

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por omisión de autoridad pública / OMISION DE AUTORIDAD PUBLICA – Por inadecuada prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios / OBLIGACION DE MUNICIPIOS DE DISPONER DE UN CUERPO DE BOMBEROS OFICIAL O VOLUNTARIO - Falla del Municipio de Providencia y Santa Catalina por no contar con un cuerpo de bomberos idóneo para atender incendio de embarcación / DAÑO ANTIJURIDICO - Destrucción de embarcación por pérdida de oportunidad en la prestación del servicio de prevención y control de incendios

Procede la Sala a verificar los elementos de responsabilidad patrimonial del municipio de Providencia y Santa Catalina, por la pérdida de la embarcación “Lady Fay” de propiedad de la demandante, en hechos ocurridos el 27 de agosto de 2003, cuando se produjo un incendio mientras se encontraba fondeada en el muelle de la citada Isla.

ACCESO A SERVICIOS PUBLICOS - Entraña protección a la vida de la colectividad en general / PROTECCION A LA VIDA DE LA COLECTIVIDAD - Implica la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos

Como ya lo ha precisado esta Sala el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, implica la protección a la vida de la comunidad en general, pues lo contrario pondría en peligro la vida, la integridad personal y los bienes de los asociados. De manera que “los servicios públicos deben ser prestados de manera eficiente y oportuna para cumplir la finalidad inherente al Estado y para que, a través de ellos, se propenda el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Su prestación debe responder a criterios de calidad del servicio que, conforme al artículo 367 de la Constitución, deben ser señalados por la ley”. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el derecho de acceso a los servicios públicos de manera que se garantice de manera efectiva y oportuna la vida y la integridad personal de los asociados, consultar sentencia de 13 de noviembre del 2014, Exp. 33727, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

SERVICIO PUBLICO ESENCIAL DE GESTION INTEGRAL DEL RIESGO CONTRA INCENDIOS - Obligación de los municipios de prestar servicio directa o través de cuerpos de bomberos voluntarios / OBLIGACION DE MUNICIPIOS DE DISPONER CUERPO DE BOMBEROS OFICIAL O VOLUNTARIO - Fundamento normativo

En cuanto al servicio público esencial de gestión integral del riesgo contra incendios, la Ley 322 de 1996 lo consagró como un servicio a cargo del Estado el cual debía prestar en forma directa o a través de cuerpos de bomberos voluntarios. Dicha ley fue derogada por la Ley 1575 de 2012 “por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia”. (...) Esta ley consagra que es obligación de los municipios la prestación de este servicio público esencial a través de los cuerpos de bomberos oficiales o, mediante la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios.

FUENTE FORMAL: LEY 322 DE 1996 / LEY 1575 DE 2012

PREVENCION Y CONTROL DE INCENDIOS - Es un servicio esencial a cargo de municipios / PREVENCION Y CONTROL DE INCENDIOS - Regulación legal / CUERPO DE BOMBEROS OFICIALES Y VOLUNTARIOS - Prestan el servicio público de prevención y control de incendios y otras calamidades conexas a

cargo de instituciones bomberiles / DEBER DE DE DISPONER DE UN CUERPO DE BOMBEROS OFICIAL O VOLUNTARIO - Se acreditó omisión del municipio de Providencia y Santa Catalina en la prestación del servicio

Se colige que el municipio de Providencia y Santa Catalina no contaba para el día de los hechos con un cuerpo de bomberos ni oficial ni voluntario como lo prescribía la Ley 322 de 1996, según la cual la gestión integral del riesgo contra incendios era un servicio público esencial a cargo de los municipios, deber reproducido en la Ley 1575 de 2012, actual Ley General de Bomberos de Colombia. (...) Se verificó que fue un integrante de la Defensa Civil y un bombero de la Aeronáutica Civil de San Andrés, quienes acudieron a enfrentar la emergencia presentada el 27 de agosto de 2003 por la embarcación “Lady Fay”, que según lo estableció la Capitanía de Puerto de San Andrés en su investigación administrativa, se ocasionó al llenar el tanque con gasolina y luego encender la máquina sin la debida precaución, lo que generó una explosión y posterior incendio de la nave.

FUENTE FORMAL: LEY 322 DE 1996 / LEY 1575 DE 2012

FALLA DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE INCENDIOS - Se acreditó omisión del Cuerpo de Bomberos del Municipio de Providencia y Santa Catalina / FALLA DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE INCENDIOS - Al no contar con vehículo para enfrentar emergencia y minimizar el daño a la nave

Observa la Sala que, en efecto, se presentó una falta en la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios por parte de ente demandado, pues fueron representantes de otros organismos quienes acudieron a atender la emergencia, cuando debió hacerlo un cuerpo de bomberos estructural como lo prescribía la Ley 322 de 1996. De la misma circunstancia dejaron constancia el Comandante de la Unidad de Reacción Rápida de Guardacostas de Providencia y Santa Catalina y el Capitán de Puerto de ese municipio en sus respectivos oficios, según los cuales la Isla no contaba en ese momento con los medios necesarios para enfrentar la emergencia, dado que no existía “carro de bomberos y la defensa civil no dispone de elementos para combatir este tipo de conflagraciones”. (...) De ahí que la ausencia total de la prestación del servicio de bomberos si bien no habría evitado la emergencia, con las máquinas idóneas de que debió estar dotado el Cuerpo de Bomberos del municipio de Providencia y Santa Catalina este sí habría podido minimizar el daño a la nave, la cual fue en gran parte consumida por el incendio hasta su hundimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 322 DE 1996

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA – Existente Al no acudir con máquinas apropiadas para contrarrestar el tipo de conflagración que presentó la embarcación Lady Fay / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA - Se configuró por la pérdida de oportunidad de que los daños a la nave fueran reparables y haber evitado perderla totalmente

Lo que observa la Sala es que la falla no se muestra diáfana por la ausencia de un cuerpo de bomberos estructural, si no que al no haber acudido este con las máquinas apropiadas para contrarrestar el tipo de conflagración que presentó la embarcación “Lady Fay”, la demandante perdió la oportunidad de que los daños a su nave fueran reparables, esto es, de no haberla perdido totalmente, como

ocurrió. (...) En efecto, la Sala estima que el daño antijurídico que sufrió la accionante sí debe repararse, por cuanto la carencia del equipo necesario con que debía contar el Municipio para este tipo de siniestros necesarias para evitar daños irreparables como el que ocurrió con la embarcación “Lady Fay”, compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la figura denominada “pérdida de oportunidad o del chance”, aspecto frente al cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de agosto 11 de 2010, elaboró importantes precisiones respecto de su noción, aplicación e indemnización, como un rubro autónomo del daño.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción de igual contenido a la pérdida de chance. Reiteración jurisprudencial / PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Constituye un daño autónomo / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Representa una modalidad de daño por frustración de una expectativa en grado de probabilidad con certeza suficiente / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - De comprobarse su existencia configura responsabilidad patrimonial del Estado

NOTA DE RELATORIA: En relación con la pérdida de oportunidad, su concepto, alcance, requisitos para su configuración, y reglas para su tasación e indemnización, consultar sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

CONCAUSA DEL DAÑO - Hecho de un tercero y de la víctima / HECHO DE UN TERCERO - Comportamiento negligente del Capitán y maquinista de la embarcación destruida / CONCAUSA DEL DAÑO - Por comportamiento negligente del maquinista por energizar motor propulsor de nave y del Capitán por no tomar controles como encargado de su dirección / REDUCCION CONDENA - En 50% al acreditarse negligencia, falta de prevención y precaución de maquinista y Capitán de la nave / CONCAUSA - Responsabilidad compartida entre el Municipio, el maquinista y Capitán de la embarcación siniestrada por comportamiento negligente

No puede soslayarse que al daño concurren las conductas del maquinista y del capitán de la embarcación “Lady Fay”, quienes, tal como lo estableció en su investigación administrativa la Capitanía de Puerto de San Andrés, tuvieron un comportamiento negligente, el primero, al “energizar el motor propulsor de la nave” y, el segundo, al no verificar la existencia de “alguna falla en la maquina o irregularidad tal que no fue prevista con tiempo, denotándose una negligencia en los controles a cargo del capitán de la nave como jefe supremo y encargado de la dirección de la misma”. (...) Siendo así, ante la concurrencia de la falta del equipo de bomberos y máquinas necesarias para atender este tipo de emergencias por parte de la Administración y el comportamiento negligente de miembros de la tripulación de la nave “Lady Fay”, su capitán y maquinista, la responsabilidad por la pérdida de la embarcación será compartida. En consecuencia, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia pero se reducirá la condena a un 50% por las circunstancias ya anotadas, criterio que ya utilizó esta Sección en un caso similar. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la reducción de la condena impuesta por existencia de concausa por el actuar de la víctima o un tercero, consultar sentencia de 13 de noviembre de 2014, Exp. 33727, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

PERJUICIOS MORALES - Noción. Reconocimiento de daños inmateriales por el dolor, congoja o aflicción de las víctimas / INDEMNIZACION DAÑO MORAL POR PERDIDA DE BIENES INMUEBLES - Su reconocimiento dependerá de

las pruebas que acrediten su existencia y magnitud / INDEMNIZACION DAÑO MORAL POR PERDIDA DE BIENES INMUEBLES - Aplicación de reglas jurisprudencialmente reconocidas a daños respecto de bienes muebles

Como ya lo precisó esta Sección en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 sobre daños inmateriales, el perjuicio moral se define como “el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”. Respecto del reconocimiento del daño moral por la pérdida de bienes inmuebles, por ejemplo, la Sala ha aceptado su ocurrencia “siempre y cuando aquél esté debidamente fundamentado con pruebas que acrediten su existencia y magnitud”, misma regla que aplica cuando la solicitud, como en este caso, es respecto de bienes muebles. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la indemnización de perjuicios por daños moral causado por pérdida de bienes muebles o inmueble, consultar sentencias de 13 de mayo de 2004, expediente 2002-00226 AG, MP. Ricardo Hoyos; de 11 de noviembre de 2009, Exp. 17119, MP. Mauricio Fajardo Gómez; de 10 de marzo de 2011, Exp. 20109, MP. Hernán Andrade Rincón; de 9 de julio de 2014, Exp. 44333, MP. Enrique Gil Botero; de 13 de noviembre de 2014, Exp. 33727, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

DAÑO MORAL POR PERDIDA DE BIEN MUEBLE - Se acreditó su existencia a través de certificado suscrito por médica siquiátra / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Procedente al acreditarse en debida forma depresión ocasionada por pérdida de embarcación / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Se reconocen cincuenta salarios mínimos reducidos en un 50% por existencia de concausa

En el caso que se examina la actora allegó como prueba del perjuicio moral, un certificado suscrito por una médica psiquiatra, del 22 de marzo de 2005. (...) A juicio de la Sala dicha prueba resulta suficiente, pues el hecho de que la actora haya necesitado tratamiento psiquiátrico constatado por una profesional de la medicina, debido a su depresión por la pérdida de la embarcación de su propiedad, acredita de manera idónea que la demandante ha padecido un sufrimiento que si bien no se compara con la pérdida de un ser querido o una lesión física, sí tuvo una magnitud considerable por el cual debe ser indemnizada, pues no resulta extraño tratándose de la pérdida de un patrimonio importante del cual derivaba su estabilidad económica. Como consecuencia el monto a reconocer por este concepto sería el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y teniendo en cuenta que la condena será de un 50%, se reconocerá el perjuicio moral en favor de la accionante en suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

MEDIOS PROBATORIOS - Dictamen pericial / DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio conforme a su contenido / CONTENIDO DE DICTAMEN PERICIAL - Se deben apreciar de manera detallada las labores, resultados e instrumentos implementados en el análisis realizado por experto / DICTAMEN PERICIAL - No se encontró aportado por un auxiliar de la justicia idóneo para determinar el peritaje / DICTAMEN PERICIAL - Auxiliar de la justicia no cuenta con el grado de instrucción necesaria para el tipo de experticia / DICTAMEN PERICIAL - Incompleto. No se aportó conforme a las reglas de la ley procesal / DICTAMEN PERICIAL INCOMPLETO - No expuso datos indispensables para la experticia ni presentó soportes de las conclusiones presentadas / DICTAMEN PERICIAL INCOMPLETO - No otorga convicción probatoria a juez

En dictamen presentado por perito evaluador, este tasó el daño emergente en una suma total de \$500'982.900 (...) Sin embargo, para la Sala, el dictamen debe desestimarse pues, en primer lugar, el perito designado de la lista de auxiliares de la justicia no resulta ser el más idóneo para este tipo de experticia, dado que solo tiene el grado de instrucción de bachiller como consta en el acta de inspección judicial, diligencia en la cual se le tomó posesión y, en segundo lugar, son insuficientes los soportes con base en los cuales elaboró el peritaje, pues no verificó la edad de la embarcación y el costo de la misma y sus partes con el tiempo de uso, por el contrario, se limitó a hacer unas cotizaciones de piezas nuevas y del costo de una nueva embarcación, desconociendo el tiempo de vida útil que llevaba la nave.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - Se compró la pérdida de embarcación en operación / INDEMNIZACION DE DAÑO EMERGENTE - Se condena en abstracto al con contarse como soporte probatorio para la tasación del perjuicio. Reducción del 50% / INDEMNIZACION DE DAÑO EMERGENTE - Debe ser tasado y liquidado en trámite incidental teniendo en cuenta que se trataba de una embarcación usada

Está suficientemente acreditado que se trataba de una embarcación en actividad, es decir, en operación, por lo que se encontraba en condiciones de uso normal hasta antes de la conflagración, fecha para la cual incluso se preparaba para una faena de pesca por lo que su pérdida necesariamente representa un daño para su propietaria, razón por la cual habrá de proferirse condena en abstracto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 172 del C.C.A., modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, daño que deberá ser tasado y liquidado mediante trámite incidental por parte del Tribunal a quo, consistente en el valor de la embarcación destruida al 27 de agosto de 2003, teniendo en cuenta que no se trataba de una embarcación nueva sino usada, es decir, en atención a su edad a esa fecha. Todo ello, considerando que la indemnización a reconocer será del 50% de lo probado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 172 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 56

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Se comprobó pérdidas de lo producido por embarcación en operación / INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE - Se condena en abstracto al con contarse como soporte probatorio para la tasación del perjuicio. Reducción del 50% / INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE - Posibilidad de a quo decretar nueva prueba pericial que tase conforme a las reglas procesales y técnicas el perjuicio invocado

Siendo la prueba pericial válidamente practicada pero insuficiente, se condenará en abstracto para que el Tribunal a quo proceda a calcular mediante trámite incidental, el valor dejado de percibir por la accionante correspondiente al producido de la embarcación "Lady Fay", por cuenta de la pérdida de la misma. Para tal fin, el a quo, podrá decretar nuevo dictamen pericial, tener como prueba libros de contabilidad, entre otros documentos, que den cuenta del monto dejado de percibir por la actora. Lo anterior, teniendo en cuenta que la indemnización a reconocer será del 50% de lo probado.

MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Mejoramiento de la prestación del servicio de prevención y control de incendios del Municipio

de Santa Catalina y Providencia / MEDIDA DE MEJORAMIENTO DE LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO - Envío de comunicación de la sentencia al Ministerio del Interior para informar condiciones de operación del cuerpo de bomberos del municipio / OBJETO DE MEDIDA DE MEJORAMIENTO SERVICIO PUBLICO - Apoyo y asesoría que fomente la efectividad en atención de incendios

Tal como ya fue dispuesto por esta Sala en un caso similar, con el propósito de que en adelante se realice una efectiva prestación del servicio de bomberos en el municipio de Providencia y Santa Catalina, se enviará copia de esta sentencia al señor Ministro del Interior, en su calidad de presidente de la Junta Nacional de Bomberos de conformidad con la Ley 1575 de 2012, -Ley General de Bomberos de Colombia-, con el fin de que se conozca la situación de carencia de este servicio esencial, se brinde el apoyo y/o asesoría correspondientes y se tomen las medidas pertinentes. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre medidas de reparación no pecuniarias en casos de daños por fallas en la prestación del servicio de prevención y control de incendios por omisiones técnicas del cuerpo oficial o voluntario de bomberos, consultar sentencia de 13 de noviembre de 2014, Exp. 33727, MP. Stella Conto Díaz del Castillo.

FUENTE FORMAL: LEY 1575 DE 2012

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 88001-23-31-000-2005-00069-01(35782)

Actor: VIANOVA FORBES JAMES

Demandado: MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: OBLIGACIÓN DE LOS MUNICIPIOS DE DISPONER DE UN CUERPO DE BOMBEROS OFICIAL Y/O VOLUNTARIO – Falla del municipio de Providencia y Santa Catalina por no contar con un cuerpo de bomberos para atender incendio de embarcación / CONCAUSA - Responsabilidad compartida entre el Municipio, el Maquinista y el Capitán de la embarcación siniestrada por no tomar las medidas de seguridad suficientes al suministrar gasolina a la nave.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2008, por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

En escrito presentado el 26 de agosto de 2005, la señora Vianova Forbes James, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el municipio de Providencia y Santa Catalina, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por:

“La destrucción de la embarcación de propiedad de la demandante, señora Vianova Forbes James, según hechos (avería) ocurridos el 27 de agosto de 2003 en la Isla de Providencia (Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina), por falla en el servicio atribuible al demandado por falta absoluta de la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios, explosiones y demás calamidades, a través del Cuerpo de Bomberos Oficial o Voluntario”¹.

2.- Las pretensiones

Por perjuicios morales solicitó el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño emergente la suma de \$500'000.000 y, a título de lucro cesante el valor de \$144'000.000.

3.- Los hechos

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

El 27 de agosto de 2003 la embarcación de pesca “Lady Fay” con matrícula CP-7-0617A de bandera colombiana y de propiedad de la señora Vianova Forbes James, estando fondeada al costado norte del muelle principal del municipio de Providencia y Santa Catalina, sufrió un siniestro marítimo de incendio durante los

¹ Fls. 2 a 9 c 1.

preparativos para la salida a faena de pesca autorizada por la Capitanía de Puerto.

El incendio de la embarcación inició aproximadamente a las 18:50 horas del 27 de agosto de 2003 y duró más de cinco horas, hasta la 1:00 am del 28 de agosto de 2003 cuando finalmente se apagó, al hundirse la parte que estaba en contacto directo con el agua.

Como consecuencia del incendio, la embarcación fue totalmente destruida, junto con todo lo que se encontraba a bordo de la misma; sus restos quedaron al costado sur del muelle de Providencia y Santa Catalina.

La nave se destruyó en presencia de autoridades de la Capitanía de Puerto, agentes de guardacostas y de la Policía Nacional, representantes de la Defensa Civil y un sinnúmero de ciudadanos, todos con la intención de extinguir y controlar el incendio y salvarla, pero su labor no fue posible porque el Municipio no disponía de instituciones organizadas para la prevención y atención de incendios y calamidades conexas, es decir, un cuerpo de bomberos oficial y/o voluntario para la prestación de dicho servicio público.

El control del incendio que destruyó la embarcación era posible, por cuanto se encontraba "atracada" al muelle principal o municipal de Providencia y Santa Catalina, lugar de fácil acceso para el Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres y los Grupos Operativos Locales para la prevención y control de incendios (Cuerpo de Bomberos, Defensa Civil, Cruz Roja, entre otros), pero la nave se destruyó por la falta de prestación del servicio público esencial para atender dicha emergencia.

El municipio de Providencia y Santa Catalina no cuenta con la dotación de equipos mínimos para la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios.

La señora Vianova Forbes James y su familia quedaron desamparados y sufrieron enormes perjuicios morales y materiales con la pérdida de la embarcación.

4.- La oposición

El municipio de Providencia y Santa Catalina contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en ella contenidas. Defendió su actuación señalando que la Dirección General Marítima realizó las labores investigativas del caso el cual arrojó como resultado la responsabilidad del siniestro de incendio a cargo de la señora Vianova Forbes James.

Como consecuencia de esta responsabilidad indicó que la demandante fue condenada a pagar una multa equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Dirección del Tesoro Nacional y, además, se le concedió el término perentorio de un mes para retirar los restos de la nave "Lady Fay" del lugar del siniestro.

En cuanto a la existencia de un cuerpo de bomberos en la isla de Providencia y Santa Catalina aseguró que el Tribunal Administrativo de esa jurisdicción aprobó un pacto de cumplimiento, en el cual la Administración se comprometió a adelantar las gestiones necesarias para lograr un convenio con la Aeronáutica Civil para utilizar el que tiene el aeropuerto.

Adicionalmente, señaló que en Consejo Comunitario del 28 de mayo de 2005, el Presidente de la República se comprometió con la entrega de un carro de bomberos para la isla de Providencia, el cual estaría ubicado en el hangar de la Aeronáutica Civil.

Finalmente, aseveró que si se examinan los documentos allegados como pruebas y el resultado de la investigación realizada por la Capitanía de Puerto, se puede constatar que la conflagración se debió a una indebida manipulación de gasolina al llenar los tanques de la motonave que posteriormente incendió el motor, lo que causó una explosión y el consecuente incendio².

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia

En esta etapa las partes guardaron silencio³ y surtido el traslado especial, el Ministerio Público presentó el respectivo concepto señalando que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, ambas partes incidieron en el resultado dañoso⁴.

² Fls. 45 a 50 c 1.

³ Fl. 220 c 1.

⁴ Fls. 215 a 219 c 1.

6.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia de 24 de abril de 2008, negó las súplicas de la demanda.

El *a quo*, fundamentó su decisión en que el municipio de Providencia y Santa Catalina, como responsable del servicio público de atención de incendios, no acató la normativa que le imponía dicha obligación, pues para la fecha en que ocurrió el siniestro, 27 de agosto de 2003, no había implementado y puesto en marcha el cuerpo de bomberos oficial de esa isla, que prestara ese servicio esencial a la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 322 de 1996.

Sin embargo, advirtió que pese a que la Administración incurrió en dicha falla por omisión, la misma no fue causa eficiente, directa y determinante del daño, pues consideró que el caudal probatorio demostró la conducta negligente y omisiva de la parte actora en la adopción de las medidas previas que garantizaran la seguridad de la embarcación, así como la inobservancia de las obligaciones del capitán de la motonave, causas determinantes del daño. Dichas irregularidades, aseguró, consistieron en el inadecuado aprovisionamiento de gasolina y encendido de la nave y la desatención de las medidas de seguridad, cuyo acatamiento resultaba imperativo, dada la enorme cantidad de combustible que se había autorizado a la embarcación para su faena.

Precisó que la sola intervención de los bomberos del lugar no habría evitado o impedido la destrucción de la motonave, pues tal supuesto depende de las circunstancias en que se generó el incendio y, en este caso, la conflagración estuvo precedida de una explosión en el cuarto de máquinas que no pudo ser controlada.

Concluyó que, a su juicio, el daño provino de la desatención negligente de los deberes y medidas de seguridad por parte de la tripulación de la embarcación, la cual constituye causa eficiente, por tanto la destrucción de la nave no le era imputable al ente demandado⁵.

7.- La impugnación

⁵ Fls. 222 a 240 c 5.

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, con el fin de que se revoque dicho proveído manifestando que la presencia de un cuerpo de bomberos sí hubiera evitado que el daño fuera más grave y consideró muy necesaria la prestación del servicio de control de incendios, pues en toda la Isla solo se cuenta con una máquina para la extinción de deflagraciones, lo cual evidencia la falta de cuidado de la Administración para la prevención y atención de desastres.

Aseguró que no se comprobó que la iniciación del fuego se provocara por la negligencia y desatención de medidas de seguridad por parte de la tripulación, dado que los restos de la nave no permitieron constatarlo, en todo caso, de considerarse dicha conducta, los funcionarios del Puerto no tomaron las medidas correspondientes para evitar la tragedia, pues se encontraban en la obligación de advertir cualquier situación que pusiera en peligro a las personas que laboraban en el muelle, de ahí que a su parecer, el *a quo* no tuvo en cuenta las omisiones por parte de la Administración para, “*en el peor de los casos*”, reconocer una concurrencia de culpas.

Insistió en la responsabilidad del Estado, pues se omitió por parte del Municipio cumplir con su obligación de brindar la correspondiente seguridad en el muelle en donde se realizaba el aprovisionamiento de combustible, dado que la emergencia también se pudo generar en otra embarcación de las que a diario arriban a ese sitio.

Agregó que la falla persiste pues el Municipio no cuenta con cuerpo de bomberos para evitar futuros siniestros, que como en este caso, llevaron a la pérdida total de la embarcación pese a que en sentencia de acción popular del 4 de noviembre de 2004, el Tribunal *a quo* ordenó a ese ente territorial cumplir con la protección de los derechos colectivos relacionados con la seguridad y prevención de desastres⁶.

8.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

8.1.- La parte actora reiteró que en las diversas etapas del proceso se demostró que la responsabilidad en la causación del daño se debió a factores externos ajenos a la voluntad de la demandante, dado que la falta de mecanismos por parte del municipio de Providencia y Santa Catalina para la atención de desastres, hacen presumir que

⁶ Fls. 250 a 258 c 5.

cualquier tipo de conflagración por mínima que sea puede llevar a un desastre de grandes proporciones.

Insistió en que, según la decisión del *a quo*, la omisión de la Administración se convierte en una “*posición cómoda e irresponsable*” que deja desprotegida a la población en las emergencias que por cualquier causa se puedan presentar, omisión que persiste pues el pequeño Municipio aún no cuenta con cuerpo de bomberos para atender los incidentes de manera rápida y eficaz⁷.

8.2.- El Ministerio Público consideró que se debe confirmar el fallo apelado pues, de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente, se demostró que el descuido y la falta de prevención por parte del capitán y el maquinista de la motonave que sufrió la conflagración, produjeron la explosión y el posterior incendio, dado que era humanamente previsible si se hubieran tenido los mínimos controles previos que establecen las normas de seguridad, máxime cuando se estaba ejecutando una labor con material altamente combustible.

Concluyó que el incendio fue de tal proporción que aunque hubiera actuado un cuerpo de bomberos, este tampoco hubiera podido apagar la conflagración, por lo cual, aseguró, no podía afirmarse que la explosión y posterior incendio se produjera por la inactividad o inexistencia del cuerpo de bomberos⁸.

II.- CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, para cuyo efecto se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia funcional del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **2)** deber de los municipios de disponer de un cuerpo de bomberos; **3)** análisis del acervo probatorio - responsabilidad del municipio de Providencia y Santa Catalina en el caso concreto; **4)** liquidación perjuicios.

1.- Competencia

⁷ Fls. 271 a 275 c 5.

⁸ Fls. 277 a 281 c 5.

Para que el asunto tenga vocación de doble instancia, la cuantía del proceso debe exceder de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al año 2005⁹. Dado que en la demanda se solicitaron \$500'000.000 por concepto de daño emergente, se impone concluir que esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto.

2.- Deber de los municipios de disponer de un cuerpo de bomberos

Como ya lo ha precisado esta Sala el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, implica la protección a la vida de la comunidad en general, pues lo contrario pondría en peligro la vida, la integridad personal y los bienes de los asociados. De manera que *“los servicios públicos deben ser prestados de manera eficiente y oportuna para cumplir la finalidad inherente al Estado y para que, a través de ellos, se propenda el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Su prestación debe responder a criterios de calidad del servicio que, conforme al artículo 367 de la Constitución, deben ser señalados por la ley”*¹⁰.

En cuanto al servicio público esencial de gestión integral del riesgo contra incendios, la Ley 322 de 1996 lo consagró como un servicio a cargo del Estado el cual debía prestar en forma directa o a través de cuerpos de bomberos voluntarios.

Dicha ley fue derogada por la Ley 1575 de 2012 *“por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia”* la cual prevé lo siguiente:

“Artículo 1. Responsabilidad compartida. *La gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano, en especial, los municipios, o quien haga sus veces, los departamentos y la Nación. Esto sin perjuicio de las atribuciones de las demás entidades que conforman el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres.*

“Artículo 2. Gestión integral del riesgo contra incendio. *La gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con*

⁹ El salario mínimo para el año 2005 fue de \$381.500, por lo que 500 SMLMV equivalía a la suma de \$190.750.000.

¹⁰ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B, sentencia del 13 de noviembre del 2014, exp. 27001233100020030023301 (33727), CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

materiales peligrosos, estarán a cargo de las instituciones Bomberiles y para todos sus efectos, constituyen un servicio público esencial a cargo del Estado.

“Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, en forma directa a través de Cuerpos de Bomberos Oficiales, Voluntarios y aeronáuticos”.

Así mismo, esta ley consagra que es obligación de los municipios la prestación de este servicio público esencial a través de los cuerpos de bomberos oficiales o, mediante la celebración de contratos y/o convenios con los cuerpos de bomberos voluntarios.

3.- Análisis del acervo probatorio - responsabilidad del municipio de Providencia y Santa Catalina en el caso concreto

Procede la Sala a verificar los elementos de responsabilidad patrimonial del municipio de Providencia y Santa Catalina, por la pérdida de la embarcación “Lady Fay” de propiedad de la demandante, en hechos ocurridos el 27 de agosto de 2003, cuando se produjo un incendio mientras se encontraba fondeada en el muelle de la citada Isla.

La Sala encuentra acreditado el daño consistente en la pérdida de la mencionada embarcación, según se desprende de lo anotado por el Comandante de la Unidad de Reacción Rápida de Guardacostas de Providencia y Santa Catalina en el oficio de “Protesta”¹¹ del 28 de agosto de 2003, del cual se extrae lo siguiente:

“...actuando en representación de la Armada Nacional y en defensa de los intereses del Estado como Comandante de la Unidad de Reacción Rápida de Guardacostas de Providencia presento formal protesta ante el señor Capitán de Puerto de Providencia Isla, por la novedad ocurrida en el muelle municipal de Providencia el día 27 de agosto del presente año en horas de la noche, la cual se narra a continuación:

“Siendo aproximadamente las 18:50 horas, ocurrió una explosión a bordo de la motonave “LADY FAY”, la cual se hallaba pendiente de zarpe, cuando se encontraba llevando a cabo la inspección por parte de la capitanía, motivo por el cual se inició un incendio que no pudo ser controlado debido a la gran cantidad de combustible embarcado (gasolina y ACPM), en adición a los escasos medios disponibles en la isla para atender este tipo de eventualidades.

¹¹ Se refiere a la Protesta de Mar, que según el Diccionario de la Lengua Española es la “Declaración justificada de quien manda un buque, para dejar a salvo su responsabilidad en casos fortuitos”.

*“Debido a lo anterior el maquinista de abordó sufrió quemaduras en las piernas, **la citada embarcación se hundió en el costado izquierdo del muelle**, impidiendo la maniobra de atraque de embarcaciones por ese costado y se originó un derrame de combustible y residuos oleosos en las aguas interiores de la bahía, contaminando el medio ambiente marino del sector”¹² (Negrillas fuera de texto).*

Igualmente, en el informe de novedad de la motonave “Lady Fay” suscrito por el Capitán de Puerto de Providencia este manifestó:

*“**Cuando llegamos al muelle la motonave se encontraba completamente prendida de proa a popa de acuerdo al archivo fotográfico anexo y no se disponía de elementos para extinguir el fuego pues en la Isla no hay carro de bomberos y la defensa civil no dispone de elementos para combatir este tipo de conflagraciones**”¹³ (Negrillas fuera de texto).*

Así mismo, el perito evaluador designado para tasar el valor de los perjuicios materiales sufridos por la parte demandante, en su dictamen, señaló:

“Actualmente, los restos de la embarcación en fibra de vidrio yacen al lado sur del muelle municipal, con la Proa por fuera del agua, subida sobre un arrume de piedras, la Popa hundida bajo agua, totalmente destruida y sin el motor principal dentro del casco (Ver dos 2 fotos anexos, folio 40).

“Los restos del casco de la embarcación se encuentran en estado irreconocible, no se distingue el nombre de la misma, pero todavía se alcanza a apreciar en algunas partes del casco el color en negro y blanco”¹⁴.

También se comprobó la propiedad de la demandante sobre la embarcación “Lady Fay”, según se desprende del certificado de matrícula¹⁵ de la nave expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria de la Armada Nacional, en el cual aparece como armadora¹⁶.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, estos fueron expuestos en el fallo del 16 de agosto de 2004, proferido dentro de la investigación administrativa adelantada por la Capitanía de Puerto de San Andrés de la Dirección General Marítima, en el cual se declaró la responsabilidad solidaria del

¹² Fl. 26 c 1.

¹³ Fls. 21 a 24 c 1.

¹⁴ Fls. 1 a 9 Anexo 2.

¹⁵ Fl. 12 c 1.

¹⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española: “Persona que arma o dota un barco para su explotación comercial”.

capitán de la nave y de su propietaria en la ocurrencia del siniestro en los siguientes términos:

*“Lo cierto es que se tiene plenamente establecido sin que haya contradicción al respecto, que **al energizar el motor propulsor de la nave se ocasionó la explosión y posterior incendio de la misma**, coligiéndose la existencia de una novedad en la nave, sea por los gases que pudieron haber quedado en el ambiente luego de haber tanqueado (sic) el combustible como lo plantea el capitán, o por un posible corto circuito como lo plantea el maquinista. Ambas situaciones denotan una falta de control y verificación, tanto por el capitán como por el maquinista, puesto que ambas causas son previsibles si se efectúa una previa verificación del estado de la máquina. Igualmente se encuentra plenamente establecida según lo manifestado por el mismo capitán que este no verificó el encendido del motor aduciendo que el maquinista es autónomo y siempre lo prende una hora antes para que se caliente”¹⁷* (Negrillas fuera de texto).

Esta decisión fue confirmada en todas sus partes el 4 de noviembre de 2004¹⁸, a través de providencia proferida por la misma Capitanía de Puerto de San Andrés, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la propietaria de la embarcación.

Ahora bien, sobre la respuesta que se dio a la emergencia presentada por la embarcación “Lady Fay” el 27 de agosto de 2003, en el plenario se verificó lo siguiente:

En diligencia de inspección judicial realizada el 16 de marzo de 2006, con intervención de perito, se dejó constancia de lo siguiente:

*“Nos trasladamos al muelle de Providencia, lugar de la inspección, en donde el señor perito y el apoderado de la parte actora señalaron el lugar donde se inició la conflagración de la motonave LADY FAY, indicando como tal la entrada del muelle, **señalando que la persona que colaboró intentando apagar el incendio con baldes de agua fue el señor JUAN GUILLERMO MISAS, de la Defensa Civil**”¹⁹* (Negrillas fuera de texto).

En la misma diligencia se recibió el testimonio del señor Luis Antonio Sánchez López, Secretario de Gobierno Municipal de Providencia y Santa Catalina, quien manifestó que ese municipio “nunca ha tenido cuerpo de bomberos” y para la fecha de la diligencia se estaba constituyendo uno voluntario con personal capacitado, el

¹⁷ Fls. 9 a 15 Anexo 1.

¹⁸ Fls. 2 y 3 Anexo 1.

¹⁹ Fls. 101 a 111 c 1.

cual estaba pendiente del reconocimiento de personería por parte del Departamento de San Andrés. En cuanto al día de los hechos declaró que para ese momento no trabajaba para la Administración Municipal, pero que como ciudadano presencié la conflagración y vio la máquina de bomberos de la Aeronáutica Civil que llegó al lugar para atender la emergencia, allí también se encontraba el señor Juan Guillermo Misas de la Defensa Civil y todos los presentes colaboraron con baldes de agua; insistió en la presencia de un bombero quien en conjunto con el miembro de la Defensa Civil *“intentaron apagar el incendio”*.

También se escuchó la declaración del señor Juan Guillermo Misas Brissaud, integrante de la Defensa Civil, quien al respecto expuso:

*“(…) yo trabajo enseguida del muelle en un supermercado, me presenté inmediatamente al lugar, por medio de mi radio **me comuniqué con el Capitán de Bomberos de San Andrés, señor Willi Gordon, solicitando más asesoría, me comunicó que no dejara bajar a nadie, inmediatamente hubo respuesta por parte de la Policía acordonando el sitio, había mucho temor por las explosiones, inmediatamente bajé al barco con llamas viendo la posibilidad de que la única manera de alejar un poco el peligro era desanclando el barco, a lo cual el Bombero Aeronáutico que se presentó en el momento se metió con su traje de protección, subiéndose al barco para desamarrar el ancla, gracias a Dios conseguí un pedazo de madera que se encontraba cerca, comencé a empujar el barco para que se alejara del muelle, terminando su impulso se detuvo y allí terminó de incendiarse y ya no representaba ningún peligro para la comunidad providenciana. (…)** PREGUNTADO. Tuvo usted conocimiento si la tripulación del barco había intentado por un medio apagar el incendio. CONTESTADO. **Esa clase de conflagraciones es muy difícil de extinguir por que ocurre en fracción de segundo y más tratándose de combustible**, entonces el temor que había era de próximas explosiones, o explosión del tanque de gas, por lo que consideró que en esa clase de siniestro el ser humano busca la supervivencia, los que trabajamos en eso arriesgamos la vida porque es nuestro deber. PREGUNTADO. **De acuerdo con su experiencia qué clase de equipo hubiese servido para extinguir dicha llama. CONTESTADO. Servirían los extinguidores de espuma. El incendio lo propició el combustible.** PREGUNTADO. Manifiéstele al despacho ¿qué clase de equipos se requieren para el manejo de un incendio como el ocurrido y, en caso tal, de existir en la isla un equipo de bomberos, diga si su intervención hubiese evitado la destrucción o extinguido la conflagración de la motonave LADY FAY? CONTESTADO. **En un caso de incendio de combustible, la máquina necesaria para eso es una máquina de espuma y no un bombero estructural, la máquina estructural existe en Providencia, de propiedad de la Aeronáutica Civil, por lo que si hubiere o no máquina estructural en la Isla, no serviría para apagar esa clase de incendio. Tanto el incendio en comento, como el de las casas de Providencia necesitan una máquina de espumas teniendo en cuenta su material (madera), su limpieza con ACPM y el material inflamable que utilizan para***

pintarlo. En esa época había una pequeña máquina de bomberos de la Aeronáutica para el incendio de los aviones. (...) PREGUNTADO. Diga al despacho si lo sabe, si el bombero durante horas nocturnas saca el camión de bombero del aeropuerto y lo hace pernoctar en sitio diferente de este o su casa. CONTESTADO. No sé específicamente si lo deja en su casa o no, lo que sí me consta es que llegó y comenzó la colaboración con la conflagración” (Negrillas fuera de texto).

Por su parte el Capitán de Puerto de San Andrés, en oficio del 24 de marzo de 2006, señaló:

“La motonave en mención en cumplimiento de la normatividad marítima fue verificada por un perito naval quien emitió el Certificado de Inspección de Equipo contra Incendio No. 4965 de fecha 8 de marzo de 2003 y vencimiento 8 de marzo de 2004, documento del cual envío copia y en el cual se observa que presentaba equipos necesarios para enfrentar un incendio.

“Lo anterior indica que la motonave se encontraba en condiciones de afrontar un incendio cuando se le realizó la inspección (...)”²⁰.

Igualmente se escuchó el testimonio del señor Willie Gordon Bryan, Comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de San Andrés, quien explicó la eficacia de una eventual intervención de bomberos con el equipo necesario en los siguientes términos:

“PREGUNTADO. Sírvase manifestarle al despacho, qué clase de equipo de bomberos se requieren para el manejo de este tipo de incendios ocurrido en la motonave Lady Fay, si existe un carro de bomberos con características para este caso. (...) no se podría hablar de una máquina ideal, pero sí podríamos dar especificaciones técnicas mínimas de este tipo de vehículos en este caso, una máquina con capacidad mínima de 750 galones con capacidad de mezcla de espuma y agua, hubiera podido apoyar en esa conflagración, igualmente ese mismo vehículo dotado con una bomba con la capacidad de poder inyectar entre 700 y 1.250 galones por minuto hubiera podido no evitar sino apoyar y minimizar daños. (...) PREGUNTADO. Diga al despacho, si se hubiese prestado el servicio público de prevención y atención del incendio, si se hubiese minimizado o evitado el daño o destrucción total de la motonave Lady Fay. CONTESTADO. (...) en este caso de la motonave Lady Fay construida en materiales sólidos e inflamables como la madera y la fibra de vidrio y que se encuentra equipada con combustibles líquidos inflamables para su desplazamiento, la combustión es rápida y acelerada, motivos que obligan a tener equipos de excelentes condiciones para poder contrarrestar este tipo de conflagraciones”²¹ (Negrillas fuera de texto).

²⁰ Fl. 138 c 1.

²¹ Fls. 150 a 153 c 1.

También se recibió la declaración del señor Taishang Lee Jay Robinson, Bombero de la Aeronáutica Civil, quien manifestó:

*“Yo trabajo con la Aerocivil, la máquina que estaba en ese momento era una 500-100, 105 galones de agua mezclada con espuma y 500 libras de polvo químico seco, es una máquina de intervención rápida en menos de un minuto, uno expulsa todos los agentes extintores, **ese día no saqué la máquina porque debemos pedir permiso a la Aerocivil en San Andrés para sacar la máquina y sería gastar lo que tiene la máquina, porque esta no podía apagar ese incendio porque estaba muy avanzado, sería inútil sacar en esa ocasión para apagar el incendio por lo avanzado de este, lo único que yo hice fue que cogí como tres extintores, eché en una parte del incendio para quitar el fuego para empujar la embarcación hacia el fondo del muelle, para evitar que se incendiara alguna casa cercana, porque en razón la incendio salían disparados tanques de combustible, lo que se estaba incendiando era combustible compuesto por ACPM entre otros, era mucho combustible el que se estaba incendiando. PREGUNTADO. ¿Qué puede decir usted acerca de los medios que tiene el municipio de Providencia como tal o en su defecto la Alcaldía Municipal para combatir un incendio? CONTESTADO. En este momento y desde antes, la Alcaldía Municipal no tiene medios para combatir un incendio, nosotros de la Aerocivil somos dos personas calificadas, pero pertenecemos a la Aeronáutica Civil, se necesitan bomberos estructurales. Para la Aerocivil es prioridad el servicio a las aeronaves, en este momento el aeropuerto cuenta con una máquina P-19, 1000 galones de agua, 130 galones de espuma y 500 libras de polvo químico seco, eso es para el aeropuerto, cualquier eventualidad diferente hay que pedir autorización en San Andrés siempre y cuando no haya aeronaves en plataforma o vuelos. PREGUNTADO. ¿Considera usted que el incendio presentado en la embarcación anotada, era posible combatir y con ello evitar la destrucción de esa motonave, si habrían existido los mecanismos para ello? CONTESTADO. Posiblemente, si hubiera máquina y en el preciso momento de este habría sido factible su extinción. Pero después de cinco minutos de iniciado el incendio era imposible su extinción, porque fue combustible el que se incendió”***²² (Negrillas fuera de texto).

De todo lo anterior se colige que el municipio de Providencia y Santa Catalina no contaba para el día de los hechos con un cuerpo de bomberos ni oficial ni voluntario como lo prescribía la Ley 322 de 1996, según la cual la gestión integral del riesgo contra incendios era un servicio público esencial a cargo de los municipios, deber reproducido en la Ley 1575 de 2012, actual Ley General de Bomberos de Colombia.

²² Fls. 20 y 21 Anexo 3.

Se verificó que fue un integrante de la Defensa Civil y un bombero de la Aeronáutica Civil de San Andrés, quienes acudieron a enfrentar la emergencia presentada el 27 de agosto de 2003 por la embarcación “Lady Fay”, que según lo estableció la Capitanía de Puerto de San Andrés en su investigación administrativa, se ocasionó al llenar el tanque con gasolina y luego encender la máquina sin la debida precaución, lo que generó una explosión y posterior incendio de la nave.

Observa la Sala que, en efecto, se presentó una falta en la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios por parte de ente demandado, pues fueron representantes de otros organismos quienes acudieron a atender la emergencia, cuando debió hacerlo un cuerpo de bomberos estructural como lo prescribía la Ley 322 de 1996²³. De la misma circunstancia dejaron constancia el Comandante de la Unidad de Reacción Rápida de Guardacostas de Providencia y Santa Catalina y el Capitán de Puerto de ese municipio en sus respectivos oficios, según los cuales la Isla no contaba en ese momento con los medios necesarios para enfrentar la emergencia, dado que no existía *“carro de bomberos y la defensa civil no dispone de elementos para combatir este tipo de conflagraciones”*.

Adicionalmente, tanto el Comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de San Andrés como el Bombero de la Aeronáutica Civil coincidieron en que de haberse contado con los medios idóneos para enfrentar la conflagración, se habrían minimizado los daños. Ambos convinieron en que se trató de un incendio de grandes proporciones, difícil de extinguir porque lo que se incendió fue combustible, no obstante, con una rápida reacción y los equipos con las condiciones necesarias para contrarrestar este tipo de emergencias, el daño habría sido menor.

Sin embargo, también coincidieron los testigos, todos pertenecientes a organismos de emergencia para atender este tipo de eventos, en afirmar que la conflagración fue de tales proporciones que un cuerpo de bomberos estructural no habría detenido el incendio, que hubiera sido más útil una máquina de espuma con ciertas características técnicas y capacidad entre 700 y 1.250 galones por minuto para minimizar los daños.

²³ “Artículo 2. (...) Es obligación de los distritos, municipios y entidades territoriales indígenas la prestación del servicio a través de los Cuerpos de Bomberos Oficiales o mediante la celebración de contratos para tal fin, con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios”.

Insistieron en que el cuerpo de bomberos en este caso no podía evitar el incendio, pues ello es responsabilidad directa del capitán de la nave, tal como fue declarado en el fallo administrativo de la Capitanía de Puerto de San Andrés, empero, como el daño alegado es la pérdida total de la embarcación conflagrada, el mismo probablemente hubiera podido evitarse de contar con los equipos idóneos para el incendio de un material de madera y fibra de vidrio como era el de la embarcación.

De ahí que la ausencia total de la prestación del servicio de bomberos si bien no habría evitado la emergencia, con las máquinas idóneas de que debió estar dotado el Cuerpo de Bomberos del municipio de Providencia y Santa Catalina este sí habría podido minimizar el daño a la nave, la cual fue en gran parte consumida por el incendio hasta su hundimiento.

Lo que observa la Sala es que la falla no se muestra diáfana por la ausencia de un cuerpo de bomberos estructural, si no que al no haber acudido este con las máquinas apropiadas para contrarrestar el tipo de conflagración que presentó la embarcación “Lady Fay”, la demandante perdió la oportunidad de que los daños a su nave fueran reparables, esto es, de no haberla perdido totalmente, como ocurrió.

Lo cierto es que no existía equipo de bomberos ni oficial ni voluntario como lo ordena la ley, con el equipo idóneo para enfrentar el incendio que minimizara el riesgo de lesiones y pérdidas no solo para la tripulación de la nave y habitantes en general, sino también para la embarcación misma que terminó hundida en la bahía, perdiéndose el patrimonio de la demandante.

En efecto, la Sala estima que el daño antijurídico que sufrió la accionante sí debe repararse, por cuanto la carencia del equipo necesario con que debía contar el Municipio para este tipo de siniestros necesarias para evitar daños irreparables como el que ocurrió con la embarcación “Lady Fay”, compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la figura denominada “*pérdida de oportunidad o del chance*”, aspecto frente al cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de agosto 11 de 2010²⁴, elaboró importantes precisiones respecto de su noción, aplicación e

²⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

indemnización, como un rubro autónomo del daño, en los términos que a continuación se acogen:

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como “ocasión”, “probabilidad” o “expectativa” y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe que se corresponde con “ ... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”²⁵.

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta de este que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial²⁶(...).

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación” (Negrillas la Sala).

²⁵ Original de la cita: CAZEAUX, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

²⁶ Original de la cita: MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 207.

Sin embargo, no puede soslayarse que al daño concurren las conductas del maquinista y del capitán de la embarcación “Lady Fay”, quienes, tal como lo estableció en su investigación administrativa la Capitanía de Puerto de San Andrés, tuvieron un comportamiento negligente, el primero, al **“energizar el motor propulsor de la nave”** y, el segundo, al no verificar la existencia de **“alguna falla en la maquina o irregularidad tal que no fue prevista con tiempo, denotándose una negligencia en los controles a cargo del capitán de la nave como jefe supremo y encargado de la dirección de la misma”**.

Igualmente, el Capitán de Puerto de Providencia y Santa Catalina informó que **“por descuido del personal que se encontraba efectuando la maniobra de tanqueo (sic) de gasolina desde un carro tanque a la motonave, se regó combustible sobre cubierta en más de una ocasión y cuando aún no se había terminado de efectuar esta maniobra, el maquinista de la embarcación, Sr. CALIXTO GONZÁLEZ, procedió a encender el motor principal de la misma lo que ocasionó que se presentara una explosión a las 18:50 horas y posterior incendio a bordo de la motonave que rápidamente se salió de control”**²⁷.

Siendo así, ante la concurrencia de la falta del equipo de bomberos y máquinas necesarias para atender este tipo de emergencias por parte de la Administración y el comportamiento negligente de miembros de la tripulación de la nave “Lady Fay”, su capitán y maquinista, la responsabilidad por la pérdida de la embarcación será compartida.

En consecuencia, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia pero se reducirá la condena a un 50% por las circunstancias ya anotadas, criterio que ya utilizó esta Sección en un caso similar²⁸.

4. Liquidación perjuicios

4.1.- Perjuicios morales

La demandante solicitó el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, aduciendo que ha tenido que acudir a tratamiento psicológico.

²⁷ Fls. 21 a 24 c 1.

²⁸ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 27001233100020030023301 (33727), CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

Como ya lo precisó esta Sección en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014²⁹ sobre daños inmateriales, el perjuicio moral se define como *“el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”*.

Respecto del reconocimiento del daño moral por la pérdida de bienes inmuebles, por ejemplo, la Sala ha aceptado su ocurrencia *“siempre y cuando aquél esté debidamente fundamentado con pruebas que acrediten su existencia y magnitud”*³⁰, misma regla que aplica cuando la solicitud, como en este caso, es respecto de bienes muebles.

En el caso que se examina la actora allegó como prueba del perjuicio moral, un certificado suscrito por una médica psiquiatra, del 22 de marzo de 2005, en el cual señaló que la demandante *“ha estado en tratamiento psiquiátrico desde el 21 de octubre de 2003 por cuadro de depresión mayor, posterior a pérdida económica grande consistente en la pérdida de su embarcación LADY FAY”*³¹.

A juicio de la Sala dicha prueba resulta suficiente, pues el hecho de que la actora haya necesitado tratamiento psiquiátrico constatado por una profesional de la medicina, debido a su depresión por la pérdida de la embarcación de su propiedad, acredita de manera idónea que la demandante ha padecido un sufrimiento que si bien no se compara con la pérdida de un ser querido o una lesión física, sí tuvo una magnitud considerable por el cual debe ser indemnizada, pues no resulta extraño tratándose de la pérdida de un patrimonio importante del cual derivaba su estabilidad económica.

Como consecuencia el monto a reconocer por este concepto sería el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y teniendo en cuenta que la condena será de un 50%, se reconocerá el perjuicio moral en favor de la accionante en suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁹ Expedientes 26.251, 32.988, 27.709, 31.172, 36.149, 28.804, 31.170 y 28.832.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2004, expediente AG2002-00226. C.P. Ricardo Hoyos; Subsección A, sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 20.109. C.P. Hernán Andrade Rincón. sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 17.119. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero, sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 44333. Postura reiterada en sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 33727, CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

³¹ Fl. 13 c 1.

4.2.- Perjuicios materiales

En relación con la indemnización de este tipo de perjuicios, se solicitó a título de daño emergente la suma de \$500'000.000 por concepto del valor de la embarcación. En cuanto al lucro cesante, fue estimado en un monto de \$144'000.000, consistente en lo que dejó de producir la nave desde la fecha del incendio hasta la de presentación de la demanda, actualizado hasta la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta que la motonave producía la cantidad de \$6'000.000 mensuales.

4.2.1.- Daño emergente

Se reitera que, de conformidad con el certificado de matrícula³² de la nave expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria de la Armada Nacional, se comprobó la propiedad de la demandante sobre la embarcación "Lady Fay".

Respecto de esta modalidad de daño material por la destrucción de la embarcación de pesca "Lady Fay" se allegó al plenario lo siguiente:

En dictamen presentado por perito evaluador, este tasó el daño emergente en una suma total de \$500'982.900 la cual justificó en los siguientes términos:

*"Se fija el daño emergente al costo de una nueva embarcación que se establece con base en los precios de las diferentes piezas detalladas anteriormente, que en conjunto vale la suma de \$461'182.900. Las lanchas salvavidas con sus respectivos motores fuera de borda están valuadas en la suma de \$39'800.000, lo cual indica que la embarcación con sus botes salvavidas tiene un costo de \$500'982.900"*³³.

Como documentos soporte del dictamen, el perito allegó copia de la demanda y de sus anexos suministrados por la parte demandante; copia de un contrato de arrendamiento de la motonave del 1 de enero de 2002 y plazo de 12 meses; copia de la Resolución No. 0662 del 24 de septiembre de 2003 por la cual se autoriza y prorroga un permiso de pesca; certificado de patente de pesca, copia de acta de visita a la embarcación del 3 de agosto de 2003; copia del aviso de zarpe del 27

³² Fl. 12 c 1.

³³ Fls. 1 a 9 Anexo 2.

de agosto de 2003; dos fotografías de la nave destruida y facturas de gastos del perito³⁴.

Igualmente, se allegó factura original No. 0037 del 21 de julio de 2003 por concepto de cinco lanchas tipo salvavidas, por valor de \$27'000.000³⁵.

Sin embargo, para la Sala, el dictamen debe desestimarse pues, en primer lugar, el perito designado de la lista de auxiliares de la justicia no resulta ser el más idóneo para este tipo de experticia, dado que solo tiene el grado de instrucción de bachiller³⁶ como consta en el acta de inspección judicial, diligencia en la cual se le tomó posesión y, en segundo lugar, son insuficientes los soportes con base en los cuales elaboró el peritaje, pues no verificó la edad de la embarcación y el costo de la misma y sus partes con el tiempo de uso, por el contrario, se limitó a hacer unas cotizaciones de piezas nuevas y del costo de una nueva embarcación, desconociendo el tiempo de vida útil que llevaba la nave.

Es más, el mismo perito reconoció en su dictamen la carencia de los documentos necesarios para cuantificar el daño emergente así:

“algunos documentos necesarios como factura de compra de la embarcación, libros de contabilidad y declaraciones de renta, no fueron puestas a mi disposición para el efecto de establecer el valor patrimonial de la motonave, su fecha de construcción, la vida útil, su depreciación y demás que se requería en la práctica de esta prueba”.

Pese a lo anterior, está suficientemente acreditado que se trataba de una embarcación en actividad, es decir, en operación, por lo que se encontraba en condiciones de uso normal hasta antes de la conflagración, fecha para la cual incluso se preparaba para una faena de pesca por lo que su pérdida necesariamente representa un daño para su propietaria, razón por la cual habrá de proferirse condena en abstracto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 172 del C.C.A., modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, daño que deberá ser tasado y liquidado mediante trámite incidental por parte del Tribunal *a quo*, consistente en el valor de la embarcación destruida al 27 de agosto de 2003, teniendo en cuenta que no se trataba de una embarcación nueva sino usada, es

³⁴ Fls. 10 a 62 Anexo 2.

³⁵ Fl. 128 c 1.

³⁶ Fl. 101 c 1.

decir, en atención a su edad a esa fecha. Todo ello, considerando que la indemnización a reconocer será del 50% de lo probado.

4.2.1.- Lucro cesante

Sobre esta modalidad de perjuicio material, el perito se limitó a señalar que:

“La motonave se encontraba arrendada al señor Bayron Bent Williams, por el término de doce (12) meses prorrogable de común acuerdo entre las partes el canon de arrendamiento establecido es de doce millones \$12'000.000 mensuales, considerando el tiempo efectivo de trabajo de la embarcación. De acuerdo con mi experiencia, el barco efectivamente puede lograr realizar 15 días de trabajo al mes, lo que representaría un ingreso del 50% del canon establecido o sea \$6'000.000 mensuales, que se determina como lucro cesante (folios 8 a 12).

“(…)

“El lucro cesante se estima en \$6'000.000 mensuales teniendo en cuenta que la embarcación se encontraba arrendada y los ingresos provenían de dicho arriendo”.

Al respecto se predica el mismo porcentaje dispuesto para el reconocimiento de daño emergente, pues el perito no goza de la idoneidad requerida para señalar que *“de acuerdo con mi experiencia, el barco efectivamente puede lograr realizar 15 días de trabajo al mes”*. Tampoco tuvo acceso a los libros de contabilidad u otros documentos en los que se relacionaran los viajes de la embarcación, la pesca obtenida, el precio de venta de pescado o los ingresos por otros conceptos.

Adicionalmente, el contrato de arrendamiento de la motonave “Lady Fay” fue allegado en copia simple³⁷ y siendo suscrito por la demandante y un tercero ajeno al proceso, carece de valor probatorio de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala³⁸.

Como consecuencia, siendo la prueba pericial válidamente practicada pero insuficiente, se condenará en abstracto para que el Tribunal *a quo* proceda a

³⁷ Fls 17 a 21 Anexo 2.

³⁸ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 05 001 23 31 000 1996 00722 01 (31364), CP: Enrique Gil Botero: *“(…) es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos”*.

calcular mediante trámite incidental, el valor dejado de percibir por la accionante correspondiente al producido de la embarcación “Lady Fay”, por cuenta de la pérdida de la misma. Para tal fin, el *a quo*, podrá decretar nuevo dictamen pericial, tener como prueba libros de contabilidad, entre otros documentos, que den cuenta del monto dejado de percibir por la actora. Lo anterior, teniendo en cuenta que la indemnización a reconocer será del 50% de lo probado.

5. Otras consideraciones

Tal como ya fue dispuesto por esta Sala en un caso similar³⁹, con el propósito de que en adelante se realice una efectiva prestación del servicio de bomberos en el municipio de Providencia y Santa Catalina, se enviará copia de esta sentencia al señor Ministro del Interior, en su calidad de presidente de la Junta Nacional de Bomberos de conformidad con la Ley 1575 de 2012⁴⁰, -Ley General de Bomberos de Colombia-, con el fin de que se conozca la situación de carencia de este servicio esencial, se brinde el apoyo y/o asesoría correspondientes y se tomen las medidas pertinentes.

Condena en costas

Habida cuenta de que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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 que dictó el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 24 de abril de 2008 y, en su lugar, **se dispone** lo siguiente:

³⁹ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 33727, CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴⁰ Artículo 8 literal a).

*“1. **Declarar** administrativamente responsable al municipio de Providencia y Santa Catalina en un cincuenta por ciento (50%) por la pérdida de oportunidad de recuperación de la embarcación denominada ‘Lady Fay’ de propiedad de la señora Vianova Forbes James, en hechos ocurridos el 27 de agosto de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*2. **Condenar** al municipio de Providencia y Santa Catalina a pagar a la señora Vianova Forbes James el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.*

*3. **Condenar en abstracto** al municipio de Providencia y Santa Catalina por concepto de daño emergente derivado de la pérdida de la embarcación denominada ‘Lady Fay’ de propiedad de la señora Vianova Forbes James, para cuya liquidación el Tribunal a quo tendrá en cuenta las pautas trazadas en la parte motiva de esta providencia, mediante el trámite incidental correspondiente.*

*4. **Condenar en abstracto** al municipio de Providencia y Santa Catalina por concepto de lucro cesante derivado del monto dejado de percibir por cuenta de la pérdida de la embarcación denominada ‘Lady Fay’ de propiedad de la señora Vianova Forbes James, para cuya liquidación el Tribunal a quo tendrá en cuenta las pautas trazadas en la parte motiva de esta providencia, mediante el trámite incidental correspondiente.*

*5. El municipio de Providencia y Santa Catalina **dará cumplimiento** a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

*6. **Enviar** una copia de esta sentencia al señor Ministro del Interior, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*7. **Expedir** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, para el cumplimiento de esta sentencia”.*

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA