

100030192

Procede el Despacho a resolver en vía de consulta el fallo de primera instancia del 24 de mayo de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta, dentro de la investigación por siniestro marítimo de hundimiento de la draga "MARI", ocurrido el 02 de enero de 2005, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante protesta del 03 de enero de 2005 presentada por el señor JOSÉ LUIS POLO SILVA, quien estaba al mando de la draga "MARI", el Capitán de Puerto de Santa Marta tuvo conocimiento del hundimiento de la misma por haberse presentado una avería en la estructura del artefacto.
2. En este orden de ideas, el Capitán de Puerto Santa Marta, mediante auto del 06 de enero de 2005, abrió investigación por el siniestro marítimo ocurrido y ordenó se practicaran todas las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.
3. El 24 de mayo de 2009, el Capitán de Puerto declaró como responsables del siniestro marítimo de hundimiento de la draga "MARI" al señor JOSÉ LUIS POLO SILVA y a la compañía PANAMERICAN DREDGIN & SURVEYS, capitán y armador del artefacto naval, respectivamente. Frente a la violación de las normas de Marina Mercante señaló que existió infracción por parte de aquellos.
4. Al no interponerse recurso en contra del citado fallo en el término establecido, el Capitán de Puerto de Santa Marta envió el expediente a este Despacho en vía de consulta, conforme al artículo 57 del decreto Ley 2324 de 1984.

ACTUACIÓN DEL CAPITÁN DE PUERTO DE SANTA MARTA

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 DIMAR No. 0825 de 1994, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.

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 (vigente para la fecha de los hechos), el Capitán de Puerto era competente para adelantar y fallar la presente investigación.

PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Santa Marta, practicó y allegó las pruebas enlistadas en los folios 344 y 350 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

[Handwritten signature]

DECISIÓN

En fallo del 24 de mayo de 2009, el Capitán de Puerto de Santa Marta declaró como responsables del siniestro marítimo de hundimiento de la draga "MARI" al señor JOSÉ LUIS POLO SILVA y a la compañía PANAMERICAN DREDGIN & SURVEYS, capitán y armador del artefacto naval, respectivamente. Frente a la violación de las normas de Marina Mercante señaló que existió infracción por parte de aquellos.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y del numeral 2º del 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 vio, 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 y negrilla 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.

162

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

La FLOTA FLUVIAL CARBONERA LIMITADA, propietaria de la draga "MARI", celebró el 04 de septiembre de 2004 un contrato con la empresa PANAMERICAN DREDGIN & SURVEY, para el dragado del canal de acceso a la Sociedad Portuaria de Ciénaga, con el nombramiento de la tripulación a cargo de esta última.

El artefacto naval se encontraba fondeado frente al muelle privado de la Sociedad Portuaria de Ciénaga en operaciones de mantenimiento en los equipos, dado que se habían suspendido las tareas de dragado para lo cual fue contratado.

El día 02 de enero de 2005, el estado del clima fue empeorando frente a los días anteriores, se presentaron olas de 2.5 a 3.5 metros de altura y vientos entre 10 y 20 nudos, según lo constató el perito naval MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, con base en el boletín meteorológico del Caribe colombiano.

Frente a lo anterior, el señor CARLOS SUÁREZ MIER, conremaestre, en declaración rendida el 12 de enero de 2005, dijo:

"Había fuerte vendaval de brisa con olas de aproximadamente 3 metros, se desplazaban fuertemente los vientos y se entrelazaban entre sí (...)

(...) anteriormente se presentaron (vientos y marea) no tan fuertes eran más leves en días atrás no con la misma intensidad"

Por su parte el señor JOSÉ LUIS POLO SILVA, capitán de la draga "MARI" en declaración rendida el 11 de enero de 2005, manifestó:

"(...) a las 19:30 horas, el mal tiempo se presentó vemos que hay olas de 03 metros de altura (...) con vientos de unos 50 kilómetros por hora provenientes del norte"

A su vez, ADRIANO BECERRA, maquinista de la draga "MARI" frente a este aspecto señaló que *"desde las 19:00 empezó a hacer brisa marea fuerte"*.

Como consecuencia de las condiciones climáticas señaladas, el señor CARLOS SUÁREZ MIER cuando cumplía con la orden de inspección dada previamente por el capitán, le manifestó a éste ir a verificar las bodegas de babor y de estribor.

"(...) de ahí como cada hora se está pasando revista como yo estoy sobre la cubierta estoy pasando revista en la mitad de la draga, yo siento un fuerte viento le aviso al capitán y salimos a revisar de una las bodegas y al abrir las bodegas del almacén del lado de estribor estaban en perfecto estado, cuando ya pasamos a la otra, ya sentimos muy fuerte la corriente que se estaba dando y enseguida llamé al capitán"

164

Según la versión rendida por el señor JOSÉ LUIS POLO SILVA, el contraмаestre le dijo que había oído una fuga de agua y bajó a ponerse al tanto de la situación.

"(...) a las 20:40 horas cuando me encontraba arriba en la sala de control el señor CARLOS SUÁREZ me llama y me dice que escucha como una fuga de agua yo procedí a bajar con él y verificamos la bodega del almacén, se revisó pero no era en esa bodega, cuando nos desplazamos a la segunda bodega o sea a la bodega de estribor escuchamos la presión de agua en esa bodega y la draga se fue escorando muy rápidamente (...)"

Ninguno de los tripulantes pudo establecer con seguridad qué causó la avería que originó la entrada de agua; el capitán dijo que las olas golpeaban la draga por la proa.

No obstante, del dictamen pericial presentado por el Capitán de Corbeta (R) MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, se concluyó que en el sector del pontón de estribor No. 2 de la draga "MARI" las averías fueron (folio 217):

"(...) el resultado de contundentes golpes de esa parte del casco de la draga (doble fondo de la bodega de proa del costado de estribor), contra el puntal de posicionamiento de la misma del costado de babor, que se les había partido y se encontraba debajo del agua a unos dos metros de la superficie, enterrado en el fondo marino a la altura de las averías, el cual fue desenterrado, rescatado y recuperado el día 21 de abril por los señores buzos de la empresa Seaport Ltda."

Con relación a este argumento, el informe presentado por el Capitán de Corbeta (R) RAÚL ALBERTO RAMÍREZ RIVEROS, perito naval en navegación, cubierta, buceo y salvamento en compañía con el Suboficial Jefe (R) JAIRO SIMBAQUEVA GARZÓN, perito naval en buceo y salvamento (folio 143), el cual fue anterior, en el anexo fotográfico que habla sobre el retiro de los puntales, observaron que el puntal de estribor fue extraído incompleto y recomendaron retirarlo con prontitud por representar un riesgo para la navegación en el área.

A folio 153 se observa que del cronograma de trabajos submarinos posteriores al reflotamiento se desenterró el puntal mencionado para el día 21 de abril de 2005, lo que demostraría que éste, como lo afirma el perito MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, fue la causa que originara el rompimiento de una parte del casco de la draga.

De igual forma, en ampliación del dictamen presentado por los peritos especializados en buceo, Capitán de Corbeta (R) RAÚL ALBERTO RAMÍREZ RIVEROS y el Suboficial Jefe (R) JAIRO SIMBAQUEVA GARZÓN, se advierte de la figura No. 1 (folio 262), consistente del pontón del costado de estribor, una fisura que éstos determinaron medía alrededor de 0.30 metros de ancho, lo cual sigue apuntando a que la avería ha sido a causa del puntal de la draga enterrado en el suelo marino.

Igualmente, en anexo fotográfico obrante a folio 234, señala el perito MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, que hay una abolladura y una avería entre cuadernas 14 y 15 del pontón de estribor No. 2.

Así pues, se infiere que estando el puntal enterrado y dadas las fuertes condiciones climáticas como se mencionó con anterioridad, pudo tener la draga movimientos fuertes en repetidas

146

ocasiones por causa del oleaje¹, de tal manera que el artefacto se golpeó en repetidas ocasiones hasta producir el rompimiento del doble fondo de la bodega de proa del costado de estribor, pues la profundidad de esa zona era de 3.5 metros (folio 137).

Por lo tanto, este Despacho no encuentra otra razón que causara la avería ya mencionada en varias ocasiones, pues no obra en el expediente otra prueba que lleve a concluir algo diferente, en vista que no se localizó en el suelo marino algún otro objeto que pudiese producirlo.

Ahora bien, habiéndose podido inferir con mediana claridad la causa de la avería que produjo la filtración del agua, es menester señalar que las operaciones marítimas son una actividad peligrosa y frente este tema la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado dicho concepto, como forma de incurrir en responsabilidad civil (artículo 2356 del Código Civil); y en sentencia del 25 de mayo de 2011, de la Sala de Casación Civil, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, sintetizó los criterios de la responsabilidad objetiva que se presenta para las actividades peligrosas, unificados en sentencia de casación del 24 de agosto de 2009², que alude a dicho artículo, de la siguiente manera:

"(...) a) que allí anida una verdadera responsabilidad objetiva, en donde la obligación de resarcir el daño surge no de la culpa presunta sino del riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás; b) no hay necesidad de que los actos dañinos reflejen alguna culpa o que ella se presuma, lisa y llanamente, requiere que la actividad sea potencialmente perjudicial; c) que cuando las partes involucradas ejercen actividades parecidas o similares, el juez debe examinar cuál de ellas tuvo mayor o menor incidencia en el daño para así definir quién debe asumir la reparación; d) teniendo presente lo dicho, a la víctima le basta acreditar el daño y el vínculo de causalidad, amén de la actividad desplegada por el demandado; e) a éste, por su parte, si pretende exonerarse del reclamo efectuado, le corresponde acreditar la existencia de una causa extraña que impida la imputación causal del daño a la conducta desplegada (fuerza mayor, caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero). (Cursiva y subrayado fuera de texto).

Igualmente, es pertinente traer a colación la teoría de la guarda esbozada por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo:

"... podemos concluir que el responsable de la actividad peligrosa, cuando ella se ejerce con cosas, es quien tiene el poder intelectual de dirección y control, poder que puede estar en cabeza de varias personas naturales o jurídicas, las cuales pueden tener diferentes relaciones de hecho frente a la actividad."³ (Cursiva y negrilla fuera del texto).

Dicha tesis en el entendido del que puede controlar el riesgo que representa para la comunidad quien tiene el mando de un objeto peligroso y que puesto en movimiento lo incrementa, como en el caso sub examine, el señor JOSÉ LUIS POLO SILVA, que conforme al artículo 1495 del Código de Comercio era el encargado del gobierno y dirección de la draga y que tenía a su cargo tanto la vida de la tripulación como la preservación del medio ambiente marino, pues este artefacto era un potencial contaminante por la carga de combustible que llevaba.

¹ Declaración rendida por el capitán de la draga, JOSÉ LUIS POLO SILVA, el 11 de enero de 2005. PREGUNTADO: Sírvase indicar si los golpes que recibía la draga por las olas alcanzaban a ocasionarle movimientos bruscos.- CONTESTADO: Sí, eran movimientos fuertes para desplazarnos de un lugar a otro taníamos que agarramos.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Magistrado Ponente Wilkam Namén Vargas 24 de agosto 2009. (Discutida en salas de 7 de octubre, 24 y 25 de noviembre de 2008, 17 de marzo de 2009 y aprobada en Sala de 4 de mayo de 2009).

³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. "De la Responsabilidad Civil". Tomo II, De la Responsabilidad Extracontractual. Editorial TEMES, Bogotá 1999. Pág. 285.

1163

Por lo tanto, esta Dirección estima que la función a desempeñar por parte del capitán es primordial como agente que tiene en su responsabilidad los bienes jurídicos ya mencionados.

Observado lo anterior y en referencia a la responsabilidad objetiva arriba señalada, la única opción que tiene quien desempeña una actividad peligrosa para eximirse de ésta es demostrando una causa extraña, como el caso fortuito/fuerza mayor⁴, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

Sin embargo, se genera para este Despacho un gran interrogante pues no habiéndose encontrado fallas previas del artefacto, como a bien señaló el capitán de la siguiente manera:

"Aunque nosotros estábamos a bordo, no era necesario hacer esas inspecciones tan seguidas porque la draga no presentaba ninguna filtración, (...)".

¿Cómo no fue detectado el sonido del golpe que ocasionó la pluricitada avería? ¿Si la draga se encontraba fondeada con los puntales recogidos, cómo no se observó que uno de ellos estaba partido? Puesto que del material probatorio se logró establecer que la abolladura y abertura tuvieron que ser ocasionadas por un golpe, ya que no se evidencia que la entrada de agua haya sido por una filtración y que de haberlo sido, se habría podido actuar con las motobombas, pues la entrada de agua no llegaría a ser tan fuerte.

Pues, así mismo el perito MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS concluyó que tan sólo por la avería producto del golpe logró escorar la draga 7 ° a estribor, por lo tanto como lo señaló la tripulación y aquél, que en aproximadamente 25 minutos no era posible alistar las motobombas, de tal manera que lo único que se pudo hacer por parte del capitán fue dar aviso al ingeniero encargado de la draga en tierra, como representante de la empresa PANAMERICAN DREDGIN & SURVEYS.

En esa misma vía, se encuentra esta Dirección con una falla por parte de la tripulación, la cual es reseñada en el dictamen de los peritos en buceo y salvamento RAÚL ALBERTO RAMÍREZ RIVEROS y JAIRO SIMBAQUEVA GARZÓN (folio 141), que encontraron algunos pernos de las escotillas superiores de los pontones fuera de sus respectivas guías, lo cual permitió un espacio de cuatro milímetros aproximadamente y como se anotó anteriormente, el oleaje era tan fuerte que sobre pasaba la cubierta, contribuyendo al ingreso de agua a la draga.

Por lo tanto, no puede esperarse que concurra la causa extraña como eximente de responsabilidad, pues así el señor JOSÉ LUIS POLO SILVA, su tripulación y el representante legal hayan hecho referencia a los turnos de vigilancia, como una debida diligencia en sus funciones, existen elementos suficientes para establecer que hay un error en la conducta de éste, la cual va en contravía del numeral 3 del artículo 40 del Decreto 1597 de 1988 que demanda de los capitanes un compromiso en cuanto al seguridad de la nave, de la carga y de las personas a bordo, sin allegar pruebas que demostraran lo contrario.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez 27 de febrero 2009. Ref.: 73319-3103-002-2001-00013-01: "Y recordó que 'sobre este particular, ha precisado diáfananente la Sala, que la fuerza mayor 'implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos' (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo 'inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias' (Se subraya. sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente."

Así mismo, no puede pasar por alto este Despacho que el personal que tripuló dicha draga haya sido el idóneo para desempeñar dicha labor, porque no estaba titulado como gente de mar, pues muy a pesar de tener licencia del Ministerio de Transporte para operar en bahías de aguas tranquilas, del mismo hecho ocurrido con las condiciones climáticas se evidencia una falta de experiencia para sortear una situación tal que llevó al hundimiento del artefacto naval "MARI", por este motivo el artículo 131 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece que:

"Ninguna persona puede formar parte de la tripulación de los buques o artefactos navales inscritos en el registro nacional de buques o ejercer profesión, oficio u ocupación alguna en jurisdicción portuaria o en actividad regulada o controlada por la Autoridad Marítima, si no es habilitada por ésta e inscrita en la sección respectiva del registro nacional de personal de navegación de la Dirección General Marítima."

Esta habilitación por parte de la Autoridad Marítima consiste precisamente en el entrenamiento de las personas que llegaren a operar en el mar -actividad peligrosa- para que tengan los conocimientos suficientes de enfrentar los peligros relacionados.

Con base en lo expuesto se espera del armador, como se estipuló en el contrato celebrado entre la FLOTA FLUVIAL CARBONERA LIMITADA (propietaria) y la empresa PANAMERICAN DREDGIN & SURVEY (armadora), que ésta nombraría la tripulación idónea para operar el artefacto naval.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 1477 del Código de Comercio establece lo siguiente:

Son atribuciones del armador:

- 1) *Nombrar y remover libremente al capitán de la nave, salvo disposición legal en contrario;*
- 2) *Prestar su concurso al capitán en la selección de la tripulación. El armador no podrá imponer ningún tripulante contra la negativa justificada del capitán;*

Por lo tanto, como ya se expuso, era deber de la empresa PANAMERICAN DREDGIN & SURVEY nombrar a un capitán idóneo para operar la draga "MARI" en el mar y prestar su consentimiento para que éste escogiera de la misma manera a la tripulación que lo acompañaría.

En conclusión, este Despacho procederá a confirmar el fallo de primera instancia del Capitán de Puerto de Santa Marta.

AVALÚO DE LOS DAÑOS

Conforme al avalúo del dictamen pericial del señor MIGUEL ANTONIO VELOZA ARIAS, perito naval categoría A, el cual fue confirmado por el fallo de primera instancia del Capitán de Puerto de Santa Marta, el valor de los daños fue determinado de la siguiente manera:

- | | |
|---|-------------------|
| • Costo del rescate, trasiego y disposición final del combustible | \$ 30.000.000.00 |
| • Costo del rescate de la draga | \$ 170.000.000.00 |
| • Costo de las reparaciones provisionales para su traslado | \$ 12.000.000.00 |

MES

• Costos aproximados a pagar por su traslado	\$ 30.000.000.00
• Costos estimados para su posible recuperación	\$ 1.200.000.000.00
Total costos estimados	\$ 1.499.000.000.00

VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

Con relación a este aspecto, por parte del señor JOSÉ LUIS POLO SILVA se evidencia una concreta falla conforme a lo ordenado en el numeral 3 del Decreto 1597 de 1988 el cual señala la responsabilidad que tiene a su cargo frente a la nave, personas a bordo y la carga, a acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

La empresa PANAMERICAN DREDGIN & SURVEY, quien fungía como armadora de la draga "MARI", no dio cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 1477 del Código de Comercio, frente a la selección del capitán, quien debía ser idóneo para desempeñarse en actividades marítimas.

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- CONFIRMAR el fallo del 24 de mayo de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Santa Marta el contenido del presente fallo a los señores JOSÉ LUIS POLO SILVA, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.266.636 de Calamar-Bolívar, capitán de la draga "MARI", CARLOS ALFONSO GUERRERO ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.276.057 de Tolú, representante legal de la PANAMERICAN DREDGIN & SURVEY, o quien haga sus veces, con NIT. 806003450-9 y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

ARTÍCULO 3º.- DEVOLVER el presente expediente a la Capitanía de Puerto de Santa Marta, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

ARTÍCULO 4º.- COMISIONAR al Capitán de Puerto de Santa Marta, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la División de Gente y Artefacto navales de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase.

15 ABR. 2013



Contralmirante ERNESTO DURÁN GONZÁLEZ
Director General Marítimo