



**CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 13001-23-31-000-2006-000795-01 (44573)

Actor: ENA LUZ HERNÁNDEZ OLMOS Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Falla del servicio

Subtema 1: Responsabilidad del Estado por el daño padecido por los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones

Subtema 2: Soldado profesional

Sentencia

Sentencia modifica

La Sala conoce el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar el treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012) que declaró la caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El infante de marina Harold Alonso Henríquez Olmos falleció en el río Napipí (Chocó) mientras se desplazaba con otro soldado en una embarcación artesanal durante la Operación y Misión Táctica No. 002 Abaucán el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004).

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

Los señores Ena Luz Olmos Hernández, Harold Alfonso Henríquez Camargo y Yesenia Carolina Henríquez Olmos presentaron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, el cinco (05) de junio de dos mil seis (2006)¹.

Los actores solicitaron que se declara responsable a la demandada por la muerte del soldado profesional Harold Alfonso Henríquez Camargo. De igual forma, requirieron el pago de perjuicios materiales e inmateriales (perjuicios morales, lucro cesante, daño emergente y *“perjuicios de vida de relación, fisiológicos o a la alegría de vivir”*).

Los demandantes sostuvieron como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones que la muerte de Harold Alfonso Henríquez Olmos acaeció porque la demandada no le suministró instrumentos adecuados para desplazarse de forma segura por el río y omisión que consideran, constituye una falla del servicio.

Según el escrito de la demanda, Harold Alfonso Henríquez Olmos ingresó a las fuerzas armadas como soldado profesional el quince (15) de febrero de dos mil cuatro (2004), luego de prestar el servicio militar obligatorio. La institución lo asignó como infante de marina del Batallón Fluvial de IM No. 20 situado en Turbo (Antioquia).

El grupo de asalto fluvial al que pertenecía el soldado Henríquez Olmos se trasladó a Napipí (Chocó) en desarrollo de la Operación y Misión Táctica No. 002 Abaucán el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004). El objetivo de la misión era proteger a la población civil asentada a orillas de los ríos Opogadó, Napipí y Bojayá.

El soldado Henríquez y los tres (3) compañeros que con él habían sido enviados a vigilar la orilla del río Napipí, cruzaban el río, en cumplimiento de esa misión, cuando padecieron, por causa del peso de los equipos que cargaban *“para el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales de protección al Estado y personal civil”*, el volcamiento del bote artesanal en el que se transportaban.

El cuerpo de Harold Alfonso Henríquez Olmos fue hallado al mediodía del trece (13) de mayo de dos mil cuatro (2004), cerca de la Isla de Los Palacios y trasladado a Turbo ese día. La necropsia se practicó el catorce (14) de mayo de dos mil cuatro (2004). El examen dictaminó que el soldado falleció por anoxia mecánica por sumersión.

El cabo segundo de infantería de marina Jorge Eliécer Cárdenas Ladeus manifestó al médico a cargo de la necropsia, que los dos (2) soldados que se ahogaron viajaban en una embarcación de remo porque el jefe inmediato no consiguió transporte. Esta versión, dicen los actores, *“contradice lo inicialmente manifestado por el comandante del Batallón, el cual expresó, de forma ambigua y anfibológica, que la movilización de los respectivos uniformados en la canoa se dio de modo injustificado, quizás por el*

¹ Folios 1 a 21. C.1.

clima, el tiempo y la cercanía de una mujer en la otra orilla”.

Los familiares del occiso se enteraron de su muerte el “14 de mayo de 2006” (sic), por lo que la caducidad de la acción debía contarse desde esta fecha.

2.2. Trámite procesal relevante

La Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional **contestó la demanda**², se opuso a todas las pretensiones formuladas por los actores y planteó que la muerte del infante de marina Harold Alfonso Henríquez Olmos acaeció por *“caso fortuito o fuerza mayor, o si se quiere un accidente de trabajo, al voltearse la chalupa en la que se transportaban los uniformados y caer al agua del río Napipí (...) además hubo culpa de los ocupantes de la lancha en el desenlace fatal de los acontecimientos”.*

Por otro lado, **propuso las excepciones de caducidad de la acción y falta de competencia para conocer el asunto**, al indicar que el fallecimiento de Harold Alfonso Henríquez Olmos acaeció el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004) y la demanda se presentó el cinco (5) de junio de dos mil seis (2006) y que los hechos sucedieron en el departamento del Chocó, por lo que la competencia la definía el lugar de ocurrencia de los hechos y no el domicilio de los demandantes.

Posteriormente³, alegó que, si se analizaba de fondo el asunto, debía declararse que el daño se produjo porque el soldado profesional olvidó los cursos de entrenamiento y capacitación, pues no tomó las precauciones necesarias para proteger su vida en altamar y fue negligente. Lo anterior, por cuanto el comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina explicó en su escrito de condolencias que *“los dos infantes muertos, pasaron nuevamente el río en una embarcación artesanal, maniobrada por un menor, no se quitaron el armamento, e hicieron un movimiento brusco para acomodarse en la embarcación, lo cual acompañado de las condiciones climáticas, dieron lugar al fatídico accidente”.*

2.3. La sentencia apelada

La Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar emitió fallo de primera instancia en el que declaró probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda⁴.

Para comenzar, indicó que era competente para conocer el asunto porque el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo (CCA) prescribe que los tribunales

² Folios 39 a 42. C.1.

³ Folios 101 a 103. C.1.

⁴ Folios 106 a 118-. C.Ppal.

administrativos conocerán en primera instancia los asuntos de reparación directa cuya cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en este caso, la pretensión mayor era de doscientos cincuenta y cuatro millones quinientos noventa y dos mil pesos (\$254.592.000).

Seguidamente, expuso que el artículo 136 del CCA establece que el término de caducidad empieza a correr al día siguiente del hecho, misión u operación que dio lugar a la demanda e, igualmente, que la jurisprudencia de esta Corporación precisó que en casos excepcionales se cuenta a partir de que el afectado tenga conocimiento del hecho dañoso.

De tal manera, señaló que los demandantes pretendían la indemnización de perjuicios por la muerte del infante de marina Harold Alfonso Henríquez Olmos, quien falleció el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004), según constaba en su certificado de defunción. Además, los demandantes afirmaron que se enteraron del hecho el catorce (14) de mayo de ese año.

Sin embargo, la demanda fue interpuesta el cinco (5) de junio de dos mil seis (2006), cuando la acción no estaba vigente, pues habían transcurrido los dos (2) años previstos por el CCA. El tribunal tomó el cinco (5) de junio de dos mil seis (2006) como referencia considerando que los accionantes presentaron la demanda ante la Procuraduría Regional de Bolívar, el doce (12) de mayo de dos mil seis (2006), y el cómputo del término de caducidad solo se interrumpió con su llegada al despacho de destino, conforme a lo expuesto en el artículo 142 del CCA.

Por consiguiente, consideró que operó la caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda.

2.4. El recurso de apelación contra la sentencia

La parte demandante solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda⁵.

Aseveró que la demanda no se presentó ante la oficina de reparto judicial, aunque estaba lista desde el doce (12) de mayo de dos mil seis (2006) porque Asonal Judicial declaró paro judicial ese día y este se extendió hasta el cinco (5) de junio siguiente. Resaltó que dicho suceso era un hecho notorio y, por ende, la acción estaba vigente cuando se interpuso la demanda.

Por otro lado, manifestó que el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo ordena que el empleador ponga a disposición de los trabajadores los instrumentos adecuados para desarrollar su labor y protegerlo contra accidentes de trabajo y enfermedades

⁵ Folios 120 a 129. C.Ppal.

profesionales. En este asunto, el occiso se desempeñaba como infante de marina en el Batallón Fluvial de IM No. 20 y fue asignado al grupo de asalto fluvial, por lo que el Estado debió suministrarle los medios idóneos de transporte y flotabilidad, ya que su función era la protección del orden público y el peso de los equipos que transportaban era considerable.

Subrayó que las fuerzas armadas certificaron que el occiso se desplazaba en un bote artesanal o de remo que no cumplía con las exigencias legales de seguridad para ser usado por un soldado profesional en un campo de batalla, entonces, el Estado incurrió en una omisión al quebrantar su deber legal de suministrarle un medio de transporte idóneo.

También adujo que independientemente del régimen de responsabilidad que se aplique (falla en el servicio o riesgo excepcional), *“en virtud de los principios de igualdad ante las cargas públicas y equidad, las personas tienen derecho a no verse expuestas a situaciones de peligro excepcional para su vida o integridad personal, más allá de los riesgos ordinarios que conlleva la vida en sociedad (...)”* y que el Estado debía garantizar la seguridad de los individuos.

Finalmente, reiteró que los perjuicios objeto de las pretensiones estaban, a su juicio, debidamente probados, pero que de cualquier manera había lugar, cuando menos a una condena en abstracto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

La Sala es **competente** para resolver el presente caso, comoquiera que la pretensión mayor asciende a la suma de doscientos cincuenta y cuatro millones quinientos noventa y dos mil pesos (\$254.592.000)⁶, monto superior a la cuantía de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos por el Código Contencioso Administrativo (CCA) y la Ley 954 de 2005 para que un proceso iniciado en el año 2006 tuviera vocación de doble instancia, esto es, doscientos cuatro millones de pesos (\$204.000.000).

Ahora bien, la demandada aseveró que el Tribunal Administrativo de Bolívar carecía de competencia para conocer el asunto, ya que los hechos acaecieron en el departamento del Chocó y la competencia la definía el lugar de ocurrencia del daño y no el domicilio de los demandantes.

⁶ Folio 51. C.1.

Efectivamente, el literal f del numeral 2 del artículo 134 D del CCA prescribe que en los eventos de reparación directa la competencia se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas.

En todo caso, el Tribunal Administrativo de Bolívar se percató de esta situación y, al tratarse de una nulidad saneable, según el numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil (CPC), la puso en conocimiento de las partes para que la alegaran mediante auto del cinco (5) de octubre de dos mil nueve (2009), de acuerdo con lo normado en el artículo 145 del CPC., y como las partes guardaron silencio durante el traslado, el ponente la declaró saneada por auto del veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009).

En relación con la **vigencia de la acción**, la Sala encuentra probado que, aunque la muerte de Harold Alfonso Henríquez Olmos ocurrió el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004), el cuerpo fue hallado tres (3) días después cerca de la Isla de Los Palacios (Chocó) y su familia se enteró del fatídico hecho el catorce (14) de mayo de ese año. Por tanto, en principio, el término de caducidad de la acción que incoaron los demandantes empezó a correr el quince (15) de mayo de dos mil cuatro (2004) y fenecía el quince (15) de mayo de dos mil seis (2006).

Sin embargo, probado, como se encuentra, que el paro judicial promovido por Asonal Judicial se extendió desde el doce (12) de mayo de dos mil seis (2006) hasta el cinco (5) de junio siguiente⁷, mal podía reprocharse a los actores que hubieran presentado la demanda ante la Procuraduría Regional de Bolívar, pues tal proceder se encontraba autorizado legalmente. De cualquier manera, en tales circunstancias debe entenderse interrumpido el término de caducidad durante el tiempo en que hubo cese de actividad judicial. y, entonces, forzoso es concluir que la demanda se presentó en tiempo⁸.

Por consiguiente, la Sala analizará de fondo el recurso de apelación, al constatar que la acción se incoó dentro del término legal.

3.2. Sobre los hechos probados

La parte actora remitió varios documentos en copia simple. Esta Colegiatura reitera el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera relativo a que las copias simples adquieren valor como prueba y son idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio si obraron en el plenario a lo largo del proceso y las partes no las tacharon como falsas⁹. Por consiguiente, la Sala valorará estos documentos, al constatar que la demandada no señaló que fueran falsos, ni les restó mérito para probar.

⁷ Folio 141. C. Ppal.

⁸ Folios 1 a 21. C.1.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, rad. 25.022.

3.1.1. De la prueba de los hechos relativos al daño

Según la parte demandante, el daño, entendido como el atentado material contra una cosa o persona, consistió en la conculcación del derecho a la vida de Harold Alfonso Henríquez Olmos, quien falleció en desarrollo de la Operación y Misión Táctica No. 002 Abaucán en el río Napipí (Chocó) el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004).

Para acreditar la existencia del daño, la parte actora demostró que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística emitió el certificado de defunción de Harold Alfonso Henríquez Olmos¹⁰. El documento certificó que este falleció de forma violenta en el municipio de Bojayá (Chocó) a las 15:30 horas del diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004).

3.2.2. Sobre la imputación

La parte actora atribuyó el daño a la entidad demandada a título de falla en el servicio, al plantear que la Armada Nacional omitió suministrar al fallecido el equipo y medios de transporte adecuados para desplazarse por el río Napipí y cumplir de forma segura la misión encomendada.

Para analizar la imputación del daño a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional se probaron los siguientes hechos:

- El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses efectuó el protocolo de necropsia al cuerpo sin vida de Harold Alfonso Henríquez Olmos el catorce (14) de mayo de dos mil cuatro (2004)¹¹. El médico que lo examinó anotó que los hechos ocurrieron a las 15:30 horas en el río Napipí el diez (10) de mayo anterior y que la causa o mecanismo de muerte fue “*accidental - sumersión*”.

También indicó que Jorge Eliécer Cardona Ladeus, cabo segundo de infantería de marina, manifestó:

“[E]l día 10 de mayo a las 15:30 horas, en el paraje de Napipí, se encontraba un grupo de infantes de marina, las (sic) cuales (sic) se tenían que desplazar en un operativo. El jefe inmediato se encontraba adelantando las gestiones para la consecución del transporte. A esa hora pasaba por el río una pequeña embarcación de remo, dos de los infantes se subieron a esta embarcación para el traslado (sin la debida autorización), más adelante la embarcación naufraga y los dos infantes que navegaban en ella se ahogaron.”

Se inició la búsqueda de los infantes de marina y el día 13 de mayo al medio día aproximadamente, uno de los cuerpos es hallado cerca a la isla de los Palacios, llevado hasta Curvaradó, en jurisdicción del municipio de Carmen del Darién (...).”

¹⁰ Folio 27. C.1. No se observa la fecha del documento.

¹¹ Folios 39 a 44. C.1.

Por último, precisó que el occiso falleció a causa de anoxia mecánica por sumersión y que su muerte fue accidental.

- El capitán de fragata EIM Luis Bernardo Ramírez Rincón envió un escrito de condolencias a la familia Henríquez Olmos el catorce (14) de mayo de dos mil cuatro (2004)¹². Explicó que la muerte de Harold Alfonso se produjo en las siguientes circunstancias:

“Siendo el 10 de mayo, durante el transcurso de la Operación y Misión Táctica No. 002 ABAUCÁN dirigida a proteger la población civil que se encuentra asentada a orillas del Río Opogadó, Río Napipí y en Bojayá, el grupo de Combate Fluvial y en especial el Grupo de Asalto Fluvial del cual hacía parte su hijo, nuestro Infante de Marina se moviliza y desplaza a la población de Napipí en la cual se establece la seguridad y control del área, allí el Infante de Marina (QEPD) HAROLD ALFONSO HENRÍQUEZ OLMOS con tres compañeros, son enviados a vigilar la otra orilla del Río Napipí, en la cual permanecen hasta el momento de embarcarse en una pequeña chalupa o bote artesanal, la cual iba pilotada por un niño pequeño.

Quizás son muchas las ideas que corrieron por las cabezas de estos dos jóvenes colombianos, lo que les infundada la idea de nuevamente pasar por el río, pero el clima, el tiempo, y la cercanía de una mujer en la otra orilla, propició la decisión fatídica para estos Infantes de Marina. Una vez a bordo de dicha chalupa, y estando a la mitad del río, los Infantes de Marina hacen un movimiento un poco brusco para acomodarse en la chalupa, lo que propicia la entrada de agua en la misma y su correspondiente hundimiento. No hubo nada que hacer, el peso del equipo que transportaban juntos, y la corriente del río impidió cruelmente que el intento por salvar sus vidas llegase a un buen recaudo. Su comandante al ver la situación que se suscitaba, se desviste rápidamente y en un intento inhumano se lanza al agua para intentar rescatar a sus dos muchachos, lamentablemente ni la ayuda del Suboficial ni la colaboración de la población civil de Napipí tuvo los éxitos que hubiésemos podido desear”.

- La señora Esther Eugenia Manjarrés declaró¹³ que era vecina de la familia Henríquez Olmos, le constaba que eran unidos y el fallecido les colaboraba económicamente.

3.3. Asuntos por resolver en la Sala

Para emitir una decisión de mérito en el proceso de la referencia, la Sala verificará si están probados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, labor en la que solucionará las siguientes cuestiones:

¿Es atribuible a la Armada Nacional la muerte de un infante de marina al haber sido sometido por la institución a un riesgo superior en el desarrollo de una misión o, por el contrario, el suceso obedeció al riesgo propio de la actividad que el soldado asumió voluntariamente al ingresar a las fuerzas armadas?

¹² Folios 45 a 46. C.1.

¹³ Folios 93 a 94. C.1

De ser atribuible el daño a la demandada, ¿se presentaron el caso fortuito o fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima como excluyentes de la imputación?

3.4. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La responsabilidad del Estado emerge cuando se configura un daño, que deriva su calificación de antijurídico cuando el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, tal como lo definió jurisprudencia de esta Corporación¹⁴. Por lo tanto, la ocurrencia de un daño implica el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Para que un daño sea indemnizable es indispensable la concurrencia de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, determinado o determinable y objeto de protección jurídica¹⁵. Estos presupuestos parten de la premisa relativa a que la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial de quien lo padece.

En el *sub lite*, la Sala encuentra prueba suficiente tanto de la muerte del infante de marina Harold Alfonso Henríquez Olmos, pues la parte actora allegó su certificado de defunción, como de su fallecimiento por ahogamiento durante la Operación y Misión Táctica No. 002 Abaucán que llevó a cabo la Armada Nacional en los ríos Odogadó, Napipí y Bojayá el diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004).

Por tanto, procede la Sala al juicio de imputación del daño. Para ello tomará en consideración que la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún título de imputación en particular, y que, por tanto, es menester analizar las circunstancias fácticas del caso para adecuarlas a los parámetros jurídicos que el juez estime relevantes¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 17.042.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 2010, rad. 18878; 1 de febrero de 2012, rad. 20505; 14 de marzo de 2012, rad. 20497 y 12 de febrero de 2014, rad. 28857.

¹⁶“En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia”. En Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, rad. 21.515.

En tal sentido, y como el asunto materia de estudio tiene causa en el daño padecido por un integrante de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones, adelantará su estudio de acuerdo con un criterio que mueve a diferenciar entre conscriptos (quienes prestan el servicio militar obligatorio) y soldados voluntarios, pues, al tanto que el ordenamiento jurídico impone a los primeros el deber de protección y defensa de la institucionalidad¹⁷, los segundos se sujetan voluntariamente a la actividad militar o policial y asumen de forma libre y consciente los riesgos que se desprenden de su ejercicio¹⁸.

Esta diferenciación determina los fundamentos de imputación. Así, cuando el daño se produce respecto a los conscriptos, el Estado debe responder porque les impuso la obligación de prestar el servicio militar. En estos eventos, la Corporación parte de tres criterios de imputación: falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, según los hechos probados y la atribución jurídica que proceda en cada caso.

En contraste, el daño padecido por los ciudadanos que voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado y que atañe a la concreción de un riesgo inherente y desprendible de esa actividad no es en principio imputable al Estado. Únicamente es atribuible la responsabilidad cuando la causa del agravio constituya una falla del servicio¹⁹ o la institución sometió al profesional a un riesgo diferente o mayor al que debía soportar en ejercicio de sus funciones. La falla en el servicio en estos casos se refiere a los eventos en que no se implementaron medidas técnicas y demás mecanismos necesarios para prevenir y/o reducir riesgos o no se brindó a los integrantes de los cuerpos armados el entrenamiento suficiente.

En síntesis, si la víctima del daño es un servidor que ejerce una función de alto riesgo relacionada con la defensa y seguridad del Estado, como ocurrió en este asunto, pues se trataba de un infante de marina adscrito voluntariamente a la Armada Nacional²⁰, este debe tolerar su materialización, se excluye la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por el daño y sus beneficiarios acceder a las indemnizaciones establecidas en el ordenamiento jurídico (*a forfait*)²¹, a no ser que se verifique una falla del servicio o que este fue expuesto a un peligro mayor a aquél que debían asumir los demás agentes, caso en el que el Estado deberá responder administrativa y extracontractualmente.

¹⁷ El artículo 216 de la Constitución Política ordena que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. De igual forma, el artículo 3 de la Ley 48 de 1993 dictamina que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2011, rad. 19.866.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, rad. 19.900.

²⁰ No se aportó prueba documental al respecto, pero los accionantes aseveraron dicha calidad en el hecho No. 2 de la demanda.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 5 de diciembre de 2006, rad. 20.621 y del 10 de agosto de 2005, rad. 16.205.

De tal manera, la Sala analizará si el daño es atribuible a la Armada Nacional bajo el título de imputación de falla del servicio por omisión, según lo alegado por los actores en la demanda, labor en la que constatará desde una perspectiva normativa las obligaciones a cargo de la demandada, su cumplimiento e incumplimiento y la incidencia de la omisión en la afectación del derecho o interés cuya vulneración se reclama²².

La Colegiatura observa que las únicas pruebas aportadas para realizar el estudio de la imputación fueron el protocolo de necropsia efectuado al cuerpo sin vida de Harold Alfonso Henríquez Olmos que contiene un relato del cabo segundo de infantería Jorge Eliécer Cardona Ladeus respecto a la ocurrencia del fatídico suceso y el escrito de condolencias que el capitán de fragata EIM Luis Bernardo Ramírez Rincón envió a la familia Henríquez Olmos.

Lo anterior, por cuanto Jorge Eliécer Cardona Ladeus narró al médico legista que mientras el jefe inmediato de los infantes gestionaba el transporte, dos (2) de los soldados se subieron sin autorización a una embarcación de remo que ocasionalmente pasaba por el sitio y que, luego, naufragaron. En similar sentido, Luis Bernardo Ramírez Rincón manifestó a la familia del fallecido que este fue enviado a la otra orilla del río Napipí con otros compañeros, permanecieron allí y luego se embarcaron en una chalupa o bote artesanal piloteada por un niño pequeño para pasar nuevamente el río, la que se volteó después que aquellos realizaron un movimiento brusco que al parecer la desestabilizó. Dijo que desconocía los motivos de la hazaña, pero sugirió la presencia de una mujer en la orilla contraria.

Así las cosas, se desconoce el motivo que llevó a la víctima a movilizarse en una embarcación artesanal, es decir, si efectuó dicha acción por decisión propia o recibió la orden de su superior, pues los relatos no coinciden en este aspecto y tampoco lo refieren con certeza. En estas circunstancias, no puede predicarse que la víctima hubiera sido expuesta a una carga o riesgo ilegítimo o superior al que debía soportar en su condición de militar. Por el contrario, todo mueve a pensar que los hechos configuran la materialización de los peligros derivados de las funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado que el soldado asumió al vincularse a la fuerza pública, agravados por una actuación imprudente de la víctima. Por tanto, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

3.5. Costas

La Sala considera que no hay lugar a la imposición de costas debido a que no se evidenció en el caso concreto actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2013, rad. 29133.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar el treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012), que declaró probada la excepción de caducidad de la acción. En su lugar:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto 35796-16 #3

