DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA

Bogotá, D. C., 09 ABR. 2010

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado JULIO CESAR CAMPO MARINEZ, apoderado de los señores FREDY ALFONSO ESCALLÓN ESTUPIÑAN, como capitán y FAUSTO ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN, propietario y armador de la motonave "CLAUDIA ANDREA 2", de bandera colombiana, con matrícula MC-01-0610, en contra de la Resolución No. 0182 del 25 de enero 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, según hechos ocurridos el 22 de abril de 2007, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante oficio No. 245 CEGUB-JDOEGUB-930 del 24 de abril de 2007, el señor Capitán de Corbeta JUAN CARLOS CIFUENTES MONTEALEGRE, Comandante de la Estación de Guardacostas de Buenaventura, remite protesta No. 035 - COY-2007, sucrito por el señor Teniente de Fragata ALEJANDRO SANÍN ACEVEDO, en su calidad de Comandante del ARC "SULU", al señor Capitán de Puerto de Buenaventura.
2. En dicha protesta manifiesta que la motonave "CLAUDIA ANDREA 2", con matrícula MC-01-0610 de Buenaventura, el día 22 de abril de 2007 siendo las 10:30R en posición lat. 03° 56.423 N y long. 081° 18.824 W a unas 18 millas náuticas al sureste de la Isla Malpelo, es sorprendida en maniobra de pesca con las redes en el agua, detectándose 1.5 toneladas de varias especies sobre cubierta y en los cuartos fríos una tonelada aproximadamente de tiburón y otras especies. Por último, expone que dentro de la inspección realizada a la motonave en mención revisó el zarpe No. 2425 CP1, el cual tenía vencimiento del 26 de mayo de 2007, estaba autorizada para efectuar faena de pesca en la zona 2 y 3.
3. El 25 de abril de 2007, el Capitán de Puerto de Buenaventura abrió investigación administrativa por presunta violación a las normas de la Marina Mercante.

ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 27, del artículo 5° y artículo 76 del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con el numeral 8, artículo 3, del Decreto 5057 de 2009, el Capitán de Puerto de Buenaventura, es competente para adelantar la presente investigación administrativa por presunta violación de normas de la Marina Mercante en

su jurisdicción, de conformidad con los límites establecidos en la Resolución DIMAR No. 825 de 1994.

PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Buenaventura, practicó y allegó las pruebas listadas en el acto sancionatorio, correspondiente a los folios 63 a 66 del expediente.

DECISIÓN

El 25 de enero de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura emitió la Resolución No. 0182, declarando como responsables por la violación a las normas de Marina Mercante, a los señores FAUSTO ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN como capitán y FREDY ALFONSO ESCALLÓN ESTUPIÑAN en calidad propietario y armador de la Motonave "CLAUDIA ANDREA 2", imponiéndoles una multa de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, pagaderos de forma solidaria.

FUNDAMENTOS DEL APELANTE

El doctor JULIO CESAR CAMPO MARINEZ, sustentó el recurso con base en los siguientes argumentos:

1. Señala, *"La entidad encargada por ley de proteger, conservar y trazar la Políticas tendiente a tutelar los parques naturales nacionales, es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES, dependencia del MINISTERIO DEL AMBIENTE..."*(Curriva fuera del texto)
2. Manifiesta, *"La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES, sancionó a mis poderdantes mediante resolución número 0006 de fecha 10 de Septiembre del año 2007, a pagar la suma de \$ 26.455.700, por los mismos hechos planteados en la resolución recurrida, es decir, del 22 de Abril del año 2007, cuando presuntamente la motonave CLAUDIA ANDREA 2 se encontraba pescando presuntamente dentro de las 18 millas náuticas del SANTUARIO DE FLORA Y FAUNA DE MALPELO"*

(...)

"EL INCODER, mediante patente de pesca numero 0000951 del 23 de mayo de año 2006, con fecha de vigencia Mayo 23 del 2006 a Mayo 22 del año 2007, confirió permiso de pesca a la motonave CLAUDIA ANDREA 2, dentro de su reverso impuso restricciones a ciertas zonas, donde se estableció que se podía pescar por fuera de las 6 millas náuticas del SANTUARIO DE FLORA Y FAUNA DE MALPELO, no obstante, EL INCODER, sin renovar previamente la patente de pesca 0000951, sin notificar sobre las nuevas políticas de pesca en lo referente a la resolución numero 1589 del 26 Octubre del año 2006, decide imponer sanción a mis

representados por estar pescando dentro de las 18 millas náuticas del mencionado parque, contradiciendo la patente vigente por ellos proferida numero 0000951, donde se establece 6 millas por fuera del parque". (Cursiva fuera de texto)

3. Expone, *"El principio de NON BIS IN IDEM, significa que nadie puede ser perseguido, condenado, sancionado dos veces por el mismo hecho delictivo o infracción. Principio que esta siendo transgredido y vulnerado por LA CAPITANÍA DE PUERTO DE BUENAVENTURA y por EL INCODER, que no son las autoridades competentes y especializadas para sancionar por las conductas desplegadas por mis poderdantes. Quien debe investigar y sancionar para el caso en concreto es LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA NACIONAL (sic) DE PARQUES, dependencia adscrita al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE". (Cursiva fuera de texto)*
4. Por lo expuesto, solicita Recovar la resolución No. 0182 del 25 de enero de 2008, emanada de la Capitanía de Puerto de Buenaventura.

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 JULIO CESAR CAMPO MARINEZ, apoderado de los señores FREDY ALFONSO ESCALLÓN ESTUPIÑAN, como capitán y FAUSTO ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN, propietario y armador de la motonave "CLAUDIA ANDREA 2", en contra del acto administrativo No. 0182 del 25 enero de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura.

Que el Decreto Ley 2324 de 1984, reorganizó la Dirección General Marítima, como dependencia del Ministerio de Defensa, acreditándola como Autoridad Marítima Nacional, cuyo objetivo es la dirección, coordinación y control de las actividades marítimas.

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 marítima, 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 en el artículo 5, numerales 5, 6 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 de mas 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, propietario y armador de la nave "CLAUDIA ANDREA 2", por incurrir en violación de normas de la Marina Mercante colombianas, en especial la establecida en el literal "i", numeral 1, del artículo 9 de la Resolución No. 0520 del 10 de diciembre de 1999, sobre lo cual se puede establecer lo siguiente:

El Capitán de Puerto de Buenaventura, le autorizó a la nave "CLAUDIA ANDREA 2", zarpe No. 2425 de fecha 17 de abril de 2007, con destino a faena de pesca blanca, en aguas jurisdiccionales colombianas en las zonas 2 y 3, con vencimiento el 16 de mayo de 2007.

Según protesta No. 035 - COY-2007, suscrita por el señor Teniente de Fragata ALEJANDRO SANÍN ACEVEDO, en su calidad de Comandante del ARC "SULU", manifiesta que la Motonave "CLAUDIA ANDREA 2", con matrícula MC-01-0610 de Buenaventura, el día 22 de abril de 2007 siendo las 10:30R en posición lat. 03° 56.423 N y long. 081° 18.824 W a unas 18 millas náuticas al sureste de la Isla Malpeío, es sorprendida en maniobra de pesca con las redes en el agua, detectándose 1.5 toneladas de varias especies sobre cubierta. En los cuartos fríos una tonelada aproximadamente de tiburón y otras especies. Por último expone que dentro de la inspección realizada a la motonave en mención revisó el zarpe No. 2425 CP1, el cual tenía vencimiento del 26 de mayo de 2007, el cual lo autorizaba para efectuar faena de pesca en la zona 2 y 3 (folio 6).

De ello, se dejó constancia en la bitácora de la embarcación "CLAUDIA ANDREA 2" (folios 31 y 32).

Al respecto, el señor FAUSTO ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN, capitán de la motonave "CLAUDIA ANDREA 2", en la diligencia de versión libre rendida el día 27 de abril de 2007 (folio 16 y 17), manifestó en relación a la pregunta de cual fue la zona de pesca autorizada en el zarpe, respondiendo: "*La zona 2 y 3*", poniendo el despacho de presente la información del oficio No. 035 COY-2007 de fecha 24 de abril de 2007, el cual informa que el día 22 de abril de 2007 siendo las 10:30R en posición latitud 03° 56.423 N longitud 081° 18.824 W a unas 18 millas náuticas al sureste de la isla de Malpelo, fue sorprendido la motonave "CLAUDIA ANDREA 2" en faena de pesca, expresando: "*Es correcto, no lo puedo negar*". (Cursiva fuera de texto)

Dice que se encontraba en esa posición, por que: "*Yo cree el equipo fuera de la isla, 25 millas fuera de la isla, pero las corrientes me arrastraron hacia la posición donde me encontraron, uno no quisiera llegar hasta allá pero las corrientes me arrastraron*", en cuanto al interrogante de cuanta producción arribó al puerto, dijo: "*Tonelada y media, se hizo el descargue por el muelle de maderas del patia, en presencia del INCODER, ellos se llevaron el producto. Teníamos marlin, pez martillo y toyo tinto*". (Cursiva fuera de texto)

Por su parte, el señor ALFONSO ESCALLÓN ESTUPIÑAN, en su calidad de propietario y armador de la Motonave "CLAUDIA ANDREA 2", en diligencia de versión libre rendida el día 20 de junio 2007 (folio 59 a 60), agregó a la pregunta de cuál era la actividad que se encontraba realizando la motonave, manifestando: "*Estaba en faena de pesca*", en relación a la zona de pesca, expresa "*El capitán tiene la potestad de saber hacia donde van*". (Cursiva fuera de texto)

El despacho pone de presente la información suministrada en oficio No. 035 COY-2007 de fecha 24 de abril de 2007, el cual señala que el día 22 de abril de 2007 siendo las 10:30R en posición Latitud 03° 56.423 N Longitud 081° 18.824 W a unas 18 millas náuticas al sureste de la isla de Malpelo, fue sorprendido la motonave "CLAUDIA ANDREA 2" en faena de pesca, expresando: "*El capitán me informo que ellos fueron arrastrados por la corriente hasta la posición donde los encontraron...*", a la pregunta de las instrucciones impartidas como propietario y armador de la motonave al capitán y la tripulación, dijo: "*Instrucciones específicas no, por que me interesa es la producción*" (Cursiva fuera de texto).

En oficio No. 070915R-CP1-ALITMA-511 de fecha 7 de mayo de 2007 (folio 27 y 28), suscrito por el señor Suboficial Segundo JULIO ALBERTO GUARDO MONTERO, del Área de Litorales y Medio Ambiente -CP1 (E) -, informa la graficación solicitada por señal No. 021106R de mayo de 2007, de la motonave "CLAUDIA ANDREA 2" en la posición lat. 03° 56.423 N y long. 081° 18.824 W, conceptuando que se encuentra dentro del Santuario de Flora y Fauna de la Isla Malpelo.

En efecto, ha quedado probado que la motonave "CLAUDIA ANDREA 2" el 22 de abril de 2007, con matrícula MC -01-0610 de Buenaventura, en posición lat. 03° 56.423 N y long.

081° 18.824 W al sureste del Santuario de Fauna y Flora Malpelo, realiza maniobra de pesca, conducta que contraviene lo dispuesto en el literal i, del numeral 1, del artículo 9 de la Resolución 0520 del 10 de diciembre de 1999, donde establece el estricto cumplimiento a denunciar a la autoridad los hechos punibles o contravenciones de cuya omisión se tenga conocimiento, en especial los inherentes a: *"Faenas de pescas, exploraciones, explotaciones de recursos, sin autorización, o en zonas no autorizadas para pesca por parte de la autoridad competente"*. (Cursiva fuera de texto)

Así, como el numeral 1. literal d, del artículo 2 de la Resolución ibídem, que establece el control del transito de naves o artefactos navales que se encuentren en la jurisdicción de la Dirección General Marítima y la obligación de cumplir; *"Cubrir exclusivamente la ruta autorizada..."*. (Cursiva fuera del 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 artículo 1501 del mismo código, el cual establece las funciones y obligaciones del capitán, se tiene lo siguiente:

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

"17. Tener a bordo los siguientes libros: (...) b) Leyes, decretos y reglamentación de la marina mercante". (Cursiva y subrayado fuera de texto).

En cuanto a las prohibiciones del capitán el artículo 1502, numeral 5°, establece: *"Cambiar de ruta o rumbo..."* (Cursiva y subrayado fuera de texto).

El Decreto 1597 del 5 de agosto de 1988, en los numerales 1, 3, 8 y 14 del artículo 40, determina funciones y obligaciones el capitán:

"1. Dirigir la navegación de la nave"

"3. Es, en todo momento y circunstancia, responsable directo por la seguridad de la nave, su carga y personas a bordo"

"8. Mantener a bordo un ejemplar de cada uno de los siguientes códigos, reglamento y otros: Decreto orgánico de la Marina Mercante Colombiana...", "Otras Leyes y Decretos reglamentarios de la Actividad Marítima Colombiana, en vigor".

"14. Es representante del Armador y en cuanto a la nave a la carga ejercerá los poderes que le asigna la ley". (Cursiva y fuera de texto)

En cuanto al armador, el artículo 1473 del Código de Comercio, señala: *"Llámase 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.

Es necesario aclarar al recurrente, que la Honorable Corte Constitucional en sentencia No. C- 620 del 13 de junio de 2001, Magistrado Ponente doctor JAIME ARAUJO RENTERIA en relación al principio de Non Bis In Ídem, señaló entre otras cosas, que:

"(...) el Estado Social de Derecho debe reivindicar a través de los respectivos estatutos la protección de los bienes jurídicos predicables de la sociedad y del Estado mismo, bienes que por múltiples motivos pueden ser amenazados o vulnerados merced a una o varias conductas. Por donde, si una persona con una sola conducta quebranta varios bienes jurídicos, mal podría aducir a su favor el non bis in ídem como medio para obtener un juzgamiento circunscrito a los linderos de uno solo de tales bienes, toda vez que el examen de dicha conducta frente a los demás bienes jurídicos afectados quedaría en el más completo abandono, allanándose así el camino para la eventual impunidad de los respectivos infractores...". (Cursiva fuera de texto).

También señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-526 del 3 de julio de 2003, Magistrado Ponente doctor ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en lo relacionado al principio de Non Bis Inidem, que: *"...Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades..."* (Cursiva fuera de texto).

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, 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 subraya 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, afirma:

"(...) 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 el acto administrativo de primera instancia.

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- CONFIRMAR en su totalidad la Resolución No. 0182 del 25 de enero de 2008, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, el contenido de la presente decisión al doctor JULIO CESAR CAMPO

MARINEZ, apoderado del señor FAUSTO ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.385.616 expedida en Guapi, Cauca, en su calidad de capitán de la motonave "CLAUDIA ANDREA 2", al igual que el señor FREDY ALFONSO ESCALLÓN ESTUPIÑAN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.510.981 expedida en Buenaventura, en calidad de propietario y armador de la citada nave, 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, 09 ABR. 2010

Contralmirante LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN
Director General Marítimo