igualdad establecido en el citado artículo 13 Constitucional, señalando de manera clara, enfática y reiterada que el principio de igualdad contempla “de un

⁶⁰ T-554 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-040 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; entre otras.

⁶¹ M. P. Alejandro Martínez Caballero

⁶² Tal es el caso de las personas en condición de desplazamiento, aquellas que tienen algún tipo de discapacidad, las mujeres en estado de embarazo, los adultos mayores, las minorías étnicas y raciales, entre otros.

⁶³ Entre muchos otros ejemplos, encontramos la ley de cuotas o la asignación de cupos especiales para aspirantes a ingresar a universidades públicas, provenientes de comunidades indígenas.

⁶⁴ Sentencia T-141 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

lado, un mandato de trato igual frente a todas aquellas situaciones fáctica o jurídicamente equiparables siempre que no existan razones suficientes para proveer un trato diferente, y de otro lado, un mandamiento de trato desigual frente a circunstancias diferenciables”⁶⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad se vulnera **cuando sin motivos constitucionalmente legítimos** se otorga un trato preferencial o se consagran discriminaciones a personas que están en situaciones fácticas y jurídicas semejantes, y por lo tanto, se encuentran en igualdad de condiciones. En este sentido, la Sentencia T-047 de 2002⁶⁶ precisó:

“Armoniza este enunciado con el alcance del principio a la igualdad contenido en el artículo 13 superior que determina que dos o más situaciones fácticas comparables sean objeto de un mismo trato jurídico. Esto no impide que exista un trato diferente entre situaciones fácticas similares, pues la discriminación se constituye a partir de la diferenciación que no presenta una justificación objetiva y razonable. Al respecto la Corte ha manifestado que para que el juez de tutela pueda determinar sobre la violación de la igualdad debe verificar no sólo las razones objetivas en que se sustenta el trato diferente sino también la proporcionalidad existente entre finalidad perseguida y los medios empleados para dicho trato”.(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así, en relación con la vulneración al derecho a la igualdad en esta dimensión, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la misma implica la comprobación de situaciones fácticas y de hecho idénticas o similares entre dos circunstancias que ameritan un trato igual.

5. CASO CONCRETO

5.1. OBSERVACIONES GENERALES.

A través de apoderado judicial, los demandantes formularon acción de tutela contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, por considerar que la decisión proferida dentro del proceso de reparación directa, el veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al aplicar en el caso concreto el título de imputación de falla del servicio, sin tener en cuenta que el daño se originó como consecuencia de una actividad peligrosa, y al establecer que se presentó un evento de fuerza mayor, que eximió responsabilidad al Estado en dicho daño, criterio que no fue utilizado para efectos de resarcir los perjuicios ocasionados a las demás víctimas del accidente aéreo que originó el daño reclamado.

⁶⁵ Sentencia C- 445 de 2011.

⁶⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis

Por su parte, la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado explicó que dicha decisión fue proferida sin apartarse ni desconocer el precedente de esa Corporación, puesto que si bien, se reconoció que el título de imputación que la jurisprudencia ha aplicado para eventos en los que se crean riesgos en ejercicio de una actividad peligrosa, es el objetivo, en el caso estudiado, la víctima del daño era el copiloto de la aeronave siniestrada, motivo por el cual, con fundamento en las sentencias de ese Alto Tribunal, al ser la actividad peligrosa ejercida directamente por la propia víctima, el régimen aplicado es el de falla probada del servicio.

Frente al cuestionamiento de los accionantes, referente a la causal eximente de responsabilidad, arguyó que de las pruebas obrantes en el proceso, específicamente del testimonio rendido por un sobreviviente del accidente, se coligió que el helicóptero sobrevolaba sin ningún problema y sin contratiempos, presentándose intempestivamente un evento inesperado de nubosidad que impidió la visibilidad, razón por la cual puede hablarse de la configuración de un evento de fuerza mayor, que rompió el nexo causal entre el daño y el actuar de la administración.

En ambas instancias de tutela, la Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado respectivamente, negaron el amparo deprecado, argumentando que en la sentencia cuestionada no se desatendió el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, en relación con el título de imputación.

Adicionalmente, resaltaron que la sección accionada, con fundamento en el estudio del material probatorio determinó la existencia de una fuerza mayor, lo que no puede considerarse como una decisión arbitraria o caprichosa.

Por su parte, la segunda instancia constitucional agregó que no puede hablarse de una vulneración del derecho a la igualdad, puesto que fue el Tribunal Administrativo del Meta quien reconoció la indemnización a favor de los demás ocupantes del helicóptero accidentado, sin que la autoridad judicial accionada en este caso haya emitido pronunciamiento alguno sobre el particular, motivo por el cual, al no ser decisiones adoptadas por la misma corporación no se transgredió el derecho invocado.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales de los accionantes.

Para atender el problema jurídico expuesto, en primer lugar debe la Sala entrar a examinar si en este caso se cumplen los requisitos generales de

procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales señalados en la parte motiva de esta providencia.

5.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN EL PRESENTE CASO.

5.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional.

El problema jurídico puesto a consideración por los demandantes es de relevancia constitucional, ya que se refiere a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, los cuales consideran vulnerados por la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el caso versa sobre un posible desconocimiento del precedente judicial horizontal por una Subsección del Consejo de Estado, el cual presuntamente conlleva a la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

5.2.2. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra una providencia proferida por la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado y no contra un fallo de tutela.

5.2.3. El tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance.

La jurisprudencia constitucional, en relación con el requisito de subsidiaridad, ha condicionado la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales a una de las siguientes hipótesis:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario⁶⁷, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador⁶⁸, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos⁶⁹, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial⁷⁰.

⁶⁷Cfr. Sentencia T-001/99 MP. José Gregorio Hernández Galindo

⁶⁸Cfr. Sentencia SU-622/01 MP. Jaime Araújo Rentería.

⁶⁹ Sentencia T-116/03 MP. Clara Inés Vargas Hernández

⁷⁰Cfr. Sentencias C-543/92, T-329/96, T-567/98, T-511/01, SU-622/01, T-108/03

b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción⁷¹.

c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional.”⁷²

En este contexto, observa la Sala que la decisión atacada en sede de tutela negó, dentro de un proceso de reparación directa, la responsabilidad del Estado en los daños sufridos por los demandantes, como consecuencia del accidente aéreo en el que falleció el Capitán del Ejército Wilmer Orlando Cortés.

De esta manera, se tiene que contra la decisión de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷³, procede el recurso extraordinario de revisión.

De conformidad con el artículo 250 *Ibidem*, son causales de revisión:

“1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

⁷¹Cfr. Sentencia T-440 de 2003 MP. Manuel José Cepeda. La Corte concedió la tutela a una entidad bancaria y algunos usuarios de la misma, por considerar que en el trámite de una acción de grupo la autoridad judicial había desconocido los derechos a la intimidad y al debido proceso, al ordenar la remisión de varios documentos que implicaban la revelación de datos privados confiados a una corporación bancaria. Sobre la procedencia de la tutela la Corte señaló: “(...) *En segundo lugar, la Corte también desestima la consideración según la cual existió una omisión procesal por parte de los usuarios del Banco Caja Social. Dichas personas no integraban el pasivo del proceso de acción de grupo (...). Por lo tanto, difícilmente podían los ahora tutelantes controvertir providencias judiciales que no les habían sido notificadas, y que, por demás, habían sido proferidas en el transcurso de un proceso judicial de cuya existencia no estaban enterados.*” En sentido similar pueden consultarse las Sentencias T-329 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-654 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 MP. Manuel José Cepeda.

⁷² Sentencia T-598 del 23 de julio de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁷³Artículo 248: “*El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos*”.

2. *Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
3. *Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
4. *Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
5. *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
6. *Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
7. *No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
8. *Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”*

Para la Sala, ninguno de los supuestos de hecho enunciados que hacen procedente el recurso de revisión se presentan en el *sub examine*, puesto que lo alegado por los accionantes es la indebida aplicación del título de imputación de responsabilidad estatal y la errónea concepción de la configuración de una causal eximente de responsabilidad. De esta forma, como bien se observa, lo cuestionado en sede de tutela no se enmarca dentro de ninguna de las causales del recurso de revisión.

Así las cosas, la Sala encuentra que los accionantes no tienen otros mecanismos diferentes a la acción de tutela para hacer valer las referidas circunstancias, por lo que se colige se encuentra satisfecho el requisito del agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

5.2.4. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela.

Por otra parte, en relación con el presupuesto de inmediatez consistente en que la acción de tutela debe presentarse en un término prudente que permita inferir la urgencia de protección de los derechos fundamentales invocados, advierte la Sala que la acción de tutela fue ejercida en un plazo razonable, toda vez que fue presentada el veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), y la decisión cuestionada data del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), es decir, fue interpuesta 6 meses después de proferida la providencia que consideran vulneratoria de sus derechos fundamentales.

5.2.5. El tutelante identificó de manera razonable los hechos que, en su concepto, generaron la vulneración de sus derechos fundamentales.

Se observa que en el presente caso, los interesados **identificaron de manera razonable los hechos** que, en su concepto, generaron la vulneración de sus derechos fundamentales, señalaron las causas del agravio y expresaron en su escrito de tutela el carácter fundamental de los derechos conculcados.

En **conclusión**, encontramos que el caso que aquí se estudia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por tal motivo pasará la Sala a revisar si se presentan las causales especiales de procedibilidad alegadas por los accionantes.

5.3. EXAMEN DE LOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

5.3.1. En el presente caso, los accionantes alegaron como causal de procedibilidad de la acción de tutela la configuración de un *“defecto sustantivo por grave error en la interpretación de la norma aplicada”*, que sustentaron en los siguientes términos:

5.3.1.1. Inicialmente, estimaron que se presentó un **desconocimiento de la interpretación y de la posición jurisprudencial** del Consejo de Estado en relación con el daño ocasionado en desarrollo de actividades peligrosas.

Al respecto, hicieron alusión a la jurisprudencia en virtud de la cual el Consejo de Estado determina que en los casos relacionados con el ejercicio de una actividad peligrosa, como el caso del manejo de aeronaves, *“el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados”*⁷⁴.

En este sentido, recordaron que el Alto Tribunal ha establecido que: *“Cuando se debate la ocurrencia de un daño proveniente del ejercicio de la actividad peligrosa de conducción de vehículos automotores de propiedad del Estado o al servicio de éste, ha entendido la Sala que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo excepcional”*⁷⁵.

Continuaron advirtiendo que, el Consejo de Estado en algunas decisiones ha sostenido que el riesgo inherente al desarrollo de una

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp 18787. C.P. Olga Medina Valle de la Hoz

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Exp 20328. C.P. Hernán Andrade Rincón.

actividad peligrosa se aplica para todos los ocupantes de un vehículo o de una aeronave, sin tener en consideración si son pasajeros o tripulantes del mismo, ya que cuando se materializa el riesgo, se compromete directa e indiscriminadamente la vida de todos los que allí se encuentran.

Sobre este punto, trajeron a colación una sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷⁶, en la cual se señaló que la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza. En concreto, se resaltó de la sentencia en cita lo siguiente: *“El mencionado título de imputación puede ser empleado tanto en favor de terceros, como para los conductores de tales vehículos y para los servidores públicos que los acompañan para el cumplimiento de funciones propias del servicio. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante”*.

Pese a lo anterior, destacaron que independientemente del título de imputación aplicado, debía haberse declarado la responsabilidad del Estado, puesto que a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad peligrosa *“quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado”*⁷⁷.

5.3.1.2. Arguyeron que en el presente asunto la responsabilidad de la Administración surgió por cuanto los hechos dañosos ocurrieron en ejercicio de un servicio público, que expuso a un riesgo excesivo a la víctima, en su concepto, *“al haber ordenado la ejecución de la operación aérea en condiciones climáticas adversas”*, lo cual consideran representa un comportamiento positivo de la administración, que no es externo a la misma, puesto que las condiciones meteorológicas debieron hacer que no se permitiera el vuelo que originó el daño.

Sobre el particular, aseguraron que no se configuró un evento de fuerza mayor sino un caso fortuito, puesto que éste último se refiere a una circunstancia que a pesar de que no se pudo prever, sí se pudo evitar, impidiendo que la aeronave volara bajo la posibilidad de condiciones meteorológicas adversas.

De esta manera, consideraron como contradictoria la calificación de los hechos como un evento de fuerza mayor, puesto que en su *concepto*

⁷⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Exp 25020. C.P. Ramiro Saavedara Becerra.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010. Exp 18567. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“esta postura es insuficiente para considerar que la caída de un helicóptero es un hecho externo a la actividad desarrollada y al servicio prestado”. Así, estimaron que la actividad desempeñada por los pilotos de aeronaves está acompañada de una serie de riesgos como lo es el mal tiempo, por lo que debe considerarse dicha situación como un riesgo intrínseco de la actividad, que conduce a la responsabilidad patrimonial del Estado.

En relación con el caso fortuito, indicaron que el Consejo de Estado ha considerado que el mismo no exonera de responsabilidad al Estado. Así, refirieron un pronunciamiento del Alto Tribunal Contencioso, en el que se determinó:

“Ahora bien, el Departamento demandado aduce como eximente de responsabilidad que aunque se le realizaron todos los mantenimientos técnicos requeridos, el vehículo sufrió un desperfecto que produjo que el conductor perdiera control del vehículo saliendo aparatosamente hacia el abismo.

En relación con el tema se debe tener en cuenta que por ser éste un hecho generado en el marco de la actividad de conducción del vehículo, ha de entenderse que se trata de un caso fortuito al que la jurisprudencia reiterada de la Sala ha señalado no tiene la virtud de ser eximente de responsabilidad en o que tiene que ver con el ejercicio de actividades peligrosas (El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño).

Ha de decirse con claridad que ese daño le es imputable a la entidad demandada porque el ejercicio de la actividad peligrosa, con ocasión de la cual se produjo el accidente lo fue un vehículo de propiedad del demandado, conducido por uno de sus servidores, diferente del occiso y en cumplimiento de una misión oficial.”⁷⁸

De esta manera, reiteraron que el mal tiempo en la aviación es un riesgo previsible, que se podía evitar, impidiendo que la aeronave volara en esas circunstancias, y que al ser un suceso interno propio de la actividad aeronáutica, la Administración debe responder patrimonialmente.

5.3.2. En virtud de lo expuesto por los accionantes, la Sala debe señalar en este punto, que la causal específica de *“defecto sustantivo por grave error en la interpretación de la norma aplicada”* invocada por los actores, debe ser interpretada, de conformidad con las consideraciones

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Exp 20328. C.P. Hernán Andrade Rincón.

realizadas en la parte motiva de esta providencia, como un cargo de defecto sustantivo por: **(i)** desconocimiento del precedente jurisprudencial, y **(ii)** insuficiencia en la motivación y errada interpretación.

En efecto, los peticionarios alegan **por una parte**, que presuntamente la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de su fallo, desconoció el precedente horizontal establecido por la Sección Tercera del Alto Tribunal, en relación con el título de imputación aplicado para determinar la responsabilidad estatal, y **por otra parte**, no motivaron suficientemente el por qué se había configurado un evento de fuerza mayor, cuando en su parecer, lo correcto era considerar la existencia de caso fortuito, en el entendido que el mal tiempo meteorológico es un riesgo intrínseco de la aviación, el cual además es previsible y, en consecuencia, puede ser evitado.

Para resolver si efectivamente se presentó el defecto señalado, lo primero que debe advertir la Sala Plena es que la discusión sobre el título de imputación de responsabilidad estatal, tratándose del desarrollo de actividades peligrosas, así como el establecimiento de las diferencias entre las causales de exclusión de responsabilidad – caso fortuito y fuerza mayor- son temas de naturaleza netamente administrativa que le corresponde fijar, como última instancia y Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al Consejo de Estado, y sobre los cuales la Corte Constitucional no se ha pronunciado directamente, motivo por el cual, la labor del juez constitucional se limitará a determinar si la autoridad judicial accionada desplegó una actuación vulneratoria de los derechos fundamentales deprecados.

Retomando, se tiene que los accionantes invocan el desconocimiento del precedente sustentándose en varias sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se refieren: **en primer lugar**, al título de imputación aplicado para efectos de determinar la responsabilidad del Estado en los daños originados como consecuencia de una actividad peligrosa, y **en segundo lugar**, a la configuración de eventos constitutivos de casos fortuitos.

5.3.2.1. Para establecer si estos pronunciamientos constituyen precedente horizontal, es importante recordar: **(i)** qué debe entenderse como “precedente” y **(ii)** cuándo una decisión es relevante para resolver un caso posterior.

Como se señaló en la parte considerativa, **precedente** es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de patrones fácticos y problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia⁷⁹. El precedente, entonces, puede

⁷⁹ La sentencia T-292 de 2006 afirma que la *ratio decidendi* es la “*formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial*”.

consolidarse en una línea jurisprudencial cuando de forma reiterada se emplea la misma *ratio decidendi* para resolver problemas jurídicos similares.

Una vez identificada una sentencia o grupo de sentencias que constituyen precedente, se debe establecer si son relevantes o no para resolver el nuevo caso objeto de examen. Para ello deben analizarse los siguientes elementos:

“a) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente, b) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, c) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”⁸⁰.

Estos tres elementos hacen que una sentencia o grupo de sentencias anteriores se constituyan en un precedente aplicable a un caso concreto, y, en esa medida, que sean vinculantes en virtud de los principios de igualdad y debido proceso, entre otros. De allí que se pueda definir el *precedente* aplicable, como aquella sentencia o grupo de sentencias anteriores y *pertinentes* cuya ratio representa una regla (prohibición, orden o autorización) determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad semejantes⁸¹.

5.3.3.

U

na vez establecido lo anterior, procede esta Sala de Revisión a verificar si en el caso concreto existía un precedente que obligara a la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y si dicha Subsección se apartó del mismo e inobservó las reglas jurisprudenciales establecidas para tal fin.

5.3.3.1. Como se referenció en precedencia, los actores citan varias sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado para señalar que no se dio aplicación al precedente judicial en relación con: **(i)** el título de imputación en la responsabilidad del Estado, y **(ii)** la calificación de la causal eximente de responsabilidad.

⁸⁰ Cfr. Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además sentencia T-110 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸¹ Ver Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales”. Séptima Edición. Ed. Ibáñez (2012).

5.3.3.1.1. El título jurídico de imputación de responsabilidad del Estado en los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas

Frente a este punto, afirman los peticionarios que la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoce la jurisprudencia de dicho Tribunal en cuanto al título de imputación aplicado, puesto que tratándose de actividades peligrosas, debe estudiarse la responsabilidad estatal bajo un régimen objetivo por riesgo excepcional, y la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que el régimen aplicable era el de falla del servicio.

Para sustentar la anterior afirmación, citaron las **sentencias de la Sección Tercera del 13 de abril de 2011, Exp 18787⁸² y del 8 de junio de 2011, Exp 20328⁸³**, en las que el Consejo de Estado determinó que *“en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”*.

Observa la Sala que en efecto, en dichas sentencias el Consejo de Estado estableció la responsabilidad de la Administración bajo el régimen objetivo por riesgo excepcional. No obstante, los casos analizados en las providencias citadas difieren del ahora estudiado, puesto que en ambos, las víctimas del daño reclamado eran pasajeros de vehículos del Estado, mas no sus conductores.

Y es que es precisamente ese el criterio diferenciador, entre los ocupantes y quienes ejercen directamente la actividad, el utilizado por la autoridad judicial accionada, para efectos de establecer que no hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva sino el de falla del servicio, puesto que, en este caso, la víctima del daño era el copiloto del helicóptero, y bajo esta condición, se encontraba junto con el piloto a cargo de la realización de la actividad peligrosa.

Por otra parte, los peticionarios hacen referencia a la **Sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp 25020⁸⁴**, en la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre el régimen objetivo, señaló *“El mencionado título de imputación puede ser empleado tanto en favor de terceros, como para los conductores de tales vehículos y para los servidores públicos que los acompañan para el cumplimiento de funciones propias del servicio. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal*

⁸² C.P. Olga Medina Valle de de la Hoz.

⁸³ C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁴ C.P. Ramiro Saavedra Becerra

entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.”(Subrayado fuera del texto)

Con fundamento en lo anterior, podría concluirse *prima facie* que, tal como se advirtió en la acción de tutela, el Consejo de Estado ha aplicado el régimen objetivo para estudiar la responsabilidad del Estado, aun tratándose de los conductores de vehículos estatales, es decir, aun cuando la víctima ejerce directamente la actividad peligrosa.

Sin embargo, encuentra la Sala que en la providencia en cita, pese a la anterior afirmación, el Consejo de Estado analizó el caso de un Patrullero de la Policía que se desplazaba como parrillero en una motocicleta de propiedad de esa Institución, sufriendo un accidente que originó su muerte. En este orden, es claro que el afectado no ejercía la conducción de la motocicleta y, por tanto, esta decisión tampoco sirve de precedente aplicable al *sub examine*, toda vez que no tiene elementos fácticos similares, persistiendo el trato diferente entre la víctima que ejerce la actividad peligrosa y los terceros afectados con la misma.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por los accionantes, observa la Sala Plena que el Consejo de Estado ha adoptado uniformemente el criterio en virtud del cual, si bien se reconoce que en el ejercicio de actividades peligrosas el régimen aplicable es objetivo, no hay lugar al mismo cuando la actividad peligrosa es ejercida directamente por la propia víctima, caso en el cual la responsabilidad debe ser analizada con fundamento en la tesis de la falla probada del servicio.

Esta posición ha venido siendo reiterada de manera unánime por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸⁵. Así, ha sostenido que *“la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado”*⁸⁶.

En palabras del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

⁸⁵ Ver entre otras, sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 13 de febrero de 1997. Exp: 9.912. C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001. Exp 12198. C.P. German Rodríguez Villamizar; del 8 de noviembre de 2007. Exp 15967. C. P Ruth Stella Correa Palacio: del 29 de enero de 2009. Exp 16689. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 23 de junio de 2010. Exp 17632. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; del 26 de enero de 2011. Exp 18431. C.P. Gladys Agudelo Ordoñez; del 13 de junio de 2013. Exp 25712. C.P. Enrique Gil Botero; del 26 de febrero de 2015. Exp 30825. C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Expediente 15967. C. P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en la Sentencia del 29 de enero de 2009. Exp 16689. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

“Quien maneja un arma, conduce un vehículo, etc, no podrá invocar después el ejercicio de la actividad peligrosa para reclamar del Estado la indemnización por el daño que sufra como consecuencia del uso del arma, de la conducción del automotor, etc, en tanto es él mismo, precisamente, quien está llamado a actuar de manera prudente y diligente en el ejercicio de la actividad peligrosa que se le recomienda.

“De tal manera, el servidor público de la fuerza pública que manipula un arma y se lesiona, no podrá acudir a este régimen de responsabilidad para obtener la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado; por el contrario, si el afectado es un tercero, quedará relevado de probar la falla del servicio y la administración sólo se exonerará si acredita que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima, por el hecho de un tercero ajeno al servicio, exclusivo y diferente, o por fuerza mayor”⁸⁷. (Subrayado fuera de texto)

Es decir, el régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional no puede ser aplicado al funcionario que resulte lesionado o muerto con la conducción del vehículo que le ha sido asignado para el cumplimiento de sus funciones, es decir, no procede cuando la actividad es ejercida por la misma víctima y no se acredita la falla del servicio⁸⁸.

De la lectura anterior, se desprende que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa, la cual es ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable el régimen objetivo por riesgo excepcional, sino el de falla probada del servicio.

Conclusión: Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que la decisión cuestionada en sede de tutela no desconoce en absoluto lo establecido en las sentencias precitadas.

Lo anterior, por cuanto expresamente consideró el fallador que “(...) *debe advertirse que el hecho de que la víctima fuera parte de la tripulación como copiloto de la aeronave, al momento en el que se produjo el siniestro, lleva a recordar que esta Corporación ha señalado que, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, sino el de falla probada del servicio.*

(...) Al respecto, es un hecho que quien hace parte de la tripulación como copiloto de una aeronave está, evidentemente, a cargo de la

⁸⁷ Sentencia del 13 de febrero de 1997. Exp: 9.912, reiterada, entre otras, en sentencia de 7 de septiembre de 2000, Exp: 13.184.

⁸⁸ Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp 17632. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

actividad peligrosa, pues las funciones que desempeñan en ejercicio de esa calidad están estrictamente relacionadas con el manejo de la aeronave, al punto que “quien pretenda actuar como piloto al mando (comandante) o como copiloto de una aeronave que pertenezca a algunas de las categorías señaladas a continuación (entre estas helicópteros) deberá ser titular de una licencia de piloto expedida de conformidad con las disposiciones de este capítulo⁸⁹”.

En este orden, tal como se desprende de la anterior cita, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo acusado, no sólo no se apartó del precedente jurisprudencial señalado sino que reiteró las pautas jurisprudenciales señaladas por ese Alto Tribunal, cuando la víctima del daño es quien desarrolla o ejecuta directamente la actividad peligrosa.

En efecto, tras determinar que la víctima del daño ejercía como copiloto del helicóptero siniestrado y, por lo tanto, junto con el piloto, estaba a cargo de la actividad peligrosa, coligió que debía analizarse el caso bajo el régimen de falla probada del servicio, reproduciendo además lo establecido en las Sentencias del 14 de junio de 2001, Exp12.198, C.P. German Rodríguez Villamizar y del 26 de enero de 2011, Exp 18.431, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez, mencionadas en la parte motiva de esta providencia, en las cuales se analizó la responsabilidad estatal en accidentes aéreos en los cuales las víctimas eran quienes estaban a cargo del pilotaje de las aeronaves.

Por lo anterior, en este punto, colige la Sala Plena de esta Corporación que no se presenta una vulneración al debido proceso de los accionantes en la modalidad de defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial.

5.3.3.1.2. Calificación de la causal eximente de responsabilidad del Estado

Los peticionarios cuestionan la calificación otorgada a la causal eximente de responsabilidad, pues en su concepto las fallas meteorológicas que produjeron el accidente no pueden entenderse como un evento de fuerza mayor sino como un caso fortuito.

Sobre el particular, argumentan que el caso fortuito a pesar de ser imprevisible sí pudo haberse evitado, contrario a la fuerza mayor. Además, destacan que es un hecho que puede ocurrir debido al desarrollo de la actividad peligrosa, es decir que es un riesgo intrínseco propio de la aviación.

Agregan que tratándose de circunstancias consideradas como caso fortuito, el Consejo de Estado ha señalado que el mismo no exonera de responsabilidad al Estado en lo que tiene que ver con el ejercicio de actividades peligrosas.

⁸⁹ Cita del Consejo de Estado: Según “REGLAMENTOS AERONÁUTICOS DE COLOMBIA”, publicados en la página Web de la Aeronáutica Civil, Unidad Administrativa Especial ([http:// www.aerocivil.gov.co/](http://www.aerocivil.gov.co/)).

Por su parte, la sentencia atacada concluyó *“la fuerza mayor – que se acreditó en este asunto- constituye una causa extraña que impide imputar el daño a la administración”*.

Para arribar a la anterior conclusión, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró, con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente, que lo que se presentó fue un evento de fuerza mayor atribuible a *“las condiciones meteorológicas adversas, imprevistas y súbitas, imperantes en el momento en el cual la aeronave sobrevolaba el área general del municipio de San Juanito (Meta), de tal suerte que, como lo indicó el Tribunal de primera instancia, ello configuró un evento constitutivo de fuerza mayor que impide imputar el daño a la entidad demandada.*

(...) de lo anterior, se concluye, entonces, que las condiciones en las cuales se produjo el accidente aéreo constituyeron un evento de fuerza mayor, entendida ésta como “la causa extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al o al servicio que causó el daño”, que rompe el nexo de causalidad entre el daño y el actuar de la administración”.

En hilo de lo dicho, se tiene que lo debatido en este punto está en la calificación otorgada a la causal eximente de responsabilidad estatal, puesto que para los peticionarios se trata de un caso fortuito y para la autoridad accionada de un evento de fuerza mayor.

En lo que respecta a lo decidido por el Consejo de Estado, los accionantes, bajo el título general de *“defecto sustantivo por grave error en la interpretación de la norma aplicada”*, fundamentan su reproche argumentando que *“es contradictoria la calificación de los hechos que han dado lugar a este proceso como un escenario generador de fuerza mayor, pues **la construcción de esta postura es insuficiente** para considerar que la caída de un helicóptero es un hecho externo a la actividad desarrollada y el servicio prestado”*.
(Negritas fuera del texto)

5.3.3.1.2.1. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala que lo argumentado puede encausarse en la casual específica de defecto sustantivo por insuficiente motivación, entendida como el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

La obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional, en la medida en

que garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico.

En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia.

Ahora, en relación a la valoración de esta causal por parte del juez de tutela, en la sentencia T-233 de 2007⁹⁰, esta Corporación precisó lo siguiente:

“(...) la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”. (Subrayado fuera de texto).

En este sentido, considera la Sala importante insistir en que los funcionarios judiciales, como en este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuenta con autonomía y discrecionalidad para determinar en cada caso en concreto, con base en los elementos puestos a su disposición, si operó o no una causal eximente de responsabilidad del Estado, sin que pueda predicarse de esta decisión que haya sido caprichosa o arbitraria.

De esta manera, observa la Sala que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló sobre el particular que:

“(...) de la declaración transcrita párrafos atrás, rendida por una de los sobrevivientes del siniestro y cuyo testimonio le ofrece a la Sala Plena credibilidad, por haber sido testigo directo y presencial del accidente y que, por lo mismo, percibió los hechos en el momento en que éstos se produjeron, queda claro que: i) el helicóptero accidentado sobrevolaba, sin ningún problema, el páramo de Chingaza, de donde salió y efectuó, sin

⁹⁰ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

contratiempos, dos sobrevuelos previos a San Juanito, ii) al regresar del segundo vuelo, no se presentó problema alguno y las condiciones de visibilidad eran óptimas, ya que se podían divisar los cerros sobre los cuales se sobrevolaba y iii) luego de sobrepasar los cerros “todo se comenzó a ver blanco”, “totalmente tapado”, “se veía blanco” y luego se produjo el accidente.

De lo dicho es posible inferir que la aeronave sobrevolaba en buenas condiciones de aeronavegabilidad – lo cual, incluso, lo evidenció el informe rendido a la comisión investigadora (página 10), donde se precisó que en la última grabación la tripulación no reportó falla alguna – cuando intempestivamente, sobrevino un evento inesperado de nubosidad que impidió la visibilidad – para ese momento, la grabadora de voces reportó que la visibilidad era limitada para los miembros de la tripulación, según testimonio de uno de los rescatistas (página 9)-, pues, de un momento a otro, todo se tornó “blanco”, totalmente tapado así, ese cambio meteorológico se produjo en condiciones súbitas e inesperadas para la demandada y, por lo mismo, no le fue posible evitarlo.

(...)

Ahora, la Sala acoge las conclusiones contenidas en los informes rendidos dentro de la investigación disciplinaria referenciadas párrafos atrás, en cuanto a las condiciones meteorológicas adversas, como determinantes del siniestro, en la medida en que fueron rendidas por personas calificadas para emitir este tipo de conceptos, ya que se trata de profesionales con conocimientos en esas áreas (pilotos de pruebas del equipo MI 17 IV, miembros de la Compañía de Mantenimiento del Batallón de Helicópteros), de suerte sus dichos resultan idóneos para acreditar que esa fue la causa del siniestro”.

5.3.3.1.2.2. Por otro lado, observa la Sala que tampoco puede predicarse por parte de la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, una indebida interpretación respecto a las características o elementos establecidos por la jurisprudencia respecto a los eventos considerados como fuerza mayor, puesto que, tal como se explicó en la parte considerativa, para que pueda hablarse de fuerza mayor, el suceso debe ser externo, irresistible e imprevisible, circunstancias estas que, como se expuso, fueron tenidas en cuenta por la autoridad judicial accionada.

En este sentido, es claro que los fenómenos de la naturaleza como los son las condiciones meteorológicas, son hechos *externos* que no pueden ser controlados por la entidad demandada, contrario a lo

esgrimido por los accionantes, quienes consideran que estos sucesos hacen parte intrínseca de la actividad de aviación.

Ahora, frente al argumento según el cual “*el mal tiempo en la aviación es un riesgo previsible*” que igualmente pudo haberse evitado, impidiendo que la aeronave volara en esas circunstancias, considera prudente la Sala recordar que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido enfática en señalar que “*lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal sino sus consecuencias*”⁹¹.

Así las cosas, no encuentra la Sala reparo frente a lo considerado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien con fundamento en las pruebas recaudadas y valoradas, pudo determinar que se habían realizado sobrevuelos sin contratiempos, e intempestivamente las condiciones climáticas y por ende de aeronavegabilidad variaron.

De esta manera, si bien en gracia de discusión podría decirse que eventualmente pudo haberse previsto que las condiciones meteorológicas podría variar, era absolutamente *imprevisible* y a su vez *irresistible*, conocer en qué magnitud se iba a presentar esa variación y además qué consecuencias podían generarse sobre el helicóptero siniestrado.

Conclusión: de conformidad con lo expuesto, puede colegir la Sala que la decisión adoptada tuvo respaldo en las pruebas obrantes dentro del proceso y en el estudio y ponderación de las mismas, sin que se observe que es caprichosa y arbitraria, por lo cual no puede endilgarse de la misma una indebida motivación.

De igual forma, tampoco puede hablarse de una indebida interpretación por parte de la autoridad judicial accionada sobre las características de los eventos de fuerza mayor, ya que con fundamento en el acervo probatorio, encausó las circunstancias que rodearon el caso estudiado en los elementos característicos de la fuerza mayor.

5.3.3.1.3.

V

ulneración del derecho a la igualdad

Finalmente, para sustentar este cargo, los actores alegan que en el accidente aéreo que ocasionó la muerte del Capitán Wilmer Orlando Cortés, también fallecieron otros integrantes del Ejército Nacional, a cuyas familias les fue reconocida una indemnización por los perjuicios ocasionados, en las respectivas sentencias de reparación directa proferidas por el Tribunal Administrativo del Meta⁹².

⁹¹ Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 15 de junio de 2000, Exp 12423, C.P. María Elena Giraldo

⁹² Sentencias del 25 de febrero del 2014 y del 26 de agosto de 2014, referidas por los accionantes.

Relatan los peticionarios que, en ambas decisiones del Tribunal Administrativo del Meta, se encontró probada una falla del servicio derivada de que *“el piloto de la aeronave violó las normas del vuelo, pues operó la aeronave con malas condiciones en el estado meteorológico”* y *“fue la falla en la operación de la aeronave y el incumplimiento de las reglas de vuelo lo que ocasionaron el accidente”*.

En atención a lo anterior, considera la Sala que no puede hablarse de un desconocimiento del derecho a la igualdad, puesto que las otras decisiones referenciadas por los accionantes, si bien tienen su origen en el mismo accidente aéreo, las circunstancias analizadas por el Tribunal Administrativo del Meta varían de las ahora analizadas, toda vez que en aquellos casos las víctimas eran pasajeros de la aeronave, es decir, no asumieron voluntariamente el desarrollo de la actividad peligrosa, sino por el contrario, eran terceros que no debían asumir el riesgo generado.

Adicionalmente, se observa que en dichas decisiones el Tribunal Administrativo del Meta, contrario a lo pretendido por los demandantes, estudió la responsabilidad del Estado bajo el régimen de falla del servicio, habiendo encontrado además probada la ocurrencia de una falla del servicio atribuible al piloto de la aeronave.

Por lo tanto, frente a los casos señalados por los peticionarios, puede concluir la Sala que al no tratarse de personas que se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas semejantes y por tanto en igualdad de condiciones con la víctima cuya solicitud se estudia, no habrá lugar a realizarse un test de igualdad, pues se insiste, las circunstancias en uno y otro caso no ameritan un tratamiento igual.

En lo que respecta a la vulneración del precedente debe recordarse que esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa, por lo que el precedente horizontal hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que no le asiste razón a los demandantes en relación con este cargo, puesto que la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia cuestionada, no decidió sobre las pretensiones de las otras víctimas, a quienes, como se dijo, les fue resuelta su solicitud por el Tribunal Administrativo del Meta, autoridad contra quien además no se dirige la presente acción de tutela.

Así las cosas, no puede hablarse de vulneración al derecho a la igualdad, específicamente por desconocimiento del precedente horizontal cuando las decisiones señaladas por los tutelantes como referente para alegar la transgresión de su derecho, no fueron proferidas por la misma Corporación Judicial.

Conclusión: la Sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), proferida por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, no desconoció el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, puesto que no adoptó ninguna decisión contraria al resolver algún caso con identidad fáctica y de sujetos.

5.3.4. CONCLUSIONES

5.3.4.1. La Sala considera que no es posible afirmar que se configuró un defecto sustantivo en la modalidad de desconocimiento del precedente, en lo que respecta al título jurídico de imputación de los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas, puesto que la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la línea jurisprudencial al respecto, en virtud de la cual, cuando la actividad peligrosa es ejercida directamente por la víctima del daño debe analizarse la responsabilidad estatal bajo la tesis de falla probada del servicio.

5.3.4.2. Tampoco incurrió en una vulneración del debido proceso como consecuencia de una defectuosa motivación, puesto que se observa que la Sección tercera del Consejo de Estado valoró juiciosamente los elementos puestos a su disposición, con fundamento en los cuales determinó que el accidente aéreo que originó el daño reclamado se produjo como consecuencia de la configuración de un evento de fuerza mayor.

5.3.4.3. No se vulneró el principio de igualdad, puesto que las sentencias referidas por los accionantes para fundamentar dicha transgresión, no comparte los mismos elementos que la estudiada por el Consejo de Estado, quien además tampoco conoció de los casos mencionados, por lo que al no haber sido decisiones proferidas por la misma autoridad judicial no puede hablarse de desconocimiento del precedente horizontal.

En consecuencia, y teniendo en cuenta las razones expuestas, la Sala procederá a confirmar el fallo de segunda instancia que negó acción de tutela.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Plena de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del pueblo por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA SU449/16**

FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-
Caso en que se debió analizar con mayor profundidad la causal eximente de responsabilidad (Aclaración de voto)

Se debió hacer un estudio más profundo y detallado de las pruebas de tal forma que se solicitara el informe a un profesional ajeno a las partes del litigio, que imprimiera de la mayor imparcialidad el material probatorio, permitiera determinar de forma objetiva las causas y condiciones que se presentaron en el momento del accidente, y conllevara a establecer si las condiciones meteorológicas podían ser calificadas como un evento de fuerza mayor. No obstante, la ponencia no aborda de ninguna manera esta problemática probatoria sino que se centra de manera exclusiva en el análisis del título de imputación de responsabilidad del Estado.

Referencia: Expediente T-5380986

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto en la Sentencia SU-449 de 2016.

1. En esta oportunidad la Corte conoció la acción de tutela promovida por los familiares de Wilmer Orlando Cortés Conde en contra de la Sección Tercera, subsección "A" del Consejo de Estado.

El 13 de agosto de 2003 los accionantes interpusieron una demanda de reparación directa en contra del Ministerio de Defensa por la muerte de Wilmer Orlando Cortés Conde, quien falleció el 30 de noviembre de 2001 en el desarrollo de sus funciones como Capitán del Ejército, cuando en cumplimiento de una misión de apoyo de combate a las fuerzas de despliegue rápido, el helicóptero en el que se movilizaba se accidentó en la zona rural del Municipio de San Juanito, Meta.

Mediante sentencia del 15 de junio de 2007 el Tribunal Administrativo del Meta concluyó que el siniestro no representaba responsabilidad para el Estado y, por tanto, negó las pretensiones de la demanda. Ello, al considerar que el accidente fue causado por fuerza mayor, en tanto fueron las condiciones meteorológicas las que generaron el fallecimiento. Posteriormente, en

sentencia del 26 de febrero de 2015, la Sección Tercera, Subsección "A" del Consejo de Estado, confirmó la decisión apelada por las mismas razones.

En vista de lo anterior, los accionantes promovieron acción de tutela al considerar que la providencia proferida por el Consejo de Estado incurrió en: (i) un defecto sustantivo, por grave error en la interpretación de la norma aplicada. Ajuicio de los accionantes, la aviación implica un riesgo específico de caer a tierra, por lo que quien despliega esa actividad y se beneficia de ella debe responder patrimonialmente por cualquier perjuicio ocasionado; además, la responsabilidad del Estado surge también por ordenar la ejecución de una operación aérea en condiciones climáticas adversas; y (ii) violación directa de la Constitución al desconocer el principio de igualdad, toda vez que en el mismo accidente fallecieron un Sargento y un Cabo, respecto de quienes el Tribunal Administrativo del Meta decretó la responsabilidad del Estado.

Las secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, negaron las pretensiones de los accionantes, bajo el argumento de que no se genera responsabilidad del Estado respecto del personal que hace parte de las fuerzas armadas y que presta su servicio de manera voluntaria, como ocurrió en el caso del señor Cortés Conde, quien ostentaba el grado de Capitán. Los jueces explicaron que cuando el daño sufrido se ocasiona como consecuencia de una actividad peligrosa ejercida directamente por la víctima, no resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, sino el de la falla probada del servicio; no obstante, en esta oportunidad se configuró un hecho constitutivo de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, esto es, un cambio meteorológico adverso.

Para resolver el asunto, el Pleno de esta Corporación hizo referencia a los requisitos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, específicamente sobre el defecto sustantivo, así como a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el título de imputación de responsabilidad en los daños ocasionados como consecuencia del desarrollo de actividades peligrosas.

Explicó que el Consejo de Estado ha adoptado una posición uniforme sobre el asunto y ha concluido que cuando se discute la responsabilidad del Estado por daños causados por actividades peligrosas -como sucede con el manejo de una aeronave-, el régimen aplicable es el de la responsabilidad objetiva; es decir, se presume la responsabilidad del Estado, que debe asumir los riesgos a los cuales expone a la sociedad con esa actividad. Sin embargo, cuando la actividad peligrosa es ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable el régimen objetivo de responsabilidad, sino el de la falla del servicio o responsabilidad subjetiva.

Expuso que por regla general existe responsabilidad del Estado bajo la teoría de la responsabilidad objetiva si la persona que murió o sufrió el daño no era quien tenía a su cargo o realizaba la actividad, por ejemplo, en los casos del Ejército, cuando quien muere es un soldado u otra persona que iba como pasajero de la aeronave. Por el contrario, existe falla del servicio si la persona

que murió o sufrió el daño era quien estaba a cargo de la actividad. Verbi gratia, si bien un capitán del Ejército está en cumplimiento de una misión asignada, es él quien al momento de ingresar a la Institución acepta y asume el riesgo que representa formar parte de ella. Su muerte se produce al momento de cumplir funciones propias, normales e inherentes, relacionadas con la profesión.

La Sala Plena concluyó que en el presente caso se estaba ante un Capitán del Ejército, quien era la persona que conducía la aeronave accidentada, por lo que el asunto debía estudiarse bajo la teoría de la falla del servicio. En esa medida, concluyó que no se configuró defecto sustantivo en lo concerniente al título de imputación, por cuanto se aplicó correctamente el precedente jurisprudencial sobre la materia. Tampoco se vulneró el derecho a la igualdad, porque si bien en el mismo accidente fallecieron un Sargento y un Cabo, frente a quienes el Tribunal Administrativo del Meta sí decretó la responsabilidad del Estado, lo hizo bajo la teoría de la responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que eran pasajeros de la aeronave y no quienes tenían a cargo la actividad peligrosa.

2. Si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría, considero importante hacer unas precisiones respecto al material probatorio que acreditó la presencia de la fuerza mayor como causa extraña que exoneró de responsabilidad al Estado. En otras palabras considero necesario resaltar que en esta oportunidad, se debió analizar con mayor profundidad la causal eximente de responsabilidad.

Esta Corporación ha establecido el defecto fáctico como uno de los requisitos procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y lo ha definido como aquel que *"surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión"*⁹³.

También ha sido considerado como la *"omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la omisión en el examen del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica"*⁹⁴ En la misma línea, este Tribunal ha sostenido sobre el principio de la sana crítica que *"el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, este debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales"*⁹⁵.

Tanto el Tribunal Administrativo del Meta como el Consejo de Estado sustentaron la existencia de la fuerza mayor en declaraciones de rescatistas del Ejército y en informes rendidos por profesionales miembros de la Compañía de Mantenimiento del Batallón de Helicópteros, quienes conceptuaron sobre

⁹³ Sentencia C-590 de 2005

⁹⁴ Sentencia T-267 de 2013.

⁹⁵ Sentencia T-419 de 2011.

las condiciones meteorológicas que se presentaron al momento del accidente, según fue referenciado en la ponencia:

"Pues, bien, conforme a lo expuesto, la Sala encuentra acreditado que el accidente aéreo en el cual perdió la vida el Capitán del Ejército WILMER ORLANDO CORTES CONDE sobrevino como consecuencia de las condiciones meteorológicas "adversas", "imprevistas" y "súbitas" imperantes en el momento en el cual la aeronave sobrevolaba el área general del municipio de San Juanita (Meta), de tal suerte que, como lo indicó el Tribunal de primera instancia, ello configuró un evento constitutivo de fuerza mayor que impide imputar el daño a la entidad demandada (...)

De lo anterior, se concluye, entonces, que las condiciones en las cuales se produjo el accidente aéreo constituyeron un evento de fuerza mayor, entendida ésta como "la causa extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño ", que rompe el nexo de causalidad entre el daño y el actuar de la administración.

Ahora, la Sala acoge las conclusiones contenidas en los informes rendidos dentro de la investigación disciplinaria referenciadas párrafos atrás, en cuanto a las condiciones meteorológicas adversas, como determinantes del siniestro, en la medida en que fueron rendidas por personas calificadas para emitir ese tipo de conceptos, ya que se trata de profesionales con conocimientos en esas áreas (pilotos de pruebas del equipo MI 17 IV, miembros de la Compañía de Mantenimiento del Batallón de Helicópteros), de suerte sus dichos resultan idóneos para acreditar que esa fue la causa del siniestro".

Lo anterior, puede representar un desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el análisis del material probatorio y hasta la ocurrencia de un defecto fáctico en las providencias señaladas por indebida valoración probatoria.

En su lugar, se debió hacer un estudio más profundo y detallado de las pruebas de tal forma que se solicitara el informe a un profesional ajeno a las partes del litigio, que imprimiera de la mayor imparcialidad el material probatorio, permitiera determinar de forma objetiva las causas y condiciones que se presentaron en el momento del accidente, y conllevara a establecer si las condiciones meteorológicas podían ser calificadas como un evento de fuerza mayor. No obstante, la ponencia no aborda de ninguna manera esta problemática probatoria sino que se centra de manera exclusiva en el análisis del título de imputación de responsabilidad del Estado.

Por las razones expuestas, considero que la Sala Plena debió hacer un estudio más detallado de las pruebas en las que se basaron las autoridades judiciales accionadas para proferir las providencias atacadas.

Fecha *ut supra*,

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistraso

CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DERECHO DE ACCIÓN / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / CARGA DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

El fenómeno procesal de la caducidad se estableció con el fin de proteger la seguridad jurídica de los sujetos procesales e impone a las partes la carga de interponer la demanda dentro del plazo previamente dispuesto por la ley, de modo que la oportunidad de demandar desaparece por la inactividad del titular de ejercer a tiempo su derecho a accionar.

NOTA DE RELATORÍA: Con referencia a la institución jurídico procesal de la caducidad, consultar providencia de 4 de marzo de 2019, Exp. 46000, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 11 de abril de 2019, Exp. 45561, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

TESTIMONIO EXTRAPROCESO / DECLARACIÓN EXTRAJUDICIAL / RATIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN EXTRAJUDICIAL / VALIDEZ DE LA DECLARACIÓN EXTRAJUDICIAL / VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN EXTRAJUDICIAL / REQUISITOS LEGALES DE LA DECLARACIÓN EXTRAJUDICIAL

Declaración juramentada con fines extraprocesales rendida por el señor (...). Respecto de la validez de la declaraciones extraprocesales allegadas a un proceso judicial, esta Corporación ha sostenido que se debe surtir el trámite previsto para la ratificación en los términos de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil y cuando no se agota este trámite dentro del proceso en el que se intenta hacer valer, no pueden ni siquiera tenerse las declaraciones extra juicio como indicio, en la medida que no se garantizaría el principio de contradicción y de defensa de la parte contraria. En todo caso, las mismas solo pueden ser valoradas como prueba sumaria, a la luz del artículo 299 del C.P.C, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, durante el debate procesal. En lo concerniente al caso concreto, comoquiera que no se observa que la declaración antes reseñada hubiere sido ratificada en este proceso, la Sala no la aceptará como medio probatorio para el asunto sub examine.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 229 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 298 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 299

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las declaraciones extrajudiciales o extraproceso, consultar providencia de 8 de agosto de 2018, Exp. 45856, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ELEMENTOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Ab initio, esta Subsección destaca que de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, los elementos que conforman la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputabilidad. En ese orden de ideas, previo al estudio de la imputación del daño es necesario precisar que, para que surja la responsabilidad al Estado, se requiere que dicho daño se encuentre debidamente acreditado en el proceso y que la persona no está llamada a soportar, esto es, que tenga el carácter de antijurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los presupuestos del daño antijurídico, consultar providencia de 8 de agosto de 2018, Exp. 48586, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD POR OBRA PÚBLICA / TRABAJADOR DE LA CONSTRUCCIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[C]uando el daño es provocado en el curso de la realización de una obra pública, el régimen de responsabilidad a aplicar va a depender de la calidad de la víctima, esto es, si se trata de un trabajador de la obra o si se trata de una persona ajena a ella, sea en carácter de usuario del servicio o de un tercero, de manera que para la primera hipótesis se deberá aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad, mientras que para la segunda el régimen objetivo.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la producción de daños originados en la ejecución de obras públicas, consultar providencias 29 de enero de 1999, Exp. 16689, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; de 11 de mayo de 2017, Exp. 39901, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHOSO / TESTIGO SOSPECHOSO / TESTIMONIO SOSPECHOSO / VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHOSO / PARTE DEMANDADA / DEMANDADO / EMPLEADO DE ENTIDAD TERRITORIAL / ENTIDAD TERRITORIAL / MUNICIPIO

Respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el hecho dañoso, la Sala cuenta con los testimonios de los señores (...), quienes trabajaban en la obra pública aludida, así como, la declaración del Secretario de Planeación del municipio de Lebrija (...). Ahora bien, la Sala advierte que tales medios de prueba deben valorarse con mayor rigurosidad, pues corresponden a declaraciones rendidas por personas que ostentaban -directa o indirectamente- una relación laboral con la entidad demandada. Adicionalmente, no debe perderse de vista que tanto el Secretario de Planeación del municipio de Lebrija como el señor (...) tienen interés en las resultas del proceso, pues respecto del primero se predica una omisión en sus deberes de supervisión de la obra aludida y, en relación con el segundo, se trata de la persona que, al momento de ocurrencia del hecho dañoso, conducía la volqueta cargada con piedras hacia el área de descargue.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 217 /
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 218

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de los testimonios sospechosos, consultar providencias de 6 de noviembre de 2020, Exp. 63127, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD POR OBRA PÚBLICA / ACCIDENTE DE TRABAJO / ACTIVIDAD CONSTRUCTORA / TRABAJADOR DE LA CONSTRUCCIÓN / MEDIDAS DE SEGURIDAD INDUSTRIAL / AUSENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD INDUSTRIAL / OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR / PREVENCIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD AL TRABAJADOR / INTERVENTORÍA / OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / ACREDITACIÓN DE LA FALLA EN EL SERVICIO / EXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA EN EL SERVICIO / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD TERRITORIAL

[E]n relación con el daño, acorde con los medios de prueba allegados al expediente, se encuentra que la señora (...) recibió el impacto de una piedra en su cabeza, mientras se encontraba ejecutando sus labores como ayudante de construcción en la obra de estabilización de taludes (...). Como consecuencia de lo anterior, la mencionada ciudadana fue trasladada al Hospital Universitario de Santander, institución en la cual falleció (...). La parte actora alegó en la demanda que el municipio de Lebrija era el responsable de la muerte de la señora (...), pues omitió “las funciones propias de interventoría [en el contrato de obra pública (...)], al no exigir o tomar las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra”. (...) Ahora bien, la Sala advierte que aun cuando dentro del expediente no reposan elementos de prueba que precisen las condiciones de vinculación de la señora (...) a las actividades que se desarrollaban con ocasión del contrato de obra pública (...), lo cierto es que para la fecha de ocurrencia del dañoso la víctima i) se encontraba prestando personalmente sus servicios como auxiliar de construcción en la obra aludida, ii) bajo la subordinación del señor (...) iii) dicha ciudadana percibía una contraprestación económica (...) a título de remuneración. (...) En ese orden de ideas (...), la responsabilidad del municipio de Lebrija deberá analizarse bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, puesto que a partir del caudal probatorio, se estableció que la señora (...) era trabajadora de la mencionada obra pública. (...) Dilucidado lo anterior, la Sala considera que el municipio de Lebrija no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia del accidente aludido, esto es, permitió que los trabajadores de la obra pública ejecutaran sus labores sin los elementos de seguridad requeridos (...). [E]sta Sala advierte que aun cuando no existe claridad respecto de la razón por la cual la víctima no portaba su casco de seguridad al momento del accidente, lo cierto es que sí se encuentra demostrado que ninguno de los trabajadores la obra pública hacía uso de los referidos elementos protectores, pese a que llevaban a cabo una actividad de ‘construcción’ eminentemente peligrosa o riesgosa, a tal punto, que uno de ellos (...) resultó lesionado con el material de trabajo de que disponían para la ejecución del objeto contractual. (...) La anterior circunstancia evidencia una falla en el servicio atribuible a la entidad pública demandada, puesto que, por intermedio del contratista y del Secretario de Planeación Municipal, permitió que los empleados estuvieran en la obra sin las herramientas

indispensables para minimizar los riesgos que pudieran presentarse con ocasión de la referida actividad. (...) [L]a Sala considera que ni el municipio de Lebrija, ni mucho menos su contratista demostraron una actitud diligente frente a la coordinación efectiva de las medidas de seguridad en las actividades que se desarrollaban con sustento en el contrato de obra pública (...).

FUENTE FORMAL: LEY 52 DE 1993 / CONVENIO 167 DE LA OIT / RECOMENDACIÓN 175 SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN LA CONSTRUCCIÓN

DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / PRINCIPIO UBI EMOLUMENTUM IBI ONUS ESSE DEBET / DUEÑO DE LA OBRA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA / RESPONSABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD POR OBRA PÚBLICA / DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA / ACREDITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

[E]l municipio de Lebrija, en su condición de dueño de la obra, debe responder patrimonialmente por el fallecimiento de la señora (...), de conformidad con lo previsto en el artículo 34-1 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, el beneficiario o dueño de una obra es solidariamente responsable con el contratista -entre otros emolumentos- de las prestaciones e indemnizaciones a que tuvieren derecho los trabajadores. (...) [L]a jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que cuando se trata de daños vinculados con una obra que la Administración contrató, la jurisprudencia del Consejo de Estado los ha analizado bajo el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista. (...) Bajo tal perspectiva, resulta posible imputar a las entidades estatales el daño reclamado en la demanda, toda vez que cuando la Administración Pública contrata a un tercero para la ejecución de una obra, es tanto como si la entidad la ejecutara directamente. Es más, si el daño es sufrido por una persona que hubiere sido vinculada a la obra por el contratista ejecutor, el Estado también se encuentra llamado a responder por aquel (...). Así las cosas, se concluye que el hecho de que la obra hubiera estado a cargo del contratista (...) y del subcontratista (...), no deja de hacer responsable al municipio de Lebrija por los daños antijurídicos que se causen como consecuencia de su ejecución, puesto que aquella fue acometida por su cuenta y, además, según la cláusula décima del contrato, al contratante también le correspondía -se insiste- ejercer la coordinación, supervisión y vigilancia del objeto de dicho negocio jurídico.

FUENTE FORMAL: LEY 310 DE 1996 - ARTÍCULO 2 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 34

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por daños ocasionados por trabajos públicos, consultar providencias de 9 de junio de 2005, Exp. 15059, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; de 3 de mayo de 2007, Exp. 19420, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 11 de mayo de 2017, Exp. 39901, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; de 26 de febrero de 2015, Exp. 25640, C.P. Hernán

Andrade Rincón (E); de 1 de junio de 2020, Exp. 49214, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / INDEMNIZACIÓN A LA FAMILIA DE LA VÍCTIMA / PRESUNCIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRESUPUESTOS DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / NIVELES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

El daño moral se ha definido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera y se presume en relación de los familiares cercanos de quien ha sufrido una afectación en sus derechos. Ante la imposibilidad de cuantificar la referida tipología de daño, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 SMLMV cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida. (...) En cuanto a los demás órdenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite. Así se estableció en sentencia de unificación de esta Sección (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tasación de perjuicios morales en caso de muerte, consultar providencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / PARTIDA ECLESIAÍSTICA DE BAUTISMO / PRUEBA DE PARENTESCO / ESTADO CIVIL / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL / REGISTRO DE NACIMIENTO / VALOR PROBATORIO DEL REGISTRO CIVIL / VALIDEZ PROBATORIA DEL REGISTRO DE NACIMIENTO / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA

En relación con la indemnización solicitada por la señora (...), en su supuesta condición de madre la víctima, la Sala observa que (...) [en] expediente reposa la partida de bautismo de la señora (...), la cual se aportó con la demanda, a fin de acreditar el parentesco (...). Al respecto, esta Subsección debe precisar que el Decreto 1260 de 1970 dispuso, entre otras cosas, que el registro civil de nacimiento, matrimonio o defunción es el único documento que posee la idoneidad legal para demostrar este atributo de la personalidad. Ahora bien, la aplicación de esta regla probatoria depende del año de nacimiento de la persona que pretende acreditar su estado civil, esto es, las personas nacidas antes de 1938 tienen la posibilidad de probar su estado civil con las respectivas certificaciones expedidas por los párrocos pertenecientes a la Iglesia Católica (...). A la luz de lo anterior, la Sala negará el reconocimiento de perjuicios morales reclamados por la señora (...), pues para probar su condición de madre de la señora (...) aportó la partida de bautismo de la referida víctima, quien nació (...). En ese orden, esta Subsección considera que la prueba es inconducente, toda vez que los hechos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, deben ser demostrados de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 18 de la Ley 92 de 1938 y 105 del Decreto 1260 de 1970, esto es, con el registro civil de nacimiento respectivo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1260 DE 1970 - ARTÍCULO 105 / LEY 92 DE 1938 - ARTÍCULO 18

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prueba del estado civil de las personas, consultar providencias de 22 de abril de 2009, Exp. 16694, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; de 9 de febrero de 2011, Exp. 19352, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 6 de julio de 2020, Exp. 58454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 6 de noviembre de 2020, Exp. 65001. C.P. María Adriana Marín.

PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN A LA FAMILIA DE LA VÍCTIMA / DEPENDENCIA ECONÓMICA / PRESUNCIÓN DE INDEPENDENCIA ECONÓMICA / PRESUNCIÓN DE AYUDA ECONÓMICA DEL HIJO MENOR DE VEINTICINCO AÑOS A LOS PADRES / INDEMNIZACIÓN POR PERDIDA DE AYUDA ECONÓMICA SUFRIDA POR MUERTE DE LA VÍCTIMA / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / SALARIO MÍNIMO LEGAL / APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL / PRESUNCIÓN DEL SALARIO / PRESUNCIÓN DE QUE TODA PERSONA QUE SE ENCUENTRE EN EDAD PRODUCTIVA DEVENGA

La parte demandante reclamó indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, únicamente para (...) (hija menor de la víctima), quien, según las declaraciones de las señoras (...), dependía económicamente de la víctima directa del daño. (...) Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido la presunción según la cual los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que estos alcanzan los 25 años de edad. En tal sentido, la Sala accederá al reconocimiento del perjuicio reclamado, pues dicha actora tenía diecisiete años de edad cuando su madre falleció, por lo que, la liquidación respectiva se hará teniendo en cuenta el periodo que faltaba para que aquella cumpliera los 25 años. (...) No obstante, dentro del expediente no obra prueba alguna que corrobore los pagos percibidos por la víctima por concepto de salario. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido que cuando una persona se encuentra en edad productiva pero no prueba los ingresos económicos -lo cual ocurre en el presente asunto-, se presume que al menos percibe el salario mínimo.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con salvamento parcial de voto del consejero Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALEXÁNDER JOJOA BOLAÑOS (E)

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00695-01(48574)

Actor: LEIDY CATALINA CARREÑO DÍAZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE LEBRIJA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Falta de suministro de elementos de protección a empleados de obra pública.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada en contra de la sentencia dictada por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, el 14 de marzo de 2013, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLÁRASE responsable administrativa y patrimonialmente al MUNICIPIO DE LEBRIJA (S) de la totalidad de los perjuicios morales y materiales causados a las señoras LEIDY CATALINA CARREÑO REYES, FERLEY REYES ISIDRO, CATALINA ISIDRO MOLINA, EVILA REYES ISIDRO, ELSA REYES ISIDRO y GLADYS REYES ISIDRO, como consecuencia de la omisión en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y supervisión en la obra pública No. 0088-2009 del 21 de abril del año 2009 de su propiedad.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE al MUNICIPIO DE LEBRIJA (S) a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales derivados del daño:

Demandante	Condena
CATALINA ISIDRO (Madre)	100 SMMLV
EVILA REYES ISIDRO (Hermana)	50 SMMLV
ELSA REYES ISIDRO (Hermana)	50 SMMLV
GLADYS REYES ISIDRO (Hermana)	50 SMMLV
CATALINA CARREÑO REYES (Hija)	100 SMMLV
FERYE REYES ISIDRO (Hija)	100 SMMLV

TERCERO: CONDÉNESE al MUNICIPIO DE LEBRIJA (S) a pagar a favor de FERYE REYES ISIDRO la suma de CINCUENTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$50'356.677,94), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

CUARTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda. (...)¹.

SÍNTESIS DEL CASO

El 21 de abril de 2009, el municipio de Lebrija y el señor Fredy Gonzalo Amaya González celebraron el contrato de obra pública No. 0088-2009, cuyo objeto consistía en la “*construcción de obras de estabilización de taludes [en el] Barrio Brisas de Campo Alegre y [en la] Quebrada Chirili, sector calle 12 entre carreras 13A y 13B del municipio de Lebrija Santander*”. El día 11 de agosto de 2009, la señora Solangel Reyes Isidro, mientras ejecutaba sus labores como auxiliar de construcción en la obra aludida, recibió en la cabeza el golpe de una piedra, por lo que, fue trasladada de urgencia al Hospital Universitario de Santander . El día 17 de los mismos mes y año, la referida ciudadana falleció en la referida institución médica, como consecuencia de un “*trauma craneoencefálico severo con objeto contuso*”².

I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. El 4 de agosto de 2010, las señoras Leidy Catalina Carreño Reyes, Catalina Isidro Molina, Ferye, Evila, Elsa y Gladys Reyes Isidro, por intermedio de apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa en contra del municipio de Lebrija. Lo anterior, a fin de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

*3.1. Que EL MUNICIPIO DE LEBRIJA (SDER), representado legalmente por su alcaldesa, la doctora SONIA SERRANO PRADA, o quien haga sus veces a la fecha de proferirse el fallo, son los responsables administrativamente de la muerte de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, ocurrida en la fecha de 17 de agosto de 2009, cuando se encontraba trabajando en la ejecución de la obra pública No. 0088-2009, **producto de una FALLA DEL SERVICIO, por omitir las funciones propias de interventoría, al no exigir o tomar***

¹ Fls. 369-383, C. Ppal.

² Fl. 10. c. 1.

las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra.

3.2. Que el MUNICIPIO DE LEBRIJA (SDER), representado legalmente por su alcaldesa, la doctora SONIA SERRANO PRADA, o quien haga sus veces a la fecha de proferirse el fallo, son los responsables administrativamente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la señora LEIDY CATALINA CARREÑO REYES, en calidad de hija de la persona fallecida, a la señora FERYE REYES ISIDRO, en calidad de hija de la persona fallecida, a la señora CATALINA ISIDRO MOLINA, en calidad de madre de la persona fallecida, y a las señoras EVILA REYES ISIDRO, ELSA REYES ISIDRO y GLADYS REYES ISIDRO, en calidad de hermanas de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, quien falleció en la fecha 17 de agosto de 2009.

3.3. Que como consecuencia de la anterior declaración, el MUNICIPIO DE LEBRIJA (SDER), representado legalmente por su alcaldesa, la doctora SONIA SERRANO PRADA, o quien haga sus veces a la fecha de proferirse el fallo, deberán reconocer y pagar a los demandantes, a título de indemnización por daños, perjuicios morales y materiales causados, que a continuación se detallan:

3.3.1. DAÑOS Y PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES (MORALES SUBJETIVADOS)

3.3.1.1. PERJUICIOS MORALES PARA LEIDY CATALINA CARREÑO REYES, hija de la occisa 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.1.2. PERJUICIOS MORALES PARA FERYE REYES ISIDRO, hija de la occisa, 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.1.3. PERJUICIOS MORALES PARA CATALINA ISIDRO MOLINA, madre de la occisa, 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.1.4. PERJUICIOS MORALES PARA EVILA REYES ISIDRO, hermana de la occisa, 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.1.5. PERJUICIOS MORALES PARA ELSA REYES ISIDRO, hermana de la occisa, 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.1.6. PERJUICIOS MORALES PARA GLADYS REYES ISIDRO, hermana de la occisa, 100 S.M.M.L.V., equivalente a la fecha en CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$51'500.000).

3.3.2. PERJUICIOS MATERIALES

3.3.2.1. PERJUICIOS MATERIALES PARA FERYE REYES ISIDRO, hija de la occisa, CINCUENTA Y SEIS MILLONES DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$56'002.666)³.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte demandante narró los supuestos fácticos que se resumen a continuación:

2.1. El 21 de abril de 2009, el Secretario de Gobierno del municipio de Lebrija y el señor Fredy Gonzalo Amaya González celebraron el contrato de obra pública No. 0088-2009, cuyo objeto consistía en la *“construcción de obras de estabilización de taludes [en el] Barrio Brisas de Campo Alegre y [la] Quebrada Chirili, sector calle 12 entre carreras 13A y 13B del municipio de Lebrija Santander”*.

2.2. La cláusula décima del referido negocio jurídico reguló el tópico denominado ‘supervisión o interventoría’, según la cual *“la coordinación, supervisión y vigilancia en la ejecución del contrato, estaría a cargo del municipio, a través del Secretario de Planeación Municipal”*⁴. A su turno, la cláusula tercera consagró que *“el contratista [sería] el director de todos los trabajos, prestando toda su capacidad administrativa y operacional; siendo una de sus obligaciones, contratar el personal idóneo necesario para cumplir la ejecución del contrato y pagar su seguridad social”*⁵. Por su parte, la cláusula décimo novena incluyó la cláusula de indemnidad, la cual tenía *“eficacia compromisoria y vinculante en frente de los sujetos negociales y, por lo tanto, no puede ser invocado por la administración municipal frente a terceros”*⁶.

2.3. El 30 de julio de 2009, la señora Solangel Reyes Isidro fue vinculada laboralmente por el señor Abdón Aguilar Contreras, quien actuaba como subcontratista del ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González, para prestar sus servicios en la mencionada obra pública.

2.4. El 11 de agosto de 2009, la referida ciudadana sufrió un accidente de trabajo, pues recibió un golpe de una piedra en la cabeza, por lo que, de manera inmediata, fue trasladada al Hospital de Lebrija, de allí, fue remitida al Hospital

³ Fls.29-32, c. 1.

⁴ Fl. 32, c. 1.

⁵ Fl. 32, c. 1.

⁶ Fl. 32, c. 1.

Universitario de Santander, institución en la cual permaneció en estado de coma y, finalmente, el 17 de agosto de 2009, falleció como consecuencia del referido golpe.

2.5. El ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González, en su calidad de contratista de la obra, delegó la supervisión de la obra al también ingeniero Heber⁷ y al arquitecto César Castaño Mantilla, quienes *“conocían de la vinculación laboral de la señora Solangel Reyes Isidro, porque ya la habían encontrado trabajando en la obra”*. Además, el escrito aludido relató que ocho días antes del accidente, el señor Abdón Aguilar Contreras le entregó al arquitecto aludido los documentos de sus trabajadores incluidos los de la víctima, a fin de que procediera *“el ingeniero contratista de la obra a vincularlos a la seguridad social”*.

2.6. La señora Solangel Reyes Isidro y sus compañeros de trabajo, señores José Domingo Archila, Pedro Pablo Osorio e Isidro Ibáñez *“desde su contratación, trabajaron sin los implementos de seguridad necesarios para realizar sus labores, entre ellos, no se les suministró el respectivo casco de seguridad”*.

2.6. La parte demandante consideró que el municipio de Lebrija incurrió en una falla del servicio, de conformidad con la siguiente argumentación:

(...) el Secretario de Planeación Municipal, señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, designado según la cláusula décima del contrato como interventor de la obra, para la coordinación, supervisión y vigilancia en la ejecución de la obra, en ningún momento suspendió los trabajos en la obra hasta que se suministraran los implementos de seguridad, ni exigió al ingeniero y arquitecto delegados por el contratista corregir dicha irregularidad, ni mucho menos verificó el listado del personal reportado por el contratista para trabajar en la obra y si se encontraban afiliados a la seguridad social. Es decir, su función como interventor no se realizó, teniendo el deber de hacerlo, y esa conducta omisiva de los ingenieros de la obra y el interventor de la misma concurrieron igualmente en la producción del accidente (previsible y evitable) al no tomar las medidas de seguridad para evitarlo.

SEXO: El señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, con su conducta omisiva permitió que el subcontratista de la obra, señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS no le suministrara a la señora SOLANGEL REYES ISIDRO los implementos de seguridad requeridos para la labor, y que el contratista de la obra a través de sus representantes en la misma permitieran tal irregularidad; pero además, permitió que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO trabajara en la obra pública, sin que ella fuera afiliada a la seguridad social. La omisión

⁷ En la demanda no se indicó el apellido del referido ingeniero.

del señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, en sus funciones de control y vigilancia de la obra pública, condujo a que el subcontratista y contratista de la obra pública no tomaran las medidas de seguridad industrial establecidas en la Ley 9 de 1979, Título III (salud ocupacional), especialmente los artículos 111, 120, 121, 122, 123 y 124; Resolución 2400 de 1979 del Ministerio del Trabajo, Título XII Capítulo II, especialmente el artículo 610; Decreto 614 de 1984 (Salud ocupacional); Resolución 1016 de 1989 del Ministerio del Trabajo; Decreto 1295 de 1994 (Sistema General de Riesgos Profesionales).

SÉPTIMO: El día del accidente 11 de agosto de 2009, aproximadamente a las 7:30 a.m., se encontraban SOLANGEL REYES ISIDRO, JOSÉ DOMINGO ARCHILA, PEDRO PABLO OSORIO e ISIDRO IBÁÑEZ, sin los implementos de seguridad y dentro de una excavación de dos metros debajo del nivel del piso por dos metros de ancho y ocho metros de largo, quienes estaban trabajando en el armado de las mallas para gaviones en ejecución del contrato de obra pública mencionado; en esos momentos, el conductor y ayudante de una volqueta que traía un viaje de piedra para la obra, en coordinación con el señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS, procedieron a descargarlo en un terreno ubicado en la parte alta de la obra, y estando ejecutando el descargue se rodaron unas piedras hacia el sitio en donde se encontraban los trabajadores, y una de ellas impactó en la cabeza desprotegida de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, lo que finalmente le causó la muerte⁸ (negrillas adicionales).

B. Trámite procesal

3. Mediante auto de 24 de septiembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda⁹, el cual fue notificado a la entidad demandada¹⁰. El municipio de Lebrija dio respuesta a los hechos narrados en la demanda, así:

4. La señora Solangel Reyes Isidro no tenía ningún vínculo laboral ni contractual con el citado ente territorial. Aunado a ello, señaló que el fallecimiento de dicha ciudadana se produjo por *“un acto al parecer atribuible al contratista, quien era el directo responsable”*¹¹.

5. El Secretario de Planeación Municipal de Lebrija, Rodolfo García Martínez, llevó a cabo la vigilancia de la ejecución de la obra pública aludida, pues su obligación de acuerdo con la cláusula décima del contrato *“era la de coordinar, supervisar y vigilar la [ejecución de aquel]”*¹².

⁸ Fls. 33-34, c. 1.

⁹ Fl. 75, c. 1.

¹⁰ Fl. 88, c. 1.

¹¹ Fls. 93-95, c. 1.

¹² Fl. 94, c. 1.

6. El contrato de obra pública No. 0088-2009 contenía una cláusula de indemnidad, según la cual el contratista “e[ra] el directo responsable de las reclamaciones que, como la que se presenta, pudieran ocurrir en contra del municipio de Lebrija”¹³. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la *reclamación* “deb[ía] ir dirigida únicamente en contra del contratista y de la aseguradora respectiva”¹⁴.

7. Vencido el período probatorio, el 10 de febrero de 2012, el Despacho corrió traslado por el término de diez (10) días para que las partes presentaran sus **alegatos de conclusión** y el Ministerio Público rindiera concepto¹⁵. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda¹⁶. El Ministerio Público guardó silencio.

8. El municipio de Lebrija solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, pues:

*No se encontró probada siquiera la responsabilidad del contratista en el hecho ocurrido, pues se echa de menos el vínculo laboral existente entre este y la señora REYES ISIDRO (se probó que fue enganchada por un subcontratista); y que fue este quien le permitió laborar sin las medidas de seguridad pertinentes, resulta claro que al municipio no le cabe responsabilidad en este hecho*¹⁷.

C. Sentencia de primera instancia

9. El 14 de marzo de 2013, la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda¹⁸. Para adoptar tal decisión, el juzgador de primera instancia manifestó que la parte demandante acreditó en debida forma la falla en el servicio del municipio de Lebrija. Concretamente, señaló:

Si bien en el testimonio rendido por el interventor de la obra en mención, es decir, por el Secretario de Planeación del Municipio de Lebrija indicia que visitó dos o tres veces por semana la obra, ocasiones en las cuales hallaba a los trabajadores con los cascos al lado pero sin usarlos debidamente, por lo que les atendía sobre su utilización y envió comunicación al contratista sobre esta situación, sin

¹³ Fl. 93, c. 1.

¹⁴ Fl. 96, c. 1.

¹⁵ Fl. 328, c. 1.

¹⁶ Fls. 339-352, c. 1.

¹⁷ Fl. 330, c. 1.

¹⁸ Fls. 369-383, c. ppal.

embargo, no obra dentro del expediente prueba de dichas advertencias u observaciones, pues no basta, tal como indicó que en el proceso de contratación se advirtiera al contratista acerca de las normas de seguridad y afiliaciones para este tipo de obras, afirmación sobre la cual tampoco obra prueba.

Por otra parte del testimonio rendido por el señor JOSÉ DOMINGO ARCHILA, quien laboró en la obra en mención, se establece que no fueron suministrados los implementos de seguridad necesarios y que el Ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González, contratista de la obra, la visitó en dos ocasiones y se percató de la inexistencia de dichos elementos de seguridad, sin embargo estos solo fueron suministrados únicamente después de ocurrido el accidente de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, punto éste que fue corroborado por el señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS quien fungía como subcontratista de la obra e indica que después del accidente le dieron dotación.

De esta manera encuentra la Sala, que la parte demandante con las pruebas allegadas al proceso demostró la existencia de la falla en este caso, en el que se omitió por parte del Municipio de Lebrija como dueño de la obra e interventor de la misma, la supervisión y control en el cumplimiento de las obligaciones del contratista; y así mismo, que no desvirtuó a través de algún medio probatorio que se ejerció el debido control en el suministro y entrega efectiva de los implementos de seguridad requeridos para este tipo de obras.

Ahora bien, en relación con el último elemento constitutivo de la falla probada, es decir, el nexo causal entre el daño y la falla del servicio, se logra determinar con el informe de necropsia en el que se estableció que la muerte de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO fue causada debido a un trauma craneoencefálico severo con objeto contuso por shock neurogénico e insuficiencia respiratoria por proceso neumónico asociado, de manera violenta de tipo accidental, situación lamentable que se presentó el 17 de agosto de 2008, conforme indica el Registro Civil de Defunción, es decir, seis días después de ocurrido el accidente en el cual una piedra impactó en su cabeza cuando se hallaba realizando labores de auxiliar de construcción en la obra mencionada, y por lo cual, tuvo que ser trasladada al Hospital del municipio de Lebrija, de acuerdo a los hechos no desvirtuados de la demanda y a los testimonios rendidos.

Presentes de esta manera los tres elementos constitutivos de la falla probada del servicio, consecuente es por parte de esta Sala de Decisión, declarar la responsabilidad del municipio de Lebrija (S) por la muerte de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, por omitir su deber de vigilar y supervisar el cabal cumplimiento de los deberes del contratista en la obra pública de su propiedad, los cuales incluían el suministro de los elementos de seguridad para este tipo de obras¹⁹.

10. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada formuló el **recurso de apelación**²⁰. Para tal efecto, adujo que no se encontraba legitimada en la

¹⁹ Fls. 379-379 (anverso), c. ppal.

²⁰ Fls. 385-388, c. ppal.

causa por pasiva, puesto que el contrato de obra pública aludido contenía una cláusula de indemnidad, la cual implica *“la exoneración de responsabilidad de la entidad estatal por los daños que con ocasión de la ejecución del contrato se presenten”*²¹.

11. De otro lado, adujo que la partida de bautismo no era la prueba idónea para acreditar el parentesco entre la víctima y la señora Catalina Isidro, quien actúa en la supuesta condición de madre de aquella²².

12. Admitido el recurso²³, mediante proveído del 14 de febrero de 2014 se corrió traslado para alegar de conclusión y se dispuso surtir el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 59 de la ley 446 de 1998, si el Ministerio Público llegare a solicitarlo²⁴.

13. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Análisis preliminar

a. Jurisdicción y competencia

14. Como la parte demandada es una entidad estatal, el conocimiento de este asunto corresponde a esta **jurisdicción**, tal como lo dispone el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo. Asimismo, la Sala es **competente** para resolver el *sub lite*, proveniente del Tribunal Administrativo de Santander y que por su cuantía es debatible en segunda instancia²⁵. Por último, en atención a que se pretende responsabilizar al Estado por la presunta falla en el servicio en que pudo haber incurrido el municipio de Lebrija, la acción procedente es la de reparación directa, prevista para tales fines en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

²¹ Fl. 386, c. ppal.

²² Fls. 385-388, c. ppal.

²³ Fl. 414, c. ppal.

²⁴ Fls. 416, c. ppal.

²⁵ El presente asunto tiene vocación de doble instancia, comoquiera que la cuantía estimada en las pretensiones asciende a \$365'002.660, la cual resulta superior a los 500 SMMLV, exigidos por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa.

b. Legitimación en la causa

15. De igual manera, se acreditó la **legitimación en la causa por activa** de las señoras Leidy Catalina Carreño Reyes, Catalina Isidro Molina, Ferye, Evila, Elsa y Gladys Reyes Isidro, con sustento en los hechos que le sirven de causa y que se afirman en la demanda, se encuentran legitimados en la causa por activa, en la medida que alegan haber padecido los daños y perjuicios cuya reparación persiguen²⁶.

16. De otra parte, el municipio de Lebrija se encuentra **legitimada en la causa por pasiva**. Lo anterior, por cuanto la parte demandante reclama una indemnización con ocasión de la supuesta falla en el servicio originada por la omisión en el ejercicio de las funciones propias de interventoría al contrato de obra pública No. 0088-2009, *“al no exigir o tomar las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra”*²⁷.

c. La caducidad de la acción

17. El fenómeno procesal de la caducidad se estableció con el fin de proteger la seguridad jurídica de los sujetos procesales e impone a las partes la carga de interponer la demanda dentro del plazo previamente dispuesto por la ley, de modo que la oportunidad de demandar desaparece por la inactividad del titular de ejercer a tiempo su derecho a accionar²⁸.

18. En el asunto *sub examine* se acudió a la jurisdicción a través de la acción de reparación directa, para lo cual el artículo 136-8 del Código Contencioso Administrativo dispuso que esta *“caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del*

²⁶ Para el ponente, la legitimación en la causa corresponde a un presupuesto procesal de la acción que debe analizarse oficiosamente en cada caso y la ausencia de legitimación material en la causa tanto activa como pasiva impide adentrarse en el fondo del caso. Con todo, la ponencia acoge la postura mayoritaria de la subsección según la cual es suficiente el análisis de la legitimación de hecho para tener por surtido ese presupuesto y el análisis material corresponde al fondo de la pretensión (Cfr. Aclaración de voto en providencia del 5 de diciembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 39996).

²⁷ Fl. 30, c. 1.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, proceso No. 70001-23-31-000-2007-00097-01(45561), M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de marzo de 2019, proceso No. 17001-23-31-000-2010-00491-01(46000), M. P. Ramiro Pazos Guerrero.

inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”.

19. A partir de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala evidencia que la señora Solangel Reyes Isidro falleció el 17 de agosto de 2009, tal como se desprende del registro civil de defunción²⁹. En ese orden, el término para presentar la demanda de reparación directa transcurrió entre el 18 de agosto de 2009 y el 18 de agosto de 2011. Habida cuenta de que la demanda se formuló el **4 de agosto de 2011**, esta Sala concluye que fue interpuesta dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

2.2. Problema jurídico

20. Corresponde a la Sala determinar si en el asunto *sub examine* la responsabilidad por el fallecimiento de la señora Solangel Reyes Isidro es atribuible al municipio de Lebrija. Para ello, resulta relevante establecer si se configuró una falla del servicio consistente en la supuesta omisión de las funciones interventoría del contrato de obra pública No. 0088-2009, *“al no exigir o tomar las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra”*³⁰.

2.3. Hechos probados

21. Con las pruebas obrantes en el expediente se encontraron demostrados los siguientes hechos relevantes para la decisión del problema jurídico planteado en el numeral anterior.

- Sobre la celebración del contrato de obra pública No. 0088-2009

a. El 21 de abril de 2009, el municipio de Lebrija y el señor Fredy Gonzalo Amaya González celebraron el contrato de obra pública No. 0088-2009, cuyo objeto consistía en la *“construcción de obras de estabilización de taludes [en el] barrio Brisas de Campo Alegre y [en la] Quebrada Chirili, sector calle 12 entre carreras 13a y 13b del municipio de Lebrija (Santander)”*. A continuación, la Sala transcribirá los apartes pertinentes para la resolución del caso, así:

²⁹ Fl. 9, c. 1.

³⁰ Fl. 30, c. 1.

CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: Son obligaciones del municipio, las siguientes: A) Destinar dentro de la vigencia fiscal del presupuesto de rentas y gastos, la suma correspondiente al valor de contrato para la ejecución. **B) Prestar la colaboración que sea necesaria para que el contratista pueda cumplir con el objeto contractual.** C) Efectuar los pagos estipulados en el presente contrato en la forma pactada. D) Las demás que sean requeridas para la perfecta ejecución del contrato. CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: A) Desarrollar el objeto contractual dentro de las condiciones ofertadas, garantizando la calidad de las actividades en la prestación del servicio. **Así mismo, acatar los procedimientos impuestos por el Municipio para llevar un control en la ejecución de las actividades contratadas.** B) Prestar toda su capacidad administrativa y operacional para la ejecución del presente contrato. **C) Contratar el personal idóneo necesario para cumplir la ejecución del contrato en un término prudente para evitar daños contingentes.** D) **Pagar la seguridad social integral,** para la ejecución del presente contrato. CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO. El valor del presente contrato es por la suma de CIENTO VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS UN PESOS (\$127'868.201) MONEDA CORRIENTE. CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO: El presente contrato se pagará así: Un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato y el saldo a través de actas parciales de obra, previa certificación satisfactoria de parte de la interventoría asignada. CLÁUSULA SEXTA: DURACIÓN Y VIGENCIA DEL CONTRATO: El presente contrato tendrá una duración de cuatro (4) meses contados a partir de la aprobación de garantía única. CLÁUSULA SÉPTIMA: CESIÓN DEL CONTRATO: El contratista no podrá ceder el presente contrato a persona natural o jurídica alguna sin el consentimiento previo y escrito del municipio. CLÁUSULA OCTAVA: SUJECCIÓN A LAS APROPIACIONES PRESUPUESTALES: El pago del presente contrato será con cargo al presupuesto general de rentas y gastos del municipio de la vigencia fiscal 2009, de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal, el cual forma parte integral del presente contrato. CLÁUSULA NOVENA: EXCLUSIÓN DE RELACIÓN LABORAL: Las partes manifiestan expresamente que ninguna de las personas que presten directamente el servicio en virtud del presente contrato, adquieren relación laboral alguna con las partes. **CLÁUSULA DÉCIMA: SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA: La coordinación, supervisión y vigilancia en la ejecución del presente contrato estará a cargo del municipio, a través del Secretario de Planeación Municipal.** CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: MODIFICACIONES, ADICIONES, ACLARACIONES Y PRÓRROGAS. Las partes declaran expresamente que el presente contrato o cualquiera de sus cláusulas podrán ser modificadas, adicionadas, aclaradas y prorrogadas, sin que ello implique modificación en el objeto o en la destinación de los recursos, previo acuerdo de las partes y conforme las formalidades legales establecidas en los artículos 16,17 y 18 de la Ley 80 de 1993, para tal fin. CLÁUSULA DÉCIMASEGUNDA: TERMINACIÓN: El presente contrato podrá darse por terminado en cualquier momento, sin indemnización alguna, por la ocurrencia de uno cualquiera de los siguientes eventos: a) por mutuo acuerdo de las partes. b) por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones adquiridas por las partes. c) por conveniencia recíproca aceptada por

las partes. d) por suspensión del contrato cuando esta exceda en la mitad del plazo previsto para su duración. (...). **CLÁUSULA DÉCIMANOVENA: CLÁUSULA DE INDEMNIDAD: Será obligación del contratista mantener indemne al municipio de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista. Igualmente es obligación del contratista de mantener libre al municipio de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes. (...)**³¹ (se destaca).

De igual forma, dentro del expediente obra copia del proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 002-2009, por medio del cual se escogió al contratista que suscribió el contrato con la entidad demandada³².

b. Con anterioridad a la celebración del contrato aludido, la Alcaldesa Municipal de Lebrija dictó la Resolución Administrativa No. 0126 de 6 de abril de 2009, por medio del cual se adoptó el Manual de Interventoría y Supervisión a los contratos y convenios suscritos por el municipio aludido. De dicho documento se desprende la siguiente información relevante para el análisis del caso:

En el presente manual cuando se mencionen las palabras interventorías e interventor estas también harán alusión a supervisión o supervisor, ya que los funcionarios públicos no pueden ser interventores, simplemente serán supervisores del objeto contractual pero con los mismos requisitos de un interventor. (...).

FUNCIONES DE LOS INTERVENTORES EN LOS ASPECTOS TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS

Dependiendo de la naturaleza del objeto contratado y en lo que sea aplicable, corresponde al interventor: (...).

27. Verificar que el contratista cuente con todos los medios y recursos para mantener la seguridad dentro de la obra, brindando así seguridad a quienes allí laboran y ocasionalmente transitan por los alrededores de la obra. (...).

FUNCIONES DEL INTERVENTOR EN EL ASPECTO LEGAL

(...).

5. Exigir periódicamente al contratista la presentación de los contratos de trabajo, las planillas de afiliación y pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones, seguro de vida o póliza colectiva (cuando a ello hubiere lugar), recibos de pago de salarios y prestaciones sociales

³¹ Fls. 4-6, c. 1.

³² Fls. 103-193, c. 1.

*y demás conceptos para con sus trabajadores, durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación. (...)*³³ (negritas adicionales).

c. El 5 de mayo de 2009, en las instalaciones de la Alcaldía de Lebrija se reunieron el señor Rodolfo García Martínez, en calidad de supervisor del municipio, y el Ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González, en calidad de contratista, para dar inicio a la ejecución del referido contrato³⁴.

d. La empresa Seguros del Estado S.A. expidió la póliza de seguro de cumplimiento de entidad estatal No. 96-44-101027000 y la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 96-40-101006923, por medio de las cuales se amparaba la ejecución del contrato de obra pública No. 0088 de 2009³⁵.

- ***Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el accidente de la señora Solangel Reyes Isidro***

e. Informe pericial de necropsia No. 2009010168001000501, practicada al cadáver de la señora Solangel Reyes Isidro, en el cual se lee lo siguiente:

Resumen de hechos: Según acta de levantamiento realizada por la SIJÍN, con respecto a los hechos, al parecer fue golpeada en la cabeza por una roca, puesto que se desempeñaba como ayudante de construcción, luego de esto fue llevada al H.U.S. sin más datos se realiza levantamiento y se solicita necropsia médico legal.

- *Hipótesis de manera aportada por la autoridad: violenta – accidental.*
- *Hipótesis de causa aportada por la autoridad: contundente.*

RESUMEN HALLAZGOS

Los hallazgos encontrados en la necropsia son:

- *Palidez mucocutánea generalizada.*
- *Edema de tejidos blancos generalizadas.*
- *Herida suturada en región del cuero cabelludo de la región parietal.*
- *Contusión de la galea aponeurótica del lado izquierdo.*
- *Contusión y hemorragia subdural del hemisferio cerebral izquierdo.*
- *Hidrotórax bilateral.*
- *Hidroperitoneo.*
- *Neumonía bilateral.*
- *Congestión visceral generalizada.*

³³ Fls. 219- 246, c. 1.

³⁴ Fls. 7-8, c. 1.

³⁵ Fls. 198-201, c. 1.

OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSIÓN PERICIAL:

El cadáver corresponde a una mujer adulta media quien presenta signos tempranos de muerte, los cuales se correlacionan con un tiempo entre 6-12 horas anteriores a la realización de la necropsia y quien fallece por:

- CAUSA DE LA MUERTE: **TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO SEVERO CON OBJETO CONTUSO.**
- MECANISMO DE LA MUERTE: **SHOCK NEUROGÉNICO E INSUFICIENCIA RESPIRATORIA POR PROCESO NEUMÓNICO ASOCIADO.**
- MANERA DE LA MUERTE: **VIOLENTA DE TIPO ACCIDENTAL.**
(...)³⁶ (negrillas adicionales).

f. Constancia elaborada por el Fiscal Tercero de Estructura de Apoyo, el 1º de octubre de 2009, de la cual se desprende:

Que en este Despacho cursa investigación por la muerte de SOLANGEL REYES ISIDRO, (...), contra DESCONOCIDOS y que, según acta de inspección técnica a cadáver, La diligencia fue atendida por funcionarios de la SIJÍN MEBUC en la morgue del HOSPITAL UNIVERSITARIO SANTANDER, en hechos ocurridos el día 11/08/2009 a las 8:45 HRS. APROX.

Es de anotar que la investigación se encuentra en etapa de indagación. (...).

DE ACUERDO AL INFORME TÉCNICO DE NECROPSIA MÉDICO LEGAL CONCLUYE:

CAUSA DE LA MUERTE: SHOCK NEUROGÉNICO E INSUFICIENCIA RESPIRATORIA POR PROCESO NEUMÓNICO ASOCIADO.

MANERA PROBABLE DE MUERTE: VIOLENTA DE TIPO ACCIDENTAL³⁷ (negrillas adicionales).

g. Dentro del expediente obran los testimonios de los señores José Domingo Archila Rodríguez, Abdón Aguilar Contreras, Rodolfo García Martínez, quienes dieron cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el hecho dañoso reclamado en la demanda.

- El señor José Domingo Archila Rodríguez narró lo siguiente:

³⁶ Fls. 211-215, c. 1.

³⁷ Fl. 10, c. 1.

PREGUNTADO: Dígale al Despacho si sabe el motivo por el cual fue llamado a rendir esta declaración. En caso afirmativo, haga un relato claro y detallado sobre lo que sepa y le conste. **CONTESTÓ:** **Sí, eso ocurrió una mañana, empezando trabajo cuando estábamos armando un gavión y ella SOLANGEL estaba al frente mío, bueno ya después subió una volqueta a descargar un viaje de piedra y allá encima del barranco estaba el señor (sic) AUDÓN y ya después de que descargaron la piedra, él empezó a gritar que tuvieran cuidado porque las piedras se habían venido, y ahí estaba otro ayudante que me parece que se llama PEDRO PABLO y él dijo que la muchacha SOLANGEL se había caído y ya después yo me salí del gavión y la sacamos de las piedras que estaban cerca al gavión, donde estábamos armando el gavión, porque ella me estaba ayudando a armar el gavión, estaba ayudando a colocar la malla y nos dimos cuenta que estaba escalabrada y que estaba botando sangre y la llevamos con el señor PEDRO PABLO a la orilla de las casas, y ahí la acostamos en el piso y llamaron a la ambulancia y nunca llegó, entonces como se demoró la llevamos en una camioneta, y ya la llevamos al hospital y allá quedó. (...).**

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho cuántas personas se encontraban con usted trabajando en la estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija el 11 de agosto de 2009, fecha en que le ocurrió el accidente de trabajo a la señora SOLANGEL REYES. **CONTESTO:** Tres, PEDRO PABLO, DON ISIDRO, no me acuerdo el apellido, la señora SOLANGEL y yo.

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho, si a esos trabajadores les habían suministrado los implementos de seguridad industrial y si estaban afiliados a la seguridad social. **CONTESTO:** **Que yo sepa no, ni casco ni nada de eso, no tenía nada, y a la seguridad social, a mí nunca me llegó nada.**

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho quién contrató a los trabajadores que usted mencionó para trabajar en la estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija. **CONTESTO:** A mí me buscó el señor (sic) AUDÓN y a ellos yo creo que él mismo, no sé.

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si el señor AUDÓN AGUILAR CONTRERAS, sabía que el personal que se encontraba trabajando en la estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija, trabajaba sin los implementos de seguridad exigidos para dicha labor. **CONTESTO:** **Sí, él sabía, porque diario iba todos los días.**

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si usted conoce al Ing. FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ. **CONTESTO:** Que lo conozca no, yo lo vi como 2 veces que fue a la obra.

PREGUNTADO: De acuerdo a la respuesta anterior, manifiéstele al Despacho si en las veces que el Ing. FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ visitó la obra, él se dio cuenta de que los trabajadores laboraban sin los implementos de seguridad para ese tipo de labores. **CONTESTO:** **Sí, él se dio cuenta.**

PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si el Ing. FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ, les preguntó del por qué no tenían los implementos de seguridad industrial. **CONTESTO:** No, nunca nos preguntó nada.

PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si usted sabía cuál era el funcionario que la Administración Municipal de Lebrija había nombrado como interventor de la obra en donde le ocurrió el accidente de trabajo a la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, el día 11 de agosto de 2009.

CONTESTO: No, yo solo me entendía era con el maestro. (...).
PREGUNTADO: Infórmele al Despacho, si a usted le consta que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, el día del accidente de trabajo (11 de agosto de 2009), no tenía el casco de seguridad porque no se lo habían suministrado. CONTESTO: Sí me consta, porque ella no lo tenía, a nosotros nos llevaron el casco después de haber ocurrido el accidente³⁸ (negrillas adicionales).

- A su turno, el maestro de construcción Abdón Aguilar Contreras manifestó:

Vengo a dar mi declaración como maestro encargado de la obra, de donde se originó el accidente donde fue lesionada doña SOLANGEL, yo me encontraba en el momento en que ocurrieron los hechos, con la señora, dos compañeros más, nosotros trabajamos 4 y cinco con doña SOLANGEL, pero en el sitio de los hechos nos encontrábamos 2 muchachos, doña SOLANGEL y mi persona, empezando a amarrar la primera malla para el primer gavión, en el momento en el que estábamos amarrando eso, llegó una volqueta con material para la obra, (sic) el cual me salí del sitio para ubicarla en el puesto de descargue, y al momento de salirme les avisé que se salieran del hueco, siempre se hacía, yo subí a ubicar la volqueta en el sitio, volví a mirar y les avisé que cuidado con la piedra, pero cuando miré hacia abajo estaban sacando a doña SOLANGEL de una piedra que le había caído y la verdad no supe de dónde, porque la volqueta no había empezado a botar el viaje de piedra, yo vi que la estaban sacando y ella también se ayudó por sus medios y en el momento como me dijeron que la había lesionado una piedra, pues en ese momento entramos como en pánico y como no había otro medio de transporte en ese momento, pues le dije al señor de la volqueta que descarga el viaje para poderla llevar en la volqueta hasta el hospital, y ella SOLANGEL entre los muchachos y ella caminó como 100 metros más o menos como hasta una tienda cercana y en ese momento la íbamos a echar a la volqueta que llegó ahí, pero en ese momento se desmayó y no fuimos capaces de echarla a la cabina de la volqueta, entonces se llamó a una ambulancia y pues se demoró bastantico en llegar, entonces pasó una camioneta de servicio de Empulebrija y la trasladamos ahí hasta el Hospital San Juan de Dios, allá la pasaron a urgencias y al rato fue que decidieron trasladarla para Bucaramanga, yo llamé al ingeniero encargado de la obra para que se hicieran responsables y presentara los documentos de seguridad que me exigían, del carnet mejor dicho, pues de ahí, ya ellos los ingenieros se encargaron en Bucaramanga de eso. (...). **PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho quién era el ingeniero encargado de la obra en donde le ocurrió el accidente de trabajo a la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, el día 11 de agosto del año 2009. CONTESTO: Pues en ese momento eran 2, el arquitecto César y el Ingeniero Ever, ellos iban y supervisaban la obra, a veces iba uno y a veces el otro. PREGUNTADO: Infórmele al Despacho, si sabía cuál era el contratista que había suscrito con la administración municipal de Lebrija el respectivo contrato de obra pública para adelantar los trabajos donde ocurrió el accidente laboral anteriormente mencionado.**

³⁸ Fls. 309-310, c. 1.

CONTESTO: *Pues el ingeniero que me contrató fue el ingeniero FREDY AMAYA, pero no sé si realmente él sea el contratista porque eso si no sé.* **PREGUNTADO:** *Manifiéstele al Despacho qué obras o trabajos usted subcontrató con el Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ para la época de los hechos.* **CONTESTO:** *La de brisas, reposición de taludes y la otra, el nombre de la quebrada se me olvida, fue un solo contrato, mejor dicho hice un solo trabajo, que también es reposición de taludes, el trabajo que yo desempeñé fue la mano de obra.* **PREGUNTADO:** *Manifiéstele al Despacho cuáles eran las obligaciones del Ing. FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ y cuáles eran sus obligaciones en el contrato que usted celebró con el Ing. FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ para la realización de trabajos de estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre en el municipio de Lebrija.* **CONTESTO:** *Mi contrato con ellos, era la mano de obra y ellos me tenían que suministrar los materiales, los elementos necesarios para ejecutar la obra.* **PREGUNTADO:** ***Manifiéstele al Despacho quién debía afiliar a los trabajadores a la seguridad social y quién debía suministrarle los implementos de seguridad industrial a dichos trabajadores.*** **CONTESTO:** ***Obviamente el ingeniero.*** **PREGUNTADO:** *Manifiéstele al Despacho si usted sabía o tenía conocimiento de quién era el interventor de la obra o de los trabajos que usted subcontrató con el ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ.* **CONTESTO:** ***Del interventor no conozco nombre, solo sé que el ingeniero de planeación, RODOLFO GARCÍA, era el que iba por allá a mirar la obra.*** **PREGUNTADO:** *De acuerdo a la respuesta anterior, manifiéstele al Despacho en cuántas oportunidades el Ingeniero RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ visitó la obra que se estaba realizando en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija.* **CONTESTO:** ***Recuerdo así como dos o tres veces.*** **PREGUNTADO:** *Manifiéstele al Despacho si en esas visitas que el Ingeniero RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ realizó, él pudo observar que los trabajadores se encontraban laborando sin los implementos de seguridad exigidos para dicha labor.* **CONTESTO:** *Pues la verdad no sé si él los notaría, porque él era el que iba y vigilaba.* **PREGUNTADO:** ***Manifiéstele al Despacho por qué usted no le solicitó al Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ que le suministraran los implementos de seguridad industrial a los trabajadores que usted contrató.*** **CONTESTO:** ***Haber ellos, la primera obra que yo les hice a ellos que fue en el Colegio Llanadas, allá me dieron dotación de seguridad (sic) en la cual, pues el personal que estaba laborando conmigo algunos lo usaban y otros no, en la obra de los taludes, pues al principio de la obra les había hablado para utilizar los cascos, pero la verdad, en principio, ninguno optó por ponérselo por el fastidio que le causa a uno el sol y por eso a veces prefiere uno ponerse un sombrero o una cachucha y la verdad no obligué a ninguno a ponerse casco, porque les dije a ellos que cada uno tenía que ser responsable de sus cosas no, de su seguridad también, yo tenía los cascos ahí de la primera obra y estaban (sic) buenesíticos, y después del accidente de doña SOLANGEL me dieron dotación nuevamente para el personal con el que se terminó la obra.*** **PREGUNTADO:** *Manifiéstele al Despacho cuántos días trabajó la señora SOLANGEL REYES ISIDRO sin los implementos de seguridad industrial exigidos para ese tipo de labor.* **CONTESTO:** ***Pues el tiempo que ella laboró nunca lo tuvo, pues por ahí guantes fue lo que usó.*** **PREGUNTADO:**

*Manifiéstele al Despacho si el señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, como interventor de la obra sabía que usted había subcontratado con el Ingeniero GONZALO AMAYA GONZÁLEZ la realización de los trabajos de estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija. CONTESTO: Pues no, él me vio simplemente trabajando en la obra y nunca le comenté nada de eso. PREGUNTADO: **Infórmele al Despacho cuál era el salario que usted había acordado con la señora SOLANGEL REYES ISIDRO para trabajar en la estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija. CONTESTO: El salario que acordé con ella antes de iniciar la obra fue de \$140.000 semanales y según el rendimiento que se avanzaba en la obra yo les modificaba algo más porque yo trabajaba por metros, digamos metros de obra de acuerdo a la capacidad que hiciera***³⁹ (se destaca).

- Por su parte, el Secretario de Planeación del municipio de Lebrija, Rodolfo García Martínez, quien ejercía labores de supervisión a la obra pública aludida, señaló:

*Se le informa que el motivo de la diligencia tiene relación con los hechos ocurridos el día 11 de agosto del año 2009, en los que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO resultó lesionada cuando se encontraba trabajando en la obra de estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija. Infórmele al Despacho qué tiene que decir al respecto. CONTESTO: Bueno esa es una obra que se estaba adelantando con unos recursos con Convenio de la CMBD, **donde se estaba realizando una canalización en el Barrio Los Rosales y la estabilización de unos taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre, el cual fue adjudicado al Ingeniero FREDY AMAYA, la verdad cuánto tiempo llevaba ya de avance, pues iba con normal desarrollo, a esa obra yo le estaba haciendo la supervisión por parte de la Administración Municipal y desafortunadamente ocurrió ese accidente con la muerte lamentable de la señora. (...). PREGUNTADO: Infórmele al Despacho cuáles fueron las actividades que usted realizó como interventor o supervisor de la obra al inicio o cuando se estaban realizando los trabajos de estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija. CONTESTO: Inicialmente consistía en la localización de la obra en el sitio, en conjunto con el contratista, **posteriormente durante la ejecución de la obra y se iba esporádicamente una o dos veces a la semana a revisar avance de obra, la cual consistió en unos inicios en las excavaciones, las cuales se llevaron hasta la profundidad adecuada para la construcción de los muros y posteriormente ya con la construcción del muro, el gavión, que fue cuando ocurrió el accidente.** PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si en las visitas que usted realizó a la obra observó que los trabajadores que allí se encontraban laborando sin los implementos de seguridad industrial exigidos para realizar dicha labor. CONTESTO: **Inicialmente en el proceso de excavación habían 2 o 3 personas trabajando ahí algunas veces, llegaba uno y se encontraban sin los cascos y se les hacía la observación de que los usaran, ellos los tenían al lado*****

³⁹ Fls. 311-313, c. 1.

y a veces se los ponían, como esa visita se hacía por ahí una o dos veces a la semana, igualmente se les manifestaba a los contratistas en el proceso de contratación que debían contar con las normas de seguridad y afiliaciones para ese tipo de obras.

PREGUNTADO: *Manifiéstele al Despacho si usted le manifestó por escrito al Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ de que usted había encontrado en algunas ocasiones a los trabajadores sin los implementos de seguridad.*

CONTESTO: *Sí, en algún momento se envió una comunicación, no recuerdo la fecha pero sí en lo referente a los elementos de protección y afiliación del personal que trabajaba en el sitio.*

PREGUNTADO: *Infórmele al Despacho si usted sabía o tenía conocimiento de quiénes eran las personas que el Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ había subcontratado la mano de obra con el señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS.*

CONTESTO: *No, hasta el momento del accidente no tenía conocimiento de eso.*

PREGUNTADO: *Infórmele al Despacho si usted sabía o tenía conocimiento de quiénes eran las personas que el Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ había contratado para ejercer las funciones de supervisión o coordinación en el contrato de obra pública No. 0088-2009 del municipio de Lebrija.*

CONTESTO: *El ingeniero tenía varias obras aquí en el municipio y dentro del grupo de trabajo había una persona que coordinaba los trabajos acá en el municipio, pero no recuerdo el nombre.*

PREGUNTADO: *Manifiéstele al Despacho si usted llevaba el control y la vigilancia sobre todo el personal que había sido contratado para laborar en la ejecución del contrato de obra pública No. No. 0088-2009, adjudicado con el Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ.*

CONTESTO: *Generalmente, el control que se llevaba era de avance y seguimiento de la obra, igualmente a ellos se les requería el listado del personal para laborar.*

PREGUNTADO: *Manifiéstele al Despacho si usted tenía conocimiento de que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO se encontraba trabajando en el Barrio Brisas de Campo Alegre del municipio de Lebrija en ejecución de la obra pública anteriormente mencionada.*

CONTESTO: *Al principio de la obra, la señora no se encontraba laborando en el proceso de excavación, no la vi laborando, la vi una vez trabajando, ya una vez cuando estaban trabajando en el proceso de construcción de los gaviones ya que las visitas por parte de la supervisión eran esporádicas que se tenía.*

PREGUNTADO: *Manifiéstele al Despacho qué acciones diferentes a la comunicación escrita usted realizó como interventor para asegurarse que los trabajadores utilizaran los elementos de seguridad industrial requeridos.*

CONTESTO: *En las visitas esporádicas que se hacían, si se notaba que las personas no tenían los elementos, se le manifestaba ahí en el sitio a ellos que los usaran, porque generalmente sí los tenían, lo que pasa era que no los usaban, también se le recalca al maestro sobre la importancia de usar los elementos de protección.*

PREGUNTADO: *Teniendo en cuenta que el testimonio del señor JOSÉ DOMINGO ARCHILA y el señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS se manifestó que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, durante el tiempo que laboró en la obra lo hizo sin implementos de seguridad, por qué razón se le permitió que trabajara en esas condiciones de inseguridad.*

CONTESTO: *A la señora solamente la vi una vez cuando hice las visitas a esa obra y no recuerdo si estaba con el casco o no, generalmente cuando uno*

llegaba a hacer inspección les recalca lo del casco y ellos los buscaban y se los ponían⁴⁰ (negrillas adicionales).

h. Oficio No. DIF-2736/09 de 17 de septiembre de 2009, Seguros del Estado S.A. le informó al señor Fredy Gonzalo Amaya González lo siguiente:

Acusamos de recibo de su comunicación, por medio de la cual solicita la efectividad de la póliza anotada en el asunto, como consecuencia del accidente sufrido por la señora Solangel Reyes Isidro, el pasado 11 de agosto de 2009, en la obra contratada por el municipio de Lebrija referente a 'estabilización de taludes barrio Campo Alegre y Quebrada Chirili, sector calle 12 entre carreras 13a y 13b del municipio de Lebrija, Santander' insuceso que consecuentemente causó la muerte de la señora Solangel seis días después en el Hospital Universitario González Valencia, al ser golpeada por una piedra.

Sobre el particular nos permitimos señalar, que el objeto del seguro de responsabilidad civil extracontractual, de conformidad con lo establecido en las condiciones generales de la póliza, consiste en: '... indemnizar por los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Dentro del marco anterior queda asegurada la responsabilidad civil extracontractual del asegurado por daños materiales o personales.

En el caso que nos ocupa, se tiene que el ingreso de la trabajadora no fue autorizado por usted (Tomador/Asegurado de la póliza), por el contrario, quien llevó a la obra y autorizó su entrada a la señora Solangel fue un maestro 'subcontratista', y debe ser él quien responda por el hecho ocurrido, pues entre estos debió existir una relación laboral directa y de ella se derivan obligaciones legales, tales como la afiliación al Plan Obligatorio de Salud, ARP, Pensión, etc., que para el caso en cuestión debieron operar inicialmente y solo en exceso se podría buscar la efectividad de la respectiva póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento, tomada por el subcontratista.

Ahora bien, el amparo que podría llegar a afectarse corresponde al de 'responsabilidad civil patronal', pues la cobertura de este se encuentra referida a la culpa en que pueda incurrir el empleador al presentarse un daño sufrido por el trabajador en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional; no obstante lo anterior, éste amparo no se incluyó en la garantía otorgada y no podría afectarse la póliza citada en el asunto.

De otro lado, la póliza en cuestión, tampoco contempla como amparo adicional el de 'Contratistas y Subcontratistas', el cual versa sobre los daños que los contratistas causen a tercero que comprometan la responsabilidad del asegurado; caso en el cual se

⁴⁰ Fls. 314-316, c. 1.

debería probar que hubo culpa del empleador en el accidente sufrido al no suministrar los implementos de seguridad para el desarrollo de las actividades propias del contrato garantizado.

Por lo anteriormente expuesto, Seguros del Estado S.A., OBJETA desde ya a pesar de no existir una reclamación formal ante la Compañía, lo pretendido respecto de la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento citada en el asunto. (...) ⁴¹ (negrillas adicionales).

i. Declaración juramentada con fines extraprocesales rendida por el señor Abdón Aguilar Contreras, el 16 de abril de 2010⁴². Respecto de la validez de la declaraciones extraprocesales allegadas a un proceso judicial, esta Corporación ha sostenido que se debe surtir el trámite previsto para la ratificación en los términos de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil y cuando no se agota este trámite dentro del proceso en el que se intenta hacer valer, no pueden ni siquiera tenerse las declaraciones extra juicio como indicio, en la medida que no se garantizaría el principio de contradicción y de defensa de la parte contraria. En todo caso, las mismas solo pueden ser valoradas como prueba sumaria, a la luz del artículo 299 del C.P.C, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, durante el debate procesal. En lo concerniente al caso concreto, comoquiera que no se observa que la declaración antes reseñada hubiere sido ratificada en este proceso, la Sala no la aceptará como medio probatorio para el asunto *sub examine*⁴³.

j. A folios 20-23 del cuaderno 1 obran 8 fotografías, en las cuales se aprecia un área de terreno sin pavimentar, así como, un grupo de piedras de gran tamaño amontonadas en el referido lugar. No obstante, la Sala advierte que no existe certeza de la fecha en que fueron captadas, ni mucho menos se tiene conocimiento acerca de si se trata del sitio en el cual acaeció el hecho dañoso.

3. Análisis del caso concreto

22. *Ab initio*, esta Subsección destaca que de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, los elementos que conforman la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputabilidad. En ese

⁴¹ Fls. 24-25, c. 1.

⁴² Fls. 18-19, c. 1.

⁴³ En similar sentido consultar sentencia dictada el 8 de agosto de 2018 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 45856.

orden de ideas, previo al estudio de la imputación del daño es necesario precisar que, para que surja la responsabilidad al Estado, se requiere que dicho daño se encuentre debidamente acreditado en el proceso y que la persona no está llamada a soportar, esto es, que tenga el carácter de antijurídico⁴⁴.

23. A continuación, la Sala pasará a analizar si en el asunto *sub judice* se configuraron los mencionados elementos de la responsabilidad administrativa del Estado.

- El daño antijurídico

24. Para el asunto en cuestión, la demanda se orienta a exigir la responsabilidad de la administración por el daño inferido a los demandantes con ocasión de la muerte de la señora Solangel Reyes Isidro.

25. Así pues, en relación con el **daño**, acorde con los medios de prueba allegados al expediente⁴⁵, se encuentra que la señora Solangel Reyes Isidro recibió el impacto de una piedra en su cabeza, mientras se encontraba ejecutando sus labores como ayudante de construcción en la obra de estabilización de taludes en el Barrio Brisas de Campo Alegre y en la Quebrada Chirili.

26. Como consecuencia de lo anterior, la mencionada ciudadana fue trasladada al Hospital Universitario de Santander, institución en la cual falleció a las 17:00 horas de la fecha aludida. El correspondiente dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dejó constancia de que la causa de la muerte obedeció a un *“trauma craneoencefálico severo con objeto contuso”*⁴⁶.

27. En ese orden, esta Sala encuentra acreditado el daño reclamado en el libelo demandatorio, por lo que, a continuación, revisará si aquel resulta atribuible al municipio de Lebrija.

- La imputación

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 8 de agosto de 2018. Expediente 48586.

⁴⁵ Registro civil de defunción de la señora Solangel Reyes Isidro y el Informe Pericial de Necropsia elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses obrantes a folios 9 y 212-215 del cuaderno 1.

⁴⁶ Fl. 212, c. 1.

28. La parte actora alegó en la demanda que el municipio de Lebríja era el responsable de la muerte de la señora Solangel Reyes Isidro, pues omitió “*las funciones propias de interventoría [en el contrato de obra pública No. 0088-2009], al no exigir o tomar las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra*”⁴⁷.

29. Pues bien, cuando se trata de la producción de daños originados en la ejecución de obras públicas, la jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sostenido lo siguiente:

Tratándose de la ejecución de obras públicas la jurisprudencia ha manejado distintos regímenes de responsabilidad según sea la calidad de la víctima que sufre el daño, el operador, es decir la persona que ejecuta la obra, el usuario o el tercero, bajo el entendido que si se trata del operador que ejecuta una obra pública en beneficio de la administración, el régimen aplicable sería el de la responsabilidad subjetiva bajo el título de imputación de la falla del servicio. En cambio, por regla general, un tratamiento distinto operó si la víctima del daño era el usuario o el tercero, porque en estos casos el régimen adecuado sería el de la responsabilidad objetiva, y en este escenario, en algunas oportunidades privilegió el título de imputación del riesgo creado y en otros casos habló del daño especial por el rompimiento del principio de igualdad antes las cargas públicas.

La Sala en sentencia de 8 de noviembre de 2007, sostuvo que la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a ésta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa sufre un daño originado en ésta, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse en desarrollo de la tesis de la falla del servicio prestado.

*En la misma sentencia se sostuvo que aunque en la construcción de obras públicas dado el carácter peligroso que encierra su ejecución, proveniente de los instrumentos que se utilizan en ella y de la intervención que con ocasión de las mismas se hace en la naturaleza, como sucede cuando la construcción amerita la remoción de tierra, desvío del cauce de aguas, tala de árboles etc. **el trabajador que se vincula a dicha actividad asume voluntariamente el riesgo que ella involucra y tiene sobre sí la obligación de extremar las medidas de seguridad para evitar lesionarse. Bajo ésta orientación frente a los daños que sufre quien ejerce una actividad peligrosa, originados en el evento, impacto o consecuencia adversa propia del mismo riesgo, el asunto deberá gobernarse bajo el régimen de la falla probada del servicio y no del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional.** La construcción de obras que requiera como ésta la remoción de tierra, origina un riesgo de naturaleza anormal y, el*

⁴⁷ Fl. 30, c. 1.

*trabajador que ejerce dicha actividad, participa en la creación del riesgo que ella supone. En este sentido, deberá acreditarse que a pesar de extremar los deberes de cuidado, el evento dañoso ocurrió por una falla del servicio*⁴⁸ (negrillas adicionales).

30. De lo anterior se colige que cuando el daño es provocado en el curso de la realización de una obra pública, el régimen de responsabilidad a aplicar va a depender de la calidad de la víctima, esto es, si se trata de un trabajador de la obra o si se trata de una persona ajena a ella, sea en carácter de usuario del servicio o de un tercero, de manera que para la primera hipótesis se deberá aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad, mientras que para la segunda el régimen objetivo.

31. Ahora bien, la Sala advierte que aun cuando dentro del expediente no reposan elementos de prueba que precisen las condiciones de vinculación de la señora Solangel Reyes Isidro a las actividades que se desarrollaban con ocasión del contrato de obra pública No. 0088 de 2009, lo cierto es que para la fecha de ocurrencia del dañoso la víctima **i)** se encontraba prestando personalmente sus servicios como auxiliar de construcción en la obra aludida, **ii)** bajo la subordinación del señor Abdón Aguilar Contreras quien, en su declaración, afirmó que **iii)** dicha ciudadana percibía una contraprestación económica equivalente a \$140.000 semanales a título de remuneración.

32. En ese orden de ideas y de conformidad con la jurisprudencia citada en precedencia, la responsabilidad del municipio de Lebrija deberá analizarse bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, puesto que a partir del caudal probatorio, **se estableció que la señora Solangel Reyes Isidro era trabajadora de la mencionada obra pública.**

33. Dilucidado lo anterior, la Sala considera que el municipio de Lebrija no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia del accidente aludido, esto es, permitió que los trabajadores de la obra pública ejecutaran sus labores sin los elementos de seguridad requeridos, tal como se explicará a continuación:

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1999, Exp. No. 16689. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Reiterada, entre otras, en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de mayo de 2017, proceso No. 25000-23-26-000-2003-01208-01(39901), M. P. Ramiro Pazos Guerrero.

34. Respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el hecho dañoso, la Sala cuenta con los testimonios de los señores José Domingo Archila Rodríguez y Abdón Aguilar Contreras, quienes trabajaban en la obra pública aludida, así como, la declaración del Secretario de Planeación del municipio de Lebrija, señor Rodolfo García Martínez.

35. Ahora bien, la Sala advierte que tales medios de prueba deben valorarse con mayor rigurosidad, pues corresponden a declaraciones rendidas por personas que ostentaban -directa o indirectamente- una relación laboral con la entidad demandada. Adicionalmente, no debe perderse de vista que tanto el Secretario de Planeación del municipio de Lebrija como el señor Abdón Aguilar Contreras tienen interés en las resultas del proceso, pues respecto del primero se predica una omisión en sus deberes de supervisión de la obra aludida⁴⁹ y, en relación con el segundo, se trata de la persona que, al momento de ocurrencia del hecho dañoso, conducía la volqueta cargada con piedras hacia el área de descargue⁵⁰.

36. A propósito de lo anterior, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil dispone que:

Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con

⁴⁹ Hecho sexto de la demanda: “El señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, con su conducta omisiva permitió que el subcontratista de la obra, señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS no le suministrara a la señora SOLANGEL REYES ISIDRO los implementos de seguridad requeridos para la labor, y que el contratista de la obra a través de sus representantes en la misma permitieran tal irregularidad; pero además, permitió que la señora SOLANGEL REYES ISIDRO trabajara en la obra pública, sin que ella fuera afiliada a la seguridad social. La omisión del señor RODOLFO GARCÍA MARTÍNEZ, en sus funciones de control y vigilancia de la obra pública, condujo a que el subcontratista y contratista de la obra pública no tomaran las medidas de seguridad industrial establecidas en la Ley 9 de 1979, Título III (salud ocupacional), especialmente los artículos 111, 120, 121, 122, 123 y 124; Resolución 2400 de 1979 del Ministerio del Trabajo, Título XII Capítulo II, especialmente el artículo 610; Decreto 614 de 1984 (Salud ocupacional); Resolución 1016 de 1989 “del Ministerio del Trabajo; Decreto 1295 de 1994 (Sistema General de Riesgos Profesionales)”.

⁵⁰ Hecho séptimo de la demanda: “El día del accidente 11 de agosto de 2009, aproximadamente a las 7:30 a.m., se encontraban SOLANGEL REYES ISIDRO, JOSÉ DOMINGO ARCHILA, PEDRO PABLO OSORIO e ISIDRO IBÁÑEZ, sin los implementos de seguridad y dentro de una excavación de dos metros debajo del nivel del piso por dos metros de ancho y ocho metros de largo, quienes estaban trabajando en el armado de las mallas para gaviones en ejecución del contrato de obra pública mencionado; en esos momentos, el conductor y ayudante de una volqueta que traía un viaje de piedra para la obra, en coordinación con el señor ABDÓN AGUILAR CONTRERAS, procedieron a descargarlo en un terreno ubicado en la parte alta de la obra, y estando ejecutando el descargue se rodaron unas piedras hacia el sitio en donde se encontraban los trabajadores, y una de ellas impactó en la cabeza desprotegida de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO, lo que finalmente le causó la muerte”.

relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

37. A su turno, el inciso tercero del artículo 218, ibídem, dispone:

*El juez apreciará los **testimonios sospechosos**, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.*

38. Frente a este tópico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, de manera reiterada, que los testimonios que *“resulten sospechosos no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica, de manera que los que se rindieron en el presente proceso serán examinados con aplicación de los anteriores criterios”*⁵¹.

39. Advertido lo anterior, la Sala encuentra que el declarante José Domingo Archila Rodríguez -compañero de trabajo de la víctima- adujo que el accidente en el cual resultó lesionada la señora Solangel Reyes Isidro ocurrió el 17 de agosto de 2009, en horas de la mañana, mientras se encontraban ‘armando un gavión’ y, que dicha ciudadana estaba ubicada justo en frente de él. Aunado a ello, dicho ciudadano afirmó que:

*Ya después subió una volqueta a descargar un viaje de piedra y allá encima del barranco estaba el señor (sic) AUDON, y ya después de que descargaron la piedra, él empezó a gritar que tuvieran cuidado porque las piedras se habían venido, y ahí estaba otro ayudante que me parece que se llama PEDRO PABLO y él dijo **que la muchacha SOLANGEL se había caído y ya después yo me salí del gavión y la sacamos de las piedras que estaban cerca al gavión**, donde estábamos armando el gavión, porque ella me estaba ayudando a armar el gavión, estaba ayudando a colocar la malla y nos dimos cuenta que estaba escalabrada y que estaba botando sangre y la llevamos con el señor PEDRO PABLO a la orilla de las casas, y ahí la acostamos en el piso y llamaron a la ambulancia y nunca llegó, entonces como se demoró la llevamos en una camioneta, y ya la llevamos al hospital y allá quedó⁵² (negrillas adicionales).*

40. Por su parte, el maestro de obra Abdón Aguilar Contreras afirmó que, al momento de la ocurrencia del accidente, se encontraba ejecutando sus labores en compañía de tres personas, entre las cuales se encontraba la señora Solangel Reyes Isidro. Además, el declarante sostuvo que, una vez se produjo el arribo de

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 6 de noviembre de 2020. Expediente No. 63127. MP. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵² Fls. 309-310, c. 1.

la volqueta cargada con piedras, procedió a conducir dicho vehículo al área de descargue. Asimismo, señaló que (se transcribe tal cual):

Al momento de salirme les avisé que se salieran del hueco, siempre se hacía, yo subí a ubicar la volqueta en el sitio, volví a mirar y les avisé que cuidado con la piedra, pero cuando miré hacia abajo estaban sacando a doña SOLANGEL de una piedra que le había caído y la verdad no supe de dónde, porque la volqueta no había empezado a botar el viaje de piedra, yo vi que la estaban sacando y ella también se ayudó por sus medios y en el momento como me dijeron que la había lesionado una piedra, pues en ese momento entramos como en pánico y como no había otro medio de transporte en ese momento, pues le dije al señor de la volqueta que descarga el viaje para poderla llevar en la volqueta hasta el hospital, y ella SOLANGEL entre los muchachos y ella caminó como 100 metros más o menos como hasta una tienda cercana y en ese momento la íbamos a echar a la volqueta que llegó ahí, pero en ese momento se desmayó y no fuimos capaces de echarla a la cabina de la volqueta, entonces se llamó a una ambulancia y pues se demoró bastantico en llegar, entonces pasó una camioneta de servicio de Empulebrija y la trasladamos ahí hasta el Hospital San Juan de Dios, allá la pasaron a urgencias y al rato fue que decidieron trasladarla para Bucaramanga⁵³ (negrillas adicionales).

41. Respecto de los protocolos de seguridad adoptados durante la ejecución de la mencionada obra pública, el señor José Domingo Archila Rodríguez expresó que las personas encargadas de la dirección y/o coordinación de aquella no les suministraron cascos a los trabajadores, ni mucho menos llevaron a cabo la correspondiente afiliación a seguridad social. Por lo que, señaló que al momento del accidente de la señora Solangel Reyes Isidro ninguno de los obreros contaban con elementos protectores.

42. Por su parte, el maestro de obra Abdón Aguilar Contreras, a la pregunta de 'por qué no le solicitó al Ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González que le suministrara los implementos de seguridad industrial a los trabajadores que usted contrató', respondió (se transcribe tal cual):

Haber ellos, la primera obra que yo les hice a ellos que fue en el Colegio Llanadas, allá me dieron dotación de seguridad (sic) en la cual, pues el personal que estaba laborando conmigo, algunos lo usaban y otros no, en la obra de los taludes, pues al principio de la obra les había hablado para utilizar los cascos, pero la verdad, en principio, ninguno optó por ponérselo por el fastidio que le causa a uno el sol y por eso a veces prefiere uno ponerse un sombrero o una cachucha y la verdad no obliqué a ninguno a ponerse casco,

⁵³ Fl. 311, c. 1.

porque les dije a ellos que cada uno tenía que ser responsable de sus cosas no, de su seguridad también, yo tenía los cascos ahí de la primera obra y estaban (sic) buenesíticos, y después del accidente de doña SOLANGEL me dieron dotación nuevamente para el personal con el que se terminó la obra (se destaca).

43. A su turno, el Secretario de Planeación del municipio de Lebrija, Rodolfo García Martínez, afirmó que ejercía labores de supervisión en la mencionada obra pública y, a la siguiente pregunta '¿En las visitas que usted realizó a la obra, (sic) observó que los trabajadores que allí se encontraban, (sic) estaban laborando sin los implementos de seguridad industrial exigidos para realizar dicha labor?' manifestó (se transcribe tal cual):

Inicialmente en el proceso de excavación habían 2 o 3 personas trabajando ahí algunas veces, llegaba uno y se encontraban sin los cascos y se les hacía la observación de que los usaran, ellos los tenían al lado y a veces se los ponían, como esa visita se hacía por ahí una o dos veces a la semana, igualmente se les manifestaba a los contratistas en el proceso de contratación que debían contar con las normas de seguridad y afiliaciones para ese tipo de obras. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si usted le manifestó por escrito al Ingeniero FREDY GONZALO AMAYA GONZÁLEZ de que usted había encontrado en algunas ocasiones a los trabajadores sin los implementos de seguridad. CONTESTO: Sí, en algún momento se envió una comunicación, no recuerdo la fecha pero sí en lo referente a los elementos de protección y afiliación del personal que trabajaba en el sitio. (...). En las visitas esporádicas que se hacían, si se notaba que las personas no tenían los elementos, se le manifestaba ahí en el sitio a ellos que los usaran, porque generalmente sí los tenían, lo que pasa era que no los usaban, también se le recalca al maestro sobre la importancia de usar los elementos de protección⁵⁴ (se destaca).

44. A partir de las anteriores pruebas testimoniales, la Sala observa que no existe suficiente respaldo probatorio de la afirmación realizada en la demanda, consistente en la omisión de 'las funciones propias de interventoría al no exigir o tomar las medidas de seguridad industrial requeridas legalmente para la obra'⁵⁵.

45. En efecto, el señor José Domingo Archila Rodríguez manifestó que a los empleados no se les había hecho entrega de dotación alguna para garantizar su vida e integridad personal durante el desarrollo de sus labores con ocasión del señalado contrato de obra pública.

⁵⁴ Fl. 314, c. 1.

⁵⁵ Fl. 30, c. 1.

46. Por su parte, el maestro de obra encargado manifestó que solo después del referido accidente “[le] dieron dotación nuevamente para el personal con el que se terminó la obra”. Sin embargo, de manera confusa y contradictoria, también señaló que “en la obra de los taludes, **al principio de** (sic) **la obra**” les había recomendado a los obreros la utilización de los cascos, pero que, aquellos optaron por no usarlos, debido al “*fastidio que (...) causaba el sol*”, razón por la cual, no les exigía su uso.

47. A su turno, el Secretario de Planeación Municipal de Lebrija dio cuenta de que en las visitas esporádicas que hizo a la obra, había observado que los trabajadores no usaban sus cascos de seguridad, razón por la cual, les hizo un llamado a la debida utilización, pues, a juicio del declarante, “*generalmente, sí los tenían, lo que pasa[ba] era que no los usaban*”.

48. Ante tal panorama, esta Subsección considera que las pruebas testimoniales no guardan coherencia entre sí, lo cual impide establecer con alto grado de certeza las reales circunstancias en que se ejecutó el contrato de obra pública aludido. Ciertamente, el señor José Domingo Archila Rodríguez dio cuenta de la presunta omisión en la entrega de elementos de seguridad a los trabajadores de la obra. En contraste, reposa el testimonio del maestro de obra aludido que carece de claridad y precisión, pues a partir de aquel se desprenden dos hipótesis, a saber:

- Que los directores de la obra pública **sí** suministraron los elementos de protección a sus trabajadores, sin embargo, debido a las condiciones climáticas, aquellos no los utilizaban, razón por la cual, dejó de exigir su uso.
- Que los directores de la obra pública **no** suministraron los elementos de protección a sus trabajadores y, que como consecuencia del accidente de la señora Solangel Reyes Isidro, se le hizo entrega de la correspondiente dotación para el personal que finalizó los trabajos.

49. Por último, obra la declaración del Secretario de Planeación del municipio de Lebrija, quien manifestó que pese a que se había hecho entrega de la correspondiente dotación, los funcionarios **no** hacían uso efectivo de aquellos, razón por la cual, hizo un llamado a su utilización. No obstante, una vez revisado

el expediente en su integridad, la Sala **no encontró elementos de prueba adicionales que respaldaran lo afirmado por dicho funcionario.**

50. Al margen de lo anterior, esta Sala advierte que aun cuando no existe claridad respecto de la razón por la cual la víctima no portaba su casco de seguridad al momento del accidente, lo cierto es que **sí se encuentra demostrado que ninguno de los trabajadores la obra pública hacía uso de los referidos elementos protectores**, pese a que llevaban a cabo una actividad de 'construcción' eminentemente peligrosa o riesgosa, a tal punto, que uno de ellos -señora Solangel Reyes Isidro- resultó lesionado con el material de trabajo de que disponían para la ejecución del objeto contractual.

51. La anterior circunstancia evidencia una falla en el servicio atribuible a la entidad pública demandada, puesto que, por intermedio del contratista y del Secretario de Planeación Municipal, **permitió** que los empleados estuvieran en la obra sin las herramientas indispensables para minimizar los riesgos que pudieran presentarse con ocasión de la referida actividad.

52. Al respecto, vale la pena traer a colación la Ley 52 de 1993 aprobó el Convenio No. 167 y la Recomendación No. 175 sobre Seguridad y Salud en la Construcción, adoptados por la 75ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1988. La mencionada normativa dispuso que el convenio aplicaba a todas las actividades de construcción, inclusive las obras públicas. Concretamente, el artículo 13 estableció una serie de reglas que deben tenerse en cuenta para la seguridad en los lugares de trabajo, así:

1. Deberán adoptarse todas las precauciones adecuadas para garantizar que todos los lugares de trabajo sean seguros y estén exentos de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

2. Deberán facilitarse, mantenerse en buen estado y señalarse, donde sea necesario, medios seguros de acceso y de salida en todos los lugares de trabajo.

3. Deberán adoptarse todas las precauciones adecuadas para proteger las personas que se encuentren en una obra o en sus inmediaciones, de todos los riesgos que pueden derivarse de la misma (negrillas adicionales).

53. A su turno, el artículo 30-2 del mencionado cuerpo normativo consagró a cargo del empleador la obligación de proporcionar a los trabajadores los medios adecuados para posibilitar el uso de los equipos de protección personal y **asegurar la correcta utilización de los mismos**. Adicionalmente, el capítulo denominado disposiciones generales, en su artículo 5.2., precisó que la responsabilidad final de la coordinación de las medidas de seguridad y salud en las obras *“debería incumbir al contratista principal o a cualquier otra persona responsable en última instancia de la ejecución de los trabajos”*.

54. Al descender al caso concreto, la Sala considera que ni el municipio de Lebrija, ni mucho menos su contratista demostraron una actitud diligente frente a la coordinación efectiva de las medidas de seguridad en las actividades que se desarrollaban con sustento en el contrato de obra pública No. 0088-2009.

55. Así las cosas, el municipio de Lebrija, en su condición de dueño de la obra, debe responder patrimonialmente por el fallecimiento de la señora Solangel Reyes Isidro, de conformidad con lo previsto en el artículo 34-1 del Código Sustantivo del Trabajo⁵⁶, según el cual, el beneficiario o dueño de una obra es solidariamente responsable con el contratista -entre otros emolumentos- de las prestaciones e indemnizaciones a que tuvieren derecho los trabajadores⁵⁷.

56. En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado que cuando se trata de daños vinculados con una obra que la Administración contrató, la jurisprudencia del Consejo de Estado los ha analizado bajo el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga), que prevé las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra, por cuanto se entiende que la propia administración es la ejecutora, pues a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al

⁵⁶ Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo: *“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, **será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. (...)”* (se destaca).

⁵⁷ La Sala advierte que dentro del expediente no existe prueba alguna que demuestre que los familiares de la señora Solangel Reyes Isidro hubieron recibido, de parte del contratante y/o contratista, pago alguno a título de indemnización.

punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista⁵⁸. Así se ha explicado:

Al respecto resulta ilustrativo señalar que la ley y la jurisprudencia han sido claras en señalar que es procedente imputar al Estado el daño padecido por los ejecutores de la obra o por terceros ajenos a ella, en consideración a su condición de dueña de la misma. Así lo explicó la Sala, con fundamento en 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.” Se advierte además que la entidad puede obtener de su contratista o asegurador el reembolso de lo pagado por concepto de la indemnización a terceros, en consideración a que el primero asume esa obligación al contratar con el Estado, como también la de garantizar las indemnizaciones por daños causados al personal utilizado para la ejecución del contrato o a los terceros, conforme lo prevé la ley 80 de 1993, arts. 25 numeral 19 y 60 de la Ley 80 de 1993), en el entendido de que “dicha circunstancia, por sí sola no exime de responsabilidad a la entidad propietaria de la obra pública, sin perjuicio de que pueda obtener el reembolso de las sumas pagadas del contratista o de la compañía de seguros⁵⁹.

57. Bajo tal perspectiva, resulta posible imputar a las entidades estatales el daño reclamado en la demanda, toda vez que cuando la Administración Pública contrata a un tercero para la ejecución de una obra, es tanto como si la entidad la ejecutara directamente⁶⁰. Es más, si el daño es sufrido por una persona que hubiere sido vinculada a la obra por el contratista ejecutor, el Estado también se encuentra llamado a responder por aquel, tal como se dejó indicado en el pronunciamiento que a continuación se transcribe:

Cuando en un caso como el que aquí se examina, donde la responsabilidad que se reclama proviene del daño causado con ocasión de la ejecución de una obra a favor del Estado, con independencia de que el daño haya sido sufrido por una persona destinada por el contratista ejecutor de la obra a la realización de la misma, o por un tercero ajeno por completo a la actividad contractual en la que es parte el Estado, como beneficiario de la obra, como destinatario de la misma

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 1º de junio de 2020. Expediente No. 49214. MP. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 19420 C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Criterio reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de mayo de 2017, proceso No. 25000-23-26-000-2003-01208-01(39901), M. P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, proceso No. 44001-23-31-000-2001-00706-01(25640), M. P. Hernán Andrade Rincón (E).

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 1º de junio de 2020. Expediente No. 49214. MP. Ramiro Pazos Guerrero.

*y por ende como sujeto de imputación de los daños que con ella se causen*⁶¹.

58. Así las cosas, se concluye que el hecho de que la obra hubiera estado a cargo del contratista -ingeniero Fredy Gonzalo Amaya González- y del subcontratista -maestro de obra Abdón Aguilar Contreras-, no deja de hacer responsable al municipio de Lebrija por los daños antijurídicos que se causen como consecuencia de su ejecución, puesto que aquella fue acometida por su cuenta y, además, según la cláusula décima del contrato, al contratante también le correspondía -se insiste- ejercer la coordinación, supervisión y vigilancia del objeto de dicho negocio jurídico.

59. Ante tal panorama, esta Sala confirmará la sentencia apelada, por medio de la cual, se declaró responsable al municipio de Lebrija de la muerte de la señora Solangel Reyes Isidro y, por consiguiente, se la condenará a pagar a los demandantes la siguiente indemnización de perjuicios.

4. Indemnización de perjuicios

4.1. Perjuicios morales

60. El daño moral se ha definido como el dolor y aflicción que una situación nociva genera y se presume en relación de los familiares cercanos de quien ha sufrido una afectación en sus derechos. Ante la imposibilidad de cuantificar la referida tipología de daño, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que se ha tasado, como regla general, en el equivalente a 100 SMLMV cuando el daño cobra su mayor intensidad, caso correspondiente al padecimiento sufrido por las propias víctimas o por quienes acrediten relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales (primer grado de consanguinidad) con la víctima que ha perdido la vida.

61. En cuanto a los demás órdenes de parentesco, se ha establecido que la cuantía de la indemnización debe corresponder a un porcentaje de ese límite. Así se estableció en sentencia de unificación de esta Sección⁶²:

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2005, Expediente 15059, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, Expediente 27709, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“A fin de que en lo sucesivo, se indemnizen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno - filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio”.

62. En el asunto *sub examine*, las demandantes Leidy Catalina Carreño Reyes y Ferye Reyes Isidro reclamaron indemnización de perjuicios morales, en su calidad de hijas de la víctima directa del daño. El parentesco invocado se encuentra debidamente acreditado con los registros civiles de nacimiento obrantes a folios 11 y 12 del cuaderno 1 del expediente, según los cuales, la señora Solangel Reyes Isidro era la madre de dichas actoras.

63. En relación con la indemnización solicitada por la señora Catalina Isidro Molina, en su supuesta condición de madre la víctima, la Sala observa que a folio 17 del cuaderno 1 del expediente reposa la **partida de bautismo de la señora Solangel Reyes Isidro**, la cual se aportó con la demanda, a fin de acreditar el parentesco entre ellas dos.

64. Al respecto, esta Subsección debe precisar que el Decreto 1260 de 1970⁶³ dispuso, entre otras cosas, que el registro civil de nacimiento, matrimonio o defunción es el único documento que posee la idoneidad legal para demostrar este atributo de la personalidad⁶⁴. Ahora bien, la aplicación de esta regla probatoria depende del año de nacimiento de la persona que pretende acreditar su estado civil, esto es, **las personas nacidas antes de 1938**⁶⁵ tienen la posibilidad de probar su estado civil con las respectivas certificaciones expedidas por los párrocos pertenecientes a la Iglesia Católica⁶⁶. De manera concreta, la Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento⁶⁷.

65. A la luz de lo anterior, la Sala negará el reconocimiento de perjuicios morales reclamados por la señora Catalina Isidro Molina, pues para probar su condición de madre de la señora Solangel Reyes Isidro aportó la partida de bautismo de la referida víctima, quien nació el **1º de abril de 1964**. En ese orden, esta Subsección considera que la prueba es inconducente, toda vez que los hechos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, deben ser demostrados de

⁶³ Artículo 105 del Decreto 1260 de 1970: “Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de (sic) 1933, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. (...)”.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 6 de noviembre de 2020. Expediente No. 65001. MP. María Adriana Marín.

⁶⁵ Artículo 18 de la Ley 92 de 1938: “A partir de la vigencia de la presente Ley solo tendrán el carácter de pruebas principales, del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente Ley”.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009 (expediente 16.694), sentencia del 9 de febrero de 2011 (expediente 19.352), sentencia del 6 de julio de 2020 (expediente 58454).

conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 92 de 1938 y 105 del Decreto 1260 de 1970, esto es, con el registro civil de nacimiento respectivo.

66. Ahora bien, la Sala advierte que en el expediente también obran los testimonios de las señoras Trinidad Murillo Buenahora y Olinta Rondón Solano que dieron cuenta de que la víctima tenía madre y tres hermanas, así:

- Declaración de la señora Trinidad Murillo Buenahora:

PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho como era la relación familiar de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO con su madre (CATALINA ISIDRO MOLINA), con sus hermanas (EVILA REYES ISIDRO, ELSA REYES ISIDRO Y GLADYS REYES ISIDRO) y con sus hijas (LEIDY CATALINA CARREÑO REYES y FERYE REYES ISIDRO). CONTESTO: Una relación muy bonita y muy especial, en temporadas de diciembre, en los cumpleaños de cada cual de sus hermanas, su mamá y las hijas. (...). PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho cuál fue el dolor moral padecido que usted observó en la señora CATALINA ISIDRO MOLINA, EVILA REYES ISIDRO, ELSA REYES ISIDRO, GLADYS REYES ISIDRO, LEIDY CATALINA CARREÑO REYES Y FERYE REYES ISIDRO, por la muerte de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO. CONTESTO: Fue muy doloroso, porque era una persona muy especial con ellas, con todas y al ver eso las afectó (sic) muchísimo a todos⁶⁸.

- Declaración de la señora Olinta Rondón Solano:

PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho cuál fue el dolor moral padecido que usted observó en la señora CATALINA ISIDRO MOLINA, EVILA REYES ISIDRO, ELSA REYES ISIDRO, GLADYS REYES ISIDRO, LEIDY CATALINA CARREÑO REYES Y FERYE REYES ISIDRO, por la muerte de la señora SOLANGEL REYES ISIDRO. CONTESTO: Sí, pues todas están todavía con ese dolor de perder ese ser querido porque imagínese⁶⁹.

67. Pese al contenido de dichas pruebas testimoniales, la Sala considera que no son suficientes para asegurar con certeza que la señora Catalina Isidro Molina efectivamente era la madre. Aunado a ello, la mencionada demandante no adujo las razones por las cuales no allegó el correspondiente registro civil de nacimiento de Solangel Reyes Isidro, tampoco se acreditó condición alguna de tercera damnificada.

⁶⁸ Fls. 317-318, c. 1.

⁶⁹ Fls. 319-320, c. 1.

68. De otro lado, las señoras Evila, Elsa y Gladys Reyes Isidro, en su supuesta calidad de hermanas de la víctima, aportaron los correspondientes registros civiles de nacimiento, de los cuales se desprende que sus padres son los señores Catalina Isidro Molina y Román Nonato Reyes Díaz. Sin embargo, habida cuenta de que dentro del caudal probatorio no obra el registro civil de nacimiento de la señora Solangel Reyes Isidro, no resulta posible afirmar que dichas ciudadanas son hermanas de la víctima. Aunado a ello, tales demandantes tampoco demostraron su calidad de terceras damnificadas.

69. De conformidad con lo explicado, la Sala, de un lado, negará el reconocimiento de la indemnización reclamada por las señoras Catalina Isidro Molina, Evila, Elsa y Gladys Reyes Isidro y, del otro, pagará a Leidy Catalina Carreño Reyes y a Ferye Reyes Isidro las siguientes sumas:

Demandante	Condena
Leidy Catalina Carrero Reyes (hija) ⁷⁰	100 SMMLV
Ferye Reyes Isidro (hija) ⁷¹	100 SMMLV

4.2. Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

70. La parte demandante reclamó indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, únicamente para Ferye Reyes Isidro⁷² (hija menor de la víctima), quien, según las declaraciones de las señoras Trinidad Murillo Buenahora y Olinta Rondón Solando, dependía económicamente de la víctima directa del daño.

71. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido la presunción según la cual los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que estos alcanzan los 25 años de edad. En tal sentido, la Sala accederá al reconocimiento del perjuicio reclamado, pues **dicha actora tenía diecisiete años de edad cuando su madre falleció, por lo que, la liquidación respectiva se hará teniendo en cuenta el periodo que faltaba para que aquella cumpliera los 25 años.**

⁷⁰ Registro civil de nacimiento obrante a folio 11 del cuaderno 1.

⁷¹ Registro civil de nacimiento obrante a folio 12 del cuaderno 1.

⁷² A folio 12 del cuaderno 1 del expediente obra el registro civil de nacimiento, según el cual, la referida demandante nació el 14 de abril de 1992.

72. En relación con el salario devengado por la víctima al momento de su fallecimiento, la Sala observa que dentro del expediente solo obra la afirmación del señor Abdón Aguilar Contreras, en su declaración, quien señaló que lo siguiente: *“el salario que acordé con ella [señora Solangel Reyes Isidro] antes de iniciar la obra fue de \$140.000 semanales y según el rendimiento que se avanzaba en la obra yo les modificaba algo más porque yo trabajaba por metros, digamos metros de obra de acuerdo a la capacidad que hiciera”*.

73. No obstante, dentro del expediente no obra prueba alguna que corrobore los pagos percibidos por la víctima por concepto de salario. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido que cuando una persona se encuentra en edad productiva pero no prueba los ingresos económicos -lo cual ocurre en el presente asunto-, se presume que al menos percibe el salario mínimo.

74. Para tal efecto, la Sala tomará el salario mínimo legal mensual vigente en la época de ocurrencia de los hechos (\$496.900), al cual se le agregará el 25% por las prestaciones sociales, lo cual arroja la suma de \$621.125. Sin embargo, a esta última se le descontará el 25% que se presume la víctima utilizaba para sus gastos personales, lo que da como resultado la suma de \$465.843,75.

75. No obstante, como el referido valor es inferior al salario mínimo de 2021 (\$908.526), se tomará esta última suma para la correspondiente liquidación, la cual será adicionada en un 25% por concepto de prestaciones sociales. La anterior operación aritmética arroja una suma de \$1.135.657, a este monto se le descuenta el 25%, porcentaje equivalente a lo que la víctima destinaba para su sustento personal, para un resultado de \$851.743.

- Lucro cesante consolidado

76. Ahora bien, para la indemnización del lucro cesante consolidado, la fórmula aplicar es la siguiente:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

En donde,

S = Es la indemnización a obtener;

$$Ra = \$851.743$$

i = Interés puro o técnico legal: 0.004867

n = Número de meses que comprende el período indemnizable, esto es, entre la fecha del deceso de la señora Solangel Reyes Isidro (17 de agosto de 2009) hasta la fecha en que Ferye Reyes Isidro cumplió los 25 años de edad (14 de abril de 2017), el cual equivale a 91 meses y 27 días.

$$S = \$851.743 \times \frac{(1 + 0,004867)^{91.9} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{91.9}}$$

$$S = \$851.743 \times \frac{0,562351}{0,007603}$$

$$S = \$851.743 \times 73,964356$$

$$S = \$62'998.622$$

- Lucro cesante futuro

77. Habida consideración de que para la fecha de la presente sentencia la demandante Ferye Reyes Isidro ya cumplió los 25 de años de edad, esta Sala no liquidará esta modalidad de lucro cesante.

5. Costas

78. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA:

MODIFICAR la sentencia proferida por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, el 14 de marzo de 2013, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al municipio de Lebrija por el fallecimiento de la señora Solangel Reyes Isidro.

SEGUNDO: CONDENAR al municipio de Lebrija a pagar a cada uno de las demandantes el equivalente en pesos a la cantidad de salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de la sentencia relacionados en la siguiente tabla, como indemnización por el daño moral padecido:

Demandante	Condena
Leidy Catalina Reyes Isidro (hija) ⁷³	100 SMMLV
Ferye Reyes Isidro (hija) ⁷⁴	100 SMMLV

TERCERO: CONDENAR al municipio de Lebrija a pagar a Ferye Reye Isidro la suma de sesenta y dos millones novecientos noventa y ocho mil seiscientos veintidós pesos (\$62'998.622), por concepto perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

⁷³ Registro civil de nacimiento obrante a folio 11 del cuaderno 1.

⁷⁴ Registro civil de nacimiento obrante a folio 12 del cuaderno 1.

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Salvamento parcial de voto

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Firmado electrónicamente
ALEXÁNDER JOJOA BOLAÑOS
Magistrado (e)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

PARTIDA ECLESIAÍSTICA DE BAUTISMO / PRUEBA DE PARENTESCO / REGISTRO DE NACIMIENTO / VALOR PROBATORIO DEL REGISTRO CIVIL / VALIDEZ PROBATORIA DEL REGISTRO DE NACIMIENTO / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / INDICIO / APRECIACIÓN DEL INDICIO VALOR PROBATORIO DEL INDICIO / EXISTENCIA DEL INDICIO / PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL

En concordancia, la oficiosidad en materia registros civiles y reconocimiento de parentesco tiene una estándar probatorio diferente, porque incide en la reparación integral de las víctimas. En el caso concreto, existían indicios sobre esa relación, pues obraba en el expediente una partida bautismo de la víctima directa y dos testimonios, que aludían a su parentesco y al vínculo familiar. Por esta razón, la Sala estaba obligada a ejercer sus facultades oficiosas para no afectar los derechos de los demandantes a acceder a una reparación integral e impedir que una prueba solemne se convirtiera en un obstáculo para garantizar la justicia material. De esta manera, para esclarecer las relaciones de parentesco se debía solicitar de oficio el registro civil de nacimiento de la víctima directa a la autoridad de registro competente. Se advierte que, incluso en aquellos eventos en los que haya sido imposible recaudar oficiosamente el registro civil respectivo, la jurisprudencia ha aceptado que, de manera excepcional, el juez de la reparación falle a partir de indicios (...).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la acreditación del parentesco, consultar providencia de la Corte Constitucional, de 14 de marzo de 2019, Exp. T-113, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

DAÑO CAUSADO POR OBRA PÚBLICA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD POR OBRA PÚBLICA / ACCIDENTE DE TRABAJO / ACTIVIDAD CONSTRUCTORA / TRABAJADOR DE LA CONSTRUCCIÓN / MEDIDAS DE SEGURIDAD INDUSTRIAL / AUSENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD INDUSTRIAL / OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR / PREVENCIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD AL TRABAJADOR / NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA / RESPONSABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

[E]s necesario precisar que, para determinar la responsabilidad de la entidad demandada se debía acudir a la normativa de seguridad industrial vigente para la época de los hechos, con el objetivo de establecer las obligaciones a cargo del contratante, contratista, subcontratista y trabajador de este último. (...) En el caso concreto, no es posible determinar el grado de participación de la víctima sobre los hechos, porque se desconocen las razones por las cuales no portaba el casco de protección respectivo, de ahí que, se aclare de forma explícita que no puede realizarse ningún análisis sobre la culpa de la víctima, ni valorar el incumplimiento de los deberes a su cargo. En cambio, respecto de la entidad contratante, el contratista y el subcontratista, si es posible hacer un examen de sus obligaciones en materia de seguridad industrial porque se tiene certeza sobre la actuación desplegada. Frente a la entidad demandada es claro que se benefició de la obra y no adoptó una actitud diligente en la coordinación efectiva de las medidas de seguridad durante su ejecución, pues permitió que las personas subcontratadas desempeñaran oficios sin las medidas de protección adecuadas. Por su parte, el contratista y el subcontratista tenían un rol determinante y directo sobre el desarrollo de la obra, así como del cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en el trabajo por su cercanía con la actividad a ejecutar. Sin embargo, se desconoce si el subcontratista estaba obligado a tener un reglamento de trabajo o no, aspecto que impide valorar el tipo de sanciones que estaba facultado para imponer a sus empleados por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad. En conclusión, la responsabilidad extracontractual no puede desligarse de las obligaciones compartidas que surgen en materia de seguridad en el trabajo entre empleadores y trabajadores, pues deberá tenerse en cuenta todas las acciones tendientes a prevenir, mitigar y proteger la integridad de las personas que puedan tener contacto con la actividad de construcción.

FUENTE FORMAL: LEY 52 DE 1993 - ARTÍCULO 30, / LEY 52 DE 1993 - ARTÍCULO 3 LITERAL E / CONVENIO 167 DE LA OIT Y LA RECOMENDACIÓN 175 SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN LA CONSTRUCCIÓN

Salvamento de voto parcial de Alberto Montaña Plata

Salvo parcialmente mi voto respecto de la ausencia de acreditación del parentesco para reconocer los perjuicios morales, porque la Sala⁷⁵ resolvió de fondo el caso sin haber ejercido las facultades oficiosas para dilucidar la relación de parentesco entre la víctima directa y las demandantes. También, precisaré algunos aspectos sobre el papel de las normas de seguridad en el trabajo frente al análisis de la responsabilidad extracontractual.

Sobre la acreditación del parentesco, la Corte Constitucional en Sentencia T-113 de 2019 determinó que *“cuando en el proceso contencioso un juez advierte que existen indicios sobre la relación de parentesco de los familiares con la víctima o del hecho dañoso, es preciso que ejerza sus facultades oficiosas y solicite los registros civiles correspondientes.”*

En concordancia, la oficiosidad en materia registros civiles y reconocimiento de parentesco tiene una estándar probatorio diferente, porque incide en la reparación integral de las víctimas. En el caso concreto, existían indicios sobre esa relación, pues obraba en el expediente una partida bautismo de la víctima directa y dos testimonios, que aludían a su parentesco y al vínculo familiar.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de julio de 2021, Radicado 48574.

Por esta razón, la Sala estaba obligada a ejercer sus facultades oficiosas para no afectar los derechos de los demandantes a acceder a una reparación integral e impedir que una prueba solemne se convirtiera en un obstáculo para garantizar la justicia material. De esta manera, para esclarecer las relaciones de parentesco se debía solicitar de oficio el registro civil de nacimiento de la víctima directa a la autoridad de registro competente.

Se advierte que, incluso en aquellos eventos en los que haya sido imposible recaudar oficiosamente el registro civil respectivo, la jurisprudencia ha aceptado que, de manera excepcional, el juez de la reparación falle a partir de indicios. Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia T-113 de 2019 señaló que *“excepcionalmente, ante la imposibilidad de obtener el registro, debe analizar si existen indicios que permitan dar por probada la situación que se pretende acreditar (como la relación familiar entre las personas o la muerte)”*.

Por otra parte, es necesario precisar que, para determinar la responsabilidad de la entidad demandada se debía acudir a la normativa de seguridad industrial vigente para la época de los hechos, con el objetivo de establecer las obligaciones a cargo del contratante, contratista, subcontratista y trabajador de este último.

En ese sentido, el artículo 30 de la Ley 52 de 1993, por medio de la cual se aprobó el Convenio 167 y la Recomendación 175 sobre seguridad y salud en la construcción, adoptado por la OIT, dispuso:

“Artículo 30. Ropas y equipo de protección personal. (...) 2. El empleador deberá proporcionar a los trabajadores los medios adecuados para posibilitar el uso de los equipos de protección personal y asegurar la correcta utilización de los mismos.

3. Las ropas y equipos de protección personal deberán ajustarse a las normas establecidas por la autoridad competente, habida cuenta, en la medida de lo posible, de los principios de la ergonomía.

4. Los trabajadores tendrán la obligación de utilizar y cuidar de manera adecuada la ropa y el equipo de protección personal que se les suministre.”

Para comprender el alcance de la norma, es necesario tener en cuenta que, el literal e) del artículo 2 de la Ley 52 de 1993 señaló que la expresión empleador también aludía al contratista principal, al contratista y al subcontratista de una obra pública, razón por la cual, en materia de seguridad industrial surgen obligaciones recíprocas a cargo de las personas que trabajan en el sector de la construcción y aquellos que los contratan.

En el caso concreto, no es posible determinar el grado de participación de la víctima sobre los hechos, porque se desconocen las razones por las cuales no portaba el casco de protección respectivo, de ahí que, se aclare de forma explícita que no puede realizarse ningún análisis sobre la culpa de la víctima, ni valorar el incumplimiento de los deberes a su cargo. En cambio, respecto de la entidad contratante, el contratista y el subcontratista, si es posible hacer un examen de sus obligaciones en materia de seguridad industrial porque se tiene certeza sobre la actuación desplegada.

Frente a la entidad demandada es claro que se benefició de la obra y no adoptó una actitud diligente en la coordinación efectiva de las medidas de seguridad durante su ejecución, pues permitió que las personas subcontratadas desempeñaran oficios sin las medidas de protección adecuadas.

Por su parte, el contratista y el subcontratista tenían un rol determinante y directo sobre el desarrollo de la obra, así como del cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en el trabajo por su cercanía con la actividad a ejecutar. Sin embargo, se desconoce si el subcontratista estaba obligado a tener un reglamento de trabajo o no, aspecto que impide valorar el tipo de sanciones que estaba facultado para imponer a sus empleados por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad.

En conclusión, la responsabilidad extracontractual no puede desligarse de las obligaciones compartidas que surgen en materia de seguridad en el trabajo entre empleadores y trabajadores, pues deberá tenerse en cuenta todas las acciones tendientes a prevenir, mitigar y proteger la integridad de las personas que puedan tener contacto con la actividad de construcción.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

Auto 1517/22

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Conflictos de responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de entidad pública de cualquier régimen

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las demandas de reparación directa presentadas por los familiares de un trabajador fallecido en el marco de obras públicas, cuya muerte es imputada al Estado y frente a la cual exigen la reparación de los perjuicios causados. En caso de que en tales demandas se atribuya responsabilidad de forma simultánea a particulares y entidades públicas, y se acredite la configuración del fuero de atracción, de acuerdo con los criterios fijados por esta Corporación, su conocimiento también será de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Referencia: Expediente CJU-1450

Conflicto de Jurisdicciones entre el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 60 Administrativo de la misma ciudad.

Magistrado sustanciador:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, profiere el siguiente

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de agosto de 2020¹, la señora María Esperanza Peña Martínez y otros², mediante apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa en contra del Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el Consorcio Perimetral Oriental de Bogotá SAS/EP, las aseguradoras Seguros del Estado S.A. y AXA Colpatria Seguros S.A. y la sociedad SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG, con el fin de que (i) se declare que los demandados “*son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los familiares del Señor(sic) ARLEY ACOSTA CASTILLO...*”; y (ii) se condene a la parte accionada a pagar a los actores o a quien represente “*sus Derechos(sic) como **reparación o indemnización del daño ocasionado**, los perjuicios de orden material y*

¹ Esta fecha corresponde a la fecha de reparto de la demanda. Expediente digital, archivo 03Acta de Reparto.pdf.

² Alex Stevel Acosta Peña y Jhon Alexander Peña Martínez.

moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de ...(\$590.688.663)...”³.(subrayas fuera de texto).

2. En la demanda se afirma que los representados son familiares del señor Acosta Castillo y se indica que este suscribió un contrato de trabajo con la empresa T-EMPLOY S.A.S., con fecha de ingreso del 14/08/2018, laborando “(...) *para el Consorcio Constructor POB (JV-POB), con un salario de (781.250), donde cumplió sus labores encomendada (sic) por el contratista, hasta el día 16/08/2018, a la una de la tarde, en el municipio de la CALERA (Cundinamarca) vereda San Rafael, kilómetro cinco + 900 vía BOGOTA GUASCA, donde falleció producto de un accidente de trabajo*”⁴.

3. Al respecto, la demanda señala que mientras el señor Acosta Castillo cumplía con su labor de correr las señales de tránsito de la vía, de forma inesperada, fue arrollado por un vibro-compactador operado por un empleado del Consorcio, quien no tenía licencia ni pericia para manejarlo. Agregan que, entre otras, (i) la sociedad SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG es propietaria del vehículo que causó el accidente; (ii) el Consorcio Perimetral Oriental de Bogotá SAS/EP contrató con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la cual, además, depende del Ministerio de Transporte; (iii) los entes públicos demandados “*incurrieron en responsabilidad de tipo directo que se evidencia en la **falla del servicio** (...)*”⁵, puesto que el empleado de una de las firmas del concesionario no era idóneo para conducir el vibro-compactador y, en ese sentido “*...se observa con claridad, que **existió falla en el servicio por parte del operario y de las empresas que hoy se demandan por no tener control del personal bajo su mando** (...)*”⁶; (iv) la culpa es exclusiva de las entidades demandadas “*ya que **son ellas las encargadas de realizar la vía, son ellas las encargadas de vigilar por sus operarios, que todos cumplan con sus funciones, y que todos realicen sus labores de acuerdo al manual de trabajo...***”⁷; (v) existe relación de causalidad entre el ente público y el daño, “*(...) ya que **la obra es realizada por el Estado, en cabeza de la Nación y demás entidades demandadas (...)** y el hecho se produjo por la omisión y por falta de pericia del conductor o (sic) operador de la máquina que ocasionó el accidente*”⁸; y (vi) existe una responsabilidad compartida, “*(...) pues todos los entes demandados tienen [incumbencia en la materia], **por ser tanto contratistas como contratantes de la obra**, y que no decir de las respectivas aseguradoras, a quienes se les toma las diferentes pólizas[,] pero que por una negligencia de las misma[s] [,] tampoco respondieron por lo asegurado (...)*”⁹.

4. Previo reparto, en auto del 24 de septiembre de 2020, el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá declaró su falta de jurisdicción y competencia para conocer del asunto y ordenó la remisión del proceso a los juzgados laborales del circuito de la misma ciudad (oficina de reparto). Sobre el particular, citó los artículos 104 del CPACA¹⁰ y 2 del CPTSS¹¹ y señaló que

³ Expediente digital, archivo 02Demanda.pdf, págs. 2-3.

⁴ Ibidem, pág. 3.

⁵ Ibidem, pág. 9. Énfasis por fuera del texto original.

⁶ Ibidem, pág. 9. Énfasis por fuera del texto original.

⁷ Ibidem, págs. 9 y 10.

⁸ Ibidem, pág. 12.

⁹ Ibidem, pág. 12.

¹⁰ Que establece la cláusula general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

la fuente de la obligación que se discute deviene de una relación laboral entre particulares por un accidente de trabajo, toda vez que el señor Acosta Castillo había suscrito un contrato de tal naturaleza con la empresa T-Employ S.A.S., la cual hacía parte del Consorcio Perimetral Oriental de Bogotá SAS/EP. Por lo demás, indicó que el accidente fue con ocasión o por consecuencia del trabajo que aquél estaba ejecutando, por lo cual el asunto escapa de la órbita de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Agregó que, si bien es cierto que la demanda fue dirigida de forma indistinta contra unos y otros, también lo es que no opera el fuero de atracción, pues no es posible traer a entidades públicas a un conflicto suscitado entre particulares, en virtud de un accidente laboral.

5. El 13 de octubre de 2020, la parte demandante presentó recurso de reposición en contra del auto proferido el 24 de septiembre de ese año y solicitó que sea revocado. Frente al argumento del juzgado administrativo de que la fuente de la obligación deviene de una relación laboral entre particulares por un accidente de trabajo, indicó que ello “(...) *no corresponde a la realidad, pues lo que se demanda es una reparación directa de acuerdo al Art.(sic) 140 del CPCA (sic) y no lo preceptuado en el Art.(sic) 3 del Código Sustantivo del Trabajo ...*”¹² (subrayas fuera de texto). En ese sentido, resaltó que no se reclama una indemnización laboral, puesto que el señor Arley Acosta Castillo “*falleció a causa de una omisión por un operario de la empresa que laboraba en la perimetral de oriente vía Pública(sic) y del Estado Colombiano Por(sic) lo anterior Señor(sic) Juez(sic) es que se invoca esta acción de REPARACION DIRECTA, en razón a que en el sub-lite no se está reclamando una indemnización laboral, se está demandando una reparación directa de acuerdo al Art.(sic) 142(sic) del CPCA(sic)*”¹³.(subrayas fuera de texto).

6. En línea con lo anterior, precisó que “*está demostrado que el señor ARLEY ACOSTA CASTILLO estaba trabajando en una obra pública para un contratista que le prestaba sus servicios a la ANI, entidad pública, (...) cuando ocurrió su muerte por el aplastamiento con una máquina que también prestaba los servicios a la entidad pública, configurándose una falla en el servicio*”¹⁴ (subrayas fuera de texto). En este sentido, aludió a jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ e indicó que, cuando el trabajador es contratista o subcontratista del Estado puede demandar mediante la acción de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa por los hechos dañinos a título de falla del servicio o de riesgo excepcional. Asimismo, destacó que cuando se trata de la indemnización de perjuicios causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador, en virtud de un accidente o enfermedad —sea que el primero pueda o no calificarse como accidente de trabajo y que la segunda constituya o no una enfermedad profesional—, la acción procedente será la extracontractual y, siendo el empleador una entidad pública, será la de reparación directa. Aclaró que dicha situación (i) no encuadra en la prevista en el artículo 216 del CST, según el

¹¹ Que refiere la competencia general de la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laborales y de seguridad social.

¹² *Ibidem*, pág. 1.

¹³ *Ibidem*, pág. 1.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 2.

¹⁵ No obstante, no la referenció.

cual procedería imponer al empleador la obligación de pagar la indemnización total de los perjuicios sufridos por el empleado, en el evento de demostrarse que aquél hubiere tenido culpa en la ocurrencia del accidente; ni (ii) tampoco corresponde a la que se presenta cuando los beneficiarios del trabajador, como acreedores directos, pretenden, por ejemplo, el pago de las prestaciones debidas o la efectividad de derechos como la pensión de sobrevivientes, el seguro de vida o el auxilio funerario.

7. El recurso de reposición fue rechazado por extemporáneo mediante auto del 26 de noviembre de 2020, en el cual se ordenó dar cumplimiento a la providencia recurrida¹⁶.

8. Previo reparto, en auto del 27 de abril de 2021, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá declaró su falta de jurisdicción para conocer del asunto y dispuso remitir el expediente a la Corte Constitucional¹⁷. En su criterio, la situación planteada en la demanda no corresponde a la prevista en el artículo 216 del CST¹⁸, por el contrario, lo que se pretende es una reparación directa orientada a que se declare la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas, por los hechos que dieron lugar a la muerte del señor Acosta Castillo, *“a causa de una omisión por un operario de la empresa que laboraba en la perimetral de oriente[,] vía pública y del Estado Colombiano (...) por el aplastamiento con una máquina que también prestaba los servicios a [una] entidad pública...”*.

9. Adicionalmente, precisó que la parte demandante sustenta su teoría del caso en que los hechos se produjeron como consecuencia de una falla en el servicio, sin perjuicio de que aquellos puedan catalogarse como un accidente de trabajo, del cual también puedan desprenderse ciertas responsabilidades de carácter laboral. Agregó que la responsabilidad que se endilga está referida únicamente a los perjuicios sufridos por los parientes del trabajador, como terceros ajenos a la relación laboral, cuya reparación puede exigirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque su fuente es de carácter extracontractual, pues la indemnización que se reclama no corresponde a las prestaciones derivadas del vínculo contractual.

10. Finalmente, citó los artículos 104¹⁹ y 155.6²⁰ del CPACA y concluyó que *“Con base en las anteriores normas, claramente se evidencia que la jurisdicción ordinaria laboral no tiene competencia para conocer el objeto de la demanda, porque no se están reclamando derechos que provengan de un contrato de trabajo, sino lo que se está peticionado es la reparación directa por un daño antijurídico producido por la acción de un agente (trabajador de la concesión vía pública) del Estado, por lo tanto corresponde al Juez Administrativo, determinar si tales hechos y omisiones generan la reparación solicitada”*.

¹⁶ Expediente digital, archivo 06AutoRechazarRecurso.pdf.

¹⁷ Expediente digital, archivo 09AutoCreaConflicto27abril.pdf.

¹⁸ **“Artículo 216. Culpa del empleador.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”.

¹⁹ Que establece la cláusula general de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

²⁰ Que establece que los jueces administrativos conocen en primera instancia, dependiendo de la cuantía, de los procesos de reparación directa.

11. Una vez remitido el asunto a esta corporación, el expediente fue repartido al magistrado sustanciador en sesión de Sala Plena del 28 de enero de 2022 y remitido al despacho el 2 de febrero siguiente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

12. *Competencia.* La Corte Constitucional es competente para resolver los conflictos entre jurisdicciones, de conformidad con el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015.

13. *Presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones.* Esta corporación ha señalado que los conflictos de jurisdicciones se presentan cuando “*dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)*”²¹.

14. En particular, se ha considerado, de forma reiterada, que para que se configure un conflicto de jurisdicciones, es necesario que se cumplan tres (3) presupuestos: subjetivo, objetivo y normativo²². De esta manera, se ha explicado que el *presupuesto subjetivo* exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones²³; el *presupuesto objetivo* se refiere a la existencia de una causa judicial sobre la cual se suscite la disputa, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional²⁴; y el *presupuesto normativo* que implica la necesidad que las autoridades en colisión hayan manifestado, expresamente, las razones de índole constitucional o legal por las cuales consideran que son competentes o no para conocer del asunto concreto²⁵.

15. *Competencia general de la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social.* El artículo 2 del CPTSS²⁶ enumera los asuntos que conoce la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, en los siguientes términos:

“Artículo 2. Competencia general. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: **1.** Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. // **2.**

²¹ Corte Constitucional, autos 345 de 2018, 328 y 452 de 2019.

²² Corte Constitucional, auto 155 de 2019, reiterado, entre otros, por los autos 452 y 503 de 2019 y 129 y 415 de 2020.

²³ En consecuencia, no habrá conflicto cuando: (a) sólo sea parte una autoridad; o (b) una de las partes en colisión no ejerza funciones jurisdiccionales.

²⁴ En este sentido, no existirá conflicto cuando: (a) se evidencie que el litigio no está en trámite o no existe, porque, por ejemplo, ya finalizó; o (b) el debate procesal se centra sobre una causa de carácter administrativo o político, pero no jurisdiccional (artículo 116 de la Constitución).

²⁵ No existirá conflicto cuando: (a) se evidencie que, a pesar de concurrir formalmente dos autoridades judiciales, una de ellas no ha rechazado su competencia o manifestado su intención de asumirla; o (b) la exposición sobre la competencia desplegada por las autoridades en conflicto no tiene, al menos, aparentemente, fundamento normativo alguno, al sustentarse únicamente en argumentos de mera conveniencia.

²⁶ Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral. // 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical. // 4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos. // 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. // 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive. // 7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994. // 8. El recurso de anulación de laudos arbitrales. // 9. El recurso de revisión. // 10. <Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1210 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”

16. Cabe precisar que dentro de los asuntos que conoce dicha jurisdicción se encuentran los relacionados con los conflictos originados en el contrato de trabajo y la ejecución de obligaciones emanadas de esa relación (numerales 1 y 5 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001). Por lo demás, esta corporación ha señalado que tales supuestos incluyen el estudio de los temas en los que esté involucrado un trabajador oficial, pues estos se vinculan mediante contrato de trabajo²⁷.

17. *Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de reparación directa y la procedencia de esta acción para reclamar daños causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad laboral.* El artículo 104 del CPACA establece cuáles son los asuntos cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, como cláusula general, determinó que esta jurisdicción conoce “*de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa*”. Además, esta norma establece de forma expresa una serie de procesos cuyo trámite corresponde a los jueces administrativos, dentro de los cuales incluye los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, sin importar el régimen jurídico que sea aplicable²⁸. El párrafo del citado

²⁷ Auto 641 de 2021, mediante el cual se resolvió el CJU-348.

²⁸ “...Igualmente conocerá de los siguientes procesos: **1.** Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. // **2.** Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. // **3.** Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. // **4.** Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. // **5.** Los

artículo precisa que se entiende por *entidad pública*, para lo cual señala que corresponde (i) a todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; (ii) las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y (iii) los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%. Finalmente, el artículo 105 del CPACA dispone cuatro (4) excepciones a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo²⁹.

18. Entre los medios de control a cargo de esta jurisdicción se encuentra la *reparación directa*. El artículo 140 *ibidem* lo describe como aquel que le permite a toda persona demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. Tal daño puede provenir de “*un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma*”. Los artículos 152.5³⁰ y 155.6³¹ *ibidem* les asigna el conocimiento de los asuntos de reparación directa, dependiendo de la cuantía, a los tribunales y juzgados administrativos.

19. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar daños causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador, en virtud de un accidente o enfermedad, con independencia de las indemnizaciones de carácter laboral que puedan reclamarse. Así, la Sección Tercera ha conocido de acciones de reparación directa presentadas por los familiares de trabajadores fallecidos en el marco de obras públicas (incluso de trabajadores particulares vinculados con los contratistas o subcontratistas de la obra), cuya

que se originen en actos políticos o de gobierno. // 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. // 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”.

²⁹ “**Artículo 105. Excepciones.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos. 2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado. 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. 4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”.

³⁰ “**Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.** <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021. Consultar régimen de vigencia y transición normativa en el artículo 86. El nuevo texto es el siguiente:> Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 5. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³¹ “**Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.** <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021. Consultar régimen de vigencia y transición normativa en el artículo 86. El nuevo texto es el siguiente:> Los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

muerte es imputada al Estado y frente a la cual exigen la reparación de los perjuicios causados. En algunos casos, los entes públicos demandados han sido los empleadores del trabajador fallecido, pero en otros, aquellos han sido los dueños de la obra, mientras que los contratistas o subcontratistas tenían la calidad de empleadores. Dicho tribunal también ha resaltado que la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa.

20. En sentencia del 24 de febrero de 2005³², la acción se dirigía contra el municipio de Ibagué, ente público al que se le imputaba la muerte de un trabajador, ocurrida en el marco de la ejecución de labores de apertura y despeje de una carretera³³. En esta sentencia, el Consejo de Estado distinguió entre los daños derivados de accidentes laborales y enfermedades profesionales, y aquellos ocasionados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad, para cuya indemnización sería procedente la acción extracontractual o el medio de control de reparación directa. Al respecto, señaló que:

“Conforme a lo expresado, resulta claro que la acción de reparación directa no es el medio procesal procedente para solicitar la indemnización de los daños surgidos por causa o con ocasión de la relación laboral y, por lo tanto, de los denominados accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. No se trata en esos casos, en efecto, de una responsabilidad extracontractual del Estado, sino de una obligación determinada por la existencia previa de una relación laboral entre la entidad pública respectiva y el funcionario afectado, que se rige por disposiciones especiales. (...)

Debe precisarse, finalmente, que, cuando se trata de la indemnización de perjuicios causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador en virtud de un accidente o enfermedad—sea que el primero pueda o no calificarse como accidente de trabajo y que la segunda constituya o no una enfermedad profesional—, la acción procedente será la extracontractual y, siendo el patrono una entidad pública, será la de reparación directa. El fundamento de la responsabilidad, por lo demás, podrá encontrarse en la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”.

Se advierte, sin embargo, que esta última situación planteada no corresponde a la prevista en el artículo 216 del Código

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad.: 73001-23-31-000-1997-04737-01(15125).

³³ Al respecto, se indicó que el trabajador laboraba al servicio del ente demandado y que el 4 de febrero de 1995 “un alud de tierra lo ultimó, cuando se dedicaba a labores de retiro de piedras que obstruían las labores del bulldózer”. Asimismo, se señaló que en la muerte del trabajador medió falla de la administración al no establecer mecanismos de seguridad industrial que permitieran determinar los posibles deslizamientos de tierra que pusieran en peligro la vida de los trabajadores de campo.

Sustantivo del Trabajo, según el cual procedería imponer al patrono la obligación de pagar la indemnización total de los perjuicios sufridos por el trabajador, en el evento de demostrarse que aquél hubiere tenido culpa en la ocurrencia del accidente. Tal acción, como lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia, sólo puede ser formulada por la víctima directa del siniestro, o sus herederos, en su condición de continuadores de su personalidad, si aquél falleciere como consecuencia del mismo, y, como lo prevé la misma norma, da lugar al descuento de las prestaciones en dinero que hubieren sido pagadas, del valor de la indemnización total y ordinaria que deba reconocerse por concepto de perjuicios.

Tampoco corresponde dicha situación a la que se presenta cuando los beneficiarios del trabajador, como acreedores laborales directos, pretenden, por ejemplo, el pago de las prestaciones debidas al mismo o la efectividad de derechos como la pensión de sobrevivientes, el seguro de vida, el auxilio funerario, etc. La acción procedente, en este evento, sería, igualmente, de carácter laboral y tendría su fuente en el contrato de trabajo o en la relación legal y reglamentaria existente”. (Subrayado por fuera del texto original).

21. Al evaluar el caso concreto, el Consejo de Estado resaltó que es “(...) evidente que los demandantes pretenden la reparación de un perjuicio derivado de un hecho que constituye un típico accidente de trabajo, en cuanto sobrevino de manera repentina, por causa o con ocasión de éste (...) No obstante, se trata de los perjuicios sufridos directamente por los parientes del trabajador, como terceros ajenos a la relación laboral, cuya reparación, como se ha visto, puede exigirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa, dado que su fuente es extracontractual, que no corresponden a prestaciones laborales y que la entidad cuya responsabilidad se pretende establecer es de carácter estatal” (subrayado por fuera del texto original). En este orden de ideas, decidió confirmar la decisión de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad del ente demandado por la muerte del trabajador y resaltó que las labores desempeñadas por éste ocurrieron en el marco de una obra pública. Cabe precisar que la sentencia no especificó si la persona fallecida era un trabajador oficial o un empleado público, sino que se limitó a mencionar que laboraba por cuenta del municipio demandado.

22. En sentencia del 1° de marzo de 2006³⁴, la Sección Tercera conoció de una acción dirigida contra la Nación (Ministerio del Transporte) y el Instituto Nacional de Vías, a los cuales se les imputaba la muerte de un trabajador a título de falla del servicio. En aquella oportunidad se había celebrado un contrato de obra pública entre un consorcio y el Instituto Nacional de Vías³⁵, y

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad: 66001-23-31-000-1996-05284-01(15284).

³⁵ Cuyo objeto era la construcción de la solución vial Pereira -Dosquebradas Grupo I Construcción viaducto Pereira -Dosquebradas. El consorcio se llamaba Consorcio Constructora Andrade Gutiérrez S.A y Walter Bau.

uno de los subcontratistas (persona natural)³⁶ había vinculado al causante mediante contrato de trabajo para la realización de las obras de excavación³⁷.

23. El Consejo de Estado señaló que quien realiza una obra pública a nombre de la administración comparte con ella la condición de guardián de la actividad de construcción, la cual por el riesgo que se crea tanto frente a terceros como frente a quienes ejecutan directamente la obra, se ha considerado como una actividad de carácter peligroso y, ***“en todos estos caso[s], se admite la imputabilidad a la Administración de los daños causados por el hecho de sus contratistas, reconociéndose que en tal evento sólo podrá exonerarse demostrando únicamente una causa extraña (...), y que resulta irrelevante a la hora de determinar esa responsabilidad, el hecho de que la víctima sea o no una persona vinculada por el contratista a la construcción de la obra (...)*”**. (Subrayado fuera de texto). De otra parte, precisó que cuando demandan los familiares del trabajador que falleció mientras participaba en la ejecución de una obra pública, se presentan dos situaciones claramente diferenciadas frente al derecho a ser resarcido por el daño y respecto del título de imputación: (i) la del trabajador vinculado mediante contrato de trabajo por la Administración³⁸ y (ii) la del trabajador vinculado por un particular contratista³⁹.

24. Por otro lado, resaltó que el hecho de que el trabajador particular o sus causahabientes puedan hacer uso de una acción de carácter laboral contra el empleador, en casos de daños sufridos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, para obtener el pago de beneficios y prestaciones previstos en el Código Sustantivo del Trabajo⁴⁰, ***“no obsta para que también gocen de la acción indemnizatoria contra quien detenta la propiedad de la obra, por los daños causados en desarrollo de la misma”***. (subrayado fuera de texto). Frente al caso concreto estimó que, en el lugar donde falleció el trabajador, se ejecutaba una obra pública y que, uno de los subcontratistas, vinculó a aquél mediante contrato de trabajo a término definido para la realización de labores de excavación, y si bien, en principio, el INVIAS en su condición de dueño de la obra está llamado a responder por los daños que se ocasionen tanto a quienes participen en ella como a los terceros, los perjuicios reclamados no le eran imputables dado que la muerte del trabajador ocurrió a causa de la conducta de la propia víctima.

25. En sentencia del 7 de junio de 2007⁴¹, el Consejo de Estado conoció de una acción presentada en contra de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suarez (CAR), a la que se le imputaba la

³⁶ El consorcio subcontrató con la firma CODINCOL Ltda. y ésta a su vez subcontrató con una persona natural para la ejecución de las obras relativas a la excavación. Por su parte, la citada persona natural vinculó mediante contrato laboral al trabajador fallecido.

³⁷ Al respecto, se indicó en la demanda que, *“tal como ya se dijo en hecho anterior, John Fredy Acosta Tabares fue contratado para las obras de excavación y por razón de tal circunstancia, el 6 de marzo de 1995 enganchó la malla que contenía piedra en la pluma, girando inesperadamente a gran velocidad, expulsando al trabajador quien sufrió lesiones múltiples, que luego le acarrearón la muerte, cuando se encontraba en el Instituto de los Seguros Sociales”*.

³⁸ Caso en el cual el derecho a ser resarcido por ese daño surge únicamente cuando éste ha sido expuesto a un riesgo mayor al que está llamado a soportar en el marco de la relación laboral entablada con el Estado.

³⁹ Caso en que el contratista, subcontratista, etc., es considerado para los efectos anotados como un tercero, siendo aplicable tanto el título de falla como el del riesgo creado.

⁴⁰ Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica servicio de hospitalización, suministro de medicamentos, subsidio por incapacidad temporal, indemnización por incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario, etc.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. CP. Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 15001-23-31-000-1993-03166-01 (15722).

muerte de un trabajador, cuando desempeñaba labores por cuenta de dicha entidad. En tal oportunidad, reiteró la postura expuesta en la providencia del año 2005, en los siguientes términos:

“Con fundamento en lo anterior, concluye la Sala que la demanda de la referencia, interpuesta por los familiares del trabajador José Saúl Sierra Sierra en ejercicio de la acción de reparación directa es procedente y es de conocimiento de esta Jurisdicción, en cuanto la causa petendi de la misma está orientada a que se declare la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada por los hechos que dieron lugar a la muerte del señor Sierra y que, en su criterio, se produjeron como consecuencia de una falla en el servicio, lo anterior sin perjuicio de que los mismos hechos puedan catalogarse como un accidente de trabajo del cual también se puedan derivar ciertas responsabilidades de carácter laboral. (subrayas fuera de texto).

En este caso la responsabilidad que se demanda está referida únicamente a los perjuicios sufridos directamente por los parientes del trabajador, como terceros ajenos a la relación laboral, cuya reparación, como se ha visto, puede exigirse ante esta Jurisdicción porque su fuente es extracontractual, porque la entidad cuya responsabilidad se pretende es de carácter estatal y porque la indemnización que se reclama no corresponde a las prestaciones derivadas del vínculo laboral”.

26. Frente al caso concreto, el Consejo de Estado señaló que se demostró que el trabajador murió cuando se encontraba laborando por cuenta del ente demandado en el marco de una obra pública y que éste era responsable de los daños que se produjeron⁴². En esta sentencia, tampoco se estudió si la persona fallecida era un trabajador oficial o empleado público, pues solo se indicó que laboraba por cuenta del ente demandado.

27. En sentencia del 8 de noviembre de 2007⁴³, el Consejo de Estado conoció de una acción de reparación directa presentada en contra del municipio de Pereira, al cual se le imputaba la muerte de un trabajador a título de falla del servicio, que había ocurrido cuando se dedicaba a trabajos de reparación de una vía⁴⁴. En la citada sentencia se hizo unas precisiones frente a la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales por los daños cometidos a sus empleados y trabajadores. De un lado, se indicó que la acción de reparación directa es la idónea para reclamar la indemnización por los daños sufridos por el trabajador del Estado y se precisó la postura consignada en la sentencia del 24 de febrero de 2005 (*supra*, num. 20), en los siguientes términos:“(…) en esta oportunidad la Sala rectifica su jurisprudencia para

⁴² Al respecto, se indicó que la obra pretendía arreglar un puente obstruido por el paso de las crecientes del río Suárez y, frente a la muerte del trabajador, se señaló que ello ocurrió al ser golpeado por una pala de rodamiento terrestre que se dobló mientras estaba alzando una placa de concreto. Asimismo, se resaltó que, por tratarse de una obra pública desarrollada por el ente demandado, éste era el guardián de la actividad y, en consecuencia, era el responsable por los daños que se produjeron por la máquina de rodamiento mediante la cual se pretendió movilizar la placa de concreto.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera. CP. Ruth Stella Correa Palacio. Ex. 15967.

⁴⁴ En la demanda se indicó que al trabajador le cayó encima un bloque de tierra cuando se dedicaba a trabajos de reparación de la vía.

precisar que la acción de reparación directa es idónea para reclamar ante esta Jurisdicción la indemnización por los daños sufridos por el servidor del Estado o sus causahabientes cuando la causa de los mismos es imputable a la entidad, con independencia de que los demandantes lo sean terceros afectados con el hecho o lo sea directamente el servidor o sus causahabientes y de que el hecho se haya producido con ocasión del desempeño laboral o con ocasión de situaciones externas y ajenas a ese desempeño”.

28. De otra parte, en el fallo en mención también se señaló que frente al empleado del contratista o subcontratista, la acción de reparación directa es igualmente idónea para reclamar la indemnización por los daños sufridos. Al respecto, se precisó que tanto el servidor estatal como el trabajador que se vincula con la empresa contratista asumen una misma clase de riesgo y, por lo tanto, sus situaciones deben ser definidas de idéntica manera. Asimismo, indicó que, “[a]demás, en ambos casos, como ya se señaló, **los trabajadores o sus causahabientes, al margen de que hubieran sido vinculados por la entidad estatal o por la empresa contratista, tienen la opción de demandar ante el juez laboral la indemnización integral de los perjuicios que hubieran sufrido, en accidentes de trabajo ocurridos por culpa del empleador –entidad pública o contratista, según el caso– o la indemnización integral por el daño antijurídico imputable a la entidad demandada. Por lo tanto, se insiste, la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa, pero para que sus pretensiones puedan prosperar se requiere acreditar que el daño es imputable a la entidad demandada.**” (Sombreado por fuera del texto original). Frente al caso concreto, se advirtió que, si bien en el lugar donde se produjo la muerte del trabajador se desarrollaba la apertura de una zanja en desarrollo de una obra pública, y que en esa labor estaba precisamente el causante (que había sido subcontratado por el contratista⁴⁵), no se acreditó que el daño hubiese sido causado por una falla del servicio imputable a la entidad demandada.

29. En sentencia del 25 de agosto de 2011⁴⁶, la acción se dirigía en contra del municipio de Paz del Río, al que se le imputaba la muerte de un trabajador (a título de falla del servicio), con ocasión de un accidente de trabajo ocurrido mientras laboraba para el ente municipal, como ayudante de construcción en una obra. El Consejo de Estado señaló que, si bien en la demanda se afirmaba que el occiso se desempeñaba como trabajador de la administración municipal cuando ocurrió su muerte, **“lo cierto es que la demanda no pretende el reconocimiento de la relación laboral y, por consiguiente, de las prestaciones por muerte derivadas del mismo, sino que se declare que la muerte del señor Mojica Rojas ocurrió como consecuencia de la falla del servicio en la que habría incurrido la entidad territorial demandada”.** (Sombreado por fuera del texto original). En este sentido, precisó que las pretensiones de la demanda debían resolverse en el marco del artículo 90 constitucional y 86 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la competencia de los jueces del trabajo para determinar la existencia del vínculo laboral y de las obligaciones derivadas del mismo. Así, concluyó que: **“No**

⁴⁵ En aquella oportunidad, una persona natural (el ingeniero Alexander Osorio Patiño).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, CP. Stella Conto Diaz del Castillo. Rad.: 15001-23-31-000-1997-07134-01(21454).

*resulta del caso en consecuencia detenerse en la naturaleza del vínculo entre el occiso y el municipio demandado pues, tal y como lo señala la jurisprudencia, lo conducente para efectos de determinar la responsabilidad estatal tiene que ver con establecer si el daño se produjo y si este resultaba imputable a la entidad estatal demandada*⁴⁷. (Sombreado por fuera del texto original). En el caso concreto, el Consejo de Estado señaló que el trabajador y el ente demandado incurrieron conjuntamente en la producción del daño antijurídico⁴⁸.

30. En suma, puede concluirse que (i) la reparación directa es uno de los medios de control regulados en el CPACA, mediante el cual se puede demandar la reparación del daño producido por la acción u omisión de los agentes del Estado y, además, (ii) el Consejo de Estado ha resaltado la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar daños causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un trabajador, en virtud de un accidente o enfermedad, con independencia de las indemnizaciones de carácter laboral que puedan reclamarse. Así, la Sección Tercera ha conocido de acciones de reparación directa presentadas por los familiares de trabajadores fallecidos en el marco de obras públicas (incluso de trabajadores particulares vinculados con los contratistas o subcontratistas de la obra), cuya muerte es imputada al Estado y frente a la cual se exige la reparación de los perjuicios causados. En algunos casos, los entes públicos demandados han sido los empleadores del trabajador fallecido, pero en otros, aquellos han sido los dueños de la obra, mientras que los contratistas o subcontratistas tenían la calidad de empleadores. Finalmente, el Consejo de Estado también ha resaltado que la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa.

31. *El alcance del fuero de atracción.* El fuero de atracción es un fenómeno procesal que extiende la competencia del juez administrativo a personas de derecho privado, en los casos en que estas son demandadas de forma concomitante con sujetos de derecho público, por lo cual, dicha jurisdicción ostenta la competencia para resolver la causa donde comparecen unos y otros⁴⁹. Esta Corporación ha precisado que el fuero de atracción no opera de forma automática, por lo cual, para que esta figura aplique, (i) es necesario verificar que los hechos que fundamentan la eventual responsabilidad de los particulares y las entidades estatales son los mismos; (ii) que los hechos, las pretensiones y las pruebas que obran en el expediente permiten inferir

⁴⁷ Sobre el particular, reitero las consideraciones expuestas en la sentencia del 8 de noviembre de 2007 frente a la posibilidad de que la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa.

⁴⁸ Se indicó que en la obra en la que trabajaba el occiso no había un director de obra o persona experta en demoliciones que hubiese impuesto al trabajador la obligación de trabajar con casco. Sin embargo, la persona fallecida ya había trabajado en construcción y conocía que dicho elemento resultaba obligatorio.

⁴⁹ Véase los Autos 646, 647, 928, 1074, 1154 y 1176 de 2021 de la Corte Constitucional. Conviene precisar que la Sección Tercera del Consejo de Estado se había pronunciado previamente sobre la figura del fuero de atracción. Al respecto, véase, entre otras, las siguientes sentencias: (i) providencia del 19 de mayo de 2005. Rad.: 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP). Actora: Nancy Mariela Palacio Rubio. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; (ii) providencia del 1º de julio de 2020. Rad.: 25000-23-26-000-2010-00966-01(52337). Actor: Juan Pablo Ariza Marín y otros. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; y (iii) providencia del 20 de noviembre de 2020. Rad.: 25000-23-26-000-2007-00333-01 (50433). Actor: Edul Jairo Rubiano Barrero. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

razonablemente que existe una probabilidad “*mínimamente seria*” de que las entidades estatales serán condenadas; y (iii) que el demandante haya planteado fundamentos fácticos y jurídicos para imputar el daño antijurídico a la entidad estatal⁵⁰.

32. En síntesis, puede concluirse que el fuero de atracción extiende la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo respecto del conocimiento de controversias en las que son demandados de forma simultánea entidades públicas y sujetos de derecho privado. No obstante, dicha figura no opera de forma automática, por lo cual se requiere acreditar unos criterios específicos que han sido definidos por la Corte Constitucional.

33. *El carácter del contratista concesionario.* La jurisprudencia de esta corporación se ha pronunciado sobre el carácter del contratista concesionario y sobre el eventual ejercicio de funciones públicas de su parte. Al respecto, en la sentencia C-563 de 1998⁵¹, la Corte precisó que los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, “*pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública*”. Sin embargo, precisó que el contrato puede excepcionalmente constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, lo cual ocurre cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, “*como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.*” (subrayado fuera de texto).

34. En la sentencia C-037 de 2003⁵², la Corte distinguió entre los conceptos de función pública y de servicio público y precisó, entre otras, que cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa indemnización de las personas que en virtud de la ley queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, “*el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública*”. En este sentido, resaltó que solo en caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, el ejercicio de la coerción, el señalamiento de conductas o la expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que cumple –en lo que se refiere a dichas potestades– una función pública.

⁵⁰ Autos 646, 647, 928, 1074, 1154 y 1176 de 2021.

⁵¹ En aquella oportunidad la discusión versaba, entre otras, sobre la eventual responsabilidad civil y penal de los contratistas, consultores, interventores y asesores y si aquellos podían asimilarse como servidores públicos, a efectos de deducirles responsabilidad penal.

⁵² La discusión versaba, entre otras, sobre la responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado Social de Derecho y los particulares como destinatarios de la ley disciplinaria.

35. En la sentencia C-068 de 2009⁵³, la Corte se pronunció sobre el contrato de concesión y resaltó sus características, que comprenden, entre otras, el hecho de que el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. Así, concluyó que: “(...) *puede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona –generalmente un particular– denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos (...)*”.

36. Ahora bien, en el marco de conflictos de jurisdicciones, esta Corporación también se ha pronunciado sobre el carácter del contratista concesionario. En **auto 876 de 2021**⁵⁴, esta Corporación resolvió un conflicto entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con ocasión de una demanda de restitución de inmueble arrendado interpuesta por una sociedad contra un particular. La Sala Plena indicó, entre otras, que el contrato de arrendamiento inicialmente fue suscrito entre una Unión Temporal⁵⁵ y el particular demandado, y teniendo en cuenta que aquella fungía como concesionaria era posible considerar que cumplía funciones públicas⁵⁶. En este sentido, se señaló que: “(...) *La Corte ha aclarado que no todos los contratistas de obras públicas son necesariamente delegatarios de las funciones propias del Estado. Esa condición se predica únicamente de las agrupaciones que a través del contrato de concesión se les encarga la función de colaborar en el cumplimiento de los fines estatales para la continua y eficiente prestación de determinados servicios públicos*”. En **auto 442 de 2022**⁵⁷, se resolvió un conflicto entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo, el cual se originaba en una demanda de control de controversias contractuales presentada en contra de la sociedad OPAIN S.A. y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica

⁵³ En aquella oportunidad la Corte resolvió los siguientes problemas jurídicos: (i) si las prórrogas de las concesiones de los puertos marítimos por periodos de “hasta 20 años más y sucesivamente” vulneran el derecho de participación en la vida económica de la Nación, el interés general, el derecho a la igualdad, el derecho de acceder a la propiedad del Estado y la libertad económica al autorizar una “privatización” indirecta de los puertos; y (ii) si dichas prórrogas deviniendo indefinidas y carentes de límites razonables violan el derecho de participar en la vida económica, el acceso a la propiedad y la libre competencia económica en igualdad de condiciones.

⁵⁴ Mediante el cual resolvió el CJU-679.

⁵⁵ Unión Temporal de Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, conformada por las sociedades Dideco Americana S.A., y Pavimentos Colombia Ltda., y por los señores Mario Huertas Cotes y Luis Héctor Solarte.

⁵⁶ Al respecto, indicó que “...la UTD funge en calidad de concesionaria en el Contrato No. 005 de 1999 suscrito con el Instituto Nacional de Vías -Invías- (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), cuyo objeto era: “el otorgamiento de una concesión (...) para que reali[zara] por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de reconstrucción y rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVÍAS (...) el concesionario realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio (...)” **Teniendo en cuenta su calidad de concesionaria, como lo indicó el juez Promiscuo Municipal de Yotoco (Valle del Cauca), efectivamente es posible considerar que cumple funciones públicas, por lo que, de acuerdo con el artículo 104.2 de la Ley 1437 de 2011 las controversias que se originen en el marco de su actividad contractual, en principio, deben ser conocidas por los jueces administrativos**” (subrayas fuera de texto).

⁵⁷ Mediante el cual se resolvió el CJU-620.

Civil –Aerocivil–. Esta corporación se pronunció sobre el contrato de concesión celebrado entre los entes demandados y señaló que OPAIN, frente al caso concreto, no era un particular que estuviese asumiendo una función estatal, pues en dicho contrato de concesión se pactó la cesión de contratos y dicha cesión “*excluye aspectos misionales que el ordenamiento jurídico le ha encomendado a la Unidad Administrativa Especial (parágrafo 3 del artículo 48 Ley 105 de 1993), y que son los que genuinamente constituyen función estatal*”⁵⁸.

37. Con base en lo expuesto, se advierte que frente al carácter del contratista concesionario y el eventual ejercicio de funciones públicas por parte de este, su definición depende del caso concreto. Así, más allá de lo señalado en la sentencia C-563 de 1998, es innegable que la sentencia C-037 de 2003 resaltó que la sola celebración de un contrato de concesión no implica el ejercicio de funciones públicas, pues se requiere que el citado particular realice potestades inherentes al Estado. Esta posición parece coincidir con las consideraciones de los autos 876 de 2021 y 442 de 2022.

38. *Examen del caso concreto.* La Sala Plena encuentra satisfechos los presupuestos para la configuración de un conflicto negativo entre jurisdicciones. En primer lugar, se cumple el *presupuesto subjetivo*, puesto que la controversia es suscitada por dos autoridades que administran justicia, de un lado, el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y, del otro, el Juzgado 60 Administrativo de la misma ciudad. En segundo lugar, se acredita el *presupuesto objetivo*, ya que dicha controversia recae sobre el conocimiento de la demanda de reparación directa presentada por la señora María Esperanza Peña Martínez y otros en contra del Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el Consorcio Perimetral Oriental de Bogotá SAS/EP, las aseguradoras Seguros del Estado S.A. y AXA Colpatria Seguros S.A. y la sociedad SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG. Cabe precisar que, si bien la demanda incluye al “Consorcio Perimetral Oriental de Bogotá SAS/EP”, como parte de los entes demandados, lo cierto es que no se trata de un consorcio sino de una sociedad denominada Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB), tal como consta en el certificado de existencia y representación legal aportado en el escrito de la demanda⁵⁹. Esta sociedad es una sociedad comercial por acciones simplificada, la cual el 8 de septiembre de 2014 celebró con la ANI el

⁵⁸ Dijo la Corte: “*En este caso, la Sala encuentra que tampoco se cumple este criterio, puesto que OPAIN no es un particular que, en lo que a este caso atañe, esté asumiendo una función estatal. Según se pudo constatar, en virtud del contrato de concesión celebrado la Aerocivil, de acuerdo con la potestad que le reconoce el artículo 48 de la Ley 105 de 1993 esta entidad trasladó a la sociedad concesionaria todo lo que tiene que ver con la administración, modernización y expansión, operación, explotación comercial y mantenimiento del Aeropuerto El Dorado, y donde específicamente se pactó la cesión de la posición contractual en los contratos de arrendamiento suscritos con LAS respecto de unos lotes comprendidos dentro del área concesionada, que específicamente la sociedad Líneas Aéreas Suramericanas destinó a hangar y oficina.// En este contexto, la Sala Plena entiende que la cesión excluye aspectos misionales que el ordenamiento jurídico le ha encomendado a la Unidad Administrativa Especial (parágrafo 3 del artículo 48 Ley 105 de 1993), y que son los que genuinamente constituyen función estatal. La Sala reitera que el contrato de concesión entre la Aerocivil y OPAIN, específicamente consigna la siguiente salvedad: “[l]a Concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radioayudas aéreas, incluidas las radioayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. Aerocivil se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta. // La Concesión tampoco incluye la responsabilidad que se derive por la Seguridad Aérea en el Aeropuerto, pues ésta estará a cargo de Aerocivil.” **Bajo esta lógica, al menos la cesión efectuada respecto de los contratos de arrendamiento BO-AR-0016-04 y BO-AR-0060-06, de ninguna manera constituye una función estatal que la Aerocivil hubiere hecho sobre OPAIN, con lo cual tampoco se cumple el criterio material**”. Énfasis por fuera del texto original.*

⁵⁹ Expediente digital, archivo 02Demanda.pdf, pág. 49.

Contrato de Concesión No. 002 de ese año, con el objeto de financiar, construir, rehabilitar, mejorar, operar y mantener el corredor Perimetral de Cundinamarca⁶⁰.

39. En tercer y último lugar, se cumple también con el *presupuesto normativo*, toda vez que el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 60 Administrativo de la misma ciudad manifiestan no ser competentes para conocer del asunto y presentan argumentos jurídicos a su favor. Así, para fundamentar su incompetencia, el juzgado laboral citó el artículo 216 del CST y los artículos 104 y 155.6 del CPACA, mientras que el juzgado administrativo refirió a los artículos 104 del CPACA y 2 del CPTSS.

40. Acreditados los referidos presupuestos, esta corporación considera que el conocimiento del presente asunto le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Antes de exponer las razones que justifican tal determinación, la Sala Plena precisará algunas circunstancias del caso concreto, respecto de (i) la relación laboral del señor Arley Acosta Castillo; y de (ii) la calidad de la sociedad concesionaria Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB).

41. Frente a lo primero, en la demanda se afirma que el señor Arley Acosta Castillo suscribió un contrato de trabajo con la empresa T-EMPLOY S.A.S., con fecha de ingreso del 14/08/2018, laborando “(...) *para el CONSORCIO CONSTRUCTOR POB (JV-POB), con un salario de (781.250), donde cumplió sus labores encomendada (sic) por el contratista, hasta el día 16/08/2018, a la una de la tarde, en el Municipio de la CALERA (Cundinamarca) vereda San Rafael, kilómetro cinco+900 vía BOGOTA GUASCA, donde falleció producto de un accidente de trabajo*”⁶¹. Dentro del acápite de pruebas se relaciona el contrato de trabajo del occiso para laborar en el “Consortio Constructor POB (JV-POB)”. Sin embargo, dicho contrato no obra dentro del plenario. Por otro lado, en el recurso de reposición presentado contra el auto del 24 de septiembre de 2020, se indicó que el trabajador estaba laborando en una obra pública para un contratista que le prestaba sus servicios a la ANI, cuando ocurrió su muerte (*supra*, num. 6). De acuerdo con lo expuesto, no existe claridad respecto del vínculo laboral del trabajador fallecido, pues de un lado se afirma que su vinculación fue con la empresa T-EMPLOY S.A.S y, de otro lado, se refiere que este laboró para el denominado “Consortio Constructor POB (JV-POB)”, que en realidad corresponde a la sociedad Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB). Al respecto, obra dentro del plenario copia de la conciliación extrajudicial realizada el 19 de febrero de 2020 entre las partes, en la cual la sociedad Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB) –que celebró el contrato de concesión con la ANI–, refiere que no existe vínculo laboral entre la sociedad y el señor Arley Acosta⁶².

42. Así las cosas, no existe certeza de quién fue el empleador del señor Acosta, aunque los demandantes precisan que el trabajador laboraba en una

⁶⁰ Compuesto por Cáqueza, Choachí, La Calera, Sopo y Salitre, Guasca, Sesquilé, Patios y límites de Bogotá. De acuerdo con lo expuesto en el Informe Anual de Buen Gobierno Corporativo de la sociedad correspondiente al año 2021. Documento disponible en el siguiente enlace web: <https://pob.com.co/quienes-somos/sociedad-concesionaria/>.

⁶¹ Expediente digital, archivo 02Demanda.pdf, pág. 3.

⁶² Expediente digital, archivo 02Demanda.pdf, pág. 20.

obra pública cuando ocurrió su muerte. En todo caso, la incertidumbre frente al vínculo laboral del trabajador fallecido no incide en la resolución del presente caso, como se expondrá más adelante.

43. Frente a lo segundo, se observa que el 8 de septiembre de 2014, la sociedad Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB) celebró con la ANI el contrato de concesión No. 002 de ese año, con el objeto de financiar, construir, rehabilitar, mejorar, operar y mantener el corredor Perimetral de Cundinamarca (*supra*, num. 38). No obstante, la demanda no aportó copia del citado contrato, por lo cual la Sala carece de elementos para determinar si, en virtud de este, la sociedad concesionaria realiza funciones públicas. Además, la controversia del caso no gira sobre tal asunto. En consecuencia, para efectos del presente caso, la Sala asumirá que la referida sociedad tiene la calidad de mero particular.

44. Una vez dilucidadas dichas cuestiones, se expondrán las razones por las cuales la Sala Plena estima que el caso debe ser conocido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En primer lugar, siguiendo lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de reposición presentado contra el auto del 24 de septiembre de 2020 proferido el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá, no cabe duda de que los demandantes pretenden obtener a través del medio de reparación directa la indemnización de los daños ocasionados por la muerte del señor Arley Acosta Castillo, quien, según afirman, falleció producto de un accidente de trabajo. Para tal efecto, atribuyen la responsabilidad a los entes públicos demandados, *a título de falla en el servicio* y señalan que la responsabilidad es compartida por la totalidad de los entes demandados. En este sentido, descartan cualquier tipo de reclamación o indemnización de naturaleza laboral, así como la aplicación de las normas sustantivas del trabajo.

45. Si bien los demandantes sostienen que el señor Acosta Castillo falleció a causa de un accidente en desarrollo de las labores contratadas, dicha afirmación debe analizarse como parte de los hechos descritos en la demanda, sin que aquello suponga alterar el objeto de la controversia, que consiste en determinar si se configura la responsabilidad extracontractual del Estado por dicho fallecimiento. Lo anterior, más allá de que la causa de la muerte se catalogue como un accidente de trabajo y que pueda dar lugar a ciertas responsabilidades laborales, como la prevista en el artículo 216 del CST⁶³ y la relativa a los servicios asistenciales y/o prestacionales del Sistema General de Riesgos Laborales⁶⁴.

46. En segundo lugar, el Consejo de Estado ha admitido la procedencia del medio de control de reparación directa para reclamar daños causados a terceras personas como consecuencia de la lesión o muerte sufrida por un

⁶³ **Artículo 216. Culpa del empleador.** Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

⁶⁴ La Ley 776 de 2002 (“Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”) establece en el artículo 1° que: “Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley”.

trabajador en virtud de un accidente o enfermedad, con independencia de las indemnizaciones de carácter laboral que puedan reclamarse. Las sentencias proferidas por dicha corporación, y que fueron citadas en esta providencia, son pertinentes para el análisis del presente caso, por las siguientes razones:

- (i) En todas ellas se trataba de acciones de reparación directa presentadas por los familiares de trabajadores que habían fallecido en el marco de obras públicas, cuya muerte era imputada al Estado y frente a la cual exigían la reparación por los perjuicios causados. Estas acciones fueron tramitadas, como ya se advirtió, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y fueron conocidas por el Consejo de Estado.
- (ii) En aquellas oportunidades el vínculo laboral del trabajador fallecido no fue un aspecto determinante para la resolución de la controversia, incluso, en algunos de los casos el trabajador ni siquiera tenía un vínculo laboral con los entes públicos demandados. En efecto, en las sentencias de fecha 24 de febrero de 2005 y 7 de junio de 2007, el Consejo de Estado no precisó el vínculo laboral de los trabajadores fallecidos, esto es, si eran empleados públicos o trabajadores oficiales, pues se limitó a señalar que aquellos laboraban por cuenta de los entes públicos demandados, mientras que, en la sentencia del 25 de agosto de 2011, tampoco precisó dicho vínculo e incluso resaltó que no era necesario detenerse en la naturaleza del vínculo entre el occiso y el municipio demandado.
- (iii) De otra parte, en la sentencia del 1º de marzo de 2006, el trabajador fallecido no tenía ningún vínculo laboral con los entes públicos demandados (*pues había suscrito un contrato de trabajo con uno de los subcontratistas de la obra*) y en dicha decisión se resaltó que, (i) frente a la imputabilidad a la administración de los daños causados por el hecho de sus contratistas, es irrelevante el hecho de que la víctima sea o no una persona vinculada por el contratista a la construcción de la obra; aunado a que (ii) el trabajador particular o sus causahabientes pueden ejercer la acción indemnizatoria contra quien detenta la propiedad de la obra, por los daños causados en desarrollo de la misma. Luego, en la sentencia del 8 de noviembre de 2007, el trabajador fallecido tampoco tenía vínculo laboral con el ente público demandado (*pues había sido contratado por el contratista*) y en aquella decisión se resaltó que la indemnización por los daños sufridos por los trabajadores particulares, sus causahabientes o sucesores, o por los servidores estatales o cualquiera otro damnificado, con ocasión de una obra pública, puede ser demandada a través de la acción de reparación directa. Nótese que, los casos analizados en las sentencias del 1º de marzo de 2006 y 8 de noviembre de 2007 son especialmente relevantes, pues el trabajador fallecido no tenía vínculo laboral con los entes públicos demandados, situación que, al parecer, también ocurre en el asunto bajo examen.
- (iv) En este sentido, las sentencias citadas resultan pertinentes para el análisis del presente caso, puesto que demuestran que es viable jurídicamente que los familiares del señor Acosta Castillo presenten una demanda de reparación directa por los daños sufridos con ocasión de su muerte. Ello, independientemente (1) del vínculo laboral del occiso (*si era empleado*

público o trabajador oficial o un trabajador particular no vinculado con los entes públicos demandados); y 2) que su muerte sea fruto de un accidente de trabajo y pueda, eventualmente, dar lugar a indemnizaciones de carácter laboral.

47. En tercer lugar, la controversia no encuadra dentro de los supuestos establecidos en el artículo 2 del CPTSS. En efecto, debe resaltarse que en este caso los demandantes, como familiares del trabajador fallecido, **son terceros ajenos a la relación laboral que aquél tuvo** y, además, no pretenden obtener una indemnización de carácter laboral (**son enfáticos al respecto**), por lo cual no puede afirmarse que el asunto corresponda a un conflicto originado en el contrato de trabajo o relacionado con la ejecución de obligaciones emanadas de una relación laboral, que suponga la activación de la Jurisdicción Ordinaria.

48. Si bien en la demanda los actores refieren que la muerte del trabajador fue producto de un accidente de trabajo, aquella afirmación no altera la naturaleza del litigio y, además, la relación laboral que tuvo el señor Acosta Castillo, sobre la base de lo pretendido, tampoco es determinante para el estudio del caso ni para la definición de la jurisdicción. En efecto, independientemente de la naturaleza de la relación laboral que tuvo el trabajador fallecido (el tipo de vínculo, la función desempeñada, entre otras), el análisis jurídico versa sobre la posibilidad de imputarle al Estado una falla del servicio con ocasión de su muerte, la cual ocurrió, según los demandantes, como consecuencia del aplastamiento recibido por un vehículo conducido por un empleado de un concesionario. De igual forma, tampoco puede afirmarse que se trate de una controversia entre particulares, pues la parte demandada está compuesta también por entes públicos y, además, se pretende imputarle al Estado una falla del servicio a través de una acción de reparación directa, medio de control regulado en el CPACA.

49. Por último, se configura el fuero de atracción, de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte. Al respecto, cabe señalar que el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá estimó que, en el presente caso, no operaba dicho fuero (ver *supra*, numeral 4), por la cual es necesario que la Sala se pronuncie al respecto, máxime si la parte demandada está compuesta tanto por entes públicos como por sujetos de derecho privado.

(i) En este caso, las entidades públicas demandadas son la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)⁶⁵ y el Ministerio de Transporte, y los particulares son Seguros del Estado S.A.⁶⁶, AXA Colpatria Seguros S.A.⁶⁷, la sociedad SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG⁶⁸ y la

⁶⁵ La ANI es una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, según decreto 4165 del 03 noviembre de 2011.

⁶⁶ De acuerdo con los estados financieros consolidados de la sociedad del período 2018-2017, Seguros del Estado S.A es una compañía de naturaleza privada, constituida como sociedad anónima. Documento disponible en el siguiente enlace web: <https://www.segurosdelestado.com/pages/Estados2018>.

⁶⁷ De acuerdo con los estados financieros de la sociedad del período 2018-2019 AXA Colpatria Seguros S.A. es una entidad privada cuyo objeto social consiste en la realización de operaciones de seguros, bajo las modalidades y ramos para los cuales sea expresamente facultada, aparte de aquellas otras operaciones previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, puede efectuar operaciones de reaseguros, en los términos que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). Documento disponible en el

sociedad Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB), erróneamente referida como un consorcio, pues en realidad se trata de una sociedad concesionaria.

- (ii) Ahora bien, de lo expuesto en la demanda, se acredita que los hechos atribuibles a los sujetos de derecho privado y a los entes públicos demandados son los mismos, pues corresponden al accidente que ocasionó la muerte del señor Acosta Castillo y frente a lo cual reclaman una indemnización. Al respecto, los demandantes sostienen que la responsabilidad es compartida y cobija a todos los entes demandados.
- (iii) Existe, *en principio*, una probabilidad mínima sustentada en derecho de que las entidades estatales puedan llegar a ser condenadas, puesto que se les endilga responsabilidad por el fallecimiento del señor Acosta Castillo a título de falla en el servicio, ya que el empleado de una de las firmas del concesionario no era idóneo para conducir el vibro-compactador, vehículo que ocasionó su muerte. Sobre este punto, la demanda resalta, entre otras, que existe relación de causalidad entre el ente público y el daño, *“lo anterior[,] ya que la obra es realizada por el Estado, en cabeza de la Nación y demás entidades demandadas (...) y el hecho se produjo por la omisión y por falta de pericia del conductor o (sic) operador de la máquina que ocasionó el accidente”*.
- (iv) Por último, se advierte que en la demanda se plantearon fundamentos fácticos y jurídicos para imputar el daño a las entidades de naturaleza pública. Así, se atribuye la responsabilidad de la muerte del señor Arley Acosta Castillo a los entes públicos demandados, *a título de falla en el servicio* y se señala que la acción procedente en este caso es la prevista en el artículo 140 del CPACA, referida al medio de control de reparación directa. De esta manera, *prima facie*, se podría considerar que las acciones u omisiones de las entidades públicas demandadas serían al menos *concausa eficiente del daño*, en concordancia con los fundamentos 17 a 30 de la presente providencia.

50. Cabe precisar que este tribunal no es competente para pronunciarse sobre la prosperidad de la citada demanda de reparación directa, pues aquello le corresponde al juez natural en el marco del proceso. No obstante, sí le compete analizar, a partir del escrito de demanda, si el hecho dañoso cuya reparación se reclama es atribuido de forma simultánea tanto a entidades públicas como a sujetos de derecho privado para efectos de acreditar el *fuero de atracción*. Por ello, y a partir de las consideraciones expuestas, es preciso señalar que las mismas no constituyen un prejuzamiento, ni una insinuación sobre la eventual responsabilidad que puedan tener los entes demandados.

51. En síntesis, la Sala Plena encuentra que la demanda de reparación directa presentada por la señora María Esperanza Peña Martínez y otros en contra del Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura

siguiente enlace web: <https://www.axacolpatria.co/portal/Qui%c3%a9nes-Somos/Estados-Financieros/ArticleId/310/estados-financieros-seguros-2019>.

⁶⁸ De acuerdo con la información contenida en el certificado de existencia y representación legal, la sociedad SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG tiene su domicilio en Suiza y cuenta con una sucursal en Colombia. Expediente digital, archivo 02Demanda.pdf, pág. 43.

(ANI), Seguros del Estado, AXA Colpatria Seguros S.A. y las sociedades SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG y Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S (POB) le corresponde tramitarla al Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá. Por consiguiente, se ordenará remitir el expediente CJU-1450 a dicha autoridad judicial, para que continúe el trámite de la citada demanda. A ella le asistirá el deber de comunicar la presente decisión al Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá y a los sujetos procesales e interesados dentro del trámite judicial correspondiente.

52. *Regla de decisión.* La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de las demandas de reparación directa presentadas por los familiares de un trabajador fallecido en el marco de obras públicas, cuya muerte es imputada al Estado y frente a la cual exigen la reparación de los perjuicios causados. En caso de que en tales demandas se atribuya responsabilidad de forma simultánea a particulares y entidades públicas, y se acredite la configuración del fuero de atracción, de acuerdo con los criterios fijados por esta Corporación, su conocimiento también será de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

III. DECISIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE

Primero.- DIRIMIR el conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá y el Juzgado 30 Laboral del Circuito de la misma ciudad, y **DECLARAR** que el conocimiento de la demanda de reparación directa presentada por la señora María Esperanza Peña Martínez y otros en contra del Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), las aseguradoras Seguros del Estado y AXA Colpatria Seguros S.A y las sociedades SBI INTERNATIONAL HOLDINGS AG y Perimetral Oriental de Bogotá S.A.S., le corresponde tramitarla al Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá.

Segundo.- REMITIR el expediente CJU-1450 al Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá para que, de manera inmediata, continúe con el trámite de la referida demanda y comunique la presente decisión al Juzgado 30 Laboral del Circuito de la misma ciudad y a los sujetos procesales e interesados dentro del trámite judicial correspondiente.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada
Ausente con permiso

HERNÁN CORREA CARDOZO
Magistrado (E)

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A

Radicación número: 18001-2331-000-2011-00117-01 (68668)
Actor: Claudia Elena Gómez Salamanca y otros
Demandado: Nación -Ministerio de Defensa Nacional– Policía Nacional y otros
Referencia: Reparación directa
Consejero ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, manifiesto que no acompaño la providencia del 31 de marzo de 2023, mediante la cual se confirmó la sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda¹, por la falta de legitimación material en la causa por pasiva de las demandadas.

El asunto de la referencia encuentra su origen en las lesiones sufridas por la señora Claudia Elena Gómez Salamanca, contratista de la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-. Según la demanda, el 7 de diciembre de 2008, en el momento en que la referida señora y otros funcionarios del Estado viajaban en un carro oficial con el fin de participar en una jornada interinstitucional en el municipio de San Vicente del Caguán, fueron atacados por las FARC con un explosivo, hecho que le causó lesiones en sus oídos.

En la sentencia del 31 de marzo de 2023 se explicó, en síntesis, que las entidades convocadas al proceso no estaban llamadas a responder, porque las lesiones sufridas por la señora Claudia Elena Gómez Salamanca acaecieron en el momento en que aquella desarrollaba el objeto de su contrato y, por tanto, la *“responsabilidad que pretende la actora tiene como fuente un contrato celebrado con la OIM”*. En ese sentido, se concluyó que *“el asunto formulado no (...) [era] extracontractual”* y, por ello, *“las entidades accionadas carecen de legitimación material en la causa por pasiva”*.

Desde hace varios lustros, la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado sobre la posibilidad de acumular o no las indemnizaciones provenientes de distintas fuentes, como, por ejemplo, la del accidente de trabajo y la condena a una entidad pública por la declaración de responsabilidad extracontractual del Estado. Esta

¹ Proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare.

evolución y consecuente consolidación del precedente judicial fue retomado y recogido² por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, exp. 15967³.

En el fallo aludido se concluyó, después de explorar las posiciones jurisprudenciales que con anterioridad había acogido la Sala, que el usuario de la administración de justicia puede, a su elección, reclamar la reparación de los daños derivados de la relación laboral, legal y reglamentaria derivados en sede ordinaria o la reparación por la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la acción de reparación directa:

En consecuencia, cuando por acción u omisión del Estado como patrono ocurre un accidente de trabajo o se presenta una enfermedad profesional, la entidad pública responsable está obligada a indemnizar a su agente de manera integral, con arreglo al artículo 90 de la Constitución Política; el agente podría acudir a la justicia laboral o contencioso administrativa, con sustento en la relación laboral o legal o reglamentaria, según el caso, o ejercer la acción de reparación directa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con fundamento en la responsabilidad atribuible a la entidad estatal por la acción u omisión que produjo el daño antijurídico, con las precisiones que más adelante se hará en torno a los efectos de la decisión que en una y otra acción se adopte (...).

i.) El servidor estatal, sus sucesores o causahabientes podrán demandar, ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa laboral⁴, según si su vínculo con la entidad fue un contrato de trabajo o una relación legal o reglamentaria, el pago de una indemnización plena por los daños sufridos con ocasión de la ejecución de sus servicios, por culpa del patrono, o podrán demandar de la misma entidad el pago de la indemnización por el daño antijurídico imputable a la misma entidad pública, con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución⁵, pero la sentencia que se profiera en el proceso laboral tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa, con las precisiones arriba anotadas.

El fallo también precisó que cuando se expidieran varias sentencias cuya génesis fuera el mismo hecho dañoso, la cosa juzgada sólo tendría efectos en aquello que hubiera excedido la indemnización, siempre que se cumpliera con los requisitos de la *res iudicata* y, en particular, el relacionado con la identidad de partes. Así se dijo:

[C]abe señalar que tratándose de la reclamación presentada por el trabajador o sus sucesores o causahabientes tanto ante los jueces laborales (ordinarios o

² La providencia en concreto fijó su alcance en los siguientes términos: “Precisiones en torno a la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales por los daños inferidos a sus empleados y trabajadores. En relación con este aspecto, la Sala recogerá el criterio adoptado por la Corporación que diferencia la acción idónea para dirimir las pretensiones formuladas por los empleados públicos o trabajadores oficiales del Estado y las formuladas por sus parientes, para efectos de solicitar la indemnización por los daños sufridos por aquéllos (1.2.1) y, además, se recogerá la jurisprudencia que distingue los trabajadores de la entidad de los del contratista, para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable en cada evento (1.2.2).”

³ M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Artículo 85 del C.C.A., esto es, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, más la solicitud de reparación del daño.

⁵ Artículo 86, por la vía de la acción de reparación directa.

contenciosos), como ante la contenciosa, en ejercicio de la acción de reparación directa, la sentencia que en cualquiera de tales procesos se dicte producirá 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: (i.) cuando se trate de servidores estatales y éstos o sus causahabientes o sucesores demanden, ante la jurisdicción ordinaria tratándose de trabajadores oficiales, o ante esta jurisdicción tratándose de empleados públicos, con el fin de obtener la indemnización plena, con fundamento en la culpa del patrono, y también demanden en acción de reparación directa con el fin de obtener una indemnización por el daño antijurídico sufrido, imputable a la entidad estatal; (ii.) Cuando se trate de trabajadores del contratista 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 1995⁶, y a la vez demanden ante la Justicia Contencioso Administrativa a la entidad estatal dueña de la obra.

Por lo anterior, el fallo también aclaró que no existiría identidad de partes y, por tanto, cosa juzgada, cuando se demande al particular empleador sin que existiera vinculación procesal de la entidad pública a la que se le imputa la responsabilidad extracontractual; sin embargo, de haberse realizado pago alguno, este podrá invocarse para efectos de no incurrir en doble erogación por un mismo daño. Esto fue expuesto así:

Por el contrario, cuando el trabajador o sus causahabientes demanden al particular contratista con quien aquél se hallaba vinculado laboralmente, ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de obtener una indemnización integral por la culpa del patrono y, además, demanden ante esta jurisdicción el pago de una indemnización por el daño antijurídico que se le hubiere causado, no existirá identidad de parte y, por lo tanto, la sentencia que en uno u otro proceso se dicte no producirá en el otro efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo

⁶ Cita original: 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 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”.

332 del Código de Procedimiento Civil, salvo que en el proceso ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa, según el caso, se haya llamado en garantía al contratista, evento en el cual, de haber sido condenado podrá esgrimir, mediante excepción, los efectos de la cosa juzgada.

No obstante, en este último evento, el pago que se efectúe en cumplimiento de la sentencia dictada en el proceso ordinario, podrá ser alegado para no incurrir en un doble pago, siempre que la suma sea equivalente o superior a la que se liquide en este último proceso, o al menos, podrá descontarse el valor de lo pagado, cuando fuere inferior, porque, como lo ha considerado la Sala al tratar de los efectos de la sentencia penal en la de reparación directa⁷, puede realizarse un pago de obligaciones ajenas, aún en contra de la voluntad del deudor y porque un mismo daño no puede ser reparado en forma múltiple, dado que implicaría un enriquecimiento sin causa.

En conclusión, después de recoger la jurisprudencia de dos décadas, se precisó lo siguiente:

ii) El trabajador de la firma contratista (o sus causahabientes y sucesores) podrá demandar en proceso ordinario laboral el pago de una indemnización plena, con fundamento en que el daño que sufrió es imputable a la culpa del patrono, o podrá demandar la indemnización integral en acción de reparación directa por haber sufrido un daño antijurídico, pero si en el proceso laboral llamó a responder solidariamente a la misma entidad estatal, la sentencia que se profiera en aquel proceso tendrá efectos de cosa juzgada en el de reparación directa y viceversa.

iii) El trabajador o sus causahabientes que demanden ante la jurisdicción ordinaria al particular contratista con quien hubieran celebrado un contrato, con el fin de obtener la indemnización plena del daño, podrán optar por demandar ante la jurisdicción contenciosa, para perseguir del Estado la indemnización integral de los daños y perjuicios imputables a la misma, pero cuando en el proceso ordinario se dicte sentencia favorable a sus intereses, en el proceso de reparación directa podrá decretarse la excepción de pago, bien a solicitud de la entidad estatal o de manera oficiosa.

Así las cosas, vale precisar en los términos del fallo aludido que, en los eventos en los que el empleador y el responsable de la responsabilidad extracontractual no confluyan en un mismo sujeto, las causas de las imputaciones devienen de fuentes jurídicas distintas y, por tanto, las acciones podrán iniciarse, a prevención, ante la jurisdicción ordinaria y/o contenciosa administrativa, sin que exista limitación, traslapamiento o prohibición en ese sentido. Además, podrán interponerse de forma independiente y/o conjunta; no obstante, en este último evento, operará el fuero de atracción.

La decisión antes reseñada ha sido pacífica y reiterada, pues la Corporación, desde hace varios lustros, ha admitido la posibilidad de reclamar esta tipología de daño por cualquiera de las vías reseñadas -ordinaria y/o contenciosa-⁸, sin que se pueda

⁷ Criterio que fue precisado por la Sala en sentencia de 5 de diciembre de 2006, exp. 15.064.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de junio de 2007, exp. 15722, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

limitar su interposición; sin embargo, en cada caso concreto se estimarán las consideraciones a que haya lugar, para verificar si, en efecto, ya existía una reparación patrimonial para dicho rubro. Esto, con el ánimo de hacer las deducciones correspondientes y así evitar un enriquecimiento sin justa causa. En estos términos lo ha expresado también la Corporación:

Aceptar el planteamiento según el cual se pueden subsumir los dos sistemas de indemnización en uno solo, equivale, sin eufemismo alguno, a borrar la distinción, que al menos en el ámbito positivo obliga por el momento, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, y ello no se puede hacer sin violentar el ordenamiento constitucional y legal.

En efecto, en el campo de la responsabilidad extracontractual administrativa, la noción de falla del servicio no es una figura cuyo correlato sea precisamente la idea de culpa del derecho privado o laboral. Y debe quedar claro que la responsabilidad del Estado cuando el daño sea causado a sus mismos servidores, no sólo se puede originar por una falla del servicio, sino por cualquier otro título de imputación, que impediría obrar dentro del marco limitativo del artículo 216 del C.S.T., o de cualquier norma similar, porque lo que consagra es la responsabilidad subjetiva del empleador. Además, la noción de culpa en términos generales no puede quedar inmersa como una noción común al ordenamiento jurídico, el concepto de culpa en cada una de las ramas del derecho encuentra un marco de aplicación específico, de allí que no podremos hablar de un trasuntar entre la culpa civil, la penal, la laboral y la falla del servicio, como una categoría igual que irradia todas esas áreas. No pueden olvidarse las diferentes graduaciones de la culpa por ejemplo en materia civil, y las consecuencias que de dicha gradualidad se pueden derivar para uno u otro supuesto; cosa similar ocurre también si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, pues en la primera, la culpa en sus diversas formas puede comprometer la responsabilidad, en cambio en la segunda, no admite graduación alguna⁹.

Las tesis atrás señaladas han sido aplicadas de forma reciente por las Subsecciones de la Sección Tercera¹⁰, sin que se haya mencionado una suerte de imposibilidad de acudir a la reparación directa cuando exista un vínculo contractual o legal y reglamentario, y/o una obligación de acudir primero a la sede ordinaria¹¹.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, exp. 24799, M.P.: Enrique Gil Botero.

¹⁰ Al respecto, véase, entre otras: Sentencia del 26 de julio de dos mil veintiuno (2021), Subsección B, MP: Alexander Jojoa Bolaños (E); radicado: 68001-23-31-000-2010-00695-01(48574); Sentencia del 1 de junio de 2020, Subsección B, Sentencia del 1 de junio de 2020, MP: Ramiro Pazos Guerrero, radicado: 76001-23-31-000-2010-01836-01(49214); Sentencia del 14 de octubre de 2021, Subsección C, MP: Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicado: 76001-23-31-000-2009-00703-02(53448).

¹¹ Subsección A, sentencias de 28 de agosto de 2019 y 20 de noviembre de 2020, exps. 44702 y 53467, respectivamente, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia 22 de septiembre de 2021, exp. 45830, M.P.: María Adriana Marín. Sentencia de 4 de diciembre de 2020, exp. 49095, M.P.: José Roberto Sáchica Méndez.

Subsección B, sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 48140, M.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 26 de julio de 2021, exp. 48574, M.P.: Alexander Jojoa Bolaños.

Subsección C, sentencias de 7 de septiembre de 2020, y de 16 de diciembre de 2020, exp. 50020 y 50782, respectivamente, M.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

De hecho, la postura antes prohienda fue reiterada en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172¹², en el sentido de que era procedente la indemnización derivada de distintas fuentes jurídicas, como lo eran la que tuviera génesis en la relación laboral y/o contractual y la que se solicite en sede de responsabilidad extracontractual del Estado. Así se dijo:

Al respecto vale la pena precisar que, según la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de la pensión de invalidez, concedido a los militares bajo el régimen de indemnización preestablecida denominada a for fait, no se excluye con el otorgamiento de una indemnización por daño, teniendo en cuenta que la fuente de las mismas es diferente¹³.

En efecto, de acuerdo con la estructura de la responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, y al tenor de lo dispuesto en las normas del Código Contencioso Administrativo, se debe procurar la reparación integral del daño, sin perjuicio de que en algunas ocasiones la víctima reciba compensaciones de varias fuentes y sea mejorada en su situación patrimonial, pero para que ello ocurra es necesario que la causa o título que justifica tal mejoría tenga su origen en una causa diferente a la indemnización concedida en el proceso de responsabilidad.

Así, pues, conforme lo expuesto, mal podría concluirse que, en este caso, la demandante, por ser contratista de la OIM, se encuentra imposibilitada para acudir a esta jurisdicción en sede de reparación directa para debatir la responsabilidad de las demandadas, máxime si se considera que en el escrito inicial su responsabilidad se estructuró a partir de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, pues se indicó que el daño alegado estuvo determinado por las omisiones en las que incurrieron las autoridades públicas que conforman el extremo pasivo de la *litis*.

En efecto, a las demandadas se les imputó responsabilidad por: **(i)** “no tomar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad del personal de la Misión Humanitaria”; **(ii)** “porque estaban al tanto de la posible ocurrencia del atentado” y “no adoptaron medidas para proteger al resto del personal, incluida la demandante”; y **(iii)** porque no se verificó que “la zona era segura”. También se adujo que la responsabilidad se podía ver comprometida a título de riesgo excepcional o daño especial, dado que la “acción terrorista” fue dirigida contra el Estado, pues las FARC tenían el convencimiento de que en la actividad participaban servidores públicos.

En ese sentido, como en este asunto se pretende la reparación de los perjuicios de orden extrapatrimonial causados por las demandadas, la acción de reparación directa resulta procedente. Considerar lo contrario limita el alcance de la

¹² M.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 11 de 2013, rad 28099, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

responsabilidad del Estado *-artículo 90 de la Constitución Política-*, dado que impone la obligación a los interesados de acudir previamente a la sede ordinaria, negándoles su derecho de acción ante esta jurisdicción, a través del ejercicio de la acción de reparación.

Respetuosamente,

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera de Estado