



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

Cartagena de Indias D. T y C, veintinueve (29) de Mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00106-00
Demandante	CECILIA PATERNINA ACEVEDO Y OTRO
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Tema	AHOGADO TOMANDO BAÑO DE MAR
Sentencia No	00120

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia frente a demanda con pretensiones de REPARACIÓN DIRECTA presentada por CECILIA ISABEL PATERNINA ACEVEDO Y OTRO, a través de apoderado judicial, contra el DISTRITO DE CARTAGENA.

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

1. Que se declare al DISTRITO DE CARTAGENA, administrativa y patrimonialmente responsable de la totalidad de los perjuicios morales, materiales y a la vida en relación, causados a las accionantes por falla, falta u omisión del servicio, que condujo a la prematura y violenta muerte del señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO, quien murió por sumersión en el mar caribe en las playas del Distrito de Cartagena, sector Marbella, el día 23 de marzo de 2015.
2. Que se condene a DISTRITO DE CARTAGENA, a pagar las siguientes condenas:

DAÑO MORAL

- A favor de CECILIA ISABEL PATERNINA ACEVEDO y EYLEEN PAOLA AVILA PATERNINA la suma de 100 SMLMV, para cada uno.

PERJUICIOS MATERIALES

- a. A favor de CECILIA ISABEL PATERNINA ACEVEDO y EYLEEN PAOLA AVILA PATERNINA, por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de \$14.238.763,76, para cada una.
- b. A favor de CECILIA ISABEL PATERNINA ACEVEDO y EYLEEN PAOLA AVILA PATERNINA, por concepto de lucro cesante futuro, la suma de \$156.802.719,38, para cada una.
- c. A favor de CECILIA ISABEL PATERNINA ACEVEDO y EYLEEN PAOLA AVILA PATERNINA, por concepto de daño emergente, el equivalente a 10 SMLMV.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1. El día 23 de Marzo de 2015, después del medio día, el joven FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (Q.E.P.D) en compañía de otros jóvenes y adultos entre los que se contaba MARLENIS DEL ROSARIO TORRES PEREZ y ALEJANDRA MORON TORRES, disfrutaban de un baño de mar en las playas de la jurisdicción del Distrito de Cartagena, en el sector conocido como PLAYAS DE MARBELLA, pero debido a la fuerte brisa y la corriente submarina que lo arrastró murió por sumersión- insuficiencia respiratoria aguda, así lo acredita el Informe pericial de necropsia No. 2015010113001000143 realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la regional norte Seccional Bolívar de fecha 25 de marzo de 2015

2. El día de los hechos que vienen relatados, el mar en las Playas conocidas como sector de Marbella avenida Santander frente al Edificio Mar del Norte en la ciudad de Cartagena exactamente en el sector donde feneció el joven FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (Q.E.P.D) la altura del oleaje oscilaba con valores de 1.1 a 1.7 metros área costera, no había señalización que prohibiera el ingreso de bañistas, omitiendo las autoridades del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, su deber de advertir los peligros que afrontan quienes ingresan a esa determinada zona turística a tomar un baño de mar y no existía un solo salvavidas.

3. Con la construcción de la obra de ingeniería denominada túnel de Crespo, se realizaron en el distrito de Cartagena, obras duras en los litorales (espolones y protección marginal) las cuales generaron cambios en la geomorfología y cambio en los sistemas de corrientes marinas en los sectores del proyecto y sus áreas de influencia directa, entre los cuales se encuentra el lugar donde ocurrieron los hechos (Playas de Marbella) en los que perdió la vida el joven Paternina Acevedo; es decir la zona de mar que viene mencionada en su pendiente subacuática del perfil de la playa se volvió más abrupta en comparación con lo usual y segundo bajo ciertas condiciones de oleaje entre los espolones de la obra construida se generan corrientes fuertes.

4. La víctima FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (Q.E.P.D) el día de los hechos en los que perdió la vida dando voces de auxilio pidió ayuda, pero debido a la ausencia de personal que velara por la seguridad de los bañistas (salvavidas, bomberos, policías), amén de ausencia de vayas alusivas al uso de la playas del sector de Marbella (sitio específico donde pereció) encaminadas a la prevención de accidentes que se pudieran presentar dentro y fuera del mar en la zona pre mencionada que tampoco tenía restricción para su uso, indefectiblemente no pudo ser rescatado con vida, y hay parte de esa playa de Marbella que no cuenta con la bandera roja de 'Prohibido nadar'.

5. Improvisados rescatistas (otros bañistas) trataron ilusoriamente de auxiliar al joven FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (q.e.p.d), sin embargo el fuerte oleaje terminó llevándose lo y su cuerpo fue rescatado por pescadores de la zona, pese a los ingentes esfuerzos hechos por la unidad de guardia (buzos) de la Estación de Guardacostas de la Armada Nacional en Cartagena.

6. De las labores de búsqueda y rescate del cuerpo de FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (Q.E.P.D) el Ministerio de defensa Nacional - Comando General Fuerzas Militares Armada Nacional- Estación de Guardacostas de Cartagena, ordenó el zarpe de las unidades de reacción rápida BP 706 y BP 474 e inició patrones de búsqueda sin resultados positivos por cuanto el cuerpo sin vida del joven PATERNINA ACEVEDO fue encontrado por pescadores de la zona de Marbella frente al edificio Mar del Norte Zona de Marbella , el día 24 de marzo de 2015.

7. El mar caribe a la altura de las denominadas playas del sector de Marbella en el Distrito de Cartagena, son consideradas una de las más peligrosas del Distrito de Cartagena por cuanto los espolones en roca que hicieron para la fecha de los hechos parte de las obras del túnel de Crespo.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

generaron remolinos cerca a la orilla que están dando como resultado que las corrientes arrastren a los bañistas mar adentro como sucedió con el joven FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (q.e.p.d.), lo anterior se debe a que dichas corrientes poseen una alta velocidad y están dirigidas hacia mar afuera.

8. De acuerdo con el Informe pericial de necropsia No. 2015010113001000143 realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la regional norte Seccional Bolívar, el día 25 de marzo de 2015, la conclusión pericial como causa básica de la muerte de FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO (q.e.p.d.), fue SUMERSION- INSUFICIENCIA RSPIRATORIA AGUDA y la manera de la muerte: Violenta- Accidental.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO y RAZONES JURIDICAS

Como fundamentos de derecho de la presente Acción Contenciosa, invoco los siguientes:

Es necesario decir que el Estado asume la posición de garante, entendido esto como aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida²³, y en consecuencia al omitir las medidas de seguridad, dentro de las posibilidades reales de su cumplimiento, para propender por la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional está faltando a dicha obligación y generando una falla en el servicio.

El joven FELIX DUVAN ACEVEDO PATERNINA, (Q.E.P.D) murió por sumersión el día 23 de marzo de Marzo de 2015 en las Playas del distrito de Cartagena de Indias, sector conocido como Marbella.

De los hechos enunciados que evidencian claramente la existencia del fallecimiento y la causa del mismo, surge entonces el problema jurídico objeto de la presente litis, que se contrae a establecer si la muerte del joven FELIX DUVAN ACEVEDO PATERNINA (Q.E.P.D) se produjo como consecuencia de una falla en el servicio de seguridad de las autoridades demandadas por carencia de señales preventivas en las playas y la ausencia de salvavidas o si, como podría eventualmente en el haz de su defensa el Distrito de Cartagena señalar que exista culpa exclusiva de la víctima.

La falla en el servicio es evidente y se materializa por la ausencia de señales de advertencia para los eventuales bañistas en que la administración les ponga en conocimiento la ubicación de las zonas riesgosas de la playa, demarque claramente los lugares de peligro, o en caso extremos y de imposibilidad de uso de las playas se disponga su cierre, con presencia de personal que garantice el cumplimiento de la medida, nada de lo cual sucedió en el presente caso.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

- RAZONES DE LA DEFENSA

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

INEXISTENCIA DE LA PRESUNTA FALLA DEL SERVICIO

No existe relación de causalidad entre la supuesta falla del servicio, en razón a que no se encuentran probados los hechos u omisiones que se le endilgan al Distrito de Cartagena, por el contrario la parte demandante aporta certificaciones y contratos de vigilancia de Playas y de servicio de salvamentos que demuestran que el Distrito de Cartagena, si atendía la zona de las Playas de Marbella, y que el día 23 de marzo de 2015, estos se encontraban en dicha zona y ejecutaron la prestación del servicio de salvamento cuando ocurrió la muerte del Señor Félix Duban Paternina.

De otra parte en virtud de del régimen de responsabilidad de Falla del Servicio, a la parte demandante le corresponde probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre este y la actuación u omisión del agente o entidad demandada. Lo cual no se ha demostrado.

RAZONES DE LA DEFENSA

La apoderada de los demandantes, fundamenta la responsabilidad del Distrito de Cartagena, en el artículo 90 de la Constitución Política en que el Estado responderá patrimonialmente por los daños jurídicos que le sea imputado causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, sin demostrar los elementos constitutivos de la falla del servicio por omisión, que implica que a la parte actora le incumbe probar además del daño causado, la configuración de la falla del servicio e! nexo de causalidad existente entre ambos; ya que dentro del expediente no se encuentra prueba de ello. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el artículo 177 del C. P. C. Que al tenor dice "*Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"

El deber constitucional de las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las persona, debe analizarse para cada caso en concreto, las circunstancia de tiempo, modo y lugar de los hechos para poder establecer si hubo falla en el servicio o no Asi lo ha considerado el Consejo de Estado en innumerables providencias dentro de la cual cito la N° 47001-2331-000-1999-00976-01 Sección Tercera del 2 de mayo de 2016.

Asi las cosas y por lo anteriormente expuesto el Distrito de Cartagena, no es responsable en los hechos materiales del presente proceso ni por acción ni por omisión! por lo cual debe ser sustraído de cualquier declaratoria de responsabilidad que se haga al respecto.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

DE LA PARTE DEMANDANTE. Del análisis de las pruebas practicadas se desprende que la muerte de FELIX DUVAN PATERNINA ACEVEDO, (q.e.p.d.), fue consecuencia directa del actuar negligente de la administración distrital al omitir proporcionar las medidas de seguridad pertinentes en las playas de Marbella en la ciudad de Cartagena.

Por todo lo anterior el daño antijurídico ocasionado a FELIX DUVAN PATERNINA ACEVEDO, (q.e.p.d.), es imputable al Distrito de Cartagena por la omisión de implementar el cuerpo de salvavidas en las playas de la ciudad en el sector de Marbella, por lo que, no pudieron rescatarlo para evitar su ahogamiento.





105

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

Pero aún más, la Administración Distrital omitió toda acción para prevenir o evitar un riesgo que es totalmente previsible en una playa, como es el que personas que ingresan al mar puedan tener percances que pongan en riesgo su vida, es clara la omisión en las medidas mínimas de seguridad que deben ser implementadas en este tipo de lugares y que garanticen dentro de rangos razonables la vida de las personas que hacen uso de ellos.

Es decir, que en el caso concreto está acreditado el daño antijurídico (muerte del joven FELIX DUVAN PATERNINA ACEVEDO .(q.e.p.d.), el hecho causante del mismo (la omisión en señalización de las playas y del personal idóneo para atender una emergencia en las playas de Marbella para el día de los hechos), y el nexo causal entre los dos anteriores, pues quedó demostrado la muerte del joven se dio por inmersión y la falta de atención por salvavidas que estuvieran en la zona o la señalización que impedía el uso de las playas en el sector de Marbella o advertía del riesgo.

DE LA PARTE DEMANDADA:

DISTRITO DE CARTAGENA: No presentó alegatos de conclusión.

MINISTERIO PUBLICO: No presentó concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

- TRAMITE DEL PROCESO

La demanda se presentó el 11 de mayo de 2017, siendo admitida del 20 de junio del mismo año. Posteriormente, fue notificada la entidad demandada según lo establecido en el artículo 199 del CPACA, el día 21 de junio de 2017.

El 21 de febrero de 2017 se celebró la audiencia inicial del proceso de referencia; luego de ello se celebró audiencia de pruebas el 03 de mayo de 2018, cerrándose así el debate probatorio, y otorgándose el término para alegar de conclusión. Dicha carga fue satisfecha por ambos apoderados dentro del término respectivo restando únicamente para esta casa judicial la obligación de expedir la sentencia.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

PROBLEMA JURIDICO.

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial del DISTRITO DE CARTAGENA por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, con ocasión a la muerte prematura y violenta del señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO, quien falleció por sumersión



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

en el mar caribe en las playas del Distrito de Cartagena, sector Marbella, el día 23 de marzo de 2015.

TESIS DEL DESPACHO.

En relación con las omisiones el Consejo de Estado, ha señalado que la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios¹; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño².

Es decir, que en el caso concreto a pesar de que se acreditó el daño antijurídico (muerte del señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO, no se probó que el hecho causante del mismo (la omisión en señalización de las playas y del personal idóneo para atender una emergencia en las playas de Marbella para el día de los hechos), y muchos menos el nexo causal entre los dos anteriores, pues quedó demostrado que para la época de los hechos, es decir 23 de marzo de 2015, ese sector de playas de la ciudad de Cartagena si contaba con servicios de salvavidas que estuvieran en la zona y la señalización que impedía el uso de las playas o advertía del riesgo.

Por estos motivos, no encuentra fundamento esta Casa Judicial para declarar administrativamente responsable a la entidad demanda en relación con los perjuicios reclamados.

A las conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CASO

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado aun administrado, y la imputación del mismo a la administración pública.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera con forme a los distintos títulos de imputación: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional).

En cuanto a la responsabilidad por omisión el H. Consejo de Estado⁵ ha dicho:

“3.2. Elementos de la falla del servicio por omisión

¹ Sentencia del 23 de mayo de 1994, exp: 7616.

² Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122.

³ Sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁴ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZMORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁵ SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 06 de marzo de 2008. Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03099-01(14443). Actor: AGROLACTEOS S.A. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTRO. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

Habida consideración de que en el caso concreto se imputa al Estado responsabilidad por haber omitido brindar la seguridad a la sociedad demandante, considera la Sala procedente referirse brevemente al desarrollo que se la ha dado a ese aspecto de la responsabilidad patrimonial.

En primer lugar, la doctrina distingue las omisiones en sentido laxo y las omisiones en sentido estricto, para considerar que las primeras están referidas al incumplimiento de los deberes de cuidado necesarios para prevenir un evento, de por sí previsible y evitable, cuando se ejerce una actividad. De este tipo serían, por ejemplo, las relacionadas con la falta de señalización de obstáculos que en la actividad de la construcción se dejan sobre una vía⁶; en tanto que las segundas están relacionadas con el incumplimiento de una actuación a la cual se hallaba obligado el demandado, es decir, la omisión de una actuación que estaba en el deber de ejecutar y que podía impedir la ocurrencia de un hecho dañoso. El caso típico sería el del incumplimiento del deber de protección que el Estado debe brindar a las personas, que de haberse cumplido hubiera podido impedir la ocurrencia del hecho dañoso.

En relación con las omisiones que bajo estos criterios se han denominado como de sentido restringido, la Sala ha señalado que la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios⁷; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño⁸.

Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión⁹.

El relación con el deber de seguridad que corresponde prestar al Estado, cabe señalar que el mismo está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución que establece que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por su parte, el artículo 6 ibidem establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes

⁶ Por ejemplo, GUIDO ALPA. *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima, Juristas Editores, 2006, págs. 346 y ss., señala que en este tipo de eventos, “en realidad, no se trata de una ‘omisión’ sino del ejercicio de una actividad sin la adopción de las oportunas medidas de seguridad”.

⁷ Sentencia del 23 de mayo de 1994, exp: 7616.

⁸ Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122.

⁹ “...conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado: así, no parece necesario recurrir al análisis de la “virtualidad causal de la acción”, propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño”. Sentencia de 21 de febrero de 2002, exp:12.789





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

sociales del Estado y de los particulares. De tal manera que, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa, pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos¹⁰.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso¹¹. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad¹². Es decir, que serán las circunstancias concretas las que determinarán cuál era la obligación específica de seguridad que tenía el Estado en relación con quien ha sufrido un daño.

Ahora, la obligación de seguridad que corresponda prestar al Estado en un evento determinado, conforme a la jurisprudencia que la Sala ha desarrollado desde vieja data, debe determinarse en consideración a su capacidad real de prestar ese servicio, atendidas las circunstancias concretas, bajo el criterio de que "nadie está obligado a lo imposible".

Ese criterio fue sostenido por la Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1977, en la cual se consideró que:

"Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad

¹⁰ "Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto esté a su alcance". Sentencia de esta Sección de 15 de febrero de 1996, exp: 9940.

¹¹ En sentencia de 11 de julio de 2002, exp:13.387, dijo la Sala: "La Corporación ha reiterado que si no está probado que la medida de protección fue solicitada en forma expresa no se acredita la falla de la Administración. Pero ello no implica que la petición deba ser únicamente por escrito, pues dependiendo de las circunstancias, la misma no sólo puede sino que debe hacerse en forma directa y verbal...La solicitud expresa y previa como requisito de imputación para una presunta omisión en la protección, tiene cabida cuando las circunstancias lo permiten. Por ejemplo, el desplazamiento de un candidato a cualquier cargo de elección popular, o de un funcionario de alto rango, o de un funcionario judicial para desplazarse a determinada región, o simplemente la solicitud de protección a la residencia de determinado funcionario. Es obvio que la institución policial no esté en la obligación de prestar en tales casos protección, cuando no se le pidió por escrito y con alguna antelación.

¹² En varias oportunidades ha sostenido la Sala que en relación con el deber de protección de la "vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades" que corresponde cumplir a las autoridades de la República de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Constitución, la falla del servicio se concreta ante la ausencia de la especial vigilancia demandada en forma expresa por quien se halle "en especiales circunstancias de riesgo o cuando, aún sin mediar solicitud previa, la notoriedad pública del inminente peligro que corre el ciudadano hace forzosa la intervención del organismo armado". Sentencia del 30 de octubre de 1997, exp: 10.958. Así, en sentencia de 19 de junio de 1997, exp: 11.875, dijo la Sala: "...los organismos encargados de prestar el servicio de seguridad a cargo del estado, incurrieron en omisión en el cumplimiento de sus funciones, por no haber tomado las medidas necesarias de protección del Dr. Low, a su regreso al país. No es necesario para que en este caso se estructure la falla en el servicio por omisión, que hubiera mediado una petición especial de protección, dado que esos mismos organismos fueron los que encontraron, estudiaron y analizaron las pruebas que contenían las amenazas; se refiere la Sala a los cassettes encontrados en Medellín donde había una conversación entre el narcotraficante Pablo Escobar Gaviria y su abogado Guido Parra, en relación con la orden de dar muerte al Dr. Low". En el mismo sentido, ver, por ejemplo, sentencias de 30 de octubre de 1997, exp. 10.958, 5 de marzo de 1998, exp. 10.303 y de 7 de septiembre de 2004, exp: 14.831.





107

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

*de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio"*¹³

*En decisión posterior se hizo una exposición más amplia de ese criterio y se consideró que el juez, para apreciar la falla del servicio, no debía referirse a una norma abstracta, sino que debía preguntarse por lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, las circunstancias de tiempo (periodos de paz, o momentos de crisis), el lugar, los recursos humanos y materiales de que disponía, etc"*¹⁴.

*Con el fin de precisar aún más el concepto, la Sala, en providencia dictada antes de la expedición de la actual Constitución, señaló que el cumplimiento de las obligaciones del Estado debía examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, según su misión, las circunstancias y los recursos de que disponía, de tal manera que se presentaría la falla cuando el servicio se prestaba por debajo de ese nivel medio"*¹⁵.

No obstante, en sentencia de 11 de octubre de 1990, se advirtió que ese criterio de la relatividad de la falla del servicio, no debía ser pretexto para justificar el incumplimiento de la Administración a su deber de protección a la vida de los ciudadanos, que era el valor fundamental de un Estado de Derecho:

"Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamente la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible".

...

*"Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades...del ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan...Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración al deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho"*¹⁶.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, la Sala reiteró el criterio que venía sosteniendo sobre la relatividad de la falla del servicio, conforme al cual la

¹³ Sentencia de 7 de diciembre de 1977, citada en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp. 5737.

¹⁴ Sentencia de 4 de agosto de 1988, exp. 5125.

¹⁵ Criterio sostenido en Sentencia de 4 de 1988, exp. 5125, con apoyo en Jean Rivero. Derecho Administrativo. 9ª. ed., Caracas 1984 pág. 303. También se citó en la providencia al profesor García de Enterría. Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas, pág. 350, de quien se extrajo: "...conviene subrayar que el hecho de que la Ley haya objetivado la anomalía haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los estándares de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos".

¹⁶ Exp. 5737.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

exigencia que debía hacerse al Estado sobre el cumplimiento de sus obligaciones estaba determinada por la verificación de sus condiciones materiales reales y no sobre criterios ideales. Dijo la Sala:

"...la falla del servicio no puede predicarse de un Estado ideal. Para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad misma del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos. En otras palabras, la infraestructura de los mismos.

"Por eso es fácil pensar que no puede tener la misma extensión la tesis en un país desarrollado que en uno como el nuestro que apenas está en vía de desarrollo"¹⁷.

No obstante, se ha mantenido la advertencia de que las condiciones presupuestales no son justificación para el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que corresponde prestar al Estado:

"...Téngase presente que si bien es cierto esta corporación ha sostenido que dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos "pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos", de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual.

"En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal"¹⁸.

En decisiones subsiguientes, la Sala continuó señalando que el grado de exigencia de la prestación de los servicios que competen al Estado y, en particular, el referido a la seguridad, está en relación con los medios de que éste dispone para su cumplimiento:

"Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión -, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo."¹⁹

"Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, pese a su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad"²⁰.

¹⁷ Sentencia de 25 de octubre de 1991, exp. 6680. Criterio que continuó siendo reiterado por la Sala. Así, en sentencia de 3 de abril de 1997, exp. 9467, dijo: "Y no puede tampoco dejar de señalarse aquí, que la falla del servicio debe entenderse configurada sólo cuando teniendo en cuenta las posibilidades concretas de atención con las que contaba la administración, el servicio fue prestado inadecuadamente, pues, como lo ha dicho la sala, la falla del servicio no puede predicarse de un estado ideal sino que debe ser relativa a las circunstancias concretas en que dicho servicio se desarrolla..."

¹⁸ Sentencia de 14 de mayo de 1998, exp. 12.175

¹⁹ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²⁰ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 16.626, reiterada en sentencia de 3 de octubre de 2007, exp. 15.985



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

Finalmente, la Sala aclaró que la relatividad no debía predicarse de la falla del servicio, sino de las obligaciones que corresponde prestar al Estado²¹.

En síntesis, ha sido el criterio reiterado de la Sala que al Estado sólo le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas causados por los particulares, cuando tales daños se hubieran podido evitar si aquél hubiera dado cumplimiento a la obligación de seguridad que por mandato constitucional correspondía. Pero, que el contenido de esa obligación de seguridad en cada caso se determina de acuerdo con la capacidad que materialmente tuviera para cumplirla, atendiendo las circunstancias particulares."

Finalmente, es necesario decir que el Estado asume la posición de garante, entendido esto como *aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.*

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida²², y en consecuencia al omitir las medidas de seguridad, dentro de las posibilidades reales de su cumplimiento, para propender por la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional está faltando a dicha obligación y generando una falla en el servicio.

CASO CONCRETO

El señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO, se encontraba bañando en las Playas de la ciudad de Cartagena de Indias, Sector Marbella, el cual resultó ahogado.

De los hechos enunciados que evidencian claramente la existencia del fallecimiento y la causa del mismo, surge entonces el problema jurídico objeto de la presente litis, que se contrae a establecer si la muerte señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO se produjo como consecuencia de una falla en el servicio de seguridad de las autoridades demandadas por carencia de señales preventivas en las playas y la ausencia de salvavidas o si, como lo alega el Distrito de Cartagena existió culpa exclusiva de la víctima por haber ingresado a la playa más allá de lo permitido o y no existió falla u omisión en el Servicio.

Las afirmaciones de la parte demandante de que el día de la muerte de señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO en las playas de Marbella, no existía señalización que alertara a los bañistas sobre el peligro y tampoco había salvavidas que los socorrieran en un eventual percance en el mar, no encontró esta Casa Judicial Sustento probatorio; ya que revisadas las pruebas que obran en el expediente podemos ver que esta afirmación no es cierta, teniendo en cuenta que las certificaciones que el mismo demandante anexa en el expediente se puede extraer todo lo contrario. Veamos:

²¹ Precisión realizada por la Sala en providencia de 10 de agosto de 2000, exp. 11.585.

²² SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567). Actor: ARGEMIRO TOBON RUEDA. Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

Certificación expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias (Folio 24):

“Comedidamente me permito informar que dentro de nuestra competencia establecida en el Contrato de Asociación No. 011 de 2015, que una vez hecha la verificación de la información que usted nos solicita, se constató que previo a los hechos que plantea del 23 de marzo de 2015 el estado de las playas y el personal de salvavidas, el cual se encontraron en cada uno de sus puestos en las horas de turnos establecidas en cumplimiento al deber de salvaguardar la vida y la seguridad de los bañistas.

Que previo a los hechos acaecidos, los salvavidas de turno realizaron la respectiva prevención y seguridad”.

Certificado de la empresa CORPRESERMAR, quien tiene la contratación de salvamento y seguridad acuática en las playas de Cartagena, certificó lo siguiente (ver folio 27):

“Que en las playas de Marbella en el día veintitrés (23) de marzo de dos mil quince (2015) se ejecutó la prestación del servicio de salvamento acuático con once (11) distribuidos desde la playa las tenazas hasta las playas de Comfenalco, y en las playas del sector Marbella se presentó un siniestro que lanzo como resultado la muerte del joven FELIZ DUBAN PATERNINA, en la que intervinieron dos (2) salvavidas”.

Como prueba de la parte demandante que señala la inexistencia de salvavidas sólo existe testimonio de la señora MARLENIS DEL ROSARIO TORRES PEREZ (audio), quien dijo:

“La verdad es yo, en el momento no vi se había salvavidas, porque a la niña la auxiliaron unos señores, y estos se la pasaron a un muchacho; y el señor se devolvió a rescatar al muchacho, pero en el momento que yo ver en el accidente yo no me percate si había salvavidas o no había... en cuanto a salvavidas yo no me percaté si había vayas o no, de esas que ponen cuando hay bandos no había, yo sólo pasa a estar pendiente de ellos y ya”.

Podemos concluir que con las pruebas documentales se demuestra la existencia de salvavidas y de las señales preventivas; y del testimonio de la señora MARLENIS DEL ROSARIO TORRES, tampoco se puede desprender que no hayan salvavidas ni vallas informativas, en primer lugar ya que ella afirma que no el “no vio salvavidas”, no que “no haya salvavidas” que son dos conceptos diferentes, y por otro lado porque cuando se le pregunta si había vayas informativa dice que de esas que ponen en los “bandos”, no las vio cuando claramente no se estaba preguntando ni hablando sobre ese tipo de vayas, por lo que para esta Judicatura es claro que no se logró probar falla u omisión en el servicio; que en este caso se materializaría por la ausencia de señales de advertencia para los eventuales bañistas que les ponga en conocimiento la ubicación de las zonas riesgosas de la playa, demarque claramente los lugares de peligro, o en caso extremos y de imposibilidad de uso de las playas se disponga su cierre, con presencia de personal que garantice el cumplimiento de la medida, y la presencia de salvavidas que atendieran un caso de emergencia, nada de lo cual se probó en el presente caso.

Y recordemos que en relación con las omisiones el Consejo de Estado, en sentencia ya citada, ha señalado que la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios²³; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño²⁴.

Es decir, que en el caso concreto a pesar de que se acreditó el daño antijurídico (muerte del señor FELIX DUBAN PATERNINA ACEVEDO, no se probó que el hecho causante del mismo (la omisión en señalización de las playas y del personal idóneo para atender una emergencia en las playas de Marbella para el día de los hechos), y muchos menos el nexo causal entre los dos anteriores, pues quedó demostrado, se reitera, que para la época de los hechos, es decir 23 de marzo de 2015, ese sector de playas de la ciudad de Cartagena si contaba con servicios de salvavidas que estuvieran en la zona y la señalización que impedía el uso de las playas o advertía del riesgo.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone 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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado²⁵ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

²⁴ Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122.

²⁵ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00106

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez