

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA  
Bogotá, D.C., 30 JUN. 2011

Procede el Despacho a resolver en consulta, el fallo de primera instancia del 02 de mayo de 2008 proferido por el Capitán de Puerto de Tumaco, dentro de la investigación por los siniestros marítimos de arribo forzoso y pérdida de una persona a bordo de la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO", de bandera de Ucrania, ocurrido el día 09 de septiembre de 2004, previos los siguientes:

**ANTECEDENTES**

1. Mediante protesta del 09 de septiembre de 2004, presentada por el señor YEVGEN BANDOLIN, capitán de la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO", la Capitanía de Puerto de Tumaco tuvo conocimiento de la caída al mar del señor IGOR BANDOLIN, tripulante de la misma y del arribo forzoso de la nave, ocurrido el 09 de septiembre de 2004.
2. El 09 de septiembre de 2004, la Capitanía de Puerto de Tumaco profirió auto de apertura de investigación por los siniestros marítimos de arribada forzosa y pérdida de un tripulante, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.
3. El 02 de mayo de 2008, el Capitán de Puerto de Tumaco profirió fallo de primera instancia, mediante el cual exoneró de responsabilidad al señor YEVGEN BANDOLIN, capitán de la nave.
4. Al no interponerse recurso en contra del citado fallo en el término establecido, el Capitán de Puerto de Tumaco envió el expediente a este Despacho en vía de consulta, conforme lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984.

**ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

**JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con los límites establecidos en la Resolución No. 0825 de 1994 de la Dirección General Marítima, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Tumaco.

Así mismo, en virtud del Título IV del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 8º del artículo 8º del Decreto 1561 de 2002, vigente para la fecha del fallo de primera instancia, el Capitán de Puerto era competente para adelantar y fallar la presente investigación.

4

## PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Tumaco, practicó y allegó las pruebas listadas en el fallo de primera instancia, correspondientes a los folios 162 a 168 del expediente.

## DECISIÓN

Del análisis y valoración de las pruebas, el 02 de mayo de 2008 el Capitán de Puerto de Tumaco profirió fallo de primera instancia, declarando en el artículo 1º legítima la arribada forzosa de la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO", de bandera de Ucrania, ocurrida el 09 de septiembre de 2004.

En el artículo 2º del mencionado fallo, se exoneró de responsabilidad al señor YEVGEN BANDOLIN, capitán de la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO", por el siniestro marítimo de pérdida de tripulante que se encontraba a bordo de la citada motonave.

En el artículo 3º abstuvo de fijar el avalúo de los daños ocasionados por el siniestro marítimo.

## CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 2º, artículo 2º, del Decreto 5057 de 2009, esta Dirección General es competente para conocer en consulta las investigaciones por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 2324 de 1984.

Debe aclararse a su vez, que las decisiones de la Autoridad Marítima dentro de las investigaciones por siniestros marítimos son sentencias extrañas al control de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y prestan mérito ejecutivo, en virtud de las funciones jurisdiccionales consagradas en el Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con el artículo 116 constitucional.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta No. 1605 del 4 de noviembre de 2004, indicó lo siguiente:

*"- El Capitán de Puerto, en primera y el Director Marítimo, en segunda instancia, tienen la calidad de jueces frente a las controversias cuyo conocimiento avoquen en razón de un siniestro o accidente marítimo, en la medida, en que la Carta permite, como ya se vió, el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales.*

*Si bien es cierto, en las investigaciones por siniestros marítimos la autoridad marítima debe analizar, en cada caso, si se trasgredió alguna norma de tráfico o de seguridad marítima, también lo es, que el fin de la investigación no es sólo determinar las normas trasgredidas y sancionar por ese hecho, sino declarar la culpabilidad y responsabilidad civil*

*extracontractual que les cabe a quienes intervinieron en el accidente o tienen su tutela jurídica (armador, propietario, etc.)." (Cursiva fuera del texto).*

El citado criterio ha sido reiterado en pluralidad de decisiones adoptadas por la misma corporación como las siguientes: Auto del 12 de febrero de 1990, expediente No. 227, Actor: Sermar Ltda., Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez; Auto del 14 de febrero de 1990, expediente No. 209, Actora: Remolques Marítimos y Fluviales, Consejero Ponente: Luis Antonio Alvarado Pantoja; Auto del 14 de marzo de 1990, expediente No. 521, Consejero Ponente: Samuel Buitrago Hurtado; Auto de 9 de mayo de 1996, expediente No. 3207, Actora: Flota Mercante Gran Colombiana, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez; y sentencia del 26 de octubre de 2000, proferida por la Sección Primera, expediente No. 5844.

La misma posición ha sido acogida por la Corte Constitucional en sentencia C-212 de 1994, al analizar la constitucionalidad del Decreto Ley 2324 de 1984.

Además, dentro del procedimiento para investigaciones de accidentes o siniestros marítimos, establecido en el Decreto Ley 2324 de 1984, en el artículo 48 se dispone que:

*"CONTENIDO DE LOS FALLOS: Los fallos serán motivados, debiéndose hacer la declaración de culpabilidad y responsabilidad con respecto a los accidentes investigados, si es que a ello hubiere lugar y, determinar el avalúo de los daños ocurridos con tal motivo. Así mismo, impondrá las sanciones o multas que fueren del caso si se comprobaren violación a normas o reglamentos que regulan las actividades marítimas." (Cursiva y subraya fuera del texto).*

#### EL CASO CONCRETO

Con fundamento en el acervo probatorio recaudado en la presente investigación, la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO", de bandera de Ucrania, cuando cumplía la ruta Buenaventura - Esmeraldas, Ecuador, arribó el 09 de septiembre de 2004 al puerto de Tumaco, debido a que a las 01:55 horas en posición latitud 02°11.35 N y longitud 78°52.36 W, cayó al agua el señor IGOR BANDOLIN, quien no fue encontrado a pesar de las labores de rescate.

De acuerdo con la protesta del 09 de septiembre de 2004, se pudo establecer que la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO" se encontraba al mando del señor YEVGEN BANDOLIN.

Sobre los hechos ocurridos el día 09 de septiembre de 2004, en audiencia pública del 11 de septiembre de 2004 el señor YEVGEN BANDOLÍN, capitán de la motonave "KAPITÁN PASTUSHENKO", describió:

*"El 09 de septiembre aproximadamente a las 01:55 horas, llegó a mi camarote el señor SAKOVICH SERGIY, él me preguntó si había visto a mi hijo o no, porque minutos antes él había ido a hablar con él, aproximadamente a la 01:40 horas mi hijo había ido a buscarlo a él todo exaltado, mi hijo le dijo a SAKOVICH SERGIY que lo ayudara y luego salió del camarote, SAKOVICH SERGIY fue hasta el camarote de OLENA VELIKANOVA, le tocó la puerta y le preguntó que si lo había visto a IGOR y ella le respondió que no, por supuesto que no lo he visto, y le preguntó qué pasó, SAKOVICH SERGIY, le explicó lo que estaba*

4

*pasando, luego ellos juntos fueron por la parte interior del buque y no lo encontraron, luego lo buscaron en la sala de televisión, el comedor y se encontraron con que la puerta de salida a los pasillos exteriores estaba abierta y habían unas cortinas tiradas en el piso sobre la cubierta, entonces decidieron buscarme y explicarme a mí, e informarme lo que estaba pasando para ver que decía, después fui al puente donde estaba el segundo oficial que estaba de guardia, yo le informé toda la situación, encendimos todas las luces, nosotros teníamos carros en las cubiertas y yo pensé que de pronto estaba escuchando música dentro de un carro, y mandé al segundo oficial con el radio VHF para que se pudiera comunicar y lo mandé a hacer una inspección por fuera, estuve en contacto con el segundo oficial y regresó al puente y luego decidí, como a las 02:15 horas aproximadamente y luego dí la señal de emergencia.*

*(...) el segundo oficial calculó donde pudo haber sucedido el incidente cuando se supone que desapareció, en qué posición IGOR se pudo haber ido al agua y coordinamos para hacer la maniobra de búsqueda y rescate de hombre al agua. Teníamos dos botes listos para bajarlos, y todos los medios de rescate posible para la realización de la maniobra de acuerdo al procedimiento SOLAS, cuando calculamos que estábamos en la posición estimada redujimos la velocidad, casi nos detuvimos y continuamos con las luces buscando y de repente el tercer oficial dijo, lo puedo ver luego alumbraron y estaba cerca entre veinte y treinta metros por babor, inmediatamente lanzamos un aro salvavidas con una boya luminosa, bajamos el bote número uno y el segundo oficial era el patrón, con el segundo ingeniero y el aceitero o marinero de máquina empezaron la operación de búsqueda en el bote, en ese momento se incrementaron las lluvias, los vientos que fue imposible subirlo al bote (sic), porque la visibilidad era nula y lo perdimos."*

Por su parte, el señor DONETS DMYTRO, segundo oficial de la nave "KAPITAN PASTUSHENKO", en audiencia pública rendida el 11 de septiembre de 2004, manifestó:

*"A la hora 00:00 hora local, estaba de guardia en el puente y a las 02:00 horas el capitán vino al puente y me dijo que algo pasaba con IGOR, encendimos las luces en cubierta y me dijo vé a buscar a IGOR y tomé el radio y salí (sic) a abrir la cubierta para buscarlo a IGOR, di la vuelta por toda la cubierta, mirando a los carros, buscando a IGOR, luego regresé al puente, luego aproximadamente a las 02:05 empezamos a hacer ejercicio de hombre al agua y empezamos a maniobrar para regresar, después por el radio hice la llamada de auxilio, calculé la posición aproximada donde había sucedido el incidente de IGOR preparé junto con el capitán mensajes para el propietario y el fletador. A las 03:45 el tercer oficial dijo lo veo, lo veo en el agua, y salí al alerón de babor y lo observamos boca abajo sobre el agua. En ese momento tiramos al agua el aro salvavidas y fuimos hacia el bote número uno, luego cuando el bote fue bajado empezamos a buscar a IGOR en el agua, después de poco rato, lo encontramos en el agua, en razón a que había fuertes vientos y fuerte oleaje, lo perdimos; continuamos buscándolo cerca de las 05:20 horas pero después fue cambiada la tripulación."*

Igualmente los señores SERGIY SAKOVYCH, OLENA VELIKANOKA y VYACHESLAV TRUBIN, tripulantes de la motonave "KAPITÁN PASTUSHENKO", manifestaron que cada mes hacían ejercicios de hombre al agua pero que las condiciones meteorológicas para el día de los hechos eran difíciles.

Y

En vista de lo anterior, este Despacho encuentra pertinente analizar los siguientes elementos normativos y probatorios determinantes para la declaratoria de responsabilidad.

El artículo 1540 del Código de Comercio, define la arribada forzosa como la entrada necesaria a puerto distinto del autorizado en el permiso de zarpe, sin embargo el artículo siguiente establece que la arribada forzosa es legítima o ilegítima: **La legítima es la que procede de caso fortuito inevitable, e ilegítima la que trae su origen de dolo o culpa del capitán.** A su vez, el artículo 1543 del Código de Comercio dispone que ni el armador ni el capitán serán responsables para con los cargadores de los daños y perjuicios que les ocasione la arribada legítima.

Luego, respecto a la responsabilidad del capitán en el caso de siniestros marítimos por arribada forzosa, éste en principio sólo podrá exonerarse alegando el caso fortuito inevitable.

Sobre los elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, la jurisprudencia y la doctrina nacional distinguen los siguientes: *a) La inimputabilidad*, que consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. *b) La imprevisibilidad*, se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito era imposible preverlo, pero igual si en algún momento, el acontecimiento era susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que aparezca, no genera caso fortuito. *c) La irresistibilidad*, radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, que le prestó toda la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsible.

En virtud de lo anterior, conforme al artículo 1541 del Código de Comercio, la arribada forzosa se presume ilegítima, por lo que pesa sobre el señor YEVGEN BANDOLIN, como jefe supremo del gobierno y dirección de la motonave "KAPITAN PATUSHENKO", una presunción de culpa por la arribada de la motonave al puerto de Tumaco, el día 09 de septiembre de 2004.

Sin embargo, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, es claro que el arribo de la motonave se debió a una causa ajena a la conducta del capitán, quien zarpó de Buenaventura el 07 de septiembre de 2004 con destino a Esmeraldas (Ecuador) y a causa de la desaparición del tripulante IGOR BANDOLIN el 09 de septiembre de 2004 en horas de la madrugada, debió arribar al puerto de Tumaco, lo cual constituye un hecho imprevisible e irresistible.

Por lo tanto, el capitán actuó diligentemente al tomar la decisión de arribar al puerto más cercano, máxime cuando las condiciones océano atmosféricas del día de los hechos eran adversas.

De otra parte, respecto a la pérdida de una persona a bordo, debe señalarse que el señor IGOR BANDOLIN, el día de los hechos no se encontraba realizando labores o actividades relacionadas con la navegación de la motonave, teniendo en cuenta que el capitán y los señores SERGIY SAKOVYCH, OLENA VELIKANOBA y VYACHESLAV TRUBIN, tripulantes, coincidieron en indicar que en horas de la madrugada el citado tripulante estando enfermo, salió a la cubierta del buque y cayó al mar, al momento cuando habían difíciles condiciones meteorológicas por la lluvia y oleaje creciente.

Así las cosas, es evidente que lo ocurrido fue un hecho que no se constituye como siniestro marítimo a la luz del Código para la investigación de siniestros y sucesos marítimos de la Organización Marítima Internacional, Resolución A.849 (20), aprobada el 27 de noviembre de 1997, aplicable al momento de los hechos, toda vez que de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, no sucedió con ocasión a la operación de la motonave.

En consecuencia, esta Dirección General procederá a confirmar el fallo de primera instancia del Capitán de Puerto de Tumaco.

#### AVALÚO DE DAÑOS

Teniendo en cuenta que no obra dentro del expediente prueba que permita avaluar los posibles daños ocasionados con el siniestro, como tampoco se tuvo conocimiento de la intervención formal de una persona tendiente a reclamarlos, este Despacho se abstendrá de pronunciarse al respecto.

#### VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

Como quiera que el Capitán de Puerto de Tumaco no se manifestó con relación a violaciones a normas de la Marina Mercante, se confirmará lo establecido en el fallo de primera instancia.

En mérito de lo anterior, el Director General Marítimo,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO 1°.- CONFIRMAR** en su totalidad el fallo del 02 de mayo de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Tumaco, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

**ARTÍCULO 2°.- NOTIFICAR** personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Tumaco el presente fallo a los señores YEVGEN BANDOLIN y ERNESTO KAISER MENDOZA, capitán y agente marítimo de la motonave "KAPITAN PASTUSHENKO" y a las demás partes intervinientes en cumplimiento a lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

**ARTÍCULO 3°.- DEVOLVER** el presente expediente a la Capitanía de Puerto Tumaco, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

**ARTÍCULO 4°.- COMISIONAR** al Capitán de Puerto de Tumaco, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo con las respectivas constancias, al

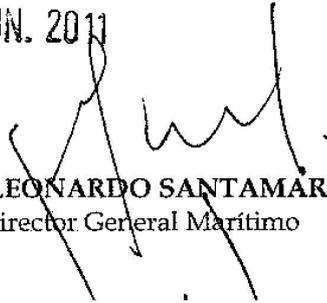
K

CONTINUACIÓN DEL FALLO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EN VIA DE CONSULTA LA INVESTIGACIÓN POR EL SINIESTRO MARÍTIMO DE LA MOTONAVE "KAPITÁN PASTUSHENKO", ADELANTADA POR EL CAPITÁN DE PUERTO DE TUMACO.

7

Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase, 30 JUN. 2011



Contralmirante LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN  
Director General Marítimo