

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., 25 SEP 2015

REFERENCIA

Clase de investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo
Asunto: Recurso de Apelación
Número de expediente: 1401-2008-022
Sujetos procesales: Empresa VARIEDADES LILY
Sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS CÍA S. EN C.
DANIEL CANTILLO PEREZ - Operador Kayak
JAIR CANTILLO PEREZ - Operador Kayak
Perito marítimo FERNANDO PONCE AVENDAÑO
IBETH HENAO GIRALDO, en calidad de esposa y representante del menor SAMUEL HENAO HENAO hijo de JOHNATAN HENAO (desaparecido)
JOHANA HENAO GAVIRIA - en calidad de hermana de los desaparecidos
LUIS ALFONSO HENAO - en calidad de padre de los desaparecidos
BLANCA NELLY GAVIRIA - en calidad de madre de los desaparecidos
Clase de Siniestro: Desaparición de los turistas OSWALDO Y JOHNATAN HENAO GAVIRIA
Recurrente Abogado ULDARICO WEEBER ANGULO, apoderado del señor JUAN DE DIOS CAMARGO RAMIREZ, representante legal de la empresa VARIEDADES LILY
Abogado GABRIEL SALAZAR GIRALDO, apoderado del señor LUIS ALFONSO HENAO TRUJILLO, BLANCA NELLY GAVIRIA, padres de los desaparecidos; IBETH HENAO GIRALDO y SAMUEL HENAO GIRALDO, esposa e hijo de JOHNATHAN HENAO GAVIRIA; y JOHANA HENAO GAVIRIA, hermana de los desaparecidos.

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado ULDARICO WEEBER ANGULO, apoderado especial del señor JUAN DE DIOS CAMARGO RAMIREZ, representante legal de la empresa VARIEDADES LILY; y el recurso de apelación interpuesto por el abogado GABRIEL SALAZAR GIRALDO, apoderado especial del señor LUIS ALFONSO HENAO TRUJILLO, BLANCA NELLY GAVIRIA, padres de los desaparecidos; IBETH HENAO GIRALDO y SAMUEL HENAO GIRALDO, esposa e hijo de JOHNATHAN HENAO GAVIRIA; y JOHANA HENAO GAVIRIA, hermana de los desaparecidos, en contra del fallo de primera instancia del once

(11) de agosto de 2010, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta dentro de la investigación por siniestro marítimo de desaparición de los turistas JOHNATAN y OSWALDO HENAO GAVIRIA, ocurrido en el área de su jurisdicción, el día veinticuatro (24) de diciembre de 2008, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante protesta presentada el día veintiséis (26) de diciembre de 2008, por el Capitán de Corbeta ANTONIO ESPITIA PORRAS, el Capitán de Puerto de Santa Marta tuvo conocimiento del presunto siniestro de desaparición de dos turistas.
2. El día treinta (30) de diciembre de 2008, el Capitán de Puerto de Santa Marta emitió auto de apertura de la investigación por siniestro marítimo de desaparición de dos turistas, decretando practicar y allegar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.
3. El día once (11) de agosto de 2010, el Capitán de Puerto de Santa Marta profirió fallo de primera instancia a través del cual declaró que el siniestro marítimo de desaparición de dos turistas a bordo del kayak "KORAL" CP04-0240 KY, ocurrió con responsabilidad de la empresa VARIEDADES LILY, y en segundo lugar con responsabilidad de los señores JOHNATAN y OSWALDO HENAO GAVIRIA.

Aunado a ello, declaró que la empresa VARIEDADES LILY NIT No. 42.768.577-7, establecimiento de la sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS COMPAÑÍA S. EN C., incurrió en violación a las normas de la Marina Mercante, al omitir las reglas de navegación y seguridad marítima.

Por lo anterior, el Capitán de Puerto de Santa Marta impuso a la empresa VARIEDADES LILY, establecimiento de comercio de la sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS CÍA S. EN C., propietaria del kayak "KORAL" CP04-0240 KY, de bandera colombiana, multa de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes que equivale a la suma de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/C (\$15.450.000).

De igual manera, fijó avalúo de los daños en CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/C (\$418.760.900).

4. El día veinticinco (25) de agosto de 2010, el señor ULDARICO WEEBER ANGULO, apoderado especial del señor JUAN DE DIOS CARMARGO, representante legal de la empresa VARIEDADES LILY, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra del fallo de primera instancia, proferido el día once (11) de agosto de 2010, por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

Igualmente, el día primero (1) de septiembre de 2010, el abogado GABRIEL SALAZAR GIRALDO, apoderado del señor LUIS ALFONSO HENAO TRUJILLO, BLANCA NELLY GAVIRIA, padres de los desaparecidos; IBETH HENAO GIRALDO y SAMUEL HENAO GIRALDO, esposa e hijo de JOHNATHAN HENAO GAVIRIA; y JOHANA HENAO GAVIRIA, hermana de los desaparecidos; interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, proferida por el Capitán de Puerto.

5. El día veintitrés (23) de noviembre de 2010, el Capitán de Puerto de Santa Marta rechaza el recurso de reposición interpuesta por el abogado ULDARICO WEEBER, y, confirmó en su

totalidad el fallo de primera instancia, asimismo, concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación ante el Director General Marítimo.

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 52 del Decreto Ley 2324 de 1984, esta Dirección General es competente para resolver los recursos de apelación por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 2324 de 1984.

Dicha competencia tiene el carácter de jurisdiccional, en aplicación del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política, lo cual fue ratificado por la Corte Constitucional en sentencia C-212 de 1994 y mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con Radicado 1605, del 4 de noviembre de 2004.

HECHOS RELEVANTES

De acuerdo al acervo probatorio obrante en el expediente, se coligen como circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el siniestro de desaparición de los dos turistas, las siguientes:

- El día 24 de diciembre de 2008 siendo aproximadamente las 14:30 horas, los señores JOHNATAN y OSWALDO HENAO GAVIRIA y JOHAN CASTAÑO HERNANDEZ, decidieron alquilar un kayak de nombre "KORAL" de la empresa VARIEDADES LILY, el cual se encontraba subarrendado a los hermanos DANIEL Y JAIR CANTILLO, para su explotación comercial.
- Los 3 señores decidieron ir a una playa fuera de la zona de "Playa Blanca", denominada "Playa Nudista".
- Aproximadamente a la media hora de estar navegando, la embarcación de volcó y el kayak se alejó de la tripulación, no siendo posible recuperarlo.
- Los ocupantes del kayak intentaron nadar hacia la playa. El señor JOHAN CASTAÑEDA se separó de sus compañeros, hasta que logró ser visto por la embarcación "NO SÉ", que lo ubicó gracias a una gorra blanca.
- Inmediato a su rescate el señor CASTAÑEDA explicó la novedad y se procedió a un rastreo visual de las áreas indicadas del volteo, encontrándose únicamente el kayak extraviado.
- Se informó a GUARDACOSTAS, se activó el grupo de rescate, pero con resultados negativos.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

Del escrito de apelación presentado por el abogado ULDARICO WEEBER ANGULO, este Despacho se permite extraer los siguientes argumentos:

"(...) La Capitanía de Puerto de Santa Marta en esta decisión administrativa y de acuerdo a las facultades que me confiere el decreto 2324 del 84 y demás normas concordantes tuvo en cuenta dentro de las pruebas del informe pericial elaborado y presentado por el señor FERNANDO PONCE AVENDAÑO, perito adscrito a esta entidad.

Observamos que la Capitanía de Puerto de Santa Marta, lo aplica o lo tiene en cuenta como prueba sin ajustarse a la realidad jurídica, ya que este informe en todo y cada uno de sus resultados y observaciones muestra claramente que no hubo responsabilidad alguna de la empresa VARIEDADES LILY.

Así como estos argumentos expuestos por la Capitanía de Puerto de Santa Marta, nos damos cuenta que no le da aplicabilidad en forma correcta a las disposiciones legales vigentes constitucionalmente conocidas, ya que consideramos que la parte resolutive de esta providencia viola claramente el debido proceso artículo 29 de la Constitución Nacional.

Como es sabido por este Despacho, la CAPITANÍA DE PUERTO DE SANTA MARTA y la DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR), no están facultadas para llevar procesos penales, ya que los únicos competentes para llevar procesos penales, de acuerdo a la legislación colombiana es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por mandato Constitucional, en el caso que nos ocupa, esta entidad como lo señalaba anteriormente habla de CULPA. En el citado acto administrativo del 11 de agosto de 2010 la CAPITANÍA DE PUERTO actúo como si fuera un ente acusador como si se tratara de un delito penal que por competencia hacen el señalamiento imputándole la CULPA a la empresa VARIEDADES LILY.

En virtud de lo expuesto anteriormente de manera respetuosa solicito a este despacho la nulidad de todo lo actuado y se ordene por parte del despacho el estudio de fondo de los argumentos esgrimidos por haberse violado el sagrado derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa a mi representado (...)

Del escrito de apelación presentado por el abogado GABRIEL JAIME SALAZAR GIRALDO, este Despacho se permite extraer los siguientes argumentos:

"(...) 1. Culpa compartida: fue la empresa titular del kayak quien tenía el control y la guarda sobre la actividad que realmente incidió en el volcamiento y posterior desaparecimiento de OSWALDO y JOHNATAN HENAO GAVIRIA. Si en gracia a la discusión se admitiera que los hermanos HENAO GAVIRIA fueron imprudentes en su actuar, ésta "CULPA" carecería de relevancia causal sobre el volteo del kayak y sobre la posterior desaparición de los mismos, y que esa supuesta culpa es previa y no facilitó la ocurrencia del siniestro. El accidente se configura de un volcamiento y un posterior desaparecimiento de los turistas, en donde los factores determinantes fueron el sobrecupo en el kayak, la inoportunidad de la búsqueda y las condiciones climáticas.

2. Liquidación del daño: los daños causados a la familia HENAO GAVIRIA y HENAO HENAO, se liquidaron sin la respectiva indexación o corrección monetaria. Debe tenerse en cuenta que la sentencia dictada en esta clase de procesos presta mérito ejecutivo, razón por la cual se solicita que en la parte resolutive de la sentencia impugnada, se indique el monto líquido que le corresponde a cada uno de los familiares sobrevivientes.

3. Condena en costas: a lo largo del proceso se ha acreditado el pago de las diferentes expensas: tiquetes terrestres al municipio de Santa Marta del suscrito, en repetidas ocasiones, los cuales se surtían con la finalidad de asistir a las diferentes audiencias; y el pago de los honorarios del perito marítimo. Igualmente, debe condenarse a las agencias del derecho, las cuales son liquidadas libremente, atendiendo la cuantía de las pretensiones, la calidad de la gestión, la oportunidad de la misma, entre otras (...)"

ANÁLISIS TÉCNICO

Mediante auto del treinta (30) de noviembre de 2008, se nombró como perito al señor FERNANDO PONCE AVENDAÑO, Perito Marítimo, para que conceptuara al respecto. El día tres (3) de julio de 2009 presentó su informe, el cual se corrió traslado a las partes, dejando constancia que procedía la aclaración o complementación y la objeción por error grave. El día 19 de agosto de 2009 las partes presentaron su solicitud de aclaración y complementación, las cuales fueron ordenadas y rendidas en la audiencia.

El perito marítimo FERNANDO PONCE AVENDAÑO, en su dictamen pericial concluyó lo siguiente:

Características básicas del kayak:

- Nombre: KORAL
- Matrícula: CP4-0240 KY
- Eslora: 3.55m
- Manga: 0.82m
- Puntual: 0.20m
- Peso liviano: 34 kg
- Capacidad de carga: 250 kg (aproximadamente)

Flotabilidad. Capacidad del kayak en peso:

- Coeficiente prismático: 0.75 (aproximadamente)
- Volumen flotante: 436.65 DM3 (hasta 0.20 de calado)
- Peso liviano: 34 kg
- Capacidad carga: 262 a 0.6 de calado

Estabilidad básica

Aunque su relación manga-eslora es indicativa de unos momentos de inercia básicos muy competentes para su recuperación en el rolido, su poco francobordo (0.20 metros) hace que la embarcación no sea estable para las posibles escoras generadas por mares calificados como agitados, gruesos o turbulentos.

Por la razón anterior, el fundamento básico de la estabilidad del kayak, del tipo aquí analizado, para su operación en aguas de difícil control, está en los efectos compensadores que hacen sus dos remeros con los movimientos de cintura y el juego de balance de los remos.

Pero, por la misma razón, una tercera persona embarcada, como la hubo en el presente caso, introduce una variable desestabilizadora que afecta la armonía compensadora que debe haber entre los dos remeros, por cuanto los remeros no pueden asimilar la alteración descompensatoria del tercer ocupante en el centro de la embarcación.

Factores afectantes que intervinieron en el incidente de naufragio y desaparición de 2 de los náufragos.

- La adversa condición meteorológica del sector de mar al oeste de la formación rocosa de Punta Gaira, la que en el día de los hechos acusaba unos fuertes oleajes y vientos, a todas luces, incompatibles para una navegación segura de una embarcación muy ligera. La mala condición del tiempo no sólo afectó la estabilidad operacional del kayak, a causa de su volteo, sino que agravó la condición de flotabilidad de los náufragos.
- La sobrecarga del tercer ocupante, el que agregó un importante elemento desestabilizador, no tanto por su peso, sino por la alteración de la coordinación y armonía estabilizadora que debía existir entre los remeros.

Vigilancia precautelativa para la operación del kayak

En el lapso de tiempo que estuvo alquilado el kayak "KORAL" propiedad de VARIEDADES LILY (a partir de las 14:30 del 24/12/2008), no estuvo habilitada una lancha de vigilancia en la zona operativa de Playa Blanca, por parte del armador VARIEDADES LILY, como es obligatorio según disposición normativa.

Dispositivo de búsqueda y rescate

Intervinieron en dicho dispositivo:

1. Lancha NO SÉ: con equipo de radiocomunicación
2. Lancha IVONNE: con equipo de radiocomunicación
3. 2 motos marinas: sin equipos de radiocomunicación
4. Patrullera EGSAM: completamente dotada de equipos de radiocomunicación, GPS, ECO.
5. Rastreo aéreo: A partir del amanecer del 25 de diciembre de 2008

Se considera que el dispositivo de búsqueda y rescate fue oportuno y estuvo bien asistido a partir del momento en que se conoció la novedad del siniestro.

Causa precursora que originó el incidente de volteo del kayak y posterior desaparición de los 2 náufragos.

1. Para el incidente de volteo:

- El ingreso anormal del kayak en un área meteomarina muy severa en lo que respecta al oleaje y vientos reinantes.
- El embarco de un tercer ocupante en el kayak, que desfavoreció la estabilidad normal de la embarcación.
- La impericia operativa de los ocupantes del kayak para afrotar mares severos como el existente el 24 de diciembre de 2008 en la zona de mar abierto al oeste de Punta Gaira.

2. Para la desaparición de los hermanos HENAO GAVIRIA:

- Caída al mar (con chalecos salvavidas) en una zona meteomarina muy severa y que por efecto del viento produjo una deriva al SW de los náufragos.
- Probable pánico de los náufragos que al verse mar afuera optaron por quitarse los chalecos salvavidas para facilitar la natación, y que por tal razón fueron víctimas de inmersión por fatiga de sus fuerzas de flotación.
- Carencia de vigilancia en la zona abierta al oeste de Punta Gaira por obvia razón de que dicha zona no es apta ni está autorizada para operaciones recreativas para embarcaciones.

Conductas náuticas y técnicas de las personas involucradas:

• **Ocupantes del kayak "KORAL"**

Resulta claro que la conducta náutica de los tres ocupantes del kayak siniestrado fue técnica y náuticamente errada, imprudente y temeraria.

Errada, porque decidieron acometer una aventura recreativa, saliéndose del mar autorizado para la operación normal del kayak, para entrar a un mar abierto, no autorizado para tal operación.

Imprudente y temeraria, porque no obstante estar sujetos a un evidente mar picado y riesgoso para la navegación del kayak, continuaron obstinadamente con su decisión de alcanzar la supuesta "Playa Nudista", muy alejada de la zona de aguas protegidas.

• **Arrendadores del kayak, hermanos CANTILLO PÉREZ**

Incurrieron en tres fallas de tipo náutico:

La primera, haber alquilado el kayak a tres personas, contraviniendo la Resolución 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005

La segunda, no haber prestado la oportuna vigilancia precautelativa para el control visual del kayak alquilado. Cuando decidieron ir en busca del kayak desaparecido de la zona de seguridad, ya el kayak había sobrepasado los límites de dicha zona. Que por la fecha, Playa Blanca tenía una máxima carga operacional náutica y poblacional recreativa, lo que implicaba una vigilancia más activa para prevenir cualquier desbordamiento intencional de cualquier persona, que posibilitara el escape o salida de cualquier embarcación alquilada de la zona de seguridad.

La tercera y última, no haber avisado al armador y propietario del kayak alquilado VARIEDADES LILY, de la salida del kayak de la zona de seguridad, lo que hubiese permitido la búsqueda con una lancha rápida. Pues el kayak utilizado por los señores CANTILLO PEREZ no era idóneo para llevar a cabo cualquier intento de llamada de atención y mucho menos realizar una búsqueda o rescate de los ocupantes del kayak.

• **Armador del kayak siniestrado VARIEDADES LILY**

No advirtió y/o permitió que los subarrendadores, los señores CANTILLO PEREZ alquilaran el kayak a tres personas.

No tenía activada la lancha de vigilancia precautelativa para evitar cualquier intento de fuga de las embarcaciones de su administración fuera de la zona de seguridad establecida en Playa Blanca.

No tenía activado el dispositivo de búsqueda y rescate con lancha idónea para eventuales situaciones de atención de emergencias. El dispositivo de búsqueda y rescate se activó con equipamiento suficiente, alrededor de las 16:00 horas, cuando fue conocida la novedad.

Daños técnicos o materiales

En el siniestro acaecido no hubo daños técnicos o materiales, sólo gastos relacionados a las operaciones de búsqueda y rescate.

Como consecuencia del naufragio se produjo la desaparición de 2 de los ocupantes del kayak "KORAL", por tal razón, se interpuso recurso para la indemnización y resarcimiento de los daños en persona humana.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

Es oportuno puntualizar por este Despacho, que la Autoridad Marítima tiene la competencia para investigar los siniestros marítimos que ocurran en su jurisdicción, en artículo 35 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece:

"Todo accidente o siniestro marítimo será investigado y fallado por la Capitanía de Puerto respectiva, de oficio o mediante protesta presentada por el Capitán o Capitanes de las naves, artefactos o plataformas involucrados en el siniestro o accidente o por demanda presentada por persona interesada. La investigación deberá iniciarse dentro del día siguiente al conocimiento del siniestro o accidente, o al arribo de la embarcación a puerto colombiano o a la presentación de la protesta o demanda. El expediente deberá ser foliado y radicado en los libros de la capitanía de puerto".

Un siniestro marítimo es aquel evento en el cual se da como resultado:

- 1) La muerte o lesiones graves de una persona, causadas por las operaciones de un buque o en relación con ellas; o
- 2) La pérdida de una persona que estuviera a bordo, causada por las operaciones de un buque o en relación con ellas; o

- 3) La pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque; o
- 4) Daños materiales graves sufridos por un buque; o
- 5) La varada o avería importante de un buque, o la participación de un buque en un abordaje; o
- 6) Daños materiales graves causados por las operaciones de un buque o en relación con ellas; o
- 7) Daños graves al medio ambiente como resultado de los daños sufridos por uno o varios buques, causados por las operaciones de uno o varios buques o en relación con ellas.

Tomando como base estos preceptos establecidos por la OMI, la presente investigación constituye un siniestro marítimo, por la pérdida de los señores OSWALDO y JOHNATAN HENAO GAVIRIA a bordo del kayak "KORAL" de propiedad de la empresa VARIEDADES LILY.

Este Despacho entra a resolver los argumentos incoados por el apoderado de la empresa VARIEDADES LILY en el recurso de apelación:

1. *La Capitanía de Puerto de Santa Marta en esta decisión administrativa y de acuerdo a las facultades que me confiere el decreto 2324 del 84 y demás normas concordantes tuvo en cuenta dentro de las pruebas del informe pericial elaborado y presentado por el señor FERNANDO PONCE AVENDAÑO, perito adscrito a esta entidad.*

Observamos que la Capitanía de Puerto de Santa Marta, lo aplica o lo tiene en cuenta como prueba sin ajustarse a la realidad jurídica, ya que este informe en todo y cada uno de sus resultados y observaciones muestra claramente que no hubo responsabilidad alguna de la empresa VARIEDADES LILY.

La prueba tiene como finalidad proporcionar certidumbre en el juez en este caso, en el Capitán de Puerto, sobre los hechos ocurridos. Para esto, las partes involucradas deben probar las afirmaciones o versiones para descubrir la verdad real de la existencia del hecho y la responsabilidad del agente.

Asimismo, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez (...)"

Frente a la apreciación de las pruebas el artículo 42 del Decreto Ley 2324 de 1984 estipula que:

"Las pruebas se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el Capitán de Puerto podrá decretar de oficio las que considere convenientes para el esclarecimiento de los hechos siempre y cuando aún no se haya cerrado la investigación. Todas las cuestiones e incidentes que se susciten en el curso de las audiencias se resolverán en ellas y las decisiones quedarán notificadas allí mismo".

El informe presentado por el Perito FERNANDO PONCE AVENDAÑO, fue una prueba oportunamente allegada al proceso, realizada por el perito asignado mediante auto del 30 de diciembre de 2008, fue conocido por las partes en audiencia del 19 de agosto de 2009, presentándose las aclaraciones solicitadas por las partes; de esta manera, cumple con lo establecido en los artículos

237 numeral 6 y 241 del Código de Procedimiento Civil, por lo que el dictamen pericial debe ser tenido en cuenta como prueba

El perito marítimo en su informe manifiesta que la empresa VARIEDADES LILY, incurrió en 3 fallas de tipo náutico:

- Sus subarrendadores alquilaron el kayak a 3 personas, contraviniendo la resolución No 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, que establece como No. máximo de pasajeros a 2 personas.
- No tenía activada la lancha de Vigilancia Precautelativa para evitar cualquier intento de fuga de las embarcaciones de su embarcación, fuera de la zona de seguridad establecida en Playa Blanca.
- No tenía activado el Dispositivo de Búsqueda y Rescate con una lancha idónea para eventuales situaciones de atención de emergencias.

Para llegar a estas conclusiones el perito marítimo FERNANDO PONCE, se basa en otras pruebas allegadas al proceso:

- Resolución No. 150CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, mediante la cual se autoriza a la empresa VARIEDADES LILY a prestar el servicio público de transporte turístico de pasajeros mediante el artefacto naval tipo Kayak de nombre "KORAL" matrícula CP4-0240-KY, para un número máximo de pasajeros de 2.
- Declaración bajo la gravedad de juramento del señor Johan Castaño:

"JOHNATAN, OSWALDO y yo estábamos en Playa Blanca montando un gusano o banana aproximadamente a las 14:30 llevábamos unos chalecos amarillos, cuando nos bajamos de la banana vimos un kayak y vimos un trabajador del que manejaba los kayak y como teníamos pensado montarlos, averiguamos y nos informó que tenía un valor de \$25.000 pesos la hora para los tres (...)"

Johnatan se sentó adelante con remo, Oswaldo atrás también con remo y yo en la mitad inmediatamente empezamos a remar, por no nos habían dado ninguna advertencia del límite (...)"

- Declaración bajo gravedad de juramento de Juan Camargo:

A la pregunta qué tipo de nave o embarcación de rescate estaba el día 24 de diciembre de 2008 ubicada en el sector de Playa Blanca, contestó: *se designó una moto marina de nombre DANYS de propiedad de la empresa*

A la pregunta cuenta esta moto marina con radio VHF, respondió: *No*

A la pregunta cómo se controla diariamente que los kayak operen cumpliendo las medidas de seguridad y que se cumpla con los compromisos adquiridos en la resolución que habilita la empresa, contestó: *diariamente se designa un jefe de playa que es la persona idónea y que conoce el manejo de todas estas normas de seguridad, en el caso específico del 24 de diciembre yo estaba pendiente ejerciendo esa labor ese día.*

A la pregunta cuenta la empresa en su parte logística con un VIGÍA o persona encargada de usar los binóculos en forma permanente para establecer la forma de operación de los kayak: *la empresa VARIEDADES LILY cuenta con estos elementos los cuales son ubicados en el puesto de control para que sea utilizados por la persona encargada del control de playa si lo considera conveniente, más no ejerciendo el*

puesto de vigía sino que está ejerciendo todas las funciones de la playa, como planillas, problemas, sugerencias, reclamos, pero una persona exclusiva para la labor de vigía no la hay.

A la pregunta, cree usted que una moto marina o un kayak puede prestar asistencia a tres personas en emergencia, contestó: *si se les puede prestar asistencia según la clasificación de la emergencia ya que estas motos marinas cuentan con capacidad para transportar tres personas con el motorista.*

- Declaración bajo gravedad de juramento de Daniel Cantillo:

"(...) yo estaba al lado del kayak esperando la lancha para devolverse para el rodadero a mi casa en ese momento llegaron tres muchachos me preguntaron que si lo alquilaba yo en ese momento no los pude atender y llamé a mi hermano para que los atendiera él (...)"

A la pregunta de cómo se dieron cuenta que los tres turistas estaban desaparecidos, contesta: *porque no vimos el kayak y nos fuimos en otro kayak a mirar en la punta.*

A la pregunta si el señor JUAN CAMARGO el día 24 de diciembre de 2008 tenía nave de rescate contesta: *las motos con las que trabaja.*

- Declaración bajo gravedad de juramento de Julieth Maya:

A la pregunta si la moto marina LACSA el día 24 de diciembre de 2008 estaba operando en la actividad de alquiler, responde: *si, el 24 estaba operando y el motorista es JORGE FERNANDEZ.*

A la pregunta si el día 24 de diciembre de 2008, la moto marina LACSA estaba destinada para alquiler al tiempo que era destinada para el rescate, contestó: *no es que esté destinada para el rescate, sino que esa moto sale todos los días y esa moto se equipa y se llena con el botiquín y todo lo que se requiere por seguridad, pero en playa blanca si están las 3 motos solo se alquilan 2 y se deja una para el rescate, independientemente que sea la LACSA.*

2. Frente a la responsabilidad de la empresa VARIEDADES LILY

La responsabilidad en materia marítima está establecida en función de la actividad que se desarrolla, considerada una actividad peligrosa, pues conlleva el empleo de un medio calificado como peligroso. Por este motivo, la persona que desarrolla la actividad peligrosa debe conducirse con máxima prudencia, dentro de la normatividad especializada, con el objetivo de garantizar la seguridad de la actividad marítima, de la vida humana en el mar y del medio ambiente marítimo.

La actividad marítima en sí misma presenta una amenaza de producir daño, a pesar de la previsión y cuidado que se adopte, y en ese caso el afectado debe ser indemnizado por parte de quien obtiene los beneficios de la actividad peligrosa que realiza.

El artículo 2356 del Código Civil establece una presunción de culpabilidad, así:

"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta"

En este caso se debe probar que el daño fue causado en ejercicio de esa actividad peligrosa. La responsabilidad del propietario de la nave, puede provenir de un acto suyo o de su dependiente, y puede tratarse de una conducta activa, donde el hecho contará con la intervención directa de su voluntad, o de una conducta omisiva como es el caso de los siniestros. Por consiguiente, no es la

diligencia media lo que se toma en cuenta, sino las precauciones necesarias equivalentes al riesgo latente, esto invierte la carga de la prueba al darse una presunción de culpa.

Si bien es cierto que el kayak se encontraba arrendado a los hermanos CANTILLO PEREZ para su explotación económica, está claro que la empresa VARIEDADES LILY, jamás se desligó de su responsabilidad. Tal empresa ejercía constante vigilancia frente a los artefactos náuticos y sobre las personas que se encargaban de ellos, establecía normas de control y seguridad, determinó la zona para llevar a cabo las actividades recreativas; y no podía ser de otra forma, toda vez que VARIEDADES LILY era la única autorizada por la Capitanía de Puerto de Santa Marta para operar dichos artefactos, obteniendo por ello un provecho económico.

La empresa VARIEDADES LILY no aportó documento sobre la existencia del contrato de explotación del kayak de nombre "KORAL", celebrado entre la empresa y los hermanos CANTILLO PEREZ.

Tampoco figura en el material probatorio algún documento en el que consten las medidas de seguridad y los peligros que se pueden generar en el uso del kayak para los usuarios del servicio.

Así lo manifestó en su declaración el señor DANIEL CANTILLO PEREZ, a la pregunta de si queda registro escrito de la advertencia que no saber maniobrar el kayak genera riesgo para la vida, y la aceptación por parte del usuario, respondió que no.

En virtud de lo anterior, se puede entender que los señores JAIR y DANIEL CANTILLO PEREZ, tenían el control y dirección de la actividad de arrendamiento de kayak, en nombre y representación de la empresa VARIEDADES LILY.

3. *Así como estos argumentos expuestos por la Capitanía de Puerto de Santa Marta, nos damos cuenta que no le da aplicabilidad en forma correcta a las disposiciones legales vigentes constitucionalmente conocidas, ya que consideramos que la parte resolutive de esta providencia viola claramente el debido proceso artículo 29 de la Constitución Nacional.*

Con relación a las etapas que constituyen una garantía del debido proceso, la Corte Constitucional en sentencia C-980 de 2010, señaló:

"Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción" | 5.5. En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso". (Cursiva fuera de texto).

De esa manera, es claro que la presente investigación ha seguido los lineamientos establecidos en el Decreto Ley 2324 de 1984. La empresa VARIEDADES LILY ha estado presente a lo largo de la

investigación, ha sido notificado de las fechas de las audiencias, de la práctica de pruebas, cierre de la etapa probatoria, la presentación de alegatos de conclusión y en general de toda la actuación; finalmente, se produjo el fallo de primera instancia. De la misma forma, ejerció su derecho de defensa y contradicción, y expuso oportunamente los recursos a los que se refiere la ley. Por lo que no se encuentra violación al debido proceso.

4. Como es sabido por este Despacho, la CAPITANÍA DE PUERTO DE SANTA MARTA y la DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR), no están facultadas para llevar procesos penales, ya que los únicos competentes para llevar procesos penales, de acuerdo a la legislación colombiana es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por mandato Constitucional, en el caso que nos ocupa, esta entidad como lo señalaba anteriormente habla de CULPA. En el citado acto administrativo del 11 de agosto de 2010 la CAPITANÍA DE PUERTO actúo como si fuera un ente acusador como si se tratara de un delito penal que por competencia hacen el señalamiento imputándole la CULPA a la empresa VARIEDADES LILY.

Los funcionarios marítimos que intervienen en la investigación tendiente a establecer responsabilidad, actúan como juez, imputando responsabilidad en siniestros marítimos. Esto, en virtud de una facultad excepcional conferida por la Constitución Política colombiana.

Las providencias que emite la Autoridad Marítima en este sentido, son extrañas al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Estos fallos prestan merito ejecutivo respecto de los perjuicios causados por el siniestro y hacen tránsito a cosa juzgada.

Cuando la Autoridad Marítima en el transcurso de la investigación jurisdiccional por siniestro marítimo constate la transgresión a las normas de la Marina Mercante, deberá declararlo así en el fallo, tal como lo establece el artículo 48 Decreto Ley 2324 de 1984, así:

“Los fallos serán motivados, debiendo hacer la declaración de culpabilidad y responsabilidad con respecto a los accidentes investigados, si es que a ello hubiere lugar y, determinará el avalúo de los daños ocurridos con tal motivo. Así mismo, impondrá las sanciones o multas que fueren del caso si se comprobaren violaciones a las normas o reglamentos que regulan las actividades marítimas”.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado en consulta No. 1605 del 4 de noviembre de 2004, expuso:

“(…) 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 transgredió alguna norma de tráfico o de seguridad marítima, también lo es que el fin de la investigación no es sólo determinar las normas transgredidas y sancionar por ese hecho, sino declarar la culpabilidad o responsabilidad civil extracontractual que les cabe a quienes intervinieron en el accidente o tienen su tutela jurídica (armador, propietario etc) (...)

La función jurisdiccional otorgada a la Autoridad Marítima le permite en su calidad de juez de la causa, determinar la responsabilidad de las partes que resulten en conflicto, con el objetivo de dar fin a la controversia mediante una sentencia; por otro lado, en ejercicio de la función administrativa, sanciona al infractor de las Normas de Marina Mercante y garantiza la aplicación de la ley.

En virtud de lo mencionado anteriormente, el Capitán de Puerto de Santa Marta no podía desprenderse de su competencia al no declarar la culpabilidad y responsabilidad en el siniestro marítimo, con base en la culpa náutica de los investigados. Esto en nada tiene que ver con la competencia de los Juzgados Penales, ni de la Fiscalía General de la Nación.

La culpa es definida como una omisión en la conducta requerida con la finalidad de prever y así poder evitar el daño. Se caracteriza por la imprudencia, negligencia e infracción de las normas o deberes. La culpa relativa al derecho marítimo, es la culpa náutica y la culpa comercial.

Y se refiere a *“toda violación a las reglas propias del arte navegatorio, o error en la conducción del buque o en su maniobra que comprometa al aspecto técnico-navegatorio”* (Beltrán, Curso de derecho de la navegación, 1992, p.277)

Por lo tanto, este Despacho no encuentra procedente la nulidad por falta de competencia alegada por el apoderado de la empresa VARIEDADES LILY, toda vez que el artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984 manifiesta que:

“Para la investigación y fallo de áreas de jurisdicción establecida por el artículo 2º del presente Decreto, serán competentes el respectivo Capitán de Puerto en Primera Instancia y el Director General Marítimo en Segunda.

Igualmente serán competentes para investigar y fallar accidentes o siniestros ocurridos fuera de las áreas de jurisdicción de la Dirección General Marítima, cuando el primer puerto de recalada sea colombiano”.

5. Frente a la culpa compartida a la que se refiere el abogado GABRIEL SALAZAR

En las investigaciones jurisdiccionales por siniestro marítimo se aplica el régimen civil extracontractual, es decir, se desarrolla un análisis fáctico y la relación causal entre aquel y el hecho riesgoso. Por lo tanto, el afectado tiene la carga probatoria de demostrar la ocurrencia del nexo de causalidad, y el autor de la lesión, la de comprobar el elemento extraño como es: el caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y/o el hecho de un tercero.

La Corte Suprema de Justicia, en el Proceso No. 35.109. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, del 17 de noviembre de 2010 sostuvo:

“(…) En este puntual tema, la doctrina ha enseñado que para saber “con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1) Por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndolo hacerlo en el fondo y evitándole proferir un non liquen, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba que viene a ser sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2) Por otro aspectos, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (…).”
.(Subrayado y cursiva por fuera de texto).

En la misma corriente la Doctrina confirma que:

“(…) Esta figura contempla dos dimensiones procesales, la primera de ellas relacionada con la obligación del juez en emitir una decisión de fondo (Art. 37 CPC), y la segunda con la conducta que deben adoptar las partes para probar los hechos que permitirán sacar adelante sus pretensiones (Art.177 CPC).

Se ha de precisar que la primera dimensión es imperativa para el juez (norma de orden público), por cuanto no se le está permitido emitir jurisprudencias inhibitorias. En cuanto a la segunda dimensión, es meramente

facultativa, es decir un principio de auto responsabilidad de las partes, porque si bien la ley le otorga ese poder para aducir pruebas, las deja en libertad para no hacerlo, ya que nadie les puede exigir su observancia, a lo que si no se pueden sustraer las partes es a las consecuencias de su conducta probatoria frente a la carga de la prueba, por cuanto conforme a ésta, la decisión debe ser adversa para quien debía suministrarla y no lo hizo (...)". (Devis, Echandía, 2002). (Subrayado y cursiva por fuera de texto).

Dentro de la investigación la empresa VARIEDADES LILY en ejercicio de su actividad peligrosa era la presunta responsable del siniestro marítimo acaecido, pero al demostrar el caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima ni el hecho de un tercero, no se puede exonerar de responsabilidad.

En suma, este despacho accede a las pretensiones del abogado GABRIEL SALAZAR, y procede a revocar la responsabilidad de los hermanos HENAO GAVIRIA en el siniestro marítimo del cual fueron las víctimas, puesto que la única responsable es la empresa VARIEDADES LILY en razón a la actividad que desarrolla y provecho económico que obtiene de ella.

6. Frente a la liquidación de los daños

En el informe presentado por el perito marítimo FERNANDO PONCE, se tiene que el siniestro marítimo no produjo daños técnicos o materiales, sino que ocurrieron daños en persona humana, por la desaparición de los ocupantes del kayak "KORAL".

Los daños fueron avaluados en CUATROSCIENTOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/C (\$418.760.900)

En el fallo de primera instancia en su parte considerativa se encuentran discriminados los valores a pagar a cada una de las partes afectadas con la desaparición de los señores OSWALDO y JOHNATAN HENAO GAVIRIA, así:

"De acuerdo al dictamen pericial, el costo estimado por reparación de daños es Cuatrocientos Dieciocho Millones Setecientos Sesenta Mil Novecientos (\$418.760.900) pesos moneda colombiana por concepto de lucro cesante, daño emergente y daños morales distribuidos entre la señora Blanca Nelly Gaviria de Henao madre de los dos ocupantes del kayak (\$124'040.400); Luis Alfonso Henao Trujillo padre de los dos ocupantes del kayak(\$102.968.800); Ibeth Verónica Henao Giraldo esposa de Jonathan Henao Gaviria.(\$75.850.000); Samuel Antonio Henao Henao hijo de Jonathan Henao Gaviria (\$ 66'201.700) y Johann Maria Henao Gaviria hermana de los ocupantes del kayak (\$49.700.000)".

Sin embargo, esa discriminación no aparece reflejada en la parte resolutive, artículo 6°, motivo por el cual se procede a realizar una aclaración al fallo recurrido. La indexación no se aplica toda vez que esto corresponde al juez que conozca del proceso ejecutivo.

Respecto de la aclaración el Código de Procedimiento Civil en su artículo 309 establece que:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolución de la sentencia o que influyan en ella.

La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.

El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos”.

En el mismo sentido, este Despacho revoca los artículos 3 y 4 del auto que resuelve el recurso de reposición con fecha de 23 de noviembre de 2010, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

7. Condena en costas

El artículo 71 del Decreto Ley 2324 de 1984 consagra que:

“Las expensas y costas que resulten del proceso se regirán por lo dispuesto en los títulos XIX y XX del Libro II del Código de Procedimiento Civil”.

Con relación a lo anterior, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil señala que:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)”

En conclusión, la pretensión es favorable al recurrente puesto que quedó demostrado dentro del proceso, los gastos de traslado, entre otros, en los que incurrió la familia de las víctimas para asistir a las audiencias (folios 33, 34, 62, 76, 77 y 78), y se procede a condenar en costas a la empresa VARIEDADES LILY.

En mérito de lo anterior, el Director General Marítimo,

RESUELVE

ARTÍCULO 1°.- MODIFICAR el ARTÍCULO 1° del fallo de primera instancia proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta, el día once (11) de agosto de 2010, conforme a la parte motiva del presente fallo, el cual quedará así:

“Declarar, que el siniestro marítimo (desaparición de dos turistas), a bordo del kayak “KORAL” CP04-0240 KY, habilitado a la empresa VARIEDADES LILY con NIT No. 42.768.577-7 establecimiento de comercio de la sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS CÍA S. EN C., ocurrido en el sector de Playa Blanca el día 24 de diciembre de 2008 las 15:30 horas aproximadamente ocurrió en primer lugar con culpa y/o responsabilidad de la empresa VARIEDADES LILY con NIT No. 42.768.577-7 establecimiento de comercio de la sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS CÍA S. EN C., en calidad de propietario del kayak”.

ARTÍCULO 2°.- ACLARAR el ARTÍCULO 6° del fallo de primera instancia proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta, el día once (11) de agosto de 2010, conforme a la parte motiva del presente fallo, el cual quedará así:

“Fijar el avalúo de los daños en persona humana en CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS PESOS M/C (\$418.760.900) discriminados así:

A favor de BLANCA GAVIRIA DE HENAO: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS M/C (\$124.040.400)

A favor de LUIS ALFONSO HENAO: CIENTO DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO

1/33

MIL OCHOCIENTOS PESOS M/C (\$102.968.800)

A favor de IBETH HENAO GIRALDO (esposa de JOHNATAN HENAO): SETENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/C (\$75.850.000)

A favor de SAMUEL HENAO HENAO (hijo de JOHNATAN HENAO): SESENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS UN MIL SETECIENTOS PESOS M/C (\$66.201.700)

A favor de JOHANA HENAO GAVIRIA: CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/C (\$49.700.000)"

ARTICULO 3°- CONDENAR EN COSTAS a la empresa VARIEDADES LILY.

ARTÍCULO 4° - REVOCAR los artículos 3 y 4 del auto que resuelve el recurso de reposición de fecha de 23 de noviembre de 2010, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

ARTÍCULO 4° - CONFIRMAR en sus demás partes el fallo del once (11) de agosto de 2010, proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

ARTICULO 5°- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Santa Marta el contenido del presente fallo al señor ULDARICO WEBER ANGULO, en su calidad de apoderado de la empresa VARIEDADES LILY con NIT No. 42.768.577-7 establecimiento de comercio de la sociedad CAMARGO RAMIREZ E HIJOS CÍA S. EN C., y al señor GABRIEL SALAZAR, en su calidad de apoderado de la familia de las víctimas del siniestro marítimo y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

ARTÍCULO 5°.- 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 Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase.

25 SEP 2015


Vicealmirante **PABLO EMILIO ROMERO ROJAS**
Director General Marítimo (E)