

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA

Bogotá, D. C., **25 JUN 2010**

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado JOSÉ JUBÍN ROLDÁN YACUP, apoderado del señor JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", de bandera colombiana, con matrícula MC-01-0662, en contra de la Resolución No. 051 CP01-ASJUR del 27 de junio de 2008, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, dentro de la investigación administrativa adelantada por violación a las normas de la Marina Mercante, iniciada en virtud de los hechos ocurridos el 5 de enero de 2008, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante oficio No. 007 CEGUB-JDOEGUB-930 del 5 de enero de 2007 (sic) recibido el 8 de enero de 2008, el señor Capitán de Corbeta ALEJANDRO ESTRADA VÁSQUEZ, Comandante de la Estación de Guardacostas de Buenaventura, remite protesta No. 050703R ENE/08 y reporte de visita No. 6005 del 5 de enero de 2008, al señor Capitán de Puerto de Buenaventura.
2. En dicha protesta manifiesta que la Motonave "PACIFIC CLIPPER", con matrícula MC -01-0662, al ser inspeccionada el 5 de enero de 2008 siendo las 04:30R, en el canal principal de navegación de Buenaventura, fue encontrado como novedad el transporte de 113 personas entre mayores de edad y menores, número no autorizado en el zarpe.
3. El 9 de enero de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura abrió investigación administrativa por presunta violación a las normas de Marina Mercante.

ACTUACIÓN DEL CAPITÁN DE PUERTO DE BUENAVENTURA

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 27, del artículo 5° y artículo 76 del Decreto Ley 2324 de 1984, el Capitán de Puerto de Buenaventura, es competente para adelantar la investigación administrativa por presunta violación a las normas de la Marina Mercante en su jurisdicción, de conformidad con los límites establecidos en la Resolución No. 825 DIMAR de 1994.

PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Buenaventura, practicó y allegó las pruebas listadas en el acto sancionatorio, correspondiente a los folios 38 a 48 del expediente.

DECISIÓN

El 27 de junio de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura emitió la Resolución No. 051 CP01-ASJUR, declarando como responsable por la violación a las normas de la Marina Mercante, al señor JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", imponiendo una multa de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos de forma solidaria, con los señores RÚBEN PERLAZA en calidad de armador y MARÍA ALEJANDRA TENORIO ARROYO, como administradora de la mencionada motonave.

Con acto del 21 de agosto de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura, resuelve el recurso de reposición, contra la Resolución No. 051 CP01-ASJUR, interpuesto por el doctor JOSÉ JUBÍN ROLDÁN YACUB, apoderado del señor JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", modificando parcialmente el artículo segundo, en el sentido de reducir la multa impuesta a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

FUNDAMENTOS DEL APELANTE

El doctor JOSÉ JUBÍN ROLDÁN YACUB, sustentó el recurso con base en los siguientes argumentos:

1. Señala, " Como se trata de comprobar una violación a las determinaciones del decreto Ley 2324 de 1984, es del caso advertir de que, no es dable la determinación unilateral de un conteo de personas sin que esto haya sido corroborado por otras personas, por lo cual, tal conteo no tiene el suficiente respaldo probatorio; así las cosas, atendiendo la declaración del capitán de la M/n Pacific Clipper nos encontramos que él firmó el acta por así decirlo en una forma ligera, pues es del caso advertir de que no solamente él sino un alto porcentaje de personas que desarrollan labores del mar en esta región, son gente humilde que no tienen capacidad de contradecir a un militar(...)También en este aspecto probatorio cabe destacar de que sí es cierto que venía una cantidad de madres de familia cargando entre otros a sus hijos que oscilaban entre uno y dos años de edad, quienes necesariamente, por la edad, tenían que estar en los brazos de sus progenitores". (Cursiva fuera de texto)
2. Manifiesta, "Así las cosas, la unilateralidad del oficial- marinero del (sic) Guardacosta que sirvió de base para la resolución impugnada, a simple vista no puede dársele valor probatorio por cuanto que, el conteo que hizo en horas de la noche en forma conjunta o de grupo más no persona por persona, no tiene prueba que sustente lo dicho (...)". (Cursiva fuera de texto)

Expone, "...no obstante encontrarnos frente a una cuestión administrativa a la cual también le es aplicable las normas referente a las dudas, las cuales deben resolverse a favor del sancionado. Con relación a esto nótese muy bien el número de exceso, posteriormente se contradice, el Capitán dice otra cosa, y otra de las personas vinculadas al proceso dice otra (sic). Lo anterior no

permite precisar en cuanto al exceso de pasajeros una cantidad cierta de personas (...) refiriéndome a la sanción, es muy cierto y estoy muy de acuerdo que se sancione a cualquier infractor pero, las sanciones de acuerdo al Decreto Ley 2324 de 1984, no están al arbitrio del sancionador; ellas, las sanciones están graduadas. Así las cosas las graduación va desde a) Amonestación; b) Suspensión; c) Cancelación y d) Multa." (Cursiva fuera de texto)

3. Por lo expuesto, solicita reponer la resolución No. 051 CP01-ASJUR del 27 de junio de 2008, emanada de la Capitanía de Puerto de Buenaventura y se imponga amonestación y una multa de un salario mínimo mensual legal vigente.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Procede el Despacho de acuerdo con el numeral 2, artículo 2 del Decreto 5057 de 2009, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor JOSÉ JUBÍN ROLDÁN YACUP, apoderado del señor, JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", en contra del acto administrativo No. 051 CP01-ASJUR del 27 junio de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura.

De acuerdo con el artículo 2 ibídem, la Dirección General Marítima ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos, aguas suprayacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre ríos que relaciona el artículo en mención.

De conformidad con lo establecido con los numerales 5, 6 del artículo 5 y 27 del Decreto Ley 2324 de 1984, es función de la Dirección General Marítima, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación y de la vida en el mar, así como autorizar la operación de las naves y fallar investigaciones por violación a las normas de marina mercante.

De acuerdo con el artículo 76 ibídem, le compete además, previa investigación, determinar y aplicar cuando hubiere lugar, las sanciones disciplinarias o multas por infracciones o violaciones a normas relativas a las actividades marítimas y de la Marina Mercante.

Así mismo, en el artículo 77 del Decreto Ley 2324 de 1984, faculta a la Autoridad Marítima con la competencia de sancionar a cualquier persona natural o jurídica, que ejerza directa o indirectamente actividades marítimas dentro del territorio nacional.

Conforme con el artículo 79 ibídem, establece: "...constituyen infracción toda contravención o intento de contravención a las normas del presente decreto, a las leyes, decretos, reglamentos y

demás normas o disposiciones vigente en materia marítima, ya sea por acción o por omisión" (Cursiva fuera de texto).

CASO CONCRETO

El Capitán de Puerto de Buenaventura, luego de adelantar la investigación administrativa correspondiente, emitió acto sancionatorio en contra del capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", por incurrir en violación de normas de Marina Mercante, en especial la establecida en el numeral 3 del artículo 1502 del Código de Comercio, sobre lo cual se puede establecer lo siguiente:

El Capitán de Puerto de Buenaventura, mediante zarpe No. 0018 del 2 de enero de 2008 (folio 10), autorizó a la Motonave "PACIFIC CLIPPER", navegar con 6 tripulantes y 54 pasajeros, con destino a Guapi.

Según protesta No. 050703R ENE/08, suscrita por el señor Marinero Primero LUDWING ZAMBRANO LLORACH, en su calidad de Comandante Operativo EGUB, manifiesta que se efectuó procedimiento de visita e inspección a la Motonave "PACIFIC CLIPPER", con matrícula MC -01-0662 de Buenaventura, el día 5 de enero de 2008 siendo las 04:30R, encontrado que de acuerdo al zarpe de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, la nave transportaba exceso de pasajeros de 113 personas entre mayores de edad y menores.

Al respecto, el señor JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", en la diligencia de versión libre rendida el día 14 de enero de 2008 (folio 18 a 20), manifestó en relación a los hechos: *"...a las 04:00 de la mañana del día 05 de enero/08, nos fondeamos y a las 05:00 de la mañana llegó una lancha de guardacostas y nos abordaron y subieron a revisar donde nos comunicaron que iban a contar el personal de pasajeros, le pasé la lista de pasajeros, los contó y el oficial me dijo capitán he contado 80 personas incluyendo los niños y luego me dijo voy de nuevo a recontar el personal, bajó a cubierta y sube al puente y me dice que habían 115 personas, no se si de buena fe o de mala fe o de pronto contó ya repetidas algunas personas porque no venían más personas que las primeras que habían dicho y las que estaban en la lista de pasajeros, luego me hizo el acta de rutina y anotó el personal que está allí me hizo firmar, yo le firmé y luego me dijo que podíamos segur(sic) levantar ancla y seguir que ellos pasaban el informe a la capitanía..."*, a la pregunta de cuántas personas transportaba en exceso la Motonave, dijo: *"en este momento la capacidad del barco es 54 pasajeros y los transportaba en exceso es lo que aparece allí después de los 54"*. (Cursiva y subraya fuera de texto).

En interrogante, si esta de acuerdo con el reporte de Guardacostas de Buenaventura, dice: *"si por lo que yo no conté los menores de edad"*, respecto a la pregunta de cuantos pasajeros zarpó la motonave "PACIFIC CLIPPER", expuso: *"en la lista salí con ochenta pasajeros, sin incluir los niños de un año..."*. (Cursiva fuera de texto).

Por su parte, el señor Marinero Primero LUDWING ZAMBRANO LLORACH, en su calidad de suboficial operativo de la Estación de Guardacostas, en diligencia de declaración bajo juramento rendida el día 1 de abril 2008 (folio 25 a 26), al interrogante que

ratificara o negara la afirmación que la motonave "PACIFIC CLIPPER" transportaba 113 pasajeros, es decir que abordó fueron hallados 167 personas, teniendo en cuenta que en el documento de zarpe estaban autorizadas 54 de ellas, respondió: *"claro que si"*, agrega: *"yo subí a bordo y no se podía caminar ellos tenían un pasillo que le daba acceso al puente y por el cual no se podía pasar por la cantidad de pasajeros, niños, mujeres, ancianos..."*, finaliza expresando: *"La respuesta del capitán responsable de la motonave al yo preguntarle usted por que hizo eso, me dijo que tanta gente me estaba pidiendo apoyo para traerla a Buenaventura y yo les colaboré..."*. (Cursiva fuera de texto).

La señora MARÍA ALEJANDRA TENORIO ARROYO, en calidad de administradora de la motonave "PACIFIC CLIPPER", en diligencia de versión el 7 de abril de 2008 (folio 31 a 33), respecto a la pregunta de quien realiza la explotación comercial la motonave "PACIFIC CLIPPER", dijo: *"...todo lo que tiene que ver con los gastos me corresponde a mi, todo lo relacionado con el abastecimiento de combustible y rancho para el viaje, elementos de aseo, pago de tripulación, etc."*, en el relato de los hechos se extrae: *"...una personas que le llaman TUTO que es de la Agencia Marítima el nombre no lo tengo, entonces yo hablé con el señor TUTO preguntándole el por qué no iba a dejar a las personas que compraron el tiquete abordar el barco, él me respondió que era porque había mucha multitud de gente en el muelle y que había personas que estaban abordando el barco sin comprar tiquetes porque era la única motonave que se encontraba ese día en el muelle y quería regresar a Buenaventura porque habían terminado las fiestas de diciembre..."*. (Cursiva fuera de texto).

En efecto, ha quedado probado que la motonave "PACIFIC CLIPPER", el 5 de enero de 2008, con matrícula MC-01-0662 de Buenaventura, navegaba con un exceso de pasajeros entre personas mayores de edad y menores, conducta que contraviene lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 1502 del Código de Comercio Colombiano, que establece las prohibiciones al capitán, señalando: *"Admitir a bordo pasajeros o cargas superiores a las que permita la seguridad de la nave"*. (Cursiva y subraya fuera de texto).

De otra parte, se advierte que el Código de Comercio, en el artículo 1495, señala: *"El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave..."* Como representante del armador ejercerá, frente a todos los interesados en la nave y en la carga, los poderes que sean atribuidos por la ley...". (Cursiva y subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 1501 del Estatuto Comercial, se dispone como obligación del capitán:

"Cumplir las leyes y reglamentos de marina, sanidad, aduana, policía, hacienda, inmigración, etc., de los puertos de zarpe y arribo".

Por su parte, el Decreto 1597 del 5 de agosto de 1988, en los numerales 1 y 3 del artículo 40, establece dentro de las funciones y obligaciones del capitán:

"Dirigir la navegación de la nave"

"Es, en todo momento y circunstancia, responsable directo por la seguridad de la nave, su carga y personas abordo". (Cursiva fuera del texto).

En cuanto al armador, el artículo 1473 del Código de Comercio, señala: *"Llámanse armador la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan". (Cursiva fuera del texto)*

Sobre la responsabilidad de los armadores de la nave, es pertinente señalar que de acuerdo con el numeral 2, artículo 1478 del Código de Comercio, es obligación de éstos, responder civilmente por las culpas del capitán, del práctico o de la tripulación.

Frente a la solicitud de modificar el monto de la sanción, en reiteradas oportunidades esta Dirección General ha sostenido que la sanción debe ser valorada en los términos establecidos en la sentencia número C-591 del 14 de diciembre de 1993, proferida por la Honorable Corte Constitucional, la cual indica lo siguiente:

"La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. En esta tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley es necesariamente individual". (Cursiva fuera de texto).

Además se debe analizar la potestad sancionatoria de la administración pública, en el entendido de la sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005, proferida por la Honorable Corte Constitucional, la cual señala lo siguiente: *"En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que traduce en el ejercicio de su poder sancionador" (Cursiva y subrayado fuera de texto).*

En atención a lo dispuesto en el artículo 80 del Decreto Ley 2324 de 1984, esta Dirección considera que se le ha debido imponer una multa superior al investigado. Sin embargo, es pertinente traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, que en sentencia del 2 de marzo de 2006, afirmó:

"(...) Se considera que la prohibición de la reformatio in pejus rige tanto la actuación administrativa como el proceso contencioso, por constituir un principio general del derecho garantizado por el artículo 29 de la Constitución. Y por lo mismo no se ajusta a derecho que a una persona oficiosamente se la desmejore o agrave su situación jurídica a causa del recurso ordinario o

extraordinario interpuesto contra un acto, con el objeto de que se le aclare, reforme, adicione o revoque, en cuanto le es desfavorable." (Cursiva fuera de texto).

En consecuencia, en virtud del principio constitucional de la "reformatio in pejus", se mantendrá la decisión adoptada por la Capitanía de Puerto de Buenaventura, en la Resolución No. 051 CP01-ASJUR del 27 de junio de 2008, modificada por la decisión del 21 de agosto de 2008.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Director General Marítimo,

RESUELVE

ARTÍCULO 1°.- CONFIRMAR en su totalidad la Resolución No. 051 CP01-ASJUR del 27 de junio de 2008, modificada por el acto administrativo del 21 de agosto de 2008, proferidos por el Capitán de Puerto de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO 2°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, el contenido de la presente decisión al doctor JOSÉ JUBÍN ROLDÁN YACUP, apoderado del señor JOSÉ JAIME PORTOCARRERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.157.752 expedida en Buenaventura, en su calidad de capitán de la motonave "PACIFIC CLIPPER", al igual que el señor RÚBEN PERLAZA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.302.547, en calidad de propietario y armador, así como a la señora MARÍA ALEJANDRA TENORIO ARROYO, identificada con cédula de ciudadanía No. 29.179.175 expedida en Cali, en calidad de administradora de la motonave respectivamente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al envío de la citación o, subsidiariamente, por edicto que se fijará por el término de diez (10) días hábiles, de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3 °.- Una vez en firme el presente acto, la multa deberá ser pagada mediante consignación en la cuenta No. 05000024-9, código rentístico 1212-75 del Banco Popular, a favor de la Dirección del Tesoro Nacional, so pena de proceder a su cobro persuasivo y coactivo, conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 546 de 2007 del Ministerio de Defensa Nacional o la disposición que la adicione o modifique.

ARTÍCULO 4°.- DEVOLVER el presente expediente a la Capitanía de Puerto de Buenaventura, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

ARTÍCULO 5°.- Ejecutoriado el presente acto, envíese copia del mismo con la respectiva constancia, a la Subdirección de Marina Mercante y al Grupo Legal Marítimo de esta Dirección, para lo de su competencia.

ARTÍCULO 6°.- Con la presente decisión queda agotada la vía gubernativa y en caso de inconformidad con la misma, se puede acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de ejercer las acciones correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,



Contralmirante **LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN**
Director General Marítimo