

SENTENCIA N° 1181/2016

Cartagena de Indias D. T. y C., Diecinueve (19) de Agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001-33-31-701-2012-00114-01 13001-33-31-701-2012-00105-01 (Acumulados)
Demandante	MIGUEL TORRENTE MEZA Y OTROS
Demandado	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Magistrado Ponente	ARTURO MATSON CARBALLO

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 001 Escritural de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por el Acuerdo No. PSAA15-10414 del 1° de diciembre de 2015 y el Acuerdo No. 0161 de Diciembre 2 de 2015, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, respectivamente, procede a pronunciarse de fondo del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Cartagena, de fecha 3 de julio de 2015, a través de la cual se niegan las pretensiones de la demanda presentada por los señores MIGUEL TORRENTE MEZA Y OTROS en contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES**A. LA DEMANDA****1. PRETENSIONES**

Expresamente se desarrollan de la siguiente forma:

Proceso 13001 -33-31-001-2012 -00105-00

"PRIMERA: Declarar que La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, son Administrativa y Patrimonialmente responsable de los perjuicios Morales, Materiales y Daño a la vida de Relación ocasionados



a cada uno de los actores, con motivo de la muerte por inmersión del **IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.)**, el cual perdió la vida en accidente ocurrido en el corregimiento de Sitio Nuevo (Bolívar), en cumplimiento de la misión táctica no (sic) 261 Hidrocarburo No 197 CBAFLIM30 de octubre 11 de 2011, en momentos en que se encontraba **de servicio de guardia a bordo de remolcador Transfucol 6, y tropieza con un bordillo del remolcador el cual por carecer de barandas o cualquier otro elemento de protección, permite que el militar cayera al agua sin que se pudiera realizar su rescate** por la turbulencia del río (sic), produciendo su naufragio el día 31 de octubre de 2011.

SEGUNDA: Como consecuencia y en virtud de la anterior declaración condénese a la **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional**, a pagar a los actores o a quienes representen legalmente sus derechos los perjuicios morales y materiales, que se formulan a continuación:

A – DAÑO MORALES

Por la muerte por inmersión del **IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.)**, solicito para cada uno de los demandantes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales de las cantidades que más adelante enumero así:

	NOMBRE	PARENTESCO	SMLMV
1	Miguel Torrente Meza	Padre	100
2	Christian Andrés Torrente Ortiz	Hermano	50
3	Isabella Torrente Ortiz	Hermana	50
4	Valeria Torrente Ortiz	Hermana	50
5	MIGUEL SEGUNDO TORRENTE TORDECILLA	Abuelo Paterno	100
6	GLADIS MARIA MEZA MARTINEZ	Abuela Paterna	100
7	ERICA TORRENTE MEZA	Damnificada	100
	TOTAL		550

B- Daño a la vida de relación o Alteración Grave de las Condiciones de existencia:

A (sic) manifestado el H. Consejo de Estado; que este tipo de Daño es omnicompreensivo, ya que no se limita su reconocimiento a la víctima directa del daño **toda vez que el mismo puede ser sufrido además por las personas cercanas a ésta, como sus padres, hermanos, abuelos:** y además porque abarca varios aspectos que trascienden en el ámbito extrínseco del individuo, pretendiendo resarcir la alteración de las condiciones de existencia, la pérdida de goce y disfrute de los placeres de la vida, y en nuestro caso la afectación sufrida por los



demandantes, en razón a que se le perturbó su vida y existencia con la ausencia indefinida de su hijo, hermano y nieto, no sólo porque que han sido privados de su apoyo, afecto y compañía sino que también dado el grado de amor filial que se profesaban les ha generado su ausencia una afectación psíquica o nerviosa lo que les ha perjudicado su vida laboral, escolar, social y personal, por lo que se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.

Por todo lo anterior se ha configurado un perjuicio que debe ser indemnizado y que se estima en la siguiente cantidad:

	NOMBRE	PARENTESCO	SMLMV
1	Miguel Torrente Meza	Padre	100
2	Christian Andrés Torrente Ortiz	Hermano	50
3	Isabella Torrente Ortiz	Hermana	50
4	Valeria Torrente Ortiz	Hermana	50
5	MIGUEL SEGUNDO TORRENTE TORDECILLA	Abuelo Paterno	100
6	GLADIS MARIA MEZA MARTINEZ	Abuela Paterna	100
7	ERICA TORRENTE MEZA	Damnificada	100

C- PERJUICIOS MATERIALES

Pretende además, en su condición de padre de IMP Richard Torrente (q.e.p.d.) que la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, repare el daño a título de perjuicios materiales, en la modalidad del Lucro Cesante las siguientes sumas, así:

LUCRO CESANTE: Consistente en la suma de dinero que cubra la supresión económica que el IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.) le proporcionaba a su padre Miguel Torrente Meza por un período de 37,1 años (445,2 meses – vida probable del padre de la víctima), como indemnización debida o consolidada desde el mes de noviembre de 2011 de (sic) hasta la fecha de la sentencia condenatoria, y la futura que va desde esta última fecha hasta la fecha de vida probable del padre; a razón del 50% del salario devengado, es decir, \$517.959; ajustada con base en los índices de precios al consumidor que correspondan al mes de noviembre de 2011 y al mes anterior a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, junto con los intereses moratorios que se causen después de esta fecha, sumas que hoy se estiman así:

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SIGCMA

SALA DE DECISIÓN No. 001 ESCRITURAL

PADRE	IND. DEBIDA	IND. FUTURA	IND. TOTAL PER. MATERIALES HOY
Miguel Torrente Meza	\$2.820.507,81	\$126.840.995,5	129.661.503,37 Equivalente a (228 smlmv)

La anterior indemnización, tomando como base los siguientes parámetros:

a- La calidad de hijo soltero, del IMP Richard Torrente Fernández, el cual prestaba auxilio económico a sus padres; a su vez no había formado familia propia.

b- Para el cálculo de la indemnización se tendrá en cuenta el último salario percibido por el finado debidamente actualizado al momento de realizar el cálculo (sic) de la indemnización el cual ascendía para la fecha de su muerte a Un Millón ciento cuatro mil novecientos ochenta pesos con cuarenta centavos (\$1.104.980,40)¹ pesos M/L que mensualmente devengaba el IMP Richard Torrente Fernández, de la Armada Nacional. La indemnización se dividirá en dos períodos, uno consolidado, comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 y la fecha de la providencia que efectúe la liquidación, y otro futuro, comprendido entre el día siguiente a la fecha de dicha providencia y el último día de la vida probable del demandante. Sobre la anterior suma se adicionará un 25% que, se presume, recibía por concepto de prestaciones sociales, y al total se le descuenta un 25% estimativa de los que el finado gastaría para si (sic) mismo; **el resto sería la renta actualizada que se tomaría para liquidar los perjuicios dividida en un 50% para cada uno de sus padres.**

c- El IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.), contaba para la fecha de su muerte con 24 años – 9 meses de nacido y una vida probable de 56.1 años de supervivencia según la Resolución N° 1555 de fecha 30 de julio de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

d- La vida probable de su padre **Miguel Torrente Meza, quien contaba para esa fecha con una edad de 44 años** y un período de 37,1 (445,2 meses – vida probable del padre de la víctima).

e- Actualizadas dichas cantidades según su variación porcentual del índice de precios al consumidor (I.P.C.), existente entre el mes en que ocurrió el hecho y el que exista cuando se produzca el fallo definitivo o el auto que liquida dichos perjuicios.

f- La fórmula (sic) de matemática financiera aceptada por financistas y doctrinantes, lo mismo que por la H. Corte Suprema de Justicia y el H.

¹ “De conformidad al último comprobante de pago de nomina (sic) expedida por la Armada Nacional y que se acompaña como prueba a esta demanda.”



Consejo de Estado, para liquidar indemnización debida o consolidar y la futura.

TERCERA: Que la liquidación de los perjuicios se haga con observancia de la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto en los Art. 177 y 178 del C.C. Adm. y 16 de la ley 446 de 1998. Dicha liquidación se actualizara sin solución de continuidad desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento del pago total de la reparación del mismo.

CUARTA: Que se nos reconozca el carácter de apoderados especiales de la parte actora, en los términos y para los efectos consignados en los respectivos poderes.

QUINTO: Condenar en costas y gastos a la parte demandada en caso de oposición temeraria, injustificada falta de colaboración en el aporte o practica (sic) de prueba y/o interposición de recursos con un interés meramente dilatorio."

Proceso 13001 -33-31-701-2012 -00114-01

"PRIMERO. Declarar administrativamente y patrimonialmente responsable, por falla del servicio a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes por la muerte del señor RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ (Q.E.P.D.), en hechos ocurridos el 1 de noviembre de 2011.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL a reconocer y pagar como reparación integral del daño ocasionado a los perjudicados, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

DAÑO MORAL:

- BRENDA VILLALOBOS REYES (Compañera permanente), el equivalente a cien (100) salarios legales mínimos mensuales.
- RUTH FERNÁNDEZ MAYO (Madre), el equivalente a cien (100) salarios legales mínimos mensuales.
- NOHEMI FERNÁNDEZ MAYO (Tío), el equivalente a cien (100) salarios legales mínimo mensuales.
- RICARDO SERPA MAYO (Tío), el equivalente a cien (100) salarios legales mínimos mensuales.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION



(...)

Con fundamento en lo anterior solicitamos que sea indemnizado el daño a la vida de relación de los siguientes demandantes:

- BRENDA VILLALOBOS REYES (Compañera permanente), el equivalente a doscientos (200) salarios legales mínimos mensuales.
- RUTH FERNÁNDEZ MAYO (Madre), el equivalente a doscientos (200) salarios legales mínimos mensuales.

PERJUICIOS MATERIALES – Lucro cesante

Solicitamos que la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL indemnice los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en los siguientes términos:

Se precisa que a partir de la plena prueba del parentesco que unía a la víctima con la señora BRENDA VILLALOBOS REYES (compañera permanente) con la obligación alimentaria prevista en el artículo 411 numerales 1º y 2º del C.C., según la cual se deben alimentos al cónyuge o compañero permanente, se puede inferir también que RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ aportaba para el sustento económico a su compañera.

Es preciso anotar además que, la Constitución de 1991 en su artículo 44 establece para los niños, que las autoridades estatales, deben propender por hacer efectivos sus derechos, entre ellos la salud y la seguridad social, la alimentación, la educación y la cultura. Así pues, si un niño se ve privado de los recursos necesarios para su subsistencia, a raíz de un daño imputable al Estado, como lo es en este caso la muerte de su padre, a través de la reparación de perjuicios, se debe disponer lo necesario a fin de tratar de corregir y compensar esa situación.

Dicho lo anterior, RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ, recibía por parte de la Armada Nacional, un salario de (\$890.250.00), adicionando a este valor un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales, de acuerdo a la Sentencia del Consejo de Estado, de octubre 4 de 2007 en los expedientes 16058 y 21112 con ponencia del Dr. Gil Botero, aplicando el IPC a la fecha de la sentencia.

En efecto, aplicando dichas reglas, y atendiendo el sentido común, es obvio que debía dedicar algún porcentaje de ellos a la propia subsistencia, el cual se estima en un 25% de sus ingresos, por lo tanto, aportaría el porcentaje restante a gastos familiares. Entonces, al salario tomado como base para el cálculo, se le



descontará el 25%, correspondiente al valor aproximado que RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ debía destinar para su propio sostenimiento, quedando la base de la liquidación.

El 100% de este valor se tendrá en cuenta como suma base para el cálculo de la indemnización correspondiente su (sic) compañera permanente, se tendrá en cuenta como límite la vida probable de ella.

Con base en lo anterior, se tasará la indemnización debida o consolidada, que abarca el lapso transcurrido desde la época de los hechos hasta la fecha actual y la indemnización futura o anticipada, que abarca el período transcurrido entre la sentencia y la vida probable de la compañera permanente.

TERCERA. El demandado, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, o quien sus derechos represente en el momento de la sentencia, dará cumplimiento a esta en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTA. Todas las sumas se reajustarán a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

QUINTA. Una vez ejecutoriada la sentencia, la suma a pagar generará intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la misma y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, de acuerdo a lo establecido en sentencia C-188 del 24 de marzo de 1999 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández. Así mismo se dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 1653 del Código Civil "Todo pago se imputará primero a intereses".

2. HECHOS

Se relata en ambas demandas que el joven Richard Miguel Torres Fernández (q.e.p.d.), nació el día 7 de febrero de 1987, de una relación que sostuvo la señora RUTH FERNÁNDEZ MAYO y MIGUEL TORRENTE MEZA, con domicilio en esta urbe y quien fallece el día 01 de noviembre de 2011, teniendo exactamente 24 años de edad.

Que al finado le sobreviven su compañera permanente BRENDA VILLALOBOS REYES, su padre, MIGUEL TORRENTE MEZA, su madre RUTH FERNÁNDEZ MAYO, sus hermanos CHRISTIAN ANDRES TORRENTE ORTÍZ, ISABELLA TORRENTE ORTÍZ y VALERIA TORRENTE ORTÍZ, sus abuelos paternos MIGUEL SEGUNDO TORRENTE TORDECILLAS y GLADIS MARIA MEZA MARTÍNEZ,



sus tíos paternos y maternos ERICA TORRENTE MEZA, NOHEMI FERNÁNDEZ MAYO y RICARDO SERPA MAYO, todos igualmente demandantes dentro del presente asunto.

Se manifiesta en la demanda y de conformidad con lo dispuesto en el Informe Administrativo por muerte N° 001², que el IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.), el día 31 de octubre de 2011 siendo aproximadamente las 4:30 de la madrugada, en el corregimiento Sitio Nuevo (Bolívar), se encontraba en cumplimiento de la misión táctica N° 261 Hidrocarburo N° 197 CBAFLIM30 de octubre 11 de 2011, bajo las órdenes del escolta CPCIM Burgos Correa Ventura Enrique. Mientras desarrollaba funciones de "guardia" en el "Remolcador Transflucol 6", tropezó con un bordillo del remolcador, el cual, según se relata en la demanda, no tenía barandas o elementos de protección, lo cual ocasionó que el IMP fallecido cayera al agua junto con su chaleco salvavidas y el fusil de dotación, sin que se pudiera realizar su rescate debido a la turbulencia del río Magdalena, que lo arrastró, encontrándose el cuerpo sin vida el día 01 de noviembre de 2011.

Que previo al hecho narrado en el párrafo anterior, el IMP Richard Torrente Fernández, se encontraba entregando unos chalecos salvavidas a un personal del Ejército de Colombia perteneciente al Batallón Energético y Vial N° 07 que se estaban embarcando a bordo de los bongos del remolcador en el cual prestaba guardia el finado.

Finalmente alegan los demandantes: *"Nos encontramos entonces; frente a una **Responsabilidad Objetiva por Riesgo Excepcional**, en razón a que como ya se ha narrado el accidente en el cual pierde la vida nuestro militar, se da mientras se transportaba prestando guardia a un remolcador; por lo cual como el daño se produce en ejercicio de una **actividad peligrosa**, entonces el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. Es decir **DICHO RIESGO NO SE CONCRETA** en la ACTIVIDAD MILITAR DE COMBATE O DE DEFENSA QUE ASUMIÓ A VOLUNTAD EL IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.), pues el mismo fue puesto en circunstancias que intensifican ese riesgo y rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, que asumen los demás Infantes Profesionales del cuerpo armado."* Negrillas y subrayas del texto.

4. Contestación de la demanda.

² Véase Informe Administrativo por Muerte N° 001 de fecha 01 de noviembre de 2011 elevado por el Comandante de la Unidad Militar BAFLIM 30, visible a folio 45 del expediente con radicación 13001-33-31-701-2012-00105-01 y a folio 17 del expediente con radicación N° 13001-33-31-701-2012-00114-01.



La entidad accionada presentó contestación oportunamente, y solicitó que se denieguen las pretensiones. Como razones de defensa afirmó:

" (...) En reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, se menciona que el riesgo debe ser grave y anormal, características que deberán ser analizadas por el juez. El riesgo debe exceder los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados.

En el sub examine, el Riesgo Excepcional no se configura, ya que éste no puede se puede aplicarse (sic) a la actividad Fluvial desarrollada por la demandada, toda vez que la víctima estaba adscrito a una UNIDAD TACTICA (sic) denominada: BATALLÓN FLUVIAL DE INFANTERIA DE MARINA N° 30, y a la Unidad Operativa: COMPAÑÍA "**ASALTO FLUVIAL**". Lo cual significa que el IMAR PROFESIONAL RICAR MIGUEL TORRENTE FERNANDEZ (sic) (Q.E.P.D.), se encontraba preparado y adiestrado en esta materia o en esta actividad, dotado de todo lo necesario para afrontar el riesgo propio de su desempeño.

Por lo tanto, la muerte de la víctima, no se produjo por falla del servicio, como tampoco obedeció a la creación de un riesgo excepcional diferente o mayor al que afrontaban sus demás compañeros; sino por el contrario, fue el resultado de los riesgos inherentes de la misma actividad militar que desempeñaba, de la cual no se deriva responsabilidad patrimonial de mi defendida, ya que en estos casos, solo resulta aplicable, el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), por tratarse de un accidente de trabajo.

(...)

Así las cosas, la muerte del militar en comento, solo debe ser reparada prestacionalmente, por tal razón no es indemnizables más allá de lo prestacionalmente corresponde (sic) por ley, dada (sic) que su muerte se produjo como consecuencia de un accidente de trabajo.

Es evidente, que las circunstancias que rodearon la muerte del IMP TORRENTE FERNANDEZ (SIC), es el resultado de un hecho imprevisto, inesperado y fortuito que no estaba contempladas en las previsiones ordinarias de la actividad militar, es decir, fue es (sic) un **caso fortuito, imprevisto que no es posible resistir**, el cual se caracteriza por la doctrina, por ser IMPREVISIBLE, IRRESISTIBLE y por tanto INEVITABLE.



(...)

En el sub examine, no se advierte el anormal funcionamiento del servicio, no existe nexo de causalidad entre este y el daño; por lo tanto los perjuicios sufridos por el actor, sólo deben ser reparadas prestacionalmente, ya que el Estado Colombiano sólo comprometió su responsabilidad a título de imputación legal, esto es, de conformidad con el régimen legal prestacional vigente aplicable para los daños sufridos por el personal de la Fuerza Pública, siendo su responsabilidad determinada y reglamentada en el régimen laboral y prestacional propia del personal de soldados, oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, sin comprometer su responsabilidad extracontractual.

Dicho de otra manera, el daño sufrido por el actor no es imputable al Estado, en cuanto su producción no concurrió acción u omisión atribuible a la demandada, lo cual nos lleva a concluir que su responsabilidad extracontractual no resultó comprometida y el título de imputación no puede ser otro que la ley, frente a su condición Soldado Profesional que limita a la aplicación del REGIMEN LEGAL y PRESTACIONAL aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

En síntesis, en el sub examine no se dan los presupuestos estructurales de la Falla del servicio o del riesgo excepcional, el daño patrimonial para la parte demandante no provino de una acción u omisión imputable a la Administración, que permita la aplicación del artículo 90 de la Constitución Nacional, por consiguiente solicito a su señoría se deniegue las súplicas de la demanda."

5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia el 3 de julio de 2015, oportunidad en la cual hizo el estudio del caso bajo el régimen de responsabilidad de la falla del servicio probada y negó las pretensiones de la demanda, en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Para arribar a la anterior decisión, el a quo expuso lo siguiente:

"7.2.1. Del daño:



En el caso concreto, considera esta agencia judicial que está demostrado el daño por el cual reclama indemnización, esto es, la muerte del Infante de Marina Profesional Richard Miguel Torrente Fernández, tal como se acredita con el Registro Civil de Defunción con serial N° 4929513 en el cual, consta que el deceso del citado castrense se produjo el día 01 de noviembre de 2011.

Así mismo, de acuerdo al Informe Técnico de Necropsia Médico Legal practicado por la E.S.E. Hospital Local San Pablo, se estableció como conclusión que "los hallazgos de necropsia corresponde a una asfixia por sumersión, la cual impide la oxigenación de la sangre en los pulmones, produciendo una hipoxia generalizada y posteriormente la muerte..."

7.2.2. De la imputabilidad del daño

De acuerdo a las pretensiones de la parte actora, la entidad demandada debe responder por la muerte del citado Infante de Marina Profesional, considerando que perdió la vida en desarrollo de una operación militar mientras se encontraba de guardia a bordo del remolcador Transflucol 6, situación a la que debe aplicársele el régimen objetivo de responsabilidad.

Por su parte la entidad demandada enfatizó en que no debía responder comoquiera que, no estaba probada la falla en el servicio, régimen que considera aplicable al caso concreto. Además insistió en el argumento del riesgo propio del servicio toda vez que, la víctima estaba adscrito a una unidad táctica denominada Batallón Fluvial de Infantería de Marina N° 30 y a la Unidad Operativa compañía "Asalto fluvial", por lo que, el citado IMAR se encontraba preparado y adiestrado para el riesgo propio de su desempeño.

7.2.2.1. De los riesgos que asumen voluntariamente quienes se vinculan a la fuerza pública.

(...)

Se puede considerar que el único riesgo que profesionalmente estaba en condición de asumir el citado IMAR era el derivado de enfrentamiento armado o también asumió los propios de la actividad militar teniendo en cuenta que se trataba de un **infante de marina**, es decir, que su actividad militar se desarrollaría en medio de

desplazamientos fluviales o marítimos y que por ende, los riesgos derivados de tal actividad peligros también eran asumidos de manera voluntaria?

(...)

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tengan que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede – en cada caso concreto – válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

Y es precisamente tal argumento el que encaja en la situación aquí examinada, pues, si bien la parte actora pretende se aplique la posición jurisprudencial citada en precedencia, lo que nos llevaría a resolver el caso sub examine bajo el régimen de responsabilidad objetiva con aplicación del título de imputación de riesgo excepcional; este despacho teniendo en cuenta las particularidades del caso, estima que dicho régimen de responsabilidad no es el procedente para el asunto en cuestión, máxime cuando el castrense fallecido del cual trata la sentencia citada por la parte actora no guarda identidad con el asunto bajo examen desde el punto de vista del perfil profesional que desarrollaba al interior de la fuerza pública, como quiera que el relacionado en la sentencia de la cual funda la parte demandante su postura – veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002) – se trataba de un miembro perteneciente al grupo de Fuerzas Especiales Rurales y el examinado en el sublite era un Infante de Marina Profesional.

Descendiendo al caos (sic) de marras, a efectos de la imputación del daño a la entidad demandada, se tendrá en cuenta que éste se produjo con ocasión del cumplimiento de una misión oficial N° 268 hidrocarburos, lo que corresponde a la materialización de uno de los riesgos propios de la actividad que la víctima asumió de manera voluntaria.

(...)

Que de conformidad con la Misión a cargo de la Infantería de Marina, se encuentra que la misma desarrolla operaciones en la jurisdicción terrestre asignada a la Armada, en los litorales Caribè y Pacífico, en el



territorio insular y en los ríos de Colombia, donde su poderosa capacidad de fuerza anfibia le permite ejercer el control fluvial y terrestre en su jurisdicción y apoyar con eficiencia las fuerzas navales cuando estos lo requieran.

De acuerdo a lo anterior, considera el despacho que la actividad desarrollada por lo miembros del Infantería de Marina implica icásticamente una exposición a riesgo superior al asumido por el desarrollo de la actividad al darse la misma en medio acuático y a través de embarcaciones fluviales o marítimas, por ello, el nombre o denominación que adquieren de Infantes de Marina, por lo tanto, los riesgos derivados de dicha actividad se inscriben dentro de los que de manera voluntaria toman quienes se vinculan a dicha estructura.

Entonces, solo en los eventos en los que el Estado omite la implementación de medidas técnicas y demás dispositivos necesarios para anular, o al menos reducir al mínimo los riesgos que implican la ejecución de la actividad peligrosa, o no brinda a los integrantes los instrumentos o medio suficientes para evitar la concreción del riesgo, incurre en responsabilidad por falla del servicio.

Y es que para el caso en examen – aplicando el régimen subjetivo de responsabilidad -, la parte accionante arguye que en el momento en que se registró el tal hecho, el IMAR RICHARD TORRENTE FERNÁNDEZ se encontraba prestando guardia de seguridad al remolcador Tranflucol ó, sin que el mismo contara con las medidas de seguridad del personal ya que presuntamente carecía de un salvavidas tipo aro o cuadro.

(...)

De acuerdo a las pruebas testimoniales que se acaban de señalar, las cuales ofrecen plena credibilidad al despacho, por ser coherentes, razonables y no haber sido desvirtuadas durante el proceso, el IMAR Richar Miguel Torrente Fernández en el momento de producirse el fatídico hecho contaba con el respectivo chaleco salvavidas, lo que permite inferir que la entidad demandada se sujetó al protocolo de operación táctica diseñado para tal efecto.

Y es que de las pruebas allegadas al plenario, se confirma lo manifestado por los declarantes reseñados en párrafos precedentes y se evidencia el rigor dado por parte de la unidad táctica a la cual hacía parte del finado sobre el cumplimiento de dicho protocolo



acerca del porte de chalecos salvavidas, al encontrarse probado la verificación de la lista de chequeo operacional – FL. 152-163 rad. 2012/114- en el cual, precisamente se observa el suministro de material de intendencia y equipos especial, resaltando la entrega de chalecos salvavidas. Así como también, el formato de asistencia a la jornada de instrucción sobre la Misión táctica – FL- 161 rad 2012/114.

Todo lo anterior, muestra que no solo la accionada diseñó un decálogo de seguridad para escoltas de remolcadores – FL. 137 al 139 rad. 2012/114 – sino que además, ejecutó el mismo con diligencia, lo que desvanece cualquier imputación sobre la existe (sic) de una falla en el desarrollo de la actividad de guardia o escolta fluvial que desarrollaba el finado en su calidad de Infante de Marina, por lo que, el insuceso no es asunto diferente a la materialización del riesgo que asumió la víctima cuando optó por vincularse a la fuerza pública, en ejercicio de funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como Infante de Marina, lo cual, en consecuencia, excluye la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por el daño y hace a los beneficiarios de las víctimas acreedores a las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait).

Al respecto de la calidad o condición del salvavidas portado por el IMAR fallecido, no se tiene prueba alguna que acredite el supuesto de hecho invocado por la parte demandante, ni tampoco lo afirmado acerca de la ausencia de línea de fe que alude.

Como colofón, considera el despacho que en el caso concreto, las pruebas que obran en el expediente no son indicativas de que el Estado haya contribuido eficazmente a la causación del daño, antes por el contrario, lo observado es que el actuar de este se dio ajustándose a las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia del mismo, en particular, al haber diseñado unos protocolos o decálogos no solo para la seguridad del remolcador sino para la de los miembros de la escolta del mismo al dotar al infante de Marina Profesional de su chaleco salvavidas y demás implementos necesarios para su seguridad personal."

6. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, pidiendo la revocatoria del fallo de primera instancia, con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad:



“Discrepo de la decisión de primer grado, porque de acuerdo con la lectura de las pruebas obrantes en el proceso, y de la jurisprudencia decantada en casos similares por el H. Consejo de Estado podría concluirse que el daño (MUERTE POR AHOGAMIENTO DE INFANTE DE MARINA PROFESIONAL) NO SE PRODUCE COMO ERRONEAMENTE LO INTERPRETA EL A quo, es decir como un riesgo propio de la actividad, ya que el mismo no ocurre como consecuencia del actuar del enemigo encontrándose el militar en defensa de la soberanía y la seguridad del Estado “estando en combate” (que sería el riesgo que asumen voluntariamente este tipo de militares); sino que su muerte de conformidad al Informe Técnico de Necropsia Médico Legal agregado al plenario a folio 46 y siguientes del expediente se produce por sumersión (Los hallazgos de necropsia corresponden a una asfixia por sumersión produciéndose la muerte”), es decir, es producto de la materialización de un riesgo creado al transportarse en un medio (agua) y al usar un instrumento (remolcador) altamente peligroso que a su vez no contaba con las medidas de seguridad y el apoyo logístico requerido.

Todos los militares que plausiblemente ingresan a un cuerpo militar y toman las armas en defensa de la soberanía y defensa del Estado, asumiéndolo como un estilo de vida o una profesión, asumen los riesgos propios de esa misión específica es decir la que se deriva de su incorporación a la institución militar pero no aquella que se genera en la implementación de las actividades peligrosas de las que se vale legítimamente el Estado para desarrollar sus tareas en condición de garante; de ahí que el obligado o guardián de la actividad peligrosa deba siempre razonablemente prever y medir su propia habilidad para conjurarlo o bien abstenerse de contraer el riesgo al creer no poder evitarlo; esto por cuanto, el hecho de que los militares ya sea que pertenezcan a la Armada, Ejército o Fuerza Aérea, tengan que en ejercicio de sus funciones transportarse en un helicóptero, motocicleta, automotor, motonave, remolcador (actividades calificadas por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado como altamente peligrosa) no hace que icásticamente como lo afirma el A quo asuman el riesgo que se deriven de su implementación como en el caso de marras, pensar lo contrario sería desechar la teoría de la concreción de riesgo excepcional en la implementación de actividades peligrosas que juiciosamente a decantado el H. Consejo de Estado.

Lo que significa el hecho de incorporarse a la Armada Nacional, como infante de marina profesional, tiene relevancia es en el tipo de entrenamiento que reciben puesto que dicho personal esta (sic) entrenado para combate fluvial y no para operaciones en tierra. Pero finalmente el



riesgo que asumen es el mismo y no es otro que el de ser "dados de baja por el enemigo dentro del conflicto armado al ser considerados como objetivo militar". No encontramos referencia jurisprudencial que califique a uno o a otro con mayor grado de riesgo tal como lo hace el A quo en sus argumentaciones. En ninguna norma o disposición jurisprudencial que pueda servir como referencia se tiene que los Infantes de Marina Profesionales asuman como un riesgo propio del servicio el perecer producto de ahogamiento al caer de un remolcador donde se presta servicio de escolta por tropezar con una llave (que se encuentra en el suelo o base del remolcador) y caer al agua por carecer el mismo de algún elemento de contención llámese barandas, cuerda o algo que evitara que el mismo callera (sic) al agua como justamente paso en el caso que ahora llama nuestra atención, más aun, caer a un río caudaloso y turbulento en horas de la madrugada donde el salvavidas no cobra ninguna protección, ya que el mismo fue absorbido por la fuerza de los bongos; y que finalmente esto pueda entenderse como un riesgo inherente a los militares incorporados a la Armada Nacional en calidad de Infantes de Marina Profesionales.

(...)

Es indudable que en el momento de su fallecimiento, el señor Richard Miguel Torrente Fernández (q.e.p.d.) se encontraba en una situación cotidiana propia de su labor constitucional y legal como Infante de Profesional de la Armada nacional, DE CONFORMIDAD CON LA Misión Táctica N° 261 HIDROCARBUROS 197, LA CUAL TENÍA como MISIÓN "realizar operaciones de vigilancia, interdicción y seguridad fluvial maniobra tipo ESCOLTA con el propósito de ejercer control fluvial garantizando la libre navegación, protección del personal y material el cual transportaba aproximadamente 35.000 barriles de combustóleo.

El informe emitido por la Armada Nacional indica con claridad que se trata de un daño que se verificó en MISIÓN DEL SERVICIO, pero NO por acción directa del enemigo.

(...)

Ahora bien, una vez se estableció con las pruebas documentales agregadas al plenario que la caída al agua del Infante Richard Miguel Torrente Fernández (q.e.p.d.) No ocurrió en medio de un ataque guerrillero, sino como producto de la **peligrosidad del instrumento; se debió en dicho caso proveer de todas las medidas de protección y seguridad necesarias para**



evitar que cayera un hombre al agua, dado que está visto que ante la turbulencia de las aguas del río Magdalena **el simple salvavidas ser tornó insuficiente para proteger o salvaguardar la vida del militar en guardia que valga la aclaración se dedicaba a reforzar en los otros militares las medidas de precaución que se debían adoptar en la embarcación**, y con lo cual **tal acontecimiento no se torna imprevisible y por lo tanto el obligado o guardián ha debido razonablemente preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo o bien abstenerse de contraer el riesgo al creer no poder evitarlo.**

De todo lo anterior puede sin tanto esfuerzo concluirse contrariamente a lo argumentado en la sentencia de instancia que **El riesgo que se concreto (sic) en la humanidad del Infante Richard Miguel Torrente Fernández (q.e.p.d.) al caerse del remolcador (donde ejercía funciones de Escolta), pero no por la acción del enemigo sino por haber tropezado con una de las llaves que tenía en el piso el remolcador el cual por carecer de barandas, cuerda o algún elemento de contención hizo que el infante aun portando el único elemento de protección proporcionado por la entidad (chaleco salvavidas) al caer a las aguas turbulentas del río Magdalena en horas de la madrugada fuera arrastrado por la corriente y pereciera como consecuencia de ello, RIESGO QUE DE NINGUNA MANERA PODRÍA CONSIDERARSE COMO AQUELLOS QUE SUMEN VOLUNTARIAMENTE QUIENES SE VINCULAN A DICHA ESTRUCTURA.**

(...)

Fincados en el anterior análisis, en las pruebas que respaldan las pretensiones de la demanda y las razones en que se funda este recurso de alzada, puede sin tanto esfuerzo enmarcarse la Responsabilidad del Estado frente a los actores, en consideración a la orientación jurisprudencial según la cual cuando la **Administración utiliza o despliega instrumentos o actividades peligrosas y a consecuencia de ello se causa un daño, la responsabilidad debe estudiarse desde la óptica de la Responsabilidad objetiva por Riesgo (sin irregularidad de conducta)**, y precisamente la conducción de vehículos o automotores de cualquier género, **lanchas, aeronaves, botes, remolcadores**, armas de fuego etc., se encuentran inmersos en dicho régimen, puesto que tal actividad encierra un riesgo objetivamente apreciable, en donde solo bastara probar **el perjuicio indemnizable y/o Daño Antijurídico** que en nuestro caso lo constituye la lamentable muerte por ahogamiento del **IMP Richard Miguel Torrente Fernández (q.e.p.d.)**, daño que cumple con los requisitos de ser cierto, particular y recae sobre un bien jurídico protegido como lo es el derecho a la vida; y probar **la relación de causalidad y/o conducta de riesgo imputada**



contra el Estado causante del daño, que en nuestro caso tal como se expuso anteriormente lo constituye **la muerte por ahogamiento del militar en servicio**, cuando se desplazaba por el río ejerciendo en horas de la madrugada funciones de guardia en la superficie del Remolcador Transflucol 6, en medio de operativo que implicó movilización fluvial; es decir su muerte se causa encontrándose en misión del servicio, como bien lo califica el informe administrativo por muerte N° 001 de 1 Noviembre de 2011, elevado por el Comandante de la unidad militar BAFLIM 30, ya que el Infante Profesional se encontraba en la misión táctica no (sic) 261 Hidrocarburo No 197 CBAFLIM30 de octubre 11 de 2011, agregado al plenario fol 45 y 132.

Es decir el servicio lo prestaba mientras se desplazaba en un **instrumento peligroso (remolcador)**; utilizada por el Estado también en un medio altamente peligroso (agua), es decir tanto la actividad como la estructura resultaban peligrosas; materializándose lamentablemente el riesgo creado por la Administración al caer el militar en la madrugada a las aguas turbulentas del río Magdalena con el salvavidas y su arma de dotación siendo absorbido por los planchones sin que pudiese ser socorrido, al tropezar con unas llaves que se encontraban en el piso del remolcador y por carecer de barandas de seguridad o de cualquier elemento de protección cae al agua produciéndose su naufragio por ahogamiento de acuerdo a las conclusiones que llega el Informe Técnico de Necropsia Médico Legal agregado al plenario a folio 46 y sgtes del expediente "Los hallazgos de necropsia corresponden a una asfixia por sumersión produciéndose la muerte es la razón por la cual, el Estado debe soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo.

(...)" Negrillas y subrayas del texto.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El agente del Ministerio Público dentro del presente asunto, desistió de emitir concepto.

8. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

8.1. Parte demandante



De la lectura de los argumentos expuestos en el escrito de alegaciones finales del apoderado judicial de los demandantes, evidencia la Sala que éste confirma los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

8.2. Parte demandada

Por su parte el apoderado judicial del demandado, señala que la conclusión en esta instancia no puede ser otra a la que arribó el fallador de primera instancia, cual es que no se puede hablar de riesgo excepcional, por la específica tarea desempeñada por el IMP RICHARD TORRENTE FERNÁNDEZ (q.e.p.d.), y que los riesgos derivados de tal actividad se inscriben dentro de los que voluntariamente fueron asumidos por el causante.

Que conforme al material probatorio se evidencia que en el lamentable momento en que el causante cae al agua luego de tropezar, portaba chaleco salva vidas, y que en forma inmediata se activó la alarma de hombre al agua y se inició la búsqueda, como también se siguió todo el protocolo de seguridad para el desarrollo de la misión, lo que demuestra que la demandada siempre veló por la seguridad de sus hombres, y que la muerte del accionante fue un accidente laboral.

II. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 23 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 28 de marzo de 2016, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público.
- Ingresó al Despacho 01 Escritural para elaboración de la sentencia.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la Segunda Instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el art. 25 de la ley 1285 de 2009- Modificatoria de la ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. De los presupuestos procesales



A continuación se estudiará la competencia del Tribunal Administrativo para avocar el sub lite, la idoneidad de la acción, la legitimación en la causa y la caducidad.

4.1.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en los procesos acumulados bajo examen que tienen vocación de segunda instancia, dado que la cuantía de las respectivas demandas, determinada por el valor de la pretensión mayor al tiempo de su presentación (fl. 441, c.2, y fl. 380 a 381, c.2, acumulado), no supera la exigida por la norma para el efecto.³

4.1.2. Idoneidad de la acción.

Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (art. 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento del supuesto daño inferido a la parte actora y que, en principio, se le imputa a las entidades demandadas.

4.1.3. Legitimación en la causa.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, los aquí demandantes actúan en nombre propio como personas naturales, en razón de los hechos referidos en los procesos acumulados objeto de este pronunciamiento, para reclamar los perjuicios morales y materiales que en cada uno se suscitan.

³ Las demandas con radicados 13-001-33-31-2012-00105 y 13-001-33-31-701-2012-0114, fueron presentadas el 28 de junio de 2012 y el 29 de junio de 2012, respectivamente. Por estar vigente al momento de la presentación de la demanda, se aplica para efectos de establecer la cuantía para determinar competencia, lo previsto de una parte por el artículo 134B núm. 6° del Código contencioso administrativo, adicionado por el artículo 42 de la ley 446 de 1998, que señaló que los juzgados administrativos conocerían en primera instancia de aquellas demandas de reparación directa cuya cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales a la fecha de presentación; por lo que como para el año 2012, el salario mínimo legal mensual estaba en \$566.700,00 en consecuencia los juzgados administrativos conocían de demandas de reparación que no superarían los \$283.350.000,00. Pero así mismo debe tenerse en cuenta también el art. 198 de la ley 1450 de 2011 que dispuso que con el propósito de evitar la congestión de los tribunales administrativos y del consejo de estado, en los procesos que cursen o deban cursar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en relación con los cuales a la fecha de entrada en vigencia de esta ley no se hubiere notificado en debida forma el correspondiente auto admisorio de la demanda o cuando este no se hubiere expedido y cuyas demandas se presenten hasta antes del 2 de julio de 2012, la competencia por razón de la cuantía se determinara con sujeción a las reglas consagradas en el art. 157 de la ley 1437 de 2011, norma esta última que prevé que cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.



En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que según el libelo de la demanda y el acervo probatorio, a la Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional, se le imputa unos presuntos daños, razón por la cual se considera procedente su legitimación por pasiva.

4.1.4. Caducidad

En lo relativo a los términos de caducidad para impetrar la acción de reparación directa, el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo instituye un término de dos (2) años a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido este término la demanda se rechazará de plano (art. 45, ley 446 de 1998).

Teniendo en consideración lo anterior, la Sala encuentra lo siguiente frente a la caducidad: Según se señala en la demanda, el fallecimiento del IMP Richard Torrente Fernández (q.e.p.d.), ocurrió el día 31 de octubre de 2011 siendo aproximadamente las 4:30 de la madrugada, en el corregimiento Sitio Nuevo (Bolívar).

En consecuencia, frente a los daños ocasionados a los demandantes no operó el fenómeno extintivo, por cuanto las demandas de reparación directa por este concepto fueron interpuestas dentro del plazo legal de los dos (2) años, de conformidad con el art. 136 del C.C.A., esto es, los días 28 y 29 de junio de 2012, respectivamente.

4.2. En lo concerniente a las pruebas: La Sala procederá a estudiar la validez de los medios de prueba y los hechos probados.

4.2.1. Validez de los medios de prueba.

En lo relativo a las copias simples. A los procesos se allegaron algunos documentos públicos en copia simple, tales como el informe de administrativo por lesiones y/o muerte de fecha 1° de noviembre de 2011 elaborado por el Comandante de la compañía "Asalato Fluvial" y el comandante de la Unidad militar BAFLIM 30, referido al incidente donde falleció el IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHA MIGUEL⁴, copia del informe técnico de necropsia médico legal del IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHA MIGUEL⁵, copia del extracto de hoja de vida del IMP TORRENTE FERNANDEZ

⁴ Folio 45 del expediente radicado 13-001-33-31-2012-00105 y 17 del proceso 13-001-33-31-701-2012-0114

⁵ Folio 46 a 50 del proceso 13-001-33-31-2012-00105 y 18 a 20 del proceso 13-001-33-31-701-2012-0114



RICHAR MIGUEL⁶, copia de informes de fechas 31 de octubre de 2011 rendidos al Teniente coronel de IM Gerardo Becerra Duran, Comandante del Batallón fluvial de IM No.30 respecto de los hechos ocurridos el día 31 de octubre de 2011 relacionados con el IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHAR MIGUEL⁷, copia de la resolución No. 799 de noviembre 30 de 2011 por medio de la cual se retira del servicio activo de la armada nacional por muerte al IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHAR MIGUEL⁸, así como la investigación preliminar disciplinaria adelantada por el segundo comandante del Batallón fluvial de Infantería de marina No.30 por la muerte del IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHAR MIGUEL, adicionalmente de otros documentos que fueron arrimados al proceso con la demanda (fl, 414 a 425, c.2).

Teniendo en cuenta que el Juez a quo consideró tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y contestación de la misma (fl, 105 a 107; fl, 61 a 63, acumulados), y que las partes guardaron silencio en relación con su arribo al presente trámite, siendo estas el eje central de la participación procesal de las partes, la Sala considera que podrán ser apreciadas de acuerdo con el criterio reiteradamente acogido por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, según el cual cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que estas las tacharan de falsas, pueden ser valoradas y son idóneas para determinar el grado de convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, las copias simples aportadas al plenario serán valoradas para decidir el fondo del asunto⁹.

En lo concerniente a las pruebas trasladadas. Respecto de la investigación preliminar disciplinaria adelantada por el segundo comandante del Batallón fluvial de Infantería de marina No.30 por la muerte del IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHAR MIGUEL, cuyas copias fueron ordenadas por el a quo y remitidas por la demandada mediante oficio del 8 de mayo de 2013 y obran en el expediente a folios 129 a 252 del expediente radicado 13-001-33-31-2012-00105, cabe recordar que el art. 185 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo, en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A., dispone que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables

⁶ Folio 51 a 53 del expediente radicado 13-001-33-31-2012-00105

⁷ Folio 54 a 57 del expediente radicado 13-001-33-31-2012-00105

⁸ Folio 58 del expediente radicado 13-001-33-31-2012-00105

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 28 de agosto de 2013, rad. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.



sin más formalidades, "siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella".

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada por esta Corporación, las pruebas recaudadas en un proceso foráneo o actuación administrativa distinta, pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite el traslado de las pruebas que considere pertinentes para que hagan parte del acervo probatorio, pero que luego de resultar desfavorables a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁰.

De esta manera, teniendo en cuenta que tanto la parte demandante como la parte demandada pidieron que se allegara al sub lite las investigaciones disciplinarias y penales adelantadas por el fallecimiento del IMP TORRENTE FERNANDEZ RICHAR MIGUEL, tanto por el segundo comandante del Batallón fluvial de Infantería de marina No.30 como por la Fiscalía general de la Nación, serán susceptibles de valoración en su totalidad y sin formalidad adicional alguna.

Hechos probados: Teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso y las practicadas en el mismo, luego de un análisis objetivo, la Sala encuentra efectivamente probado la siguiente situación fáctica:

- Que el 18 de julio de 2008 RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ se vinculó a la Armada Nacional como Infante de Marina Profesional donde permaneció por espacio de 3 años 4 meses y 1 día según se deduce de la hoja de vida, visible a folios 51 a 53, habiendo sido retirado del servicio activo por muerte mediante resolución No. 799 de noviembre 30 de 2011 suscrita por el Director de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional, tal como consta a folio 134.
- Que el día 31 de octubre de 2011 murió el IMP Richard Miguel Torrente Fernández a causa de ahogamiento por inmersión – asfixia, según consta en el respectivo informe administrativo por muerte visible a folio 45.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.



- Que el día 1º de noviembre de 2011, el Comandante de la Compañía ASFLU y el Comandante de la Unidad Militar BAFLIM30 conceptuaron lo siguiente frente a la muerte del IMP Richard Torrente Fernández:

“El día 31 de octubre/2011 aproximadamente a las 0430R en el KM 546 sector del corregimiento sitio nuevo (Bolívar), el infante de marina profesional se encuentra de servicio de guardia a bordo del remolcador TRANSFLUCOL 6, en ese momento entregaba los chalecos salvavidas a un personal del EJERCOL, los cuales se estaban embarcando a bordo de los bongos del remolcador TRANSFLUCOR 6 (sic), de acuerdo información suministrada por el personal que estaba en el momento de los hechos, al terminada la maniobra el infante de marina se dirige al remolcador y al parecer tropieza con un bordillo y cae al agua con chaleco salvavidas su fusil de dotación y un proveedor, inmediatamente se activó la alarma de hombre al agua por parte del Comandante de la Escolta, se procedió a la búsqueda de el (sic) infante de marina profesional pero la corriente lo arrastró por debajo del bongo, lo cual limitó el rescate, se realizó coordinación con las unidades del PFA 31 y Defensa Civil para su búsqueda, el día 014 de noviembre/11 aproximadamente a las 1400R el ECFP 30 – 9 encontró el cuerpo sin vida por ahogamiento del infante de marina profesional en el KM 522 Sector del corregimiento Guayabo.

El accidente ocurrido al IMP TORRENTE FERNÁNDEZ RICAR MIGUEL se encuentra tipificado de conformidad en el Decreto 4433/2004 artículo 20 muerte en misión del servicio, ya que el infante de marina profesional se encontraba en cumplimiento de la misión táctica N° 261 Hidrocarburo N° 197 CBAFLIM30 octubre/11, a bordo TRANSFLUCOL 6" (FL 45).

Esos medios de convicción prueban además los siguientes hechos:

- Que el día 31 de octubre de 2011 Richard Miguel Torrente Fernández era Infante de Marina Profesional, adscrito al Batallón Fluvial de Infantería de Marina N° 30 de Magangué - Bolívar.
- Que hacía parte de la tripulación del RR Doña María – Remolcador Transflucol 6.
- Que esa Compañía efectúa operaciones de vigilancia, interdicción y seguridad fluvial maniobra tipo ESCOLTA con el propósito de ejercer control fluvial a bordo del RR Doña María en el Río Magdalena desde Magangué – Barrancabermeja – Barrancabermeja – Magangué, garantizando la libre navegación, protección del personal y material



escortando RR Doña María con 07 botes; 16 tripulantes el cual transporta aproximadamente 35000 barriles de combustóleo.

- Que el IMP Richard Miguel Torrente Fernández, siendo aproximadamente las 4:21 de la madrugada, en servicio de guardia realizaba labores de recibimiento de una tropa del Ejército Nacional, que se encontraba cubriendo las elecciones en los pueblos ribereños, y que en ese momento se embarcaban a bordo del Transflucol 6.
- Que el IMP Torrente Fernández naufragó al tropezar con un borde de la embarcación, que le hizo perder el equilibrio y caer al agua, siendo arrastrado por la corriente.
- Que el Infante de Marina Profesional Richard Miguel Torrente Fernández falleció ahogado, por inmersión - asfixia.

4.4. Problema jurídico a resolver.

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto, compete a la Sala establecer si fue correcto el régimen de responsabilidad por falla del servicio probada que fue utilizado por el a quo para determinar si la demandada debía ser o no declarada administrativamente responsable de la muerte del señor IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ acaecida el día 31 de octubre de 2011 siendo aproximadamente las 4:30 de la madrugada, en el corregimiento Sitio Nuevo (Bolívar) o si por el contrario debió utilizarse fue el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa como es el pilotaje o conducción de embarcaciones o yates fluviales?

En el evento de que se llegue a determinar que debió aplicarse fue el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa y no el de la falla del servicio probada, la sala deberá entonces resolver si el caudal de pruebas recaudado en el sub lite permite concluir que concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados a los accionantes como consecuencia de la muerte del señor IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ acaecida el día 31 de octubre de 2011 siendo aproximadamente las 4:30 de la madrugada, en el corregimiento Sitio Nuevo (Bolívar).

4.5. Tesis de la Sala.

Para esta Sala de Decisión se impone confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Cartagena, de fecha 3 de julio de 2015, toda vez que frente al título de imputación adoptado por el



juez a quo, al considerar que el caso en concreto la responsabilidad se encuadra dentro del régimen de la falla del servicio probada, esta Sala comparte plenamente tal posición, pues se ajusta a la línea de decisiones que esta Corporación ha venido empleando para resolver asuntos como el que se estudia en esta ocasión.

Lo anterior toda vez que revisada situación fáctica, no se observa para con el fallecido IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ, la creación por parte de la demandada, de un riesgo excepcional diferente o mayor al que afrontaban sus demás compañeros militares; sino que por el contrario claramente se vislumbra que lo ocurrido fue un accidente generado por haberse tropezado, lo que conllevó a que callera al río desde el Remolcador Transflucol 6 y su posterior ahogamiento.

4.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La responsabilidad patrimonial del Estado es la obligación que nace para reparar o indemnizar los perjuicios sufridos por los asociados por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de los deberes que tienen rango constitucional y legal.

El Estado tiene el deber de garantizar a los individuos miembros de la sociedad, la vida, el sustento y las posibilidades de trabajo. Pero es además una exigencia del bien común la que los poderes públicos contribuyan positivamente a la creación de un ambiente sano, en el que sea posible al conglomerado social el ejercicio efectivo de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Dicho lo anterior, también es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

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



De ésta modalidad de responsabilidad del Estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

"Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal", ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional".¹¹

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

El daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.



caso de guerra.

- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

Ahora bien, el daño que los demandantes imputan a la parte demandada en el presente proceso, se produjo según manifiestan, con ocasión de la ausencia de medidas de seguridad de la embarcación denominada "TRANSFLUCOL 6", evidenciadas en la falta de salvavidas tipo (aro o cuadro), con amarre o una barra, para auxiliar al personal que caiga al agua; chalecos salvavidas (Tipo I y II) idóneos, toda vez que aseguran que los chalecos con los que contaba el remolcador causante del naufragio, se usan para aguas quietas; la falta de línea de fe, barandas de seguridad, pasamanos o cuerda de protección; y, finalmente que carecía al momento de la novedad, de la seguridad del civil de guardia en la punta, además de no tener la cabina obligatoria de seguridad.

En el recurso de alzada de manera puntual el apoderado de la parte demandante manifiesta que el juez a quo se equivocó al hacer el estudio de la responsabilidad bajo el régimen subjetivo de la falla del servicio probada, pues considera el recurrente que debió manejarse el caso bajo el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa como es el pilotaje o conducción de embarcaciones o yates fluviales.

Por ello resulta conveniente precisar los alcances de uno y otro régimen, así como lo que ha sido decantado por la jurisprudencia frente a los daños ocasionados a miembros de las fuerzas militares.

El régimen del riesgo excepcional, es aquel en el cual se presume la responsabilidad en razón del daño antijurídico que padece la víctima, por lo que se trata entonces de un régimen de responsabilidad sin falla o culpa del servicio.-

Ciertamente como lo señala el apelante, la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego, la conducción de vehículos automotores, pilotaje o conducción de embarcaciones o yates fluviales utilizados en el agua etc., y se genera como consecuencia un régimen objetivo de responsabilidad.



Sobre el pilotaje o conducción de embarcaciones o yates fluviales utilizados en el agua, la jurisprudencia del Consejo de estado ha expresado lo siguiente:

*"Es sabido que ése tipo de actividad si bien ha servido al hombre para la movilización más rápida y para lograr comunicación cuando no existe otro medio, para cruzar de la zona terrestre intermedia por agua, o porque se opta por él entre otros medios, igualmente su ejercicio crea un riesgo no sólo para la estructura del instrumentos sino además por la utilización en otro elemento físico como es el agua, que responde a componentes que no son manejables siempre por la fuerza del hombre."*¹²

Acerca de esta teoría de responsabilidad por riesgo excepcional el Consejo de Estado también ha dicho:

*"No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones, Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del estado."*¹³

Bajo este régimen de responsabilidad del riesgo excepcional, en consecuencia al demandante solo le bastará demostrar el daño y la relación o nexo de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho administrativo, y la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña, es decir, la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. No se eximirá aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades peligrosas.-

Por el contrario el régimen de la falla de servicio probada, el H. Consejo de Estado de tiempo atrás ha dicho que ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2002. Rad 13.090

¹³ Consejo de estado. Sentencia Agosto 10 de 2000. Expediente 11.585, Magistrado Ponente Dr. Ariel Eduardo Hernández.



la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual¹⁴.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía¹⁵.

Y para declarar la responsabilidad de la entidad demandada por los hechos que se le imputan, bajo el régimen de la falla del servicio probada es obligación del demandante probar los siguientes elementos:

1. Un daño.
2. Una acción u omisión.
3. Un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido.

Bajo este régimen de responsabilidad de la falla del servicio, la carga de la prueba de los requisitos arriba mencionados, está a cargo del demandante por regla general y demostrados estos, la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que a su vez logre demostrar la debida diligencia, el cuidado, la pericia en la prestación del servicio a su cargo, el hecho de la propia víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la existencia de un caso fortuito y la fuerza mayor.

Pues bien, en el caso sub examine, los demandantes, de acuerdo con lo informado en la demanda, no alegaron los daños derivados de una falla del

¹⁴ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

¹⁵ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.



servicio de la Armada Nacional, sino los daños que les produjo el riesgo a su juicio excepcional al que fue sometido el occiso IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ cuando la demandada ejercía una actividad peligrosa como lo era la conducción de embarcaciones o yates fluviales.

Con relación al régimen de responsabilidad por daños causados a miembros de la Fuerza Pública, el criterio para determinar la responsabilidad del Estado ha estado dominado por la noción de actividad riesgosa, para sostener que el personal militar, policial y afín, en el ejercicio de sus funciones, asumen una serie de riesgos propios del servicio.

En este sentido, a los miembros de los cuerpos de defensa y seguridad del Estado le es exigible el cumplimiento de deberes cualificados de defensa de la "soberanía, independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" al igual que les corresponde velar por el "mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas" conforme a los postulados constitucionales (artículos 217 y 218 Constitución Política); es así como el cumplimiento de tales fines legítimos trae por consecuencia que en variados casos se exija de los miembros de los órganos de seguridad la ejecución de actividades que, en pro del bienestar general y la seguridad, revisten una amenaza de lesión a uno o varios intereses jurídicamente tutelados para los agentes del Estado.

A este respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que en cada caso deben precisarse las actividades que ejercen los miembros de la fuerza pública para determinar el nivel del riesgo al que se expone el agente del Estado, en los siguientes términos:

*"también corresponde advertir que no todos los integrantes de la Fuerza Pública asumen los mismos riesgos y que por esa razón, a efectos de determinar en un evento concreto ese 'riesgo profesional', necesariamente ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones, la de las actividades y la de la misión que al momento de los hechos le correspondía ejecutar, de conformidad con la labor escogida y la institución a la cual se vinculó."*¹⁶

En cualquier caso, es pertinente decir que los riesgos ordinarios que se presenten con ocasión de la actividad desplegada por los miembros de la fuerza pública no pueden ser de tal connotación que impliquen una

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de febrero de 2010, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicado: 27001-23-31-000-1998-00244-01(18371)



renuncia de los derechos humanos y/o fundamentales; esto es, los mismos no pueden constituir una afectación desproporcionada a los derechos que les son inherentes al ser humano solo por la mera condición de serlo y ser partícipe de un Estado Social de Derecho; desde la perspectiva del test de proporcionalidad y a través de cada uno de sus subprincipios se observa:

- i) Que las actividades que despliega la fuerza pública son *idóneas* en tanto que persiguen la realización de un fin legítimo de orden constitucional expreso, como es la defensa de la soberanía, la libertad y el aseguramiento del ejercicio de los derechos y libertades públicas.
- ii) Los riesgos ordinarios asumidos por los miembros de la fuerza pública son *necesarios*, en tanto que, acorde a la realidad de nuestra sociedad, se hace imperiosa la existencia de cuerpos militares y policiales que hagan frente a las acciones tendientes a afectar el orden institucional, la democracia y los derechos y libertades de los individuos.
- iii) En el estadio de la proporcionalidad *stricto sensu* se tiene que los fines perseguidos corresponden a intereses de carácter difuso por cuanto no puede identificarse a una persona o grupo determinado como beneficiario y/o titular de tales prerrogativas, sino que los mismos residen en cabeza de todo el colectivo social. Empero, los derechos afectados con tales medidas son principalmente la vida e integridad física y mental de los miembros de la fuerza pública, que a su vez se constituyen en derechos inherentes al ser humano y que son reconocidos por diversos pactos de derechos humanos en el universo normativo.

En este orden de ideas se observa que por una parte, el reconocimiento y respeto por los derechos humanos se constituye como elemento básico en la construcción de los estados contemporáneos, pero a su vez, se tiene que, a partir de una perspectiva real, es condición necesaria que existan cuerpos armados del Estado que garanticen el orden institucional, las libertades y derechos de los ciudadanos.

De manera que, será proporcional y constituirá un riesgo ordinario asumido por los miembros de la fuerza pública los peligros que entrañe su función, siempre que i) la actividad desplegada esté acompañada de la adopción de las medidas técnicas y tácticas necesarias para la salvaguarda de sus



derechos; ii) se enfrenten a riesgos anónimos, esto es, que sean generales y no que particularmente sean padecidos por un sujeto o grupo singular, y iii) se cuente con la formación profesional adecuada para afrontar los mismos. Por tal razón, para que sea procedente la imputación de responsabilidad del Estado por daños a miembros de la fuerza pública, es necesario demostrar que en la causación del daño antijurídico ha concurrido, a manera enunciativa, un desconocimiento de las reglas jurídicas y/o técnicas que reglan el ejercicio de la profesión riesgosa, que no se obró con la diligencia o el cuidado debido en la planeación de las acciones a emprender, que los medios de los que se dispone han sido defectuosos; o cualquier clase de acción u omisión que se consideren como constitutivas de falla del servicio¹⁷.

Y por otra parte, la Sala también ha acogido el criterio del riesgo excepcional como título de imputación en esta clase de asuntos, cuando se demuestre que el obrar de la administración ha sido legítimo, empero, en el desarrollo de tales actuaciones se ha presentado una lesión para un miembro de la fuerza pública, como quiera que el acto dañoso ha afectado singularmente a un sujeto, ubicándolo en una situación de desproporcionada vulneración de derechos respecto de otros ciudadanos que comportan condiciones fácticamente análogas.

4.7. De la solución del caso concreto de cara al marco normativo y jurisprudencial

Hechas las anteriores precisiones conceptuales y jurisprudenciales, debe entonces la Sala dar respuesta a los problemas que fueron planteados.

¿Fue correcto el régimen de responsabilidad por falla del servicio probada que fue utilizado por el a quo para determinar si la demandada debía ser o no declarada administrativamente responsable de la muerte del señor IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ acaecida el día 31 de octubre de 2011 siendo aproximadamente las 4:30 de la madrugada, en el corregimiento Sitio Nuevo (Bolívar) o si por el contrario debió utilizarse fue el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa como es el pilotaje o conducción de embarcaciones o yates fluviales?

¹⁷ Sentencia de 26 de febrero de 2009, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 68001-23-15-000-1999-01399-01 (31842).



Según el juez a quo, el caso bajo examen no encuadraba la situación fáctica para ser manejado por medio del régimen objeto de riesgo excepcional y decidió entonces adecuarlo al régimen que a su juicio correspondía que fue el de la falla del servicio probada.

Expresamente sobre ese aspecto el a quo manifestó

(...)

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tengan que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede – en cada caso concreto – válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

Y es precisamente tal argumento el que encaja en la situación aquí examinada, pues, si bien la parte actora pretende se aplique la posición jurisprudencial citada en precedencia, lo que nos llevaría a resolver el caso sub examine bajo el régimen de responsabilidad objetiva con aplicación del título de imputación de riesgo excepcional; este despacho teniendo en cuenta las particularidades del caso, estima que dicho régimen de responsabilidad no es el procedente para el asunto en cuestión, máxime cuando el castrense fallecido del cual trata la sentencia citada por la parte actora no guarda identidad con el asunto bajo examen desde el punto de vista del perfil profesional que desarrollaba al interior de la fuerza pública, como quiera que el relacionado en la sentencia de la cual funda la parte demandante su postura – veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002) – se trataba de un miembro perteneciente al grupo de Fuerzas Especiales Rurales y el examinado en el sublite era un Infante de Marina Profesional.

Descendiendo al caos (sic) de marras, a efectos de la imputación del daño a la entidad demandada, se tendrá en cuenta que éste se produjo con ocasión del cumplimiento de una misión oficial N° 268 hidrocarburos, lo que corresponde a la materialización de uno de los riesgos propios de la actividad que la víctima asumió de manera voluntaria.”(subrayas fuera de texto)

Mientras que el recurrente considera que ese análisis que hizo el a quo estuvo errado e insiste en que se debió aplicar el régimen objetivo de riesgo



excepcional y no el de falla del servicio, pues a su juicio si se le sometió a un riesgo mayor al que debía asumir como soldado regular al haberlo hecho cumplir sus funciones en una embarcación que asegura carecía de las condiciones de seguridad requeridas para el personal a bordo.

Pues bien, la Sala observa que según se deduce del informe administrativo por muerte No. 030 del 1 de noviembre de 2011, expedido por el Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No.30¹⁸, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la Muerte del IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ, fueron producto de un accidente de trabajo, ocasionado por el hecho de este, mientras se dirigía al remolcador Transflucor 6, haber tropezado con un bordillo y como consecuencia haber caído al agua con su chaleco de salvavidas, su fusil de dotación y un proveedor, pero que la corriente lo arrastró por debajo del bongo y fue imposible evitar su fallecimiento por ahogamiento, pese a las labores de rescate que inmediatamente se activaron.

Que así las cosas, es evidente que las circunstancias en que tuvo ocurrencia la muerte del IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ, obedeció a un hecho imprevisto lo cual rompe el nexo de causalidad entre el hecho dañino y el daño, por lo tanto con esta ruptura, el daño no puede ser imputable a la demandada.

De otro lado no está demostrado como lo señala el apelante, que la entidad demandada hubiese sometido al IMP RICHARD MIGUEL TORRENTE FERNÁNDEZ a un riesgo superior al que como infante de marina profesional estaba obligado a asumir.

En efecto, Richard Miguel Torrente Fernández era Infante de Marina Profesional, adscrito al Batallón Fluvial de Infantería de Marina N° 30 de Magangué – Bolívar y hacía parte de la tripulación del RR Doña María – Remolcador Transflucol 6.

Esa Compañía efectuaba ese infausto día, operaciones de vigilancia, interdicción y seguridad fluvial maniobra tipo ESCOLTA con el propósito de ejercer control fluvial a bordo del RR Doña María en el Río Magdalena desde Magangué – Barrancabermeja – Barrancabermeja – Magangué, garantizando la libre navegación, protección del personal y material escoltando RR Doña María con 07 botes; 16 tripulantes el cual transporta aproximadamente 35000 barriles de combustóleo.

¹⁸ Folio 45 cuaderno 1.



El IMP Richard Miguel Torrente Fernández, ese día 31 de octubre de 2011 estaba en servicio de guardia en cumplimiento de la misión táctica No. 261 Hidrocarburo No. 197 y realizaba labores de recibimiento de una tropa del Ejército Nacional, que se encontraba cubriendo las elecciones en los pueblos ribereños, y que en ese momento se embarcaban a bordo del Transflucol 6.

Además cuando se tropezó y cae al agua tanto el informe por muerte como los otros informes relacionados, ratifican que el occiso si estaba provisto de su respectivo salvavidas, como además se reconoce en la propia demanda y lo testimonian el IMP Gómez Torrejano Carlos Andrés y el IMP Hernández Espitia Luis Manuel, en declaraciones rendidas el 11 y 14 de noviembre de 2011¹⁹ dentro de la investigación disciplinaria preliminar que se adelantó por los hechos ante el segundo Comandante del Batallón fluvial de IM No.30.

Ahora bien, que los chalecos salvavidas que le fueron suministrados a todo el personal a bordo, incluido el occiso no eran los adecuados o idóneos, según lo asegura el apoderado de la parte actora, pues menciona que eran para aguas quietas tipo III y que debieron ser tipo I o II porque estos últimos tienen la capacidad de hacer rotar boca arriba a una persona inconsciente en el agua, y que tampoco el remolcador tenía línea de fe o barandas de protección para evitar que el occiso se callera al agua, pues lo cierto es que ese argumento del apelante lo que está es ratificando que lo que habría existido es una falla del servicio de la demandada que en todo caso debía ser demostrada por la parte actora, es decir que por la entidad demandada no se tomaron las medidas de seguridad requeridas para evitar el accidente, violándose de esta manera el respectivo Manual de Normas de Seguridad contra Accidentes que aplica para las fuerzas militares y de Policía.

Bajo ese hilo conductor, la Sala encuentra que el criterio de la primera instancia de haber hecho el estudio de la responsabilidad imputada a la entidad demandada bajo el régimen subjetivo de la falla del servicio, estuvo acertado, pues la situación fáctica del caso concreto bajo examen se acomoda más a ese régimen que al régimen objetivo por riesgo excepcional por el ejercicio de una actividad peligrosa y en tal sentido la providencia merece ser confirmada, toda vez que el análisis de la responsabilidad por falla del servicio que se hizo estuvo igualmente correcto,

¹⁹ Folio 146 y 181 cuaderno 1.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SIGCMA

SALA DE DECISIÓN No. 001 ESCRITURAL

pues no se logró demostrar los elementos que ese régimen de falla servicio exige, específicamente lo atinente a la falla del servicio.

V. DECISIÓN

En conclusión, la Sala de decisión 01 escritural confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 3 de julio de 2015, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Miguel Torrente Meza y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la sentencia de fecha 3 de julio de 2015 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Miguel Torrente Meza y otros en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

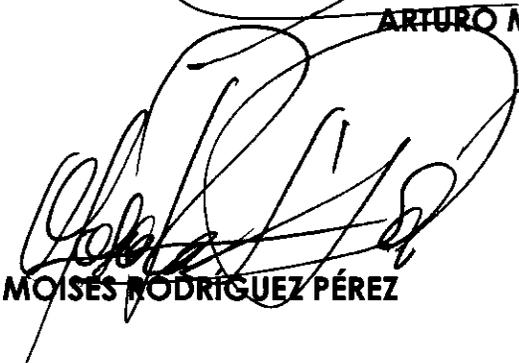
SEGUNDO. Ejecutoriada la presente providencia, DEVUELVA al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


MOISES RODRIGUEZ PÉREZ


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

A.E.C.C.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SECRETARIA GENERAL

EN CARTAGENA EL 10 DE Octubre de 2016

AL PROCURADOR DELEGADO NO. 2 JUAN J. ARAUJO

DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR DE LA

PROVIDENCIA DE FECHA: 19 Agosto de 2016

