

81

Procede el Despacho a resolver en vía de consulta el fallo de primera instancia, del 27 de noviembre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena, dentro de la investigación por el siniestro marítimo de naufragio de la motonave "FIESTA III" de bandera colombiana, previos los siguientes:

#### ANTECEDENTES

1. El 4 de septiembre de 2008, la motonave "FIESTA III" de bandera colombiana, identificada con el número de matrícula MC-07-0135, iba rumbo a Cartagena a efectuar reparaciones sufriendo daño en los generadores y estructura, produciéndose su hundimiento en la posición Latitud: 10° 30'57" y Longitud: 76° 32'797 (sic).
2. El 5 de septiembre de 2008, el Capitán de Puerto de Cartagena profirió auto de apertura de investigación por siniestro marítimo, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.

#### ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

##### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con los límites establecidos en la Resolución 825 de 1994, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena. Así mismo, en virtud del Título IV del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 8° del artículo 8 del Decreto 1561 de 2002, el Capitán de Puerto es competente para adelantar y fallar la presente investigación.

##### PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Cartagena, practicó y allegó las pruebas listadas a folios 38- 42 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

##### DECISIÓN

El Capitán de Puerto de Cartagena profirió fallo de primera instancia el 27 de noviembre de 2008, declarando responsables del siniestro a los señores DANNY LEARD FRANCIS SALAZAR y JULIO ANTONIO GALLARDO BARRIOS. Igualmente los declaró responsables de la violación a normas de Marina Mercante, sancionándolos como consecuencia de lo anterior con una multa equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

## 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 2, del Decreto 5057 de 2009, esta Dirección General es competente para conocer en consulta 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 investigaciones por siniestro marítimo 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.

### CASO CONCRETO

Este Despacho considera pertinente pronunciarse en primera medida sobre la existencia del siniestro marítimo:

El artículo 26 del Decreto-Ley 2324 de 1984 indica que: "*Se consideran accidentes o siniestros marítimos los definidos como tales por la ley, por los tratados internacionales, estén o no suscritos por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. Para los efectos del presente decreto son accidentes o siniestros marítimos, sin que se limite a ellos, los siguientes: a) el naufragio, b) el encallamiento, c) el abordaje, d) la explosión o el incendio de naves o artefactos navales o estructuras o plataformas marinas e) la arribada forzosa, f) la contaminación marina, al igual que toda situación que origine un riesgo grave de contaminación marina y g) los daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias*" (subraya y cursiva fuera de texto)

La Resolución A. 849(20) aprobada el 27 de noviembre de 1997 de la Asamblea General de la Organización Marítima Internacional por medio de la cual se aprobó el Código para la investigación de siniestros y sucesos marítimos define como siniestro marítimo:

"4.1 Siniestro marítimo: un evento que ha tenido como resultado:

1. la muerte o las lesiones graves de una persona, causadas por la operación de un buque o en relación con ella;
2. la pérdida de una persona que estuviera a bordo causada por la operación de un buque o en relación con ella;
3. la pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque;
4. los daños materiales sufridos por un buque;
5. la varada o avería de un buque, o la participación de un buque en un abordaje;
6. daños materiales graves causadas por la operación de un buque o en relación con ella;
7. daños graves al medio ambiente como resultados de los daños sufridos por uno o varios buques, causados por la operaciones de uno o varios buques o con relación con ellas."

La doctrina<sup>1</sup> considera como "Naufragio" "...el hundimiento o submersión en el mar y otro concepto que, atendiendo más a su sentido etimológico – del latín *navis fracta*–, considera el naufragio como la destrucción total del buque por un accidente de mar"

(...)

El hundimiento del buque determina también su naufragio. Pero esta hipótesis que parece tan simple, tiene también su complejidad, como lo demuestran las diversas decisiones interpretativas de los tribunales. No se distingue el caso de submersión en un puerto del que tiene lugar en altamar. El sólo hecho de zozobrar no es suficiente. Es preciso que la submersión dure cierto tiempo. Si en el momento de zozobrar al buque se le auxilia, y su reflotamiento en plazo corto aparece realizable fácilmente, no puede decirse que haya existido un naufragio. No puede equipararse un naufragio a la circunstancia de haber adquirido el buque una fuerte escora y producir la pérdida de su cargamento.

<sup>1</sup> DERECHO COMERCIAL MARÍTIMO, Tomo III, Francisco Farfán, Bosch Casa Editorial, cap XVII

*(...) dentro de la imprecisión del término naufragio, sólo debe entenderse en principio general el caso de un buque destruido o hundido por un acaecimiento cualquiera, en altamar o en puerto, aunque parte del buque o restos del mismo queden sobre la superficie de las aguas."*

Por lo expresado anteriormente y teniendo en cuenta que la motonave "FIESTA III" no pudo ser reflotada se configuró, en este caso, el siniestro marítimo de naufragio.

Entre las actividades consideradas como peligrosas, se encuentra la navegación marítima, ya que la misma necesita en su desempeño el empleo de un medio calificado como peligro, en este sentido lo consagra el artículo 2356 del Código Civil que al regular la responsabilidad por actividades peligrosas solo exige que sea imputable el daño.

En el caso de la responsabilidad por actividades peligrosas, no es la diligencia media la que se toma en cuenta, sino las correspondientes y necesarias precauciones tomadas en equivalencia al riesgo de peligro latente, de lo que se puede concluir que en desarrollo de una actividad peligrosa el agente tiene una obligación de resultado, lo que invierte la carga de la prueba al darse una presunción de culpa.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha dieciocho (18) de Mayo de 1972 expresó al respecto que: *"(...) no es de por sí el hecho de las cosas, sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, el fundamento o base necesaria para dar aplicación a lo consagrado en el artículo 2356 del Código Civil, es preciso indagar en cada caso concreto quien es el responsable de la actividad peligrosa, ya que el responsable por el hecho de las cosas inanimadas es su guardián.*

*Las cosas producen daño:*

- a) *Cuando el hombre las utiliza como instrumento de su actividad positiva (Utilidad).*
- b) *Cuando el peligro latente existente en ellas se manifiesta y exterioriza al generarse un perjuicio espontáneo que escapa a todo control del hombre."*

Al respecto se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia S-012-99: *" (...) la regla del artículo 2356 del código civil apareja una presunción de culpa en contra de quien causa perjuicios con ocasión de aquellas actividades cuya ejecución entraña peligros o riesgos para las personas del entorno, responsabilidad de la cual solamente se exonera cuando acredite que el daño sólo pudo tener por fuente cualquier suceso extraño, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. Esto es que todas las actividades peligrosas, aparejan "la existencia de una obligación legal de resultado consistente en vigilar esa actividad e impedir que ella, por su propio dinamismo o debido a circunstancias anormales que la rodearon en un momento dado, escape al control de quien de la aludida actividad se sirve o reporta beneficio; luego si en la realización de un daño se demuestra que tuvo influencia causal caracterizada, un hecho del cual viene haciéndose mérito en estas consideraciones, ello en términos de ley, es suficiente para tener por probada, por vía de una presunción contenida en aquella disposición, la infracción de la obligación de guarda aludida" (cursiva y subraya fuera de texto)*

Respecto a la configuración de la fuerza mayor o caso fortuito como causal exonerativa, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 29 de abril de 2005, Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, expresó:

"(...)

*Con otras palabras, quien pretenda obtener ganancia o utilidad del aprovechamiento organizado y permanente de una actividad riesgosa, esto es, de una empresa que utiliza de manera frecuente bienes cuya acción genera cierto peligro a terceros, no puede aspirar a que las anomalías que presenten los bienes utilizados con ese propósito, inexorablemente le sirvan como argumento para eludir la responsabilidad civil en que pueda incurrir por daños causados, sin perjuicio, claro está, de que en casos muy especiales pueda configurarse un arquetípico hecho de fuerza mayor que, in radice, fracture el vínculo de causalidad entre la actividad desplegada y el perjuicio ocasionado. Pero es claro que, en línea de principio rector, tratándose del transporte empresarial de personas y de cosas, los defectos mecánicos son inherentes a la actividad de conducción y al objeto que el conductor y el guardian empresario tienen bajo su cuidado, lo que descarta, en general, su apreciación como inequívoco evento de fuerza mayor o caso fortuito.*

*Obsérvese que en esta hipótesis, la del transporte comercial-pues en el caso de la conducción de vehículos particulares, sería menester hacer algunas consideraciones complementarias- las fallas mecánicas son racionalmente previsibles, tanto más cuanto así lo develan las máximas de la experiencia. Más aún, como se trata de una actividad potencialmente riesgosa, no deviene imposible que racionalmente se pueda prever la ocurrencia de un desperfecto mecánico, así se realice, ex ante, un mantenimiento preventivo al automotor, el que por lo demás se impone en este tipo de actividades. Al fin y al cabo, "imprevisible es el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, examinando en cada situación de manera específica los siguientes criterios: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) el concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo" (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), siendo claro que este último elemento es insuficiente, per se, para tildar un hecho como constitutivo de fuerza mayor, menos aún si se para mientes en el carácter contingente que tiene el defecto mecánico, el cual es normalmente pronosticable, a juzgar por las precitadas máximas de la experiencia. No en vano, como se delineó, son varios los presupuestos que, en forma conjunta y articulada, deben observarse para que el evento se torne en imprevisible.*

*A este respecto, ha precisado la Sala que "en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas..., por faltarles el requisito de exterioridad", no pueden, en general, estructurar "en la modalidad de caso fortuito o de fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil" (Se subraya; Sent. No. 104 de 26 de noviembre de 1999, reiterada en sentencia No. 064 de 16 de junio de 2003).*

El señor DANNY FRANCIS SALAZAR en el acta de protesta argumenta que el tiempo se descompuso lo cual ocasionó daños al generador descargándolo, sin que lo hubiera probado dentro del expediente.

Así mismo, en su declaración obrante en el expediente a folios 16 a 20 indica que: "el 3 de septiembre empezó a soplar duro incrementándose la brisa, y que estaba lloviendo durísimo como

*una tormenta y se presentó una falla en el generador de energía y por el movimiento brusco se apagó el generador. (...) por el movimiento brusco de las olas se deterioró la parte de arriba de la embarcación, o sea la caseta."*

Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1501 del Código de Comercio, es una función y obligación del Capitán de la nave cerciorarse que ésta tenga buenas condiciones de navegación para la travesía que va a emprender.

Que el señor JULIO ANTONIO GALLARDO BARRIOS en su calidad de armador de la nave en mención, en su declaración obrante a folios 19 y 20 del expediente expresó: "*que estaba lloviendo durísimo como una tormenta y se presentó una falla en el generador de energía*" sin que hubiere allegado al expediente la prueba de la ocurrencia de una fuerza mayor que le permitiera desvirtuar la presunción de culpa que pesa sobre el guardián de la cosa empleada en la actividad peligrosa.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en el transporte comercial las fallas mecánicas son razonablemente previsibles pues devclan las máximas de la experiencia, de igual forma la falta de diligencia de acuerdo con la profesión impiden la exoneración por fuerza mayor o caso fortuito.

Tampoco se allegó al expediente el plan de mantenimiento de la nave y no se tiene conocimiento que se haya solicitado con el fin de dar cumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 1501 del Código de Comercio.

De acuerdo con la declaración del señor FLORENTIS MANUEL MARRUGO maquinista de la nave, obrante a folios 21 a 22, el no conocía el estado de mantenimiento de la nave y supone que debía tener un mecánico en tierra.

De acuerdo con el literal a del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 1597 de 1988 el oficial maquinista responde por la operación, conservación y mantenimiento de la maquinaria del departamento de ingeniería y los equipos y material correspondiente.

Así mismo el literal e del numeral en comento, señala que el maquinista lleva el registro y control de las operaciones.

Al expediente no se allegó por parte del Capitán, prueba para demostrar la ocurrencia de una causal eximiente de responsabilidad, para este caso, la fuerza mayor o caso fortuito, ni de las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del siniestro, tales como verificar el estado de navegabilidad de la motonave, razón por la cual no existe ningún elemento dentro de la investigación, que pueda desvirtuar la presunción de culpa que pesa en contra de quien causa perjuicios, con ocasión de aquellas actividades peligrosas. Así mismo no se demostró por parte del señor DANNY FRANCIS SALAZAR o por el señor JULIO ANTONIO GALLARDO que se hubieren tomado las precauciones equivalentes al riesgo de peligro latente, razón por la cual se procederá a confirmar el fallo de primera instancia del 27 de noviembre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena.

En cuanto a la responsabilidad del armador se tiene que el numeral 2 del artículo 1478 del Código de Comercio, establece como obligación del armador responder civilmente por las culpas del capitán, del práctico o de la tripulación.

Así mismo, el artículo 1479 ibidem preceptúa que el armador aun en los casos en que haya sido extraño a su designación, responde por las culpas del capitán.

Por otra parte, se encuentra procedente ordenar la cancelación de la matrícula de la motonave "FIESTA III", con matrícula MC-07-0135, razón por la cual se adicionará el fallo de primera instancia del 27 de noviembre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena.

### VIOLACIÓN A NORMAS DE MARINA MERCANTE

Este Despacho encuentra pertinente determinar las normas de Marina Mercante incumplidas:

El artículo 110 del Decreto-Ley 2324 de 1984 preceptúa:

*"CONDICIONES DE SEGURIDAD. Las naves y artefactos navales deben cumplir las condiciones de seguridad previstas en la ley, en los convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional y en las reglamentaciones"*

El artículo 1501 del Código de Comercio señala como funciones y obligaciones del Capitán:

*"1. Cerciorarse de que la nave esté en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que va a emprender."*

El señor FLORENTIS MANUEL MARRUGO maquinista de la nave violó los literales a. *Responder al Capitán por la operación, conservación y mantenimiento de la maquinaria.* y e. *llevar el control y registro de las reparaciones y rutinas efectuadas a la maquinaria a su cargo* del artículo 47 del Decreto 1597 de 1988, razón por la cual se modificarán los artículos 2 y 3 del fallo del 27 de noviembre de 2008 proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena.

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

### RESUELVE

**ARTÍCULO 1°.- CONFIRMAR** el artículo 1 del fallo de primera instancia proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena el 27 de noviembre de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**ARTÍCULO 2°.-MODIFICAR** el artículo 2 del fallo del 27 de noviembre de 2007, el cual quedará así:

"DECLARAR responsables de la violación de normas de Marina Mercante a los señores DANNY LEARD FRANCIS SALAZAR identificado con cédula de ciudadanía número 18.002.020 de San Andrés, JULIO ANTONIO GALLARDO BARRIOS identificado con cédula de ciudadanía número 15.241.812 de San Andrés y FLORENTIS MANUEL MARRUGO identificado con cédula de ciudadanía número 15.240.987 de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído."

**ARTÍCULO 3º. MODIFICAR** el artículo 3 del fallo del 27 de noviembre de 2007. El cual quedará así:

"SANCIONAR a los señores DANNY LEARD FRANCIS SALAZAR identificado con cédula de ciudadanía número 18.002.020 de San Andrés, JULIO ANTONIO GALLARDO BARRIOS identificado con cédula de ciudadanía número 15.241.812 de San Andrés y FLORENTIS MANUEL MARRUGO identificado con cédula de ciudadanía número 15.240.987 de Cartagena, con una multa equivalente a un salario mínimo legal vigente.

**PARÁGRAFO.-** Una vez en firme el presente acto, la multa deberá ser pagada mediante consignación en la cuenta N°. 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 número 546 de 2007 del Ministerio de Defensa nacional o la disposición que lo adicione o modifique.

**ARTÍCULO 4º - CONFIRMAR** las demás partes del fallo de primera instancia proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena el 27 de noviembre de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**ARTÍCULO 5º.- ORDENAR** al Subdirector de Marina Mercante la cancelación de la matrícula MC-07-0135 de la motonave " FIESTA III" por haberse declarado su pérdida total.

**ARTÍCULO 6º.- NOTIFICAR** personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Cartagena el contenido del presente fallo a los señores DANNY LEARD FRANCIS SALAZAR, JULIO ANTONIO GALLARDO BARRIOS y FLORENTIS MANUEL MARRUGO, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

**ARTÍCULO 5º.- COMISIONAR** al Capitán de Puerto de Cartagena , para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase.

25 JUN. 2010

Contralmirante LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN  
Director General Marítimo

1.0.0

0.0.0

1