

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / EXCEPCIÓN AL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INTERRUPTIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / HECHO ADMINISTRATIVO / OMISIÓN ADMINISTRATIVA / OPERACIÓN ADMINISTRATIVA / OCUPACIÓN PERMANENTE DE BIEN INMUEBLE / OCUPACIÓN TEMPORAL DE BIEN INMUEBLE / OCUPACIÓN TEMPORAL DE INMUEBLES POR ORDEN PÚBLICO / PROVIDENCIA JUDICIAL / SENTENCIA JUDICIAL / ACCIDENTE MARÍTIMO / NAUFRAGIO / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / DEMANDA / PLAZO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa. (...) En este punto de la providencia, vale la pena precisar que, en este caso, el cómputo de la caducidad no se efectúa desde el accidente marítimo en Playa Blanca (...) sino desde que los afectados tuvieron conocimiento de la desaparición de los hermanos (...) ya que a partir de ello surgió su interés para ejercer la presente acción de reparación directa. (...) En ese sentido, el término de caducidad comenzó a correr a partir del día siguiente (...) sin embargo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial (...) cuando aún faltaban 38 días para que venciera el término de caducidad, momento en el cual se suspendió ese término, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001. La constancia de agotamiento del trámite se expidió el (...) luego, el plazo para presentar la demanda se extendió hasta el (...) y como esta se presentó el (...) es forzoso concluir que resultó oportuna.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 138 NUMERAL 8

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de agosto de 2019, exp. 48511, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO / DESAPARICIÓN DEL CIUDADANO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACCIDENTE MARÍTIMO

[S]i bien la muerte de los hermanos (...) no se probó, lo cierto es que en el expediente obran pruebas suficientes para establecer, al menos, que después de su naufragio (...) en Santa Marta, se encuentran desaparecidos y que sus seres queridos no volvieron a saber de ellos. Entonces, para la Sala, de lo planteado y probado, se advierte que el daño consiste en la desaparición de los hermanos (...) toda vez que los demandantes aún desconocen qué ocurrió con sus seres queridos, incertidumbre que se ha prolongado a lo largo de los años. La Sala no

encuentra razón para considerar que la desaparición no constituya un daño antijurídico y mucho menos que para ello se requiera que se declare al desaparecido judicialmente muerto, si se tiene en cuenta que no existe normativa alguna que así lo señale.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, C.P. Juan de Dios Montes Hernández y sentencia del 5 de diciembre de 201, exp. 30281, C.P: Danilo Rojas Betancourth. Sobre el valor de la prueba testimonial, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 23810, C.P. Hernán Andrade Rincón, página

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / FACULTADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / OBJETO DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / JURISDICCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / OBLIGACIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / ARMADA NACIONAL / ACTIVIDAD MARÍTIMA / TRANSPORTE MARÍTIMO / DAÑO / CAPITANÍA DE PUERTO / COMPETENCIA DE LA CAPITANÍA DE PUERTO / FACULTADES DE LA CAPITANÍA DE PUERTO / FUNCIONES DE LA CAPITANÍA DE PUERTO / OMISIÓN DEL DEBER / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL / FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CUSTODIA, VIGILANCIA Y CUIDADO

[L]a Dirección General Marítima y Portuaria Dimar es una dependencia del Ministerio de Defensa, agregada a la Armada Nacional, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto ley 2324 de 1984 (...) es la autoridad que tiene a su cargo la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas. De conformidad con el artículo 3 ibídem, se consideran actividades marítimas las relacionadas con la señalización marítima, el control del tráfico marítimo, las naves nacionales y extranjeras y los artefactos navales, la marina mercante y el transporte marítimo, la construcción, operación y administración de instalaciones portuarias, la utilización, protección y preservación de los litorales, la recreación y los deportes náuticos marinos, entre otras. Por su parte, el artículo 19 ibídem, dispone que las Capitanías de Puerto son dependencias regionales y/o seccionales de la Dimar, que se encuentran ubicadas en los puertos marítimos y fluviales en los que ésta ejerce jurisdicción y que, conforme al artículo 20 ibídem, cumplen “las funciones de la dirección en el área asignada de acuerdo con la ley y los reglamentos”, entre ellas: i) ejercer la autoridad marítima y portuaria en su jurisdicción; ii) hacer cumplir las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias y iii) autorizar el arribo y zarpe de naves e inspeccionar su funcionamiento. En caso de incumplimiento, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo determina que la Dimar, previa investigación, puede aplicar, cuando hubiere lugar, sanciones disciplinarias o multas por infracciones o violaciones a normas relativas a las actividades marítimas. En este punto, debe advertirse que la jurisprudencia ha diferenciado dos tipos de omisiones, en sentido laxo y en sentido estricto, la primera hace relación al incumplimiento de los deberes de cuidado necesarios para evitar el daño, mientras que la segunda es un incumplimiento de una obligación que se estaba en el deber de ejecutar y que hubiera impedido que el daño se causara

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2324 DE 1984 – ARTÍCULO 4 / DECRETO LEY 2324 DE 1984 –ARTÍCULO 6 / DECRETO LEY 2324 DE 1984 –ARTÍCULO 3/ DECRETO LEY 2324 DE 1984 –ARTÍCULO

NOTA DE RELATORÍA: Respecto al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, exp. 14443, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO / SERVICIO DE TRANSPORTE / DAÑO / DAÑO A TERCEROS / MEDIOS DE PRUEBA / PRUEBA / FUNCIONARIO PÚBLICO / ACTIVIDAD MARÍTIMA / ENTIDAD PÚBLICA / ENTIDAD DE VIGILANCIA Y CONTROL / INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL DEPORTE / TRANSPORTE MARÍTIMO / RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE MARÍTIMO / TRANSPORTE TURÍSTICO DE PASAJEROS / ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO / VEHÍCULO DE TURISMO / TRANSPORTE DE PASAJEROS

En principio, la Dimar, a través de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, debía vigilar y controlar a (...) [la embarcación turística] establecimiento de comercio dedicado al servicio de transporte turístico de pasajeros -omisión en sentido estricto-; sin embargo, debe aclararse que este tipo de obligación es relativa, pues su cumplimiento depende de la capacidad operativa de cada entidad, por lo que en aquellos eventos en los cuales se omite cumplir con un deber pero se cause un daño a un tercero, este no le resultaría imputable a la entidad territorial de manera automática. Lo anterior significa que en asuntos como el presente resultaría aplicable la máxima “nadie está obligado a lo imposible”, sin que eso permita concluir que la entidad siempre debe resultar exonerada por los daños que se causen, pues esto dependerá, en cada caso, de si estaba en la posibilidad o no de cumplir con la carga impuesta. Del material probatorio allegado al expediente se observa que el deber de vigilancia de la Dimar no puede ser entendido en términos absolutos, pues resulta excesivo exigirle que debía percatarse, por ejemplo, de que el personal del establecimiento de comercio (...) permitió que la embarcación (...) fuese operada por tres personas, trasgrediendo su capacidad máxima permitida 2 pasajeros. Debe aclararse que no le resultaba exigible a la Dimar tener a un funcionario en cada punto de Playa Blanca observando que todos los establecimientos de comercio dedicados al servicio de transporte turístico de pasajeros cumplieran con cada una de las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias, pues esto desbordaría la capacidad de cualquier entidad pública, luego, llegar a esa conclusión sería obligarla a lo imposible.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20368, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29332, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CALIDAD DE VÍCTIMA / VÍCTIMA / DAÑO / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / CULPA DE LA VÍCTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / HECHO DE LA VÍCTIMA / ACTIVIDAD PELIGROSA / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO / NAUFRAGIO / SERVICIO DE TRANSPORTE / MINISTERIO DE DEFENSA / DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / IMPUTACIÓN / AUSENCIA DE IMPUTACIÓN / ACTIVIDAD MARÍTIMA / TRANSPORTE TURÍSTICO DE

PASAJEROS / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / HECHO DEL TERCERO / DAÑO OCASIONADO POR HECHO DEL TERCERO

[L]a Sala considera que la conducta de las víctimas incidió en la causación del daño por el cual hoy se reclama una indemnización, toda vez que fue gravemente culposa, porque actuaron con negligencia extrema (...) El día del accidente, los hermanos (...) de manera libre y consciente -pues no se demostró lo contrario-, decidieron sobrepasar las zonas marítimas permitidas, con la finalidad de dirigirse a una “playa nudista”, lugar que se encontraba muy alejado de las aguas protegidas de Playa Blanca. Ciertamente, cada persona, en principio, es responsable de su seguridad y en eventos como el aquí presentado resulta lógico concluir que los referidos señores asumieron los riesgos que el despliegue de dicha actividad peligrosa y altamente irresponsable implicaba. En segundo lugar, se resalta que, tal y como se expuso en precedencia (...) [El establecimiento de comercio] violó varias disposiciones (...) la irregularidad consistente en permitir que la embarcación con matrícula (...) fuese operada por tres personas, de conformidad con el dictamen pericial, fue uno de los factores que ocasionaron el siniestro marítimo, porque la sobrecarga del tercer ocupante se constituyó en un elemento desestabilizador de la embarcación. La actuación (...) [Del establecimiento de comercio] no se encuentra vinculada, de ninguna manera, con el servicio, porque era ese establecimiento de comercio quien tenía la guarda de la embarcación tipo kayak (...) y, en ese sentido, tenía la obligación de desplegar la referida actividad con las medidas de seguridad respectivas. En las condiciones analizadas, teniendo en cuenta la relatividad de las obligaciones de vigilancia en el servicio de transporte turístico de pasajeros, considera la Sala que no es posible concluir que en este caso el Ministerio de Defensa Dimar se encontraba en la posibilidad efectiva de interrumpir el proceso causal del accidente y, como consecuencia, cualquier atribución de responsabilidad por la desaparición de los hermanos (...) carece de total sentido. En otras palabras, la desaparición de los señores (...) se produjo por la imprudencia del establecimiento de comercio (...) y por la conducta gravemente culposa de las propias víctimas, lo cual exime de toda responsabilidad al Ministerio de Defensa - Dimar. (...) En las condiciones analizadas, no se demostró que las labores de búsqueda efectuadas por la Dimar fuesen tardías, todo lo contrario, 10 minutos después de tener conocimiento del siniestro marítimo inició la búsqueda en el área de los hechos (...) durante 28 días se realizaron operativos diariamente, con aeronaves y unidades marítimas, efectuando recorridos por toda la zona y patrullajes registrados en las minutas de la búsqueda, sin resultados positivos. Así las cosas, como en este caso no es posible efectuar ningún tipo de imputación al Estado,

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 63

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la culpa grave, ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. sentencia del 19 de diciembre de 2006, exp. 68001-31-03-001-2000-00311-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00106-01(53751)

Actor: BLANCA NELLY GAVIRIA DE HENAO Y OTRO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: DAÑO CAUSADO POR ACCIDENTE DE VEHÍCULOS, NAVES O AERONAVES – naufragio en el que desaparecen dos personas / FALLA EN EL SERVICIO POR OMISIÓN – responsabilidad del Estado por omitir controlar actividades desarrolladas por terceros / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD – hecho de un tercero y culpa exclusiva de las víctimas.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 19 de noviembre de 2014, decisión en la que el Tribunal Administrativo del Magdalena resolvió lo que a continuación se transcribe (incluso con posibles errores)¹:

“DECLARAR probada de oficio la excepción de ‘formulación intempestiva de la demanda contencioso administrativa’, de conformidad a las consideraciones que fueron expuestas en la parte motiva de esta sentencia”.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se afirmó que el 24 de diciembre de 2008, en el sector de “Playa Blanca”, en la ciudad de Santa Marta, los turistas Oswaldo Henao Gaviria, Jonathan Henao Gaviria y Johan Stiven Castaño Hernández alquilaron un kayak, en el establecimiento de comercio “Variedades Lily”, embarcación que, minutos

¹ Reverso folio 542 del cuaderno del Consejo de Estado.

después, naufragó en el mar, ocasionando la desaparición de los hermanos Henao Gaviria, pues no se volvió a tener noticia de ellos desde ese suceso.

Como consecuencia de lo anterior, sus familiares solicitaron la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada porque, a su juicio, *“la falta de verificación del cumplimiento de las exigencias técnicas de la embarcación accidentada”* fue determinante en la producción del resultado lesivo. Los demandantes indicaron, adicionalmente, que las labores de búsqueda y rescate adelantadas fueron *“defectuosas y tardías”*.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 3 de marzo de 2011², los señores Luis Alfonso Henao Trujillo, Blanca Nelly Gaviria, Ibeth Verónica Henao Giraldo, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Samuel Antonio Henao Henao; Johana María Henao Gaviria y Catherine Andrea Henao Gaviria, por conducto de apoderado judicial³, interpusieron demanda, en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Dirección General Marítima *-en adelante Dimar-*, con el fin de que se le declare patrimonialmente responsable por la *“pérdida de Jhonatan de la Cruz y Oswaldo Henao Gaviria”*, como consecuencia de un accidente que se presentó en *“Playa Blanca”*, en la ciudad de Santa Marta, el 24 de diciembre de 2008⁴.

Por lo anterior solicitaron, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los señores Luis Alfonso Henao Trujillo y Blanca Nelly Gaviria, así como 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demás actores.

Adicionalmente, los demandantes solicitaron que se condenara a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales, en la modalidad

² Folio 12 del cuaderno de primera instancia.

³ Poderes obrantes a folios 13 a 15 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Ello se extrae de la lectura integral de la demanda, que obra de folios 5 a 38 del cuaderno de primera instancia, pues en el acápite denominado *“peticiones”* se solicita que *“se declare responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima DIMAR y la Armada Nacional”*, sin identificar, de forma explícita, el daño.

de lucro cesante y daño emergente, en las sumas indicadas en la demanda para cada uno de ellos⁵.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, se narró lo siguiente⁶:

Los jóvenes Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria, Oswaldo Henao Gaviria y Johan Castañeda se encontraban de vacaciones en Santa Marta y, el 24 de diciembre de 2008, en el sector de “*Playa Blanca*”, alquilaron una embarcación tipo kayak a unos particulares.

Después de media hora de navegación, aproximadamente, la referida embarcación desapareció. Como consecuencia de lo anterior, se iniciaron las labores de búsqueda de Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria, Oswaldo Henao Gaviria y Johan Castañeda, pero solo el último de los mencionados apareció con vida.

Se afirmó en la demanda que la búsqueda de los señores Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria y Oswaldo Henao Gaviria se suspendió oficialmente el 21 de enero de 2009 y que “*al momento de radicar esta solicitud ninguno de ellos ha aparecido luego del naufragio*”.

La parte actora pretende que se declare la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa – Dimar, toda vez que omitió la vigilancia a la empresa privada que alquiló la embarcación a los hermanos Henao Gaviria; además, porque, después de ocurrido el siniestro, la labores de búsqueda y el rescate fueron tardías y defectuosas. En la demanda se expuso (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)⁷:

⁵ La parte actora solicitó, por concepto de perjuicios materiales, las sumas que a continuación se enuncian en los folios 6 y 7 del cuaderno de primera instancia:

- En favor de Blanca Nelly Gaviria Cardona, madre de las víctimas: **i)** \$3'534.000, en razón de los “*desplazamientos desde y hacia la ciudad de Santa Marta*”; **ii)** \$50'000.000, que pagó a un profesional del derecho en el proceso administrativo adelantado por la Capitanía de Puerto de Santa Marta y **iii)** \$203'800.000, por lucro cesante consolidado y futuro.

- En favor de Luis Alfonso Henao Trujillo, padre de las víctimas, el monto de \$99'300.000, por lucro cesante consolidado y futuro.

- En favor de Samuel Antonio Henao Henao, hijo de Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria, la suma de \$57'200.000, por lucro cesante consolidado y futuro

- En favor de Ibeth Verónica Henao Giraldo, cónyuge de Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria, el monto de \$174'500.000, por lucro cesante consolidado y futuro.

⁶ En atención a que los hechos de la demanda fueron relatados de forma confusa, la Sala efectuará el recuento fáctico de acuerdo con la lectura integral del libelo inicial y de las pruebas allegadas al expediente.

⁷ Folios 1 a 12 del cuaderno de primera instancia.

“En el sector Playa Blanca del municipio de Santa Marta, la Dimar no asignó un funcionario que se encargara de verificar los permisos, el cumplimiento de las exigencias técnicas con respecto a la identidad de la embarcación ni de la tripulación, de las embarcaciones menores, ni que controlara las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación ni la seguridad de la vida humana en el mar”.

“(…).

“Las labores de búsqueda y rescate adelantadas por el Estado fueron defectuosas y tardías, al punto que en el sector de Playa Blanca no se encontraba ningún tipo de embarcación ni de personal destinado al salvamento y/o rescate de personas”.

3. Trámite en primera instancia

3.1. El Tribunal *a quo* admitió la demanda mediante auto del 6 de mayo de 2011⁸, decisión que se notificó en debida forma a la Nación - Ministerio de Defensa⁹ y al Ministerio Público¹⁰.

3.2. La Nación – Ministerio de Defensa¹¹ contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que se atenía a los resultados del proceso. Como argumentos de defensa, formuló las siguientes excepciones:

i) “Falta de litisconsorte necesario”, con fundamento en que el artefacto naval en el que se transportaban los hermanos Henao Gaviria el día de los hechos era de propiedad de “*Variedades Lily*”, razón por la cual la parte actora debió convocar a esta empresa al proceso.

ii) “Inexistencia de nexos causal entre el daño y la causa imputada”, porque el accidente se presentó por la negligencia del personal de “*Variedades Lily*”, toda vez que permitió que la embarcación tipo kayak fuese operada por 3 personas, es decir, con sobrecupo.

Por último, indicó que la empresa que se encargaba de la explotación del kayak accidentado no se percató, de forma inmediata, que sobrepasó la zona permitida para su operación, porque no contaba con un funcionario encargado de verificar el cumplimiento de las normas de operación y de seguridad marítima.

⁸ Folio 61 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Folio 64 del cuaderno de primera instancia.

¹⁰ Reverso folio 38 del cuaderno de primera instancia.

¹¹ Folios 71 a 85 del cuaderno de primera instancia.

4. A través de providencia fechada el 28 de septiembre de 2011¹², el Tribunal Administrativo del Magdalena decretó las pruebas solicitadas. Agotada la etapa probatoria se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto¹³.

4.1. En esa oportunidad procesal, la parte actora¹⁴ y la Nación - Ministerio de Defensa¹⁵ reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, respectivamente.

4.2. Por su parte, el Ministerio Público emitió concepto¹⁶, en el cual sugirió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que resultaba *“reprochable que la entidad demandada no extremara los controles de la navegación y la seguridad en el mar, permitiendo que embarcaciones menores circularan sobre zonas prohibidas que colocaran en riesgo la vida humana, como inexorablemente aconteció en el caso que no ocupa”*.

5. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2014, declaró de oficio la excepción de mérito que denominó como *“formulación intempestiva de la demanda contencioso administrativa”*.

Como sustento de la decisión sostuvo que, aunque la parte actora señaló que debía declararse patrimonialmente responsable al Estado por la muerte de los hermanos Henao Gaviria, lo cierto fue que no aportó ningún elemento probatorio que al menos diera cuenta de la iniciación del proceso de declaración de muerte presunta, razón por la cual, a su juicio, no se acreditó el daño cuya indemnización se solicitó en el proceso. En los siguientes términos expuso sus consideraciones (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)¹⁷:

“En ausencia de la prueba reseñada resulta imposible para el Tribunal avocar el conocimiento del fondo de la cuestión litigiosa planteada, puesto que no se tiene certeza en lo absoluto sobre la causación efectiva de la muerte de los jóvenes Jhonatan de la Cruz y Oswaldo Henao, máxime que ni siquiera se ha iniciado el proceso respectivo

¹² Folio 345 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Folio 464 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folios 465 a 469 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Folios 473 a 486 del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Folios 488 a 494 del cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Folios 539 a 542 del cuaderno del Consejo de Estado.

para obtener, así sea, la declaración de su muerte presunta, de suerte que, hasta tanto la parte accionante no agote tal actuación judicial incoando la acción respectiva ante el juez natural de la causa, mal puede pretender que por vía de la acción contenciosa se declare la responsabilidad de la Administración por la ocurrencia de un hecho”.

6. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación. En primer lugar, aceptó que al momento de la presentación de la demanda no se había adelantado el trámite para declarar la muerte presunta de los hermanos Henao Gaviria, pero dijo que ello obedeció a que *“era imposible esperar siquiera a la iniciación del proceso, toda vez que la acción de reparación directa habría caducado”*.

Indicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del Código Civil, el trámite de muerte presunta solo puede iniciarse cuando *“pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente”*, momento para el cual ya habría transcurrido el término para el ejercicio de la acción de reparación directa.

Señaló que de la demanda puede extraerse que el daño, cuya indemnización se reclama, consistió en la desaparición de los hermanos Henao Gaviria *-y no en su muerte-*, si se tiene en cuenta que, desde el 24 de diciembre de 2008, fecha del accidente en Santa Marta, no se tiene noticia de ellos.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia impugnada y que, como consecuencia, se estudie el fondo del asunto¹⁸.

7. Trámite en segunda instancia

7.1. El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo del Magdalena¹⁹ y posteriormente admitido por esta Corporación, mediante auto del 7 de mayo de 2015²⁰.

7.2. Mediante providencia del 18 de junio de 2015²¹ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

7.2.1. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

¹⁸ Folios 545 a 549 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁹ Folio 552 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Folio 557 del cuaderno del Consejo de Estado.

²¹ Folio 559 del cuaderno del Consejo de Estado.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 19 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por tratarse de un proceso con vocación de doble instancia por razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo²², dado que la sumatoria de las pretensiones²³ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁴ a la fecha de presentación de la demanda -3 de marzo de 2011-²⁵.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

A efectos de establecer la forma en la cual debe computarse el término de caducidad, resulta necesario señalar que, en el caso concreto, el daño consiste en la desaparición de los hermanos Henao Gaviria, tal y como se explicará más adelante.

La Sala considera que el 21 de enero de 2009 es el punto de partida para efectuar el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa, porque fue a partir de ese momento que la Estación Guardacostas de Santa Marta finalizó las

²² “**Artículo 129.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

²³ En este punto, la Subsección precisa que la cuantía procesal de este proceso se rige por la Ley 1395 de 2010, la cual entró en vigencia el 12 de julio de ese mismo año.

²⁴ A la fecha de presentación de la demanda (2010) 500 SMLMV equivalían a \$257'500.000.

²⁵ La norma con la cual se determina la competencia por razón de la cuantía es el artículo 3 de la Ley 1395 de 2010, modificadorio del numeral 2 del artículo 20 del CPC.

labores de búsqueda de los hermanos Henao Gaviria e *“informó telefónicamente a los señores Luis Alfonso*

Henao Trujillo y Nelly Gaviria de Henao el termino del operativo, sin resultados positivos”.

En este punto de la providencia, vale la pena precisar que, en este caso, el cómputo de la caducidad no se efectúa desde el accidente marítimo en Playa Blanca -es decir, desde el 24 de diciembre de 2008-, sino desde que los afectados tuvieron conocimiento de la desaparición de los hermanos Henao Gaviria -es decir, desde el 21 de enero de 2009-, ya que a partir de ello surgió su interés para ejercer la presente acción de reparación directa. Con anterioridad, esta Sección, en el caso de un soldado regular del Ejército Nacional que desapareció mientras prestaba servicio militar obligatorio, también realizó el cómputo de la caducidad a partir en que los familiares advirtieron *“que ya no podían abrigar más la esperanza de que apareciera el soldado”*²⁶:

“En el presente caso, si bien los hechos que dieron lugar a la acción datan, presuntamente -dado que no se tiene certeza absoluta de la fecha exacta de la desaparición-, del 28 de junio de 2007, lo cierto es que contra el soldado Vargas Sáenz se inició ante la justicia penal militar un proceso por el delito de desertión -por el cual, inclusive, se le dictó orden de captura-, del cual finalmente se le absolvió por sentencia dictada el 26 de febrero de 2009 y ejecutoriada el 23 de marzo del mismo año, en virtud de que se concluyó que no se estaba frente a una desertión sino, en cambio, frente a una desaparición. Luego, es dable pensar que hasta esa fecha, se presumía que el soldado podía aparecer en cualquier momento, dada su supuesta condición de desertor; pero, una vez se pronuncia la sentencia, los familiares advierten que ya no podían abrigar más la esperanza de que apareciera el soldado. De todo lo anterior, es razonable concluir que la parte actora solo tuvo posibilidad de demandar por la desaparición del soldado a partir de la ejecutoria de la sentencia penal que descartó la posibilidad de la desertión; y, siendo así, contaba hasta el 24 de marzo de 2011 para interponer la acción de reparación directa. Habiéndolo hecho en fecha 23 de octubre de 2009, se colige que la acción se ejerció oportunamente”.

En ese sentido, el término de caducidad comenzó a correr a partir del día siguiente, desde el 22 de enero de 2009, de modo que, en principio, el plazo para ejercer el derecho de acción en término era hasta el 22 de enero de 2011; sin embargo, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el **16 de**

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, radicado No. 48.511, sentencia del 2 de agosto de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

diciembre de 2010²⁷, es decir, cuando aún faltaban 38 días para que venciera el término de caducidad, momento en el cual se suspendió ese término, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001²⁸.

La constancia de agotamiento del trámite se expidió el **24 de febrero de 2011**²⁹, luego, el plazo para presentar la demanda se extendió hasta el **4 de abril de 2011**³⁰, y como esta se presentó el **3 de marzo del mismo año**³¹, es forzoso concluir que resultó oportuna.

3. Hechos probados

3.1. A través de la Resolución No. 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, la Capitanía de Puerto de Santa Marta otorgó autorización especial a la empresa “*Variedades Lily*”, para prestar el servicio público de transporte turístico de pasajeros, dentro de su jurisdicción³². En el acto administrativo se especificaron los artefactos navales autorizados para su operación, entre ellos, una embarcación tipo kayak de nombre “*Kora*”, con las siguientes características:

Nombre	Matricula	Eslora	No. Max. Pa	Clasificación	Propietario
KORAL	CP4-0240-KY	3.55	2	TRANSPORTE PASAJEROS	VARIEDADES LILY

²⁷ Folio 57 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ “**Artículo 21.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

²⁹ Vale la pena precisar que, en este caso, la constancia se expidió el mismo día -24 de febrero de 2011- en que se realizó la audiencia en la que no hubo acuerdo conciliatorio.

³⁰ Los 38 días que faltaban para que venciera el término de caducidad iban hasta el 3 de abril de 2011, pero, por ser domingo, el plazo se corrió al primer día hábil siguiente -4 de abril de 2011-, de conformidad con el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, que dispone lo siguiente: “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.

³¹ Folio 12 del cuaderno de primera instancia.

³² Folios 205 a 206 del cuaderno de primera instancia.

3.2. Según el acta de protesta No. 030, suscrita por el comandante de la Estación Guardacostas de Santa Marta, el 24 de diciembre del 2008, aproximadamente a las 15:30 horas, en el sector de “Playa Blanca” acaeció un siniestro marítimo, consistente en el “*naufragio*” de dos turistas, los señores Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria y Oswaldo Henao Gaviria, quienes se transportaban en una embarcación tipo kayak de nombre “*Kora*” que habían rentado minutos antes en un negocio denominado “*Variedades Lily*”.

En su escrito, el comandante de la Estación Guardacostas de Santa Marta advirtió que las labores de búsqueda habían sido infructuosas y que estas se habían dificultado “*debido a las malas condiciones meteo-marinas*”³³.

3.3. Como consecuencia del siniestro marítimo mencionado -*la desaparición de los señores Henao Gaviria*-, la Capitanía del Puerto de Santa Marta profirió auto de apertura de la investigación con el radicado No. 1401200822 DIMAR-CP4, el 30 de diciembre de 2008, en contra del establecimiento de comercio “*Variedades Lily*”, con la finalidad de establecer “*las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos*” y, además, estudiar “*la responsabilidad de los involucrados, para determinar si hubo violación a las normas o reglamentos que rigen la actividad marítima*”³⁴.

3.4. La Capitanía del Puerto de Santa Marta ordenó la práctica de un dictamen pericial tendiente a esclarecer lo ocurrido; para el efecto, el perito marítimo Fernando Ponce Avendaño rindió un informe el 1º de julio de 2009³⁵, en el cual analizó, de forma detallada, la conducta técnica y náutica de las personas involucradas en el siniestro acaecido el 24 de diciembre de 2008 y concluyó lo que a continuación se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores:

“CONCLUSIÓN: *que la causa precursora del incidente operativo que materializó el siniestro de desaparición de 2 de los ocupantes del kayak, tuvo su origen y desarrollo en una accidentada conducción operativa del kayak, el que al ingresar a una zona de mar adverso para*

³³ A continuación, se transcribe el acta de protesta No. 030, obrante a folio 91 del cuaderno de primera instancia (de forma literal, incluso con posibles errores):

“El día 24 de diciembre/2008, siendo aproximadamente las 15:30 R se recibió una llamada vía VHF-FM, canal 16, informando el naufragio de dos turistas que se encontraban en un kayak, rentado en playa blanca al negocio de alquiler de motos marinas y kayaks Variedades Lily, de propiedad del señor Juan Camargo. Este suceso pudo haberse evitado si la empresa hubiera contado permanentemente con el bote de seguridad, el cual debe encargarse de velar porque los turistas no se alejen de la zona autorizada por la autoridad marítima para este tipo de actividades náuticas. Debido a las malas condiciones meteo-marinas, las labores de búsqueda y rescate se ha dificultado y no han sido positivos los esfuerzos de búsqueda tanto marítimos como aéreos”.

³⁴ Folios 92 y 93 del cuaderno de primera instancia.

³⁵ Folios 175 a 188 del cuaderno de primera instancia.

la navegación normal de la embarcación, provocó el volteo de la misma y la consecuente desaparición de dos de sus ocupantes por deriva hacia mar adentro, por razón del arrastre del fuerte viento reinante en la zona, al oeste de Punta Gaira”.

3.5. A través del Oficio No. 265 del 20 de agosto de 2009, la Estación Guardacostas de la Armada Nacional de Santa Marta informó de las actividades desplegadas para la búsqueda de los hermanos Henao Gaviria desde el 24 de diciembre de 2008 hasta el 21 de enero de 2009, así como de las unidades marítimas y aéreas empleadas para ello³⁶.

3.6. A través de la providencia del 11 de agosto de 2010, la Capitanía de Puerto de Santa Marta profirió fallo en primera instancia, en el sentido de declarar responsable del siniestro marítimo en mención a “*Variedades Lily*”, establecimiento de comercio de la sociedad Camargo Ramírez e hijos, por infringir la legislación marítima colombiana y omitir reglas de navegación y de seguridad marítima. Los argumentos esbozados en la decisión fueron los siguientes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)³⁷:

“Es claro que la empresa variedades Lily (...), permitió la operación del kayak CP04-0240-KY de su propiedad, incumpliendo los compromisos adquiridos mediante la Resolución No. 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, por medio de la cual la Capitanía de Puerto de Santa Marta habilita a la empresa para el transporte turístico de pasajeros en la jurisdicción de Santa Marta, en el sector de Playa Blanca.

“(…).

“RESUELVE:

“Artículo 1º.- *Declarar que el siniestro marítimo (desaparición de dos turistas) a bordo del kayak KORAL CP04-0240 KY, habilitado a la empresa variedades Lily Ni (...) establecimiento de comercio de la sociedad Camargo Ramírez e hijos compañía S.E. C.C., ocurrido en el sector de Playa Blanca el día 24 de diciembre a las 15:30 horas aproximadamente ocurrió en primer lugar con culpa y/o responsabilidad de la empresa variedades Lily, (...) propietario del kayak y en segundo lugar con culpa y/o responsabilidad de los señores Oswaldo Henao Gaviria con CC (...) y Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria, con CC (...), personas a bordo del kayak KORAL de conformidad con los considerandos de la presente providencia”.*

³⁶ Folios 30 a 32 del cuaderno de primera instancia.

³⁷ Folios 276 a 304 del cuaderno de primera instancia.

3.7. La anterior decisión fue objeto de recurso de reposición por parte del apoderado de “*Variedades Lily*”, el que, a través de providencia del 23 de noviembre de 2010, fue rechazado por improcedente³⁸.

3.8. Sobre las circunstancias en las que se produjo el accidente, el señor Johan Stiven Castaño Hernández³⁹ describió los sucesos de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“PREGUNTA: *Haga un relato detallado de todo lo que le conste acerca de la desaparición de los hermanos Henao Gaviria, ocurrida en Santa Marta el 24 de diciembre del 2008.*

“CONTESTA: *Ese día llegamos a Playa Blanca, estábamos mis suegros, mi cuñada, la esposa de mi cuñado, mi exnovia, mis dos cuñados, almorzamos y después decidimos alquilar un kayak, montamos en la banana y luego nos disponemos a montar en el kayak, cuando lo alquilamos el costeño (...), rentamos el kayak por una hora, nos dirigimos hacia este lugar en Punta Gaira, playa nudista, nos volcamos en el kayak, tratamos de recuperar el equilibrio, después del tercer intento el mar arrastra el kayak mar adentro, quedamos con los remos en las manos, luego el mar nos arrastraba hacia altamar, yo boté el remo mío, mis cuñados quedaron abrazados y yo comencé a nadar hacia la orilla, al cabo de media hora observé que pasaba un yate blanco particular de nombre ‘NO SÉ’ yo tenía una gorra blanca y comencé a gritarles y a agitar la gorra, inmediatamente me vieron me recogieron, les comente que mis dos cuñados estaban en alta mar, que estaban cerca, inmediatamente comenzaron a buscarlos y avisaron a los guardacostas.*

“Los buscamos hacia donde se dirigía el oleaje, encontramos el kayak, pero a los muchachos no, la verdad yo estaba muy asustado, agachado en el bote, luego me llevaron a Playa Blanca y me encontré con mi exnovia, después le expresé que los muchachos estaban desaparecidos. Se le informo a los padres y al resto de la familia que se encontraba en Playa Blanca. Los costeños que nos arrendaron el kayak nos cobraron el dinero, el alquiler, \$20.000, luego atardeció intentaron buscarlos en las motos acuáticas y cuando anochece nos llevaron a la playa del Rodadero, ya nos estaba esperando el capitán de puerto, nos expresó que ese día no los iban a buscar que había que esperar al día siguiente. De ahí nos fuimos para el hotel en la Bahía de Santa Marta. Al día siguiente los buscaron con lanchas según las indicaciones que les dimos; según el personal los buscó hasta el 20 de

³⁸ Folios 320 a 328 del cuaderno de primera instancia.

³⁹ Folios 20 a 22 del cuaderno No. 4.

enero, nosotros nos regresamos para Medellín el 30 de diciembre y mis suegros quedaron esperando noticias de los muchachos”.

4. Análisis del caso concreto

4.1. El daño

El Tribunal Administrativo del Magdalena concluyó que la parte activa de la *litis* no probó la existencia de un daño antijurídico, razón por la cual no había lugar a analizar los demás elementos de la responsabilidad, conclusión que cuestionó la parte actora en su recurso de apelación⁴⁰.

El apoderado de los demandantes, además de reconocer que, en efecto, al momento de la presentación de la demanda no se había adelantado el trámite de declaración de muerte presunta de los hermanos Henao Gaviria, aclaró que el daño, cuya indemnización se reclama, consiste en su desaparición *-y no en su muerte-*, pues desde el 24 de diciembre de 2008, fecha del accidente en Santa Marta, no se tiene noticia de ellos.

En el proceso obra el acta de protesta No. 030, suscrita por el comandante de la Estación Guardacostas de Santa Marta, documento que da cuenta de que el 24 de diciembre de 2008, aproximadamente a las 15:30 horas, en el sector de “*Playa Blanca*”, se produjo el “*naufragio*” de los señores Jhonatan de la Cruz Henao Gaviria y Oswaldo Henao Gaviria.

En concordancia con lo anterior, en el expediente obra el Oficio No. 265 del 20 de agosto de 2009, elemento probatorio a través del cual se acreditó que las labores de búsqueda iniciaron el 24 de diciembre de 2008 y se extendieron hasta el 21 de enero de 2009, “*completando 28 días de intensa búsqueda sin resultados positivos*”⁴¹.

⁴⁰ En este punto de la providencia vale la pena precisar que la parte actora no modificó la causa petendi en su recurso de apelación. En la demanda, tal como se precisó en precedencia (en el pie de página 4, página 2), en el acápite denominado “*peticiones*” se solicita que “*se declare responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima DIMAR y la Armada Nacional*”, sin identificar, de forma explícita, el daño. No obstante lo anterior, de la lectura integral de la demanda y del recurso de apelación, la Sala concluye que el daño nunca fue la muerte, sino la desaparición de los hermanos Henao Gaviria.

⁴¹ En el Oficio No. 265 del 20 de agosto de 2009, que obra a folios 30 a 32 del cuaderno de primera instancia, se consignó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores): “*El día 21 de Enero de 2009 a las 18:00R se dieron por terminados oficialmente los operativos de búsqueda, completando 28 días de intensa búsqueda sin resultados positivos. Se informó telefónicamente a los señores LUIS ALFONSO HENAO TRUJILLO y NELLY GAVIRIA DE HENAO el termino del operativo sin resultados positivos*”.

Inclusive, cuando la Capitanía de Puerto de Santa Marta profirió fallo de primera instancia, el 11 de agosto de 2010, advirtió en su providencia que los hermanos Henao Gaviria aún se encontraban desaparecidos, como consecuencia del siniestro marítimo acaecido.

También obran en el proceso las declaraciones rendidas, en sede judicial, por los señores Johan Stiven Castaño Hernández⁴², Alba Doris Gaviria Cardona⁴³ y Aracelly Gaviria Cardona⁴⁴, quienes coincidieron en señalar que desde el 24 de diciembre de 2008 no se tiene noticia alguna de los hermanos Henao Gaviria.

Así las cosas, si bien la muerte de los hermanos Henao Gaviria no se probó, lo cierto es que en el expediente obran pruebas suficientes para establecer, al menos, que después de su naufragio, el 24 de diciembre de 2009 en Santa Marta, se encuentran desaparecidos y que sus seres queridos no volvieron a saber de ellos.

Entonces, para la Sala, de lo planteado y probado, se advierte que el daño⁴⁵ consiste en la **desaparición de los hermanos Henao Gaviria**, toda vez que los demandantes aún desconocen qué ocurrió con sus seres queridos, incertidumbre que se ha prolongado a lo largo de los años.

La Sala no encuentra razón para considerar que la desaparición no constituya un daño antijurídico y mucho menos que para ello se requiera que se declare al desaparecido judicialmente muerto, si se tiene en cuenta que no existe normativa alguna que así lo señale. En esa misma línea, en un caso similar al que ahora se analiza, esta Corporación sostuvo⁴⁶:

⁴² En la declaración, que obra a folios 20 a 22 del cuaderno No. 4, manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Nunca encontramos los muchachos, todas las personas de la costa nos expresaban que iban a aparecer, que salían a Barranquilla, pero nunca tuvimos noticias de ellos”.

⁴³ En la declaración, que obra a folios 17 y 18 del cuaderno No. 3, manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Salir para el mar y no regresar, el desespero fue impresionante, se buscaron a Oswaldo y Jonathan, yo no estaba allá pero desde mi casa las llamadas eran desesperantes, que buscaran gente, que movieran cielo, mar y tierra, que hicieran lo posible para que los encontraran con vida, pero todo fue en vano. Ya después de la búsqueda vino lo peor, ya ver ese vacío, que no estaban”.

⁴⁴ En la declaración, que obra a folios 18 y 19 del cuaderno No. 3, manifestó lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Esto es un dolor que no se lo deseamos a nadie, inclusive ni siquiera uno puede saber si están muertos, porque en estos momentos están desaparecidos, no se sabe nada de ellos”.

⁴⁵ Entendiendo el daño como la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1995, Radicado. 8.118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2011, exp. 30.281, C.P: Danilo Rojas Betancourth.

“Al respecto, se debe tener en cuenta que a pesar de que la desaparición de una persona comporta una incertidumbre sobre la vulneración de ciertos derechos que con la muerte son efectivamente violentados -como ocurre con el derecho a la vida, toda vez que en el primer escenario no se sabe con toda certeza si la prerrogativa en mención fue vulnerada o no respecto de la persona desaparecida-, no escapa a la Sala que esa situación negativa acarrea sendas lesiones igualmente graves para el desaparecido, quien de no haber fallecido pierde la posibilidad de retornar a la vida que llevaba hasta ese momento, y para los familiares y personas cercanas de éste, con ocasión de cualquiera de esas circunstancias, las cuales claramente pueden ser objeto de indemnización a pesar de que no se declare judicialmente el fallecimiento de aquél”.

“De hecho, conviene destacar que la afectación de quienes desconocen qué ocurrió con su ser querido puede llegar a ser mayor al menoscabo que se les hubiese generado con que conocieran su muerte, en tanto que la inseguridad sobre su paradero se prolonga a lo largo de los años en desmedro de sus derechos, sin perderse de vista que en todo caso no pueden ni podrán disfrutar de la relación que los unía con él”.

4.2. Imputación

Establecido el primer elemento de la responsabilidad, se procederá a efectuar el correspondiente juicio de imputación.

De conformidad con los hechos y las pretensiones de la demanda, la presente acción de reparación directa se promovió porque la Nación - Ministerio de Defensa – Dimar no vigiló, en debida forma, al establecimiento de comercio “*Variedades Lily*”, en lo relacionado con el cumplimiento de las exigencias técnicas de la embarcación accidentada.

Al respecto, la Sala deberá establecer si la desaparición de los hermanos Henao Gaviria -*daño antijurídico*- le resulta atribuible a la entidad pública demandada -y cuál es el fundamento jurídico de aquella determinación- o si operó alguna causal eximente de responsabilidad, es decir, fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

De acuerdo con las pruebas que se acaban de relacionar, se encuentra acreditado lo siguiente:

El 24 de diciembre de 2008, aproximadamente a las 14:45 horas, en el sector de “*Playa Blanca*”, en la ciudad de Santa Marta, los turistas Oswaldo Henao Gaviria,

Jonathan Henao Gaviria y Johan Stiven Castaño Hernández alquilaron un kayak de nombre “Kora”, en el establecimiento de comercio “Variedades Lily”, embarcación que, minutos después, naufragó en el mar, ocasionando la desaparición de los hermanos Henao Gaviria.

Sobre las circunstancias en las que se produjo el accidente, el señor Johan Stiven Castaño Hernández⁴⁷ señaló que el 24 de diciembre de 2008, después de almorzar, los hermanos Henao Gaviria y él decidieron alquilar un kayak a un “costeño”. Expresó que, una vez en la embarcación, decidieron dirigirse hacia una “playa nudista” y que, en ese trayecto, se volcó el kayak y las corrientes los arrastraron “mar adentro”.

Al respecto, la Sala considera que el referido testimonio involucra elementos valiosos que permiten a esta instancia recrear el hecho por cuya ocurrencia se atribuye responsabilidad a la entidad demandada, esto es, que el personal de “Variedades Lily” le alquiló a los turistas Oswaldo Henao Gaviria, Jonathan Henao Gaviria y Johan Stiven Castaño Hernández un kayak y que la embarcación se volcó cuando pretendían dirigirse a una “playa nudista”.

En relación en el valor de la prueba testimonial, la doctrina nacional ha considerado que “*tiene como fundamento la presunción de que el hombre tiende a decir la verdad, a ser sincero, negar esta propensión es negar el fundamento de las pruebas personales y negar que el problema fundamental del hombre es el retorno a sí mismo*”⁴⁸.

Así pues, se tiene que el declarante, señor Johan Stiven Castaño Hernández, fue testigo presencial de los hechos y el único sobreviviente del siniestro marítimo y, en virtud de ello, tuvo conocimiento directo de lo ocurrido en relación con la suerte de la embarcación tipo kayak de nombre “Kora”.

Además, lo anteriormente consignado coincide con la información suministrada en el dictamen pericial elaborado en el proceso No. 1401200822 DIMAR-CP4, en el cual se indicó que el siniestro marítimo acaecido el 24 de diciembre de 2008 fue causado por dos factores: en primer lugar, por las condiciones meteo-marinas

⁴⁷ Folios 20 a 22 del cuaderno No. 4.

⁴⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Ediciones Librería El Profesional. Bogotá. 1982. Pág. 29. Ver cita en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 9 de mayo de 2012, exp. 23.810, C.P. Hernán Andrade Rincón, página, 32.

adversas que se presentaron en la formación rocosa de Punta Gaira, que generaron fuertes oleajes y vientos, agravando la condición de flotabilidad de los náufragos y, en segundo lugar, por la sobrecarga consistente en un tercer ocupante.

Adicionalmente, el perito concluyó que la conducta técnica y náutica de los ocupantes del kayak siniestrado fue “*errada, impudén y temeraria*”, por los siguientes motivos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)⁴⁹

“Decidieron acometer una aventura recreativa, saliéndose de un mar autorizado para la operación normal del kayak (zona de Playa Blanca), para entrar a un mar abierto (al oeste de Punta Gaira), no autorizado para tal operación (...). No obstante estar sujetos a un evidente mar picado y riesgoso para la navegación del kayak, continuaron obstinadamente su decisión de alcanzar la supuesta ‘playa nudista’, muy alejada de la zona de aguas protegidas de Playa Blanca (82.00 metros desde su origen en Playa Blanca hasta la supuesta Playa Nudista (ver carta fotografía satelital anexo 1)”.

Ahora bien, la Dirección General Marítima y Portuaria – Dimar es una dependencia del Ministerio de Defensa, agregada a la Armada Nacional, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto ley 2324 de 1984, “*por el cual se organiza la Dirección General Marítima y Portuaria*”, es la autoridad que tiene a su cargo la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas.

De conformidad con el artículo 3 *ibídem*, se consideran actividades marítimas las relacionadas con la señalización marítima, el control del tráfico marítimo, las naves nacionales y extranjeras y los artefactos navales, la marina mercante y el transporte marítimo, la construcción, operación y administración de instalaciones portuarias, la utilización, protección y preservación de los litorales, **la recreación y los deportes náuticos marinos**, entre otras.

Por su parte, el artículo 19 *ibídem*, dispone que las Capitanías de Puerto son dependencias regionales y/o seccionales de la Dimar, que se encuentran ubicadas en los puertos marítimos y fluviales en los que ésta ejerce jurisdicción y que, conforme al artículo 20 *ibídem*, cumplen “*las funciones de la dirección en el área asignada de acuerdo con la ley y los reglamentos*”, entre ellas: **i)** ejercer la autoridad marítima y portuaria en su jurisdicción; **ii)** hacer cumplir las leyes y

⁴⁹ Folio 185 del cuaderno de primera instancia.

disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias y *iii)* autorizar el arribo y zarpe de naves e inspeccionar su funcionamiento.

En caso de incumplimiento, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo determina que la Dimar, previa investigación, puede aplicar, cuando hubiere lugar, sanciones disciplinarias o multas por infracciones o violaciones a normas relativas a las actividades marítimas.

En este punto, debe advertirse que la jurisprudencia ha diferenciado dos tipos de omisiones, en sentido laxo y en sentido estricto, la primera hace relación al incumplimiento de los deberes de cuidado necesarios para evitar el daño, mientras que la segunda es un incumplimiento de una obligación que se estaba en el deber de ejecutar y que hubiera impedido que el daño se causara⁵⁰.

En el presente asunto, de conformidad con la Resolución No. 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, la Capitanía de Puerto de Santa Marta otorgó autorización especial a la empresa “*Variedades Lily*”, para prestar el servicio público de transporte turístico de pasajeros dentro de su jurisdicción y la embarcación tipo kayak de nombre “*Kora*”, con matrícula CP04.0240-KY, tenía permiso para ello, con una capacidad de carga máxima de dos personas. Adicionalmente, en el referido acto administrativo, la empresa “*Variedades Lily*” asumió una serie de compromisos, entre ellos, los que a continuación se transcriben (incluso con posibles errores):

“a. Respetar las zonas marítimas establecidas por la capitanía de puerto.

“b. Prestar el servicio de transporte turístico de pasajeros únicamente con las embarcaciones y artefactos navales habilitados, respetando la capacidad de pasajeros asignado.

“(…)”.

“n. No despachar embarcación sin el previo cumplimiento de las medidas de seguridad como el uso de chalecos salvavidas durante la operación de las embarcaciones y artefactos navales, los cuales deben ser adecuados, óptimos para tal fin y en condiciones apropiadas para la navegación y revisión de mantenimiento de la embarcación.

“(…)”.

“s. Mantener habilitada la lancha de rescate con su motorista y radio VHF”.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 14.443, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En el presente caso es evidente la inobservancia, por parte de “*Variedades Lily*”, de varias disposiciones contenidas en la Resolución No. 150 CP4-MM.

En primer lugar, permitió que la embarcación tipo kayak de nombre “*Kora*”, con matrícula CP04.0240-KY, fuese operada por tres personas, trasgrediendo su capacidad máxima permitida.

En segundo lugar, el establecimiento de comercio en mención tampoco prestó la vigilancia debida al kayak de su propiedad. Lo anterior si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo consignado en el dictamen pericial elaborado en el proceso No. 1401200822 DIMAR-CP4, los señores Oswaldo Henao Gaviria, Jonathan Henao Gaviria y Johan Stiven Castaño Hernández sobrepasaron las zonas marítimas permitidas y el personal de “*Variedades Lily*” no se percató de ello de forma oportuna.

En principio, la Dimar, a través de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, debía vigilar y controlar a “*Variedades Lily*”, establecimiento de comercio dedicado al servicio de transporte turístico de pasajeros *-omisión en sentido estricto-*; sin embargo, debe aclararse que este tipo de obligación es relativa, pues su cumplimiento depende de la capacidad operativa de cada entidad, por lo que en aquellos eventos en los cuales se omite cumplir con un deber pero se cause un daño a un tercero, este no le resultaría imputable a la entidad territorial de manera automática.

Lo anterior significa que en asuntos como el presente resultaría aplicable la máxima “*nadie está obligado a lo imposible*”, sin que eso permita concluir que la entidad siempre debe resultar exonerada por los daños que se causen, pues esto dependerá, en cada caso, de si estaba en la posibilidad o no de cumplir con la

carga impuesta⁵¹. Al respecto, esta Subsección del Consejo de Estado manifestó que⁵²:

“{S}e observa que la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta, del funcionamiento del servicio, sino que **debe ser estudiada desde un ámbito real, que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de producción del daño.** Es así como, en eventos donde la falla del servicio se origina en la omisión de la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, **es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente protección, sino que tal auxilio no se prestó**” (se destaca).

Del material probatorio allegado al expediente se observa que el deber de vigilancia de la Dimar no puede ser entendido en términos absolutos, pues resulta excesivo exigirle que debía percatarse, por ejemplo, de que el personal del establecimiento de comercio “*Variedades Lily*” permitió que la embarcación tipo kayak de nombre “*Koral*”, con matrícula CP04.0240-KY, fuese operada por tres personas, trasgrediendo su capacidad máxima permitida -2 pasajeros-.

Debe aclararse que no le resultaba exigible a la Dimar tener a un funcionario en cada punto de Playa Blanca observando que todos los establecimientos de comercio dedicados al servicio de transporte turístico de pasajeros cumplieran con cada una de las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias, pues esto desbordaría la capacidad de cualquier entidad pública, luego, llegar a esa conclusión sería obligarla a lo imposible.

4.2.1. Culpa de las **víctimas y hecho de un tercero**

En relación con los conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil⁵³, de los cuales se

⁵¹ “No obstante, cabe señalar que la Sala ha considerado que a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que “nadie está obligado a lo imposible”. Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20.368, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29.332, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵³ “**Artículo 63.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

extrae que la primera noción consiste en “*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, esta culpa en materias civiles equivale al dolo*”, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha conceptualizado lo siguiente acerca de la noción de culpa grave⁵⁴:

“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta ‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’ (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228)”.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que la conducta de las víctimas incidió en la causación del daño por el cual hoy se reclama una indemnización, toda vez que fue **gravemente culposa**, porque actuaron con **negligencia extrema** al “*descuidar la diligencia más pueril*”. El día del accidente, los hermanos Henao Gaviria, de manera libre y consciente -*pues no se demostró lo contrario*-, decidieron sobrepasar las zonas marítimas permitidas, con la finalidad de dirigirse a una “*playa nudista*”, lugar que se encontraba muy alejado de las aguas protegidas de Playa Blanca.

Ciertamente, cada persona, en principio, es responsable de su seguridad y en eventos como el aquí presentado resulta lógico concluir que los referidos señores asumieron los riesgos que el despliegue de dicha actividad peligrosa y altamente irresponsable implicaba.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia fechada el 19 de diciembre de 2006, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, expediente No. 68001 31 03 001 2000 00311 01.

En segundo lugar, se resalta que, tal y como se expuso en precedencia, “*Variedades Lily*” violó varias disposiciones contenidas en la Resolución No. 150 CP4-MM, inclusive, la irregularidad consistente en permitir que la embarcación con matrícula CP04.0240-KY fuese operada por tres personas, de conformidad con el dictamen pericial, fue uno de los factores que ocasionaron el siniestro marítimo, porque la sobrecarga del tercer ocupante se constituyó en un elemento desestabilizador de la embarcación.

La actuación de “*Variedades Lily*” no se encuentra vinculada, de ninguna manera, con el servicio, porque era ese establecimiento de comercio quien tenía la guarda de la embarcación tipo kayak de nombre “*Kora*”, con matrícula CP04.0240-KY, y, en ese sentido, tenía la obligación de desplegar la referida actividad con las medidas de seguridad respectivas.

En las condiciones analizadas, teniendo en cuenta la relatividad de las obligaciones de vigilancia en el servicio de transporte turístico de pasajeros, considera la Sala que no es posible concluir que en este caso el Ministerio de Defensa – Dimar se encontraba en la posibilidad efectiva de interrumpir el proceso causal del accidente y, como consecuencia, cualquier atribución de responsabilidad por la desaparición de los hermanos Henao Gaviria carece de total sentido.

En otras palabras, la desaparición de los señores Henao Gaviria se produjo por la imprudencia del establecimiento de comercio “*Variedades Lily*” y por la conducta gravemente culposa de las propias víctimas, lo cual exime de toda responsabilidad al Ministerio de Defensa - Dimar.

Vistas así las cosas, solo resta un asunto por dilucidar y este corresponde a que la parte actora afirmó que las labores de búsqueda efectuadas por el Ministerio de Defensa fueron defectuosas y tardías.

Al respecto, en el Oficio No. 265 del 20 de agosto de 2009, de la Estación Guardacostas de Santa Marta, se informó que en las labores de búsqueda de los hermanos Henao Gaviria se emplearon dos unidades marítimas, cuatro aeronaves de la Armada Nacional y una aeronave de la Fuerza Aérea.

Adicionalmente, en el referido oficio se consignó: *i)* que la Estación de Guardacostas tuvo conocimiento del naufragio de los hermanos Henao Gaviria el

24 de diciembre de 2008, a las 15:25 horas, por comunicación recibida en la Estación de Guardia VTS y que, recibida la información, de forma inmediata, zarpó la unidad ARC BP-488, que llegó al lugar de los hechos 10 minutos después, iniciando la búsqueda en el área de los hechos; *ii*) que el 25 de diciembre de 2008 se recibió apoyo aéreo del Comando de Combate No. 3 "CACOM3" de Barranquilla, el cual suministró el avión SR-560 de la Fuerza Aérea Colombiana, que contaba con equipos de búsqueda nocturnos; *iii*) que el 26 de diciembre de 2008, el Comando de la Fuerza Naval del Caribe de Cartagena realizó sobrevuelo marítimo desde Barranquilla hasta Santa Marta, en zonas como Ciénaga, Tasajera, Pueblo Viejo y Taganga, con resultados negativos; *iv*) que la Capitanía de Puerto informó a los terminales y al gremio marítimo de Santa Marta del naufragio de los hermanos Henao Gaviria, para que, en el curso de sus operaciones, estuvieran alertas e informaran de cualquier novedad y *v*) que las unidades de la Estación de Guardacostas de Santa Marta (ARC BP 488 y ARC BA30) se dedicaron a la búsqueda de los hermanos Henao Gaviria desde Santa Marta hasta la Ciénaga Grande, con el apoyo de los pescadores del sector.

En las condiciones analizadas, no se demostró que las labores de búsqueda efectuadas por la Dimar fuesen tardías, todo lo contrario, 10 minutos después de tener conocimiento del siniestro marítimo inició la búsqueda en el área de los hechos, con la unidad ARC BP-488. Adicionalmente, desde el 24 de diciembre de 2008 hasta el 21 de enero 2009 –es decir, durante 28 días- se realizaron operativos diariamente, con aeronaves y unidades marítimas, efectuando recorridos por toda la zona y patrullajes registrados en las minutas de la búsqueda, sin resultados positivos.

Así las cosas, como en este caso no es posible efectuar ningún tipo de imputación al Estado, se confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

5. Condena en costas

En vista de que no hay temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 19 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena para, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO