

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de junio de dos mil dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-003-2014-00298-01
Demandante	ERIKA PATRICIA BATISTA FORERO Y OTROS
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	<i>Muerte de adulto por inmersión - Falla por la prestación del servicio público de vigilancia salvavidas – no se prueba.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el dos (02) de marzo de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1 Pretensiones³

En la demanda se solicita lo siguiente:

PRIMERA: Que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA TURÍSTICO Y CULTURAL es administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios ocasionados a los demandantes ERIKA PATRICIA BATISTA FORERO, DORIAN RAFAEL MOLINARES BATISTA, MARCO ANTONIO MOLINARES BATISTA, ALCIDES ENRIQUE MOLINARES BATISTA, JOSÉ LUIS MOLINARES BATISTA, ERICK GUSTAVO PÁJARO BATISTA, GUSTAVO RAFAEL PÁJARO CÁRDENAS y ESTHER BATISTA HERNÁNDEZ. , por la muerte de su hijo, hermano y compañero GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA; quien para el ocho (8) de julio de 2012, falleció por ahogamiento en las playas de Cartagena.

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1 – 12 cdno 1

³ Folio. 2 – 3 cdno 1



13-001-33-33-013-2014-00298-01

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al DISTRITO DE CARTAGENA TURÍSTICO Y CULTURAL, a pagar a los actores, por concepto de daños morales lo siguiente:

NOMBRE	PARENTESCO	S L M V
GUSTAVO RAFAEL PÁJARO CÁRDENAS	Padre de la víctima	100 SMLMV
ESTHER BATISTA HERNÁNDEZ	Madre de la víctima	100 SMLMV
ERICK GUSTAVO PÁJARO BATISTA	Hermano de la víctima	100 SMLMV
ALCIDES ENRIQUE MOLINARES BATISTA	Hermano de la víctima	100 SMLMV
JOSÉ LUIS MOLINARES BATISTA	Hermano de la víctima	100 SMLMV
DORIAN RAFAEL MOLINARES BATISTA	Hermano de la víctima	100 SMLMV
MARCO ANTONIO MOLINARES BATISTA	Hermano de la víctima	100 SMLMV
ERIKA PATRICIA BATISTA FORERO	Compañera	100 SMLMV

TERCERA: Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA TURÍSTICO Y CULTURAL a pagar, en la modalidad de lucro cesante, en favor de la señora ERIKA BATISTA FORERO, las sumas que resulten de la liquidación respectiva, efectuada a partir del inicio de la vida productiva del señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA hasta el término de la vida probable de los hombres establecidas en Colombia, ello dado que el mismo tenía como proyecto de vida hacerse un profesional y ejercer con brillo la carrera que hubiere seleccionado.

CUARTA: Por otra parte se pretende que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS se le imponga cancelar a ERIKA PATRICIA BATISTA FORERO, el DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN U ALTERACIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA en la suma estimada de 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

QUINTA: Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA TURÍSTICO Y CULTURAL, a pagar al actor las costas y gastos judiciales a que haya lugar. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 de la ley 1437/2011 y según la jurisprudencia concordante al respecto

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se expuso que, el día 8 de julio del 2012 el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA, en compañía de su cuñada y un hijo de esta se encontraban por el sector de las Playas de la Tenaza de Cartagena en plan de esparcimiento y recreación, cuando su sobrino, llamado DANIEL RAFAEL MOLINARES MEJÍA, fue tomado por una ola, siendo su tío, el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA quien tratara de salvarle, perdiendo ambos la vida en esos hechos por causa de ahogamiento.

⁴ Folio 3-4 cdno 1

13-001-33-33-013-2014-00298-01

Expresa la parte demandante que, el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS está llamado a responder por los perjuicios causados a los convocantes ya que el señor Gustavo Pájaro se lanzó al mar con el único propósito de salvar la vida de su sobrino, comenta además que, por la zona donde se produjeron los lamentables hechos, no había señales que advirtieran la restricción de esas playas y que las existentes se encontraban alejadas lo cual les generó confianza.

Manifiesta que, en el lugar, para la ocurrencia de los hechos, las restricciones solo se limitaban a señales y avisos los cuales resultaban insuficientes y eran constantemente ignorados por los bañistas, lo que a su modo de ver, demuestra la falta de un adecuado programa de control del ingreso de las personas a esas playas por lo que considera que la demandada no puede excusarse en que habían avisos que restringían el uso de estas, puesto que la Administración tiene responsabilidad y control de las playas por lo que está en el deber de brindar una adecuada protección a las personas que ahí se encuentren.

También expone que al momento de presentarse la emergencia no había presencia del cuerpo de salvavidas en el lugar y al haberla, estos no contaban con los elementos esenciales para prestar una oportuna reacción, razón por la cual solo pudieron rescatar el cuerpo ya inerte del señor Gustavo Pájaro, que de existir un adecuado servicio, esto se habría podido evitar.

Finalmente declara que, el señor Gustavo Pájaro mantuvo una fuerte relación con sus hermanos, padres y compañera, por lo que su repentina partida ha causado a estos daños irreparables que deben ser resarcidos. Aclara también que hubo un error en la fecha del registro civil de defunción del señor Gustavo Pájaro, por lo que se hizo solicitud a la fiscalía para que aclare esa situación y oficie a la notaría respectiva.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 Distrito de Cartagena de Indias⁵

La entidad demandada se opone a todas las pretensiones planteadas en la demanda ya que considera que la acción carece de supuestos fácticos y normativos para la prosperidad de la misma.

La parte demandada manifiesta que, para que se pueda configurar la responsabilidad extracontractual, se requiere de 3 elementos que son: una conducta activa u omisiva; un daño perjuicio que sea cierto, particular a las

⁵ Fols. 77 – 86 Cdo no 1

13-001-33-33-013-2014-00298-01

personas que solicitan reparación y que se refiera a una situación jurídicamente protegida; y por último, la existencia de un nexo causal entre el daño que se le imputa a la Administración y el daño causado.

Expresa que, no se observa ningún tipo de actuación irregular por parte de su poderdante y que además no existe prueba de que esta sea la directa responsable de la muerte del señor Gustavo Pájaro, ya que según lo demostrado en la demanda, las personas fallecidas incumplieron su deber de cuidado e hicieron caso omiso a la prohibición que existía en el lugar, expuesta en vallas y señales, sobre el ingreso a las playas.

Expone que, además de que es evidente que el mar es peligroso, en el lugar de los hechos había señalizaciones que advierten la prohibición de bañarse en esas playas, por lo que es un hecho imputable a la víctima asumir el riesgo de entrar a una playa prohibida y además, permitir que un menor de edad se bañe en dicho lugar, sin tener ambos conocimiento y pericia para nadar en el caso de que se dé la ocurrencia de cualquier tipo de circunstancia externa, viéndose incumplida la obligación de cuidado y custodia por parte del señor Gustavo Pájaro y la madre del menor Daniel Molinares.

Afirma que, en materia de responsabilidad civil, si bien en este caso hubo un daño, este no puede ser atribuible al Distrito de Cartagena, ya que las personas fallecidas ingresaron a una playa, cuya prohibición y peligrosidad se encontraba expuesta en una valla de gran dimensión visible a toda la comunidad, a la cual los hoy occisos hicieron caso omiso. Por lo anteriormente dicho, la causa de la muerte del señor Gustavo Pájaro no recae en el actuar del Distrito, sino en una culpa exclusiva de la víctima.

En relación al nexo causal explica que, este es la relación que debe haber entre el hecho generador del daño y el daño probado, para poder atribuir un resultado a una persona y declararlo responsable del mismo, es necesario establecer si estos se encuentran ligados por una relación de causa- efecto. En el caso en concreto, no se evidencia ninguna actuación irregular por parte del Distrito, ni existe prueba que demuestre que éste es responsable directo por la muerte del señor Gustavo Pájaro, puesto que la parte actora no demostró que la irregularidad que se imputa a la entidad demandada como fuente generadora del daño, era la causa próxima para la ocurrencia del daño, es decir, no se acreditó el nexo causal entre el hecho y el daño, el cual no se presume, debe ser probado.

La apoderada de la parte demandada propuso las excepciones de: falta de legitimación por activa, con respecto a la señora Erika Patricia Forero; culpa

13-001-33-33-013-2014-00298-01

exclusiva de la víctima y por último, inexistencia de la obligación de cancelar una eventual condena judicial.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Mediante sentencia del 2 de marzo de 2018, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que, sobre el Distrito recae la obligación de salvaguardar la integridad física respecto de la población que hace uso y goce de las playas de la ciudad; por lo que destaca en primer medida, que donde ocurrió el fatal suceso, se comprendía una zona de playas cuyo uso estaba totalmente prohibido para los bañistas, esto debido a la peligrosidad que estas representan a la población producto del fuerte oleaje de la zona, por lo que se advertía a la misma, en una valla de señalización, la restricción que existe en dichas playas. Teniendo en cuenta lo anterior, para el Despacho a quo se acreditó el cumplimiento de la carga obligacional de indicar el peligro inminente al que se ve sometido quien haga uso de esta playa catalogada como de alta peligrosidad. Por otra parte, expuso, que al encontrarse restringido el ingreso a dichas playas, se presume que se debe acatar la prohibición y por ende el personal de salvavidas no estaría pendiente a esa zona y de circular por esta área con menores, se estaría atento a que ellos no ingresaran a dicho sector.

Afirma que, pese a que las restricciones eran claras, hubo una actitud indisciplinada por parte de las personas que se encontraban haciendo uso de las playas del sector Las Tenazas, evidenciando la desidia e irresponsabilidad de acatar la restricción del lugar. También expone que a pesar de ser una zona prohibida, los salvavidas que se encontraban en la zona habilitada para bañistas acudieron en rescate tanto del señor Gustavo Pájaro como de su sobrino, pero las condiciones físicas de la zona hicieron infructuoso el rescate de estos. Dicho lo anterior, encuentra probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, debido a la conducta negligente de estos al ingresar a una zona de playas señaladas como peligrosas y prohibidas.

⁶ Fol. 221 – 229 cdno 2 (22 – 39 exp. Digital)

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no podía hablarse de una aptitud negligente por parte de Gustavo Adolfo Pájaro, puesto que este actuó en función del principio de solidaridad, al acudir al rescate de su sobrino, en los momentos en los que este se estaba ahogando en las playas de las tenazas; además está probado en el expediente que en la zona no habían rescatistas que ayudaran a socorrer a las víctimas; por el contrario, fueron unos pescadores los que sacaron del agua al señor Gustavo Adolfo Pájaro.

Agrega que en la zona no había ambulancia ni personal paramédico para atender la emergencia; además el cuerpo de bomberos solo contaba con una lancha a sus servicios para efectuar labores en la playa, lo cual denota la precariedad del sistema de seguridad de Cartagena de Indias.

Alega que en el caso no se tipifica el hecho de la víctima, pues la existencia de un aviso restrictivo era suficiente para evitar que las personas hicieran uso de las playas, pues, como se advierte en el enunciado de la noticia del periódico EL Universal, era un hecho notorio que, de manera masiva la ciudadanía utilizaba las playas en la ciudad sin distinguir que la misma estuviera restringida para tal efecto y, ante tal situación, era deber de la demandada implementar medidas más creativas y proactivas a fin de cumplir su deber de seguridad para con la ciudadanía, pero, como se demostró, nada se hizo y por el contrario se continuo en la misma falencia: sin salvavidas-sin ambulancias-sin paramédicos etc.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

El asunto de la referencia fue repartido a este Tribunal a través de acta individual del 27 de junio de 2018⁸; siendo admitido mediante auto del 12 de diciembre de 2018⁹ y el 10 de junio de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 la parte demandante presentó escrito de alegatos ratificando los argumentos de la apelación¹¹.

⁷ Folio 232-237 cdno 2

⁸ Fol. 2 cdno 3

⁹ Fol. 4 cdno 3

¹⁰ Folio 8 cdno 3

¹¹ Folio 10-16 cdno 3



13-001-33-33-013-2014-00298-01

3.6.2 El Distrito de Cartagena también presentó sus alegatos ratificándose en sus argumentos de defensa¹².

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto.

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, que dispone que: "*Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos*".

De igual forma, en el caso de marras se atenderá lo dispuesto en el artículo 328 del CGP., que establece que, la competencia del superior, al resolver las impugnaciones presentadas contra las providencias de primera instancia, se limita al pronunciamiento frente a los argumentos expuestos por el apelante.

5.2 Problema jurídico.

Conforme con lo expuesto en el recurso de alzada se tiene que, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Se encuentra demostrada en el plenario la Responsabilidad de la Administración por la muerte del señor Gustavo Adolfo Pájaro, por ahogamiento en una playa prohibida de la ciudad de Cartagena?

¿Existe culpa exclusiva de la víctima?

¹² Folio 17-18



5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que, no se logró acreditar que el Distrito de Cartagena incumpliera con el deber de vigilancia de las playas donde falleció el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO, con ocasión a la inmersión en el agua.

Por el contrario, se encuentra suficientemente acreditado dentro del plenario, que las playas donde ocurrió el hecho dañino se encontraban debidamente señalizadas, con vallas que mostraban que se trataba de aguas peligrosas, y que, por tal razón, el baño de mar estaba prohibido en la zona.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Responsabilidad Administrativa del Estado

El medio de control de reparación directa, tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de 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.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública...”

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹³:

¹³ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.



1. El ***Daño antijurídico***, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El ***Hecho Dañino***, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El ***Nexo Causal***, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

En ese orden de ideas, una vez confluyan los elementos antes mencionados puede imputársele responsabilidad a la administración, con fundamento en cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, ya sea la falla en el servicio, en cualquiera de sus modalidades: probada y presunta; el riesgo excepcional y el daño especial; títulos que permiten ubicar al Juzgador en un escenario acorde con cada situación fáctica que se demande.

5.5 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Probados

De acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por demostrado lo siguiente:

- Que Gustavo Adolfo Pájaro Batista (víctima), tenía por hermanos a los señores Dorian Rafael, Marco Antonio, Alcides Enrique y Jorge Luis Molinares Batista y Erik Pájaro Batista; su madre era la señora Esther Batista Hernández, su padre el señor Gustavo Rafael Pájaro Cárdenas y, su sobrino el menor Daniel Rafael Molinares Mejía, hijo de Dorian Rafael Molinares Batista¹⁴
- De Acuerdo con la Historia Clínica visible en el CD aportado por el Hospital Naval de Cartagena¹⁵, se tiene que el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA falleció el 8 de julio de 2012; sin embargo, en el registro de defunción se expone que el fallecimiento fue el 7 de agosto de 2012¹⁶.
- Al proceso se trajo la copia autentica de la página 3, secciones A, del diario El Universal de Cartagena de fecha 20 de febrero 2011, en los cuales se indican

¹⁴ Folio 13-19 cdno 1

¹⁵ Folio 160- 161 cdno 1

¹⁶ Folio 21 cdno 1

13-001-33-33-013-2014-00298-01

algunas situaciones sobre la presencia de bañistas en playas prohibidas y demás¹⁷.

- A través de derecho de petición el señor Donan Rafael Molineros Batista solicitó al Director General de DISTRISSEGURIDAD que le informara si para el mes de Julio/2012 el personal de servicios en playas de la ciudad, estaba vinculado a trabajar directamente con la Alcaldía de Cartagena u cualquier entidad dependiente de esta, o si por el contrario se trataba de personal suministrado por alguna entidad de intermediación laboral o cooperativa¹⁸.
- Lo anterior, fue resuelto por medio de Oficio No. 0349 de fecha 11 de marzo de 2014 suscrito por el Director General de DISTRISSEGURIDAD, en el que se le informa la existencia del convenio con la CORPORACIÓN PARA LA PREVENCIÓN SEGURIDAD Y SALVAMENTO MARINO "CORPRESERMAR" para apoyar el programa cuerpo de salvavidas seguridad en las playas¹⁹.
- Se aportó copia del convenio de asociación vigente No 159-2012 entre DISTRISSEGURIDAD y la CORPORACIÓN PARA LA PREVENCIÓN SEGURIDAD Y SALVAMENTO MARINO "CORPRESERMAR" para apoyar el programa cuerpo de salvavidas seguridad en las playas²⁰.
- Contrato interadministrativo No. 078-2012 suscrito entre DISTRISSEGURIDAD y la ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS —ETCAR, cuyo objeto es la construcción de 3 torres de salvavidas, y demás²¹.
- Mediante Oficio AMC-OFI-0036335-2017 suscrito por el comandante del cuerpo de Bomberos en el que informa la cantidad de salvavidas disponibles en la zona de playas, las capacitaciones que estos tienen y la existencia de señalización en los meses de julio y agosto de 2012 en la zona de playas de Las Tenazas que indica que la playa es prohibida para bañistas²².
- Copia de informe pericial de necropsia N° 2012010113001000335 correspondiente al señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA, en el que se concluye que este falleció por causas accidentales – inmersión²³.

¹⁷ Folio 22-24 cdno 1

¹⁸ Folio 26 cdno 1

¹⁹ Folio 27 cdno 1

²⁰ Folio 88-91 cdno 1

²¹ Folio 92-94 cdno 1

²² Folio 133-134 cdno 1

²³ Folio 135-138 cdno 1



13-001-33-33-013-2014-00298-01

• En el curso del proceso se recibieron los testimonios de los señores Deivis Ángel Anillo Fajardo, Delcy Herrera Santos y Renzo Barrios Cueto, quienes expusieron lo siguiente²⁴:

- **Deivis Ángel Anillo Fajardo (Min: 00:09:08):** Manifestó sobre los hechos que para esa fecha se desempeñaba para la época como Comandante de la Estación Boquilla que tiene jurisdicción en Crespo y Manzanillo del Mar, que por la central de comunicaciones se le informó que unas personas estaban en un posible caso de ahogamiento en las Tenazas, que fue con el patrullero Vargas y encontraron que estaban sacando a una persona por inmersión, lo llevaron al hospital en Bocagrande donde le hicieron el proceso de reanimación, pero el muchacho falleció. Se le preguntó si en la zona de Las Tenazas era permitido el baño de personas, y dijo que en ese sector existía un letrero de prohibición. Se le preguntó si para la fecha de los hechos existía alguna valla o aviso que prohibiera bañarse en el lugar, y contestó que sí, había solamente un aviso. Manifestó que recordaba que en el sector habían pescadores y que al señor afectado lo sacaron y lo llevaron en un taxi al Hospital Naval y que ellos se fueron detrás, que no había salvavidas. Que estando en el Hospital llegó una señora llorando que decía que falta todavía por encontrar a un niño el muchacho que se rescató tenía como 20 años. La apoderada de la parte accionada le mostró del expediente al testigo una foto con la valla informativa, y este reconoció que ese era la misma que estaba en el lugar en el momento del rescate y que decía que era prohibido bañarse. Se le preguntó a qué horas arribó al lugar de los hechos, manifestó que no recordaba con claridad pero que debía ser entre las 16 y 18 horas.

- **Delcy Herrera Santos (Min: 00:21:36):** Manifestó ser vecina cercana de los demandantes, desde hace más 10 años, son amigos; en cuento a las circunstancias sobre el fallecimiento del señor Gustavo Adolfo, manifestó que estaba en casa de la madre del muchacho cuando recibió la noticia de que se había ahogado; que tiene entendido que el joven Adolfo fue a socorrer a su sobrino que se estaba ahogando y que en el lugar no había salvavidas, que el niño duró 2 días desaparecido y que al señor Gustavo Adolfo sí lo sacaron enseguida. Que Gustavo Adolfo era trabajador independiente, se dedicaba a vender ropa y tenía a su esposa que dependía de él.

- **Renzo Barrios Cueto (Min: 00:09:08):** Dice ser vecino de los demandantes, quien expuso su conocimiento en lo referente a la vida cotidiana del señor Gustavo Adolfo Pájaro, su relación con la señora Erika Patricia Batista (compañera), sus hermanos y padres.

²⁴ 175 cdno 1

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Hecho generador del daño.

En particular, el debate probatorio está encaminado a determinar la existencia de una falla en el servicio, que la parte demandante hace consistir en que, la muerte del señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA, ocurrió con ocasión a la falta de vigilancia del Distrito, en la playa “Las Tenazas” donde se bañaba el menor junto a su familia.

En el presente caso, está demostrada la ocurrencia del hecho dañino puesto que, de Acuerdo con la Historia Clínica visible en el CD aportado por el Hospital Naval de Cartagena²⁵, se tiene que el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA falleció el 8 de julio de 2012, fecha en la que fue ingresado para recibir atención en el centro hospitalario; sin embargo, en el registro de defunción se expone que el fallecimiento fue el 7 de agosto de 2012²⁶, hecho este que se considera como un error de transcripción como quiera que el joven GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA murió el mismo día en el que se presentaron los sucesos que son objeto de demanda.

La imputabilidad.

La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido, el cual origina la obligación de reparar o indemnizar el perjuicio derivado de éste y que por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad; en esta oportunidad, el régimen de falla del servicio.

Para la Sala, no se puede aplicar responsabilidad por la falla en el servicio atribuida a la falta de vigilancia del demandado en el momento de la ocurrencia del daño, por cuanto no se logró acreditar que el Distrito de Cartagena incumpliera con el deber de vigilancia de las playas donde falleció el menor, con ocasión a la inmersión en el agua.

Por el contrario, se encuentra suficientemente acreditado dentro del plenario, que las playas donde ocurrió el hecho dañino, se encontraban debidamente señalizadas, con vallas que mostraban que se trataba de aguas peligrosas y que, por tal razón, el baño de mar estaba prohibido en la zona.

²⁵ Folio 160- 161 cdno 1

²⁶ Folio 21 cdno 1



13-001-33-33-013-2014-00298-01

Ciertamente, está acreditado dentro del proceso, conforme a los documentos que reposan en el proceso, que en la playa “Las Tenazas”, ubicada en el barrio Marbella, de la ciudad de Cartagena, se encontraba una valla o aviso²⁷, que advertía a los transeúntes sobre el peligro de la playa y la prohibición de utilizar el sitio para baño de mar; la existencia de la prohibición anterior, fue ratificada en el proceso por el testigo Deivis Ángel Anillo Fajardo, quien fue claro en determinar que efectivamente para la época de los hechos, la zona en la que se ahogó el joven GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA contaba con una valla de advertencia²⁸.

No puede pretenderse, como lo quiere hacer ver el apelante, que la existencia de la valla, que por cierto era muy visible por su tamaño y ubicación, no fuera suficiente para persuadir a los bañistas de la utilización de la playa. Eso equivaldría a que, por parte de las instituciones del Estado, se patrocinara la cultura de la indisciplina, que tanto mal le hace a nuestra comunidad. Por el contrario, la sola existencia de la valla debía ser suficiente para advertir a los bañistas sobre el hecho de que no estaba permitido el uso de la zona.

No puede considerarse, como lo hace el apelante, que ante la omisión en el acatamiento de las normas y las instrucciones contenidas en la valla de seguridad, por parte de la familia, el Distrito tuviera la obligación de activar un sistema de “alerta temprana” que conllevara al uso de la fuerza pública o de cualquier otro organismo o método de coacción, para que las personas no entraran a bañarse en las zonas delimitadas como prohibidas. Para el Tribunal, tal aseveración es totalmente inaceptable, pues lo que se espera de un verdadero comportamiento ciudadano, con compromiso cívico, es que se atiendan las recomendaciones de las autoridades, cuyos deberes y actividad van encaminados a la protección de los bienes supremos de la sociedad, en este caso, la vida y la integridad personal de los bañistas.

Para el apelante, era obligatorio que existiera un salvavidas ubicado en la zona prohibida para bañistas, lo que, para la Sala, resulta un argumento “ad absurdum”, en la medida que se considera irracional que las personas encargadas de velar por la protección de los bañistas, deban estar ubicadas en las playas donde precisamente los bañistas están prohibidos, con la inferencia de que debe partirse de la base de la desobediencia generalizada de la comunidad que desea hacer uso de las playas.

Lo contrario sería desconocer los deberes de la ciudadanía, relacionados con el respeto a las autoridades y el acatamiento de las disposiciones que han sido adoptadas para facilitar la vida en comunidad y la salvaguarda de los

²⁷ Tal como se advierte en los folios 99-100 del cdno 1.

²⁸ Ello se puede verificar en la nota #24 del 5.5.1 de este



13-001-33-33-013-2014-00298-01

derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, circunstancia totalmente inaceptable y que daría al traste con toda la organización social que se ha logrado con la civilización.

Finalmente, considera el despacho que, aunado a la no configuración probatoria de una falla del servicio, la exoneración de responsabilidad al Distrito se debe a la existencia de la causal de "culpa exclusiva de la víctima", como lo determinó el A-quo, debido a que, el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA asumió su propio riesgo, y se aventuró en una actividad que le resultó fatal, salvando con ello de total responsabilidad al Distrito.

Destaca esta Corporación que la culpa exclusiva de la víctima no se indilga en este caso por el hecho de que el señor GUSTAVO ADOLFO PÁJARO BATISTA hubiese fallecido intentando salvar a su sobrino, sino, por el hecho de encontrarse bañando, en compañía de su familia, en una playa que era prohibida para el desarrollo de dicha actividad, por la peligrosidad de la misma; situación esta que puso en riesgo a todos los que en ese momento se encontraban presentes en el lugar.

De lo anterior, se puede concluir que el señor PÁJARO BATISTA y todos los miembros de la familia que se encontraban en el lugar asumieron el riesgo de ingresar al mar en una zona prohibida, lo cual fue determinante para que el daño se produjera y que éste se catalogara como culpa exclusiva de la víctima; cosa diferente fuera, que la playa en la cual se hubiesen bañando los actores no tuvieran señalización y se produjera el daño, puesto que, en este evento no podría endilgársele responsabilidad alguna a los afectados, toda vez que no tenían conocimiento de la situación de peligro.

Por todas las anteriores razones, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

5.6. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



13-001-33-33-013-2014-00298-01

En los términos de los citados artículos, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, debido a que el recurso de apelación le resultó desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

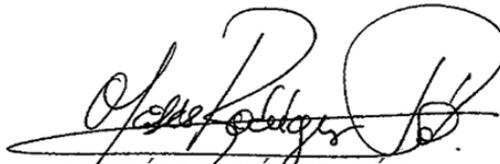
SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 023 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ