

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., 23 OCT 2019

Referencia: 19012017001

Investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo – Abordaje y Lesiones o Muerte-Consulta

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver, en vía de consulta, la decisión de primera instancia emitida el día 29 de junio de 2018, por el Capitán de Puerto de Coveñas, dentro de la investigación por siniestro marítimo- Abordaje-Lesiones Graves o Muerte donde resultó involucrada la motonave "LIVIA ELENA", de bandera colombiana, con matrícula No. CP-09-1008-T, por los hechos ocurridos el día 9 de enero de 2017, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante informe de novedad, presentado por el Oficial de Control de la Capitanía de Puerto de Coveñas, se tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro marítimo de abordaje y muerte o lesiones graves acaecido el día 9 de enero de 2017 en la que estuvo involucrada la motonave "LIVIA ELENA", de bandera colombiana, matrícula No. CP-09-1008-T.
2. Como consecuencia de lo anterior, el día 11 de enero de 2017, el Capitán de Puerto de Coveñas dispuso la apertura de la investigación por el presunto siniestro marítimo de abordaje-muerte o lesiones graves y ordenó la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos, fijando fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984.
3. El día 29 de junio de 2018, el Capitán de Puerto de Coveñas profirió fallo de primera instancia, en el que resolvió lo siguiente:
 1. Declarar el siniestro marítimo de abordaje y lesiones graves-muerte al señor Medardo León Ospina, ocurrido el día 9 de enero de 2017
 2. Exonerar de responsabilidad al señor JOAQUIN BERRIO DE HOYOS, en calidad de Capitán de la motonave "LIVIA ELENA".
 3. Imponer a título de sanción al Capitán y Propietario de la motonave "LIVIA ELENA" multa equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, por incurrir en violación a las normas de Marina Mercante.

4. Declarar que como consecuencia de los hechos se violaron normas de Marina Mercante.
5. Al no haberse interpuesto los recursos en contra de la citada decisión, dentro del término establecido por las disposiciones normativas vigentes sobre la materia, el Capitán de Puerto de Coveñas remitió el expediente a este Despacho, en vía de consulta, conforme a lo establecido el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984.

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 2º, artículo 2º, del Decreto 5057 de 2009, ésta Dirección General es competente para conocer, en consulta, las investigaciones por siniestros marítimos ocurridos dentro del territorio establecido 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 No. 1605, el día 4 de noviembre de 2004.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

Teniendo como fundamento lo expuesto con antelación, este Despacho encuentra procedente referirse a ciertos aspectos procesales y sustanciales que dieron mérito al Capitán de Puerto de Coveñas, para proferir decisión de primera instancia. Acto seguido, se hará el estudio del caso en concreto, de acuerdo a las facultades dispuestas en la ley para el efecto.

En cuanto a los aspectos procesales que figuran en la investigación, es menester expresar por parte del Despacho, el cumplimiento integral en lo que respecta a las etapas de la investigación surtidas al interior de la primera instancia, esto es, aquellas adelantadas por el Capitán de Puerto de Buenaventura. Sobre el asunto, nótese que éstas fueron efectuadas en los tiempos y términos establecidos en los artículos 31 al 50 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Para abordar los aspectos sustanciales constitutivos del presente proveído, este Fallador se pronunciará en torno a los siguientes ejes temáticos: (I) De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado (II) De la navegación marítima como actividad peligrosa y el régimen de responsabilidad aplicable (III) Del análisis técnico (IV) Del estudio probatorio del caso en concreto (V) Del análisis jurídico y la declaración de responsabilidad civil extracontractual (VI) Del avalúo de los daños, (VII) De la responsabilidad administrativa por violación a normas de marina mercante y, por último, (VIII) De las conclusiones.

147

I. De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado

En la legislación Colombiana, el artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984, sobre los accidentes o siniestros marítimos, prevé:

"Artículo 26. Accidentes o siniestros marítimos. Se consideran accidentes o siniestros marítimos los definidos como tales por la ley, por los tratados internacionales, por los convenios 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" (cursiva fuera de texto).*

Los siniestros en el Derecho Marítimo, tienen alcances e implicaciones en dos aspectos, tanto académico como internacional.

De igual manera, traen consigo una complejidad en su naturaleza, por una parte por su relación directa que tiene con la seguridad de la vida humana en el mar y la prevención de la contaminación del medio marino¹ y por el otro por los elementos requeridos para la correcta navegación.

La Organización Marítima Internacional -OMI- y las autoridades marítimas regionales, han relacionado los siniestros marítimos con la seguridad, teniendo en cuenta el carácter de riesgoso que estos conlleva. Situación que ha llevado a generar un avance en el proceso de regulación y legislación de los mismos. Así lo muestra la Resolución A.173 (ES.IV) adoptada en noviembre de 1968 por la Organización Marítima Internacional, que hace referencia a la participación en investigaciones oficiales de siniestros marítimos.

La misma organización Marítima, haciendo referencia a los antecedentes normativos de carácter internacional concernientes a siniestros marítimos, expuso lo siguiente:

¹ La seguridad de la vida humana en el mar, la prevención de la contaminación del medio marino y el control adecuado del tráfico marítimo, forman parte de los objetivos centrales de la Organización Marítima Internacional, de conformidad con el artículo 1 del Convenio Constitutivo de la misma, en el que se aduce lo siguiente: "Dejar un sistema de cooperación entre los gobiernos en la esfera de la reglamentación y las prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole concernientes al tráfico marítimo destinado al comercio internacional; adelantar y facilitar la adopción general de normas tan elevadas como resulte posible en cuestiones relacionadas con la seguridad marítima, la eficiencia de la navegación y la prevención y contención de la contaminación del mar ocasionada por buques (...)".

"La organización ha fomentado la cooperación y el reconocimiento de un interés común mediante diversas resoluciones. La primera de ellas fue la resolución A.173 (ES.IV) (Participación en investigaciones oficiales de siniestros marítimos), adoptada en noviembre de 1968. Otras resoluciones posteriores son las siguientes: Resolución A.322(IX) (Investigación de siniestros marítimos), adoptada en noviembre de 1975, Resoluciones A.440(XI) (Intercambio de información para las investigaciones relativas a siniestros marítimos) y A.442(XI) (Personal y medios materiales que necesitan las Administraciones para la investigación de siniestros y de infracciones de los convenios), ambas adoptadas en noviembre de 1979, y Resolución A.637(16) (Cooperación en las investigaciones de siniestros marítimos), adoptada en 1989". (Código Internacional de Investigación de Siniestros², 2008, p. 2) (cursiva fuera de texto).

El Código Internacional de Investigación de Siniestros, define estos como:

"El acaecimiento o serie de acaecimientos, directamente relacionados con la explotación de un buque que ha dado lugar a cualquiera de las situaciones que seguidamente se enumeran:

1. ***La muerte o las lesiones graves a una persona;***
2. ***La pérdida de una persona que estuviera a bordo;***
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 el hecho de que se vea envuelto en un abordaje; (...)*** (cursiva, négrilla y subraya fuera de texto).

En este mismo sentido, las Resoluciones A.847 de 1997 y MSC.255 de 2008, emitidas por la misma Organización Marítima Internacional, definen el concepto ya referido, como:

"Todo evento o serie de eventos ocurridos directamente en conexión con las operaciones del buque, y que genere daños" (cursiva fuera de texto).

Por su parte, el Anexo 1 de la Resolución MSC.255 (84) adoptada el 16 de mayo de 2008, que trata de la adopción del Código de normas internacionales y prácticas recomendadas para la investigación de los aspectos de seguridad de siniestros y sucesos marítimos, prevé:

"Capítulo 2. Definiciones (...), 2.9. Siniestro marítimo: acaecimiento, o serie de acaecimientos, directamente relacionado con la explotación de un buque que ha dado lugar a cualquiera de las situaciones que seguidamente se enumeran (...)

² La denominación integral del Código Internacional de Investigación de Siniestros, es "Código de normas internacionales y prácticas recomendadas para la investigación de los aspectos de seguridad de los siniestros y sucesos marítimos", expedido el día 13 de junio de 2008, por la Organización Marítima Internacional.

1471

- (1) **La muerte o las lesiones graves de una persona:**
- (2) *La pérdida de una persona que estuviera a bordo. (...)* (cursiva, negrilla y subraya fuera de texto).

Así las cosas, la legislación Colombiana ha acogido gran parte de las definiciones expuestas en el contexto internacional, estructurando el régimen normativo sobre la base de un concepto de siniestro marítimo mixto, basándose en que la definición tiene dos ámbitos, uno general y otro específico.

El general. Establece que la definición de siniestro marítimo será toda aquella cuya fuente emane de la Ley, los Tratados y los Convenios internacionales, indistintamente que hayan sido suscritos o no por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. De manera que, todo concepto cuya denominación implique la definición de un siniestro, será *per se* considerado como tal, siempre que el mismo provenga del contenido de una Ley, Tratado o Convenio Internacional, pues es allí donde se ubica su núcleo esencial.

El específico. Dispone, para efectos de la reglamentación nacional, una lista enumerada de siniestros marítimos, sin que la misma implique ser taxativa, acorde con el artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984 ya transcrito.

A su vez, el Artículo 75 *ibidem*:

"APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS: Las disposiciones del presente título se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia" (cursiva fuera de texto).

En el caso particular, el material probatorio que reposa en el expediente, el Despacho encuentra la ocurrencia del siniestro marítimo de abordaje y lesiones graves causadas a una persona con la consecuencial muerte, en la que estuvo involucrada la motonave "LIVIA ELENA", de bandera colombiana, ocurrido el día 9 de enero de 2017, conforme a lo establecido en el Código de Investigación de Siniestros, en concordancia con la normatividad nacional ya citada.

II. **De la navegación marítima como actividad peligrosa y el régimen de responsabilidad aplicable**

Colombia, a través de la Ley 8 de 1980, aprobó la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar -SOLAS-, adoptada el 01 de noviembre de 1974 por la Organización Marítima Internacional -OMI-, así como su Protocolo de 1978 y la autorización expresa de su adhesión.

Al adoptar el mencionado instrumento internacional, el ordenamiento jurídico se comprometió a cumplir las disposiciones en él prescritas, especialmente las concernientes a *"Establecer normas mínimas relativas a la construcción, el equipo y la*

utilización de los buques, compatibles con su seguridad", siendo este el objetivo principal del SOLAS.

Acto seguido, la referida convención en su objeto principal expuso que: *"Los estados de abanderamiento son responsables de asegurar que los buques que enarboles su pabellón cumplan las disposiciones del convenio, el cual prescribe la expedición de una serie de certificados como prueba de que se ha hecho así".* (Convenio Internacional SOLAS, objetivo principal)

En este punto, es pertinente recordar que el artículo 2356 del Código Civil contempla la presunción de responsabilidad en contra de quien despliega ciertas actividades peligrosas que por su naturaleza generan peligro, presunción de la cual no escapa quien la ejerce, tratando de demostrar diligencia y cuidado en el desempeño que le incumbe, ya que, como por sabido se tiene, se le exige, con miras a exonerarse, que demuestre una causa extraña que rompa el nexo causal.³

Por regla general en los eventos dañosos generados por las **actividades peligrosas**, la orientación actualmente predominante que se aplica es la del régimen objetivo debido al factor riesgo al que se exponen quienes despliegan este tipo de actividades.

Conforme a lo anterior se desprende que sobre el agente responsable de la actividad peligrosa, recae la presunción de responsabilidad por ser quien ha ejecutado la acción y ha creado la inseguridad de los asociados, de la cual solo le es posible exonerarse por la intervención de los siguientes eventos:

- *Caso fortuito o fuerza mayor.*
- *El hecho de un tercero.*
- *Culpa de la víctima.*

Al respecto la ley 95 de 1890, en su artículo 90 señala:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc"(cursiva fuera del texto).

Así las cosas, para que se configure la fuerza mayor o el caso fortuito se debe verificar la concurrencia de dos factores A) que el hecho sea imprevisible, esto es que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. B) que el hecho sea irresistible, o sea que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias⁴.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7676 del 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁴ Código Civil Anotado, editorial LEYER - Decimoprimer edición, página 50-51.

149

III. Del análisis técnico

El dictamen pericial rendido por el Perito Marítimo en Navegación y Cubierta, señor WILLIAM ARROYO GÓMEZ, tal como figura en los folios 56 a 57 del expediente objeto de la referencia, señala lo siguiente:

"(...) Conclusiones del peritazgo:

- *"(...)se pudo apreciar que el abordaje sufrido entre estas dos lanchas involucradas (...), denota desconocimiento del Reglamento Internacional de abordaje por parte de la presunta motonave de pesca tipo Corvina, ya que por el recorrido que aparece plasmado en el mapa, y la parte donde estuvo la colisión en la motonave Livia Elena, se pudo deducir, que la presunta motonave de pesca tipo Corvina, desconocía el Reglamento para reaccionar ara este tipo de situación entre dos naves que navegaban en un mismo sector".*
- *"(...) para este caso el Reglamento Internacional de Abordaje, en donde la Regla No. 14 del reglamento en mención es muy explícita y categórica para los Pilotos. En donde dice la forma como se debe operar para este tipo de situación (...)"*
- *"Regla No. 14. Si da el verde con el verde, o encarnado con su igual entonces nada se pierde sigue su rumbo cada cual (...)"*
- *"Es de resaltar que después de ver la regla No. 14 por la posición de las dos naves involucradas y como aparece en el mapa, la presunta motonave de Pesca tipo Corvina, no debió girar hacia babor, sino, seguir su rumbo normal que traía, denotando desconocimiento de la aplicación de esta regla. Aumentando el riesgo de abordaje con la maniobra que efectuó y dio como resultado el siniestro (...)"* (cursiva fuera de texto).

El Perito, hace alusión a que el siniestro se produjo por desconocimiento del Reglamento Internacional para prevenir abordaje por parte del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA".

Por otra parte, también menciona que con sólo uno de los pilotos que no aplique y conozca dicho reglamento, aumenta el riesgo de producir un siniestro.

IV. Del estudio probatorio del caso en concreto

Respecto a la declaratoria de exoneración de responsabilidad emitida en la decisión de primera instancia, se estima pertinente realizar el siguiente análisis, conforme las pruebas obrantes en el expediente:

En versión libre, el día 13 de enero de 2017, el señor JOAQUIN BERRÍO DE HOYOS, Capitán de la motonave "LIVIA ELENA", respecto a los hechos, expuso:

"El día 9 Salí a viaje con 35 pasajeros me reporté a la torre de control, reporte que iba al muelle de Tolú a las islas San Bernardo, me dieron el número de zarpe, Salí y llegué a las islas de San Bernard. Ubique a los pasajeros en múcura y me regresé con 25 pasajeros, luego llegué aquí a tolú, despache los pasajeros, tanquie el bote y me sale sin pasajeros de aquí para allá (...)" (cursiva fuera de texto).

"Llego al Islote de Santa Cruz, a cobrar un dinero, cuando recojo el dinero, abordo el bote, prendo mis motores, suelto la lancha del muelle miro a los lados, a ver si hay algún niño, porque siempre en la orilla hay niños y yo salgo a múcura para recoger los pasajeros, cuando voy a mi derecha yo siento un golpe en la parte izquierda retrocedo atrás y miro y veo que está una lanchita volteada, yo miro veo la lancha y me pegué a rescatarle del personal del islote se tiraron muchos al agua, a ayudarme a rescatar, estaba un señor y dice que son nueve y que faltaba uno, un señor que estaba debajo de la lancha, cuando lo sacamos el señor estaba lesionado lo montamos en la lancha LIVIA ELENA, lo llevamos al pueblecito, pegamos a el muelle, yo lo veo está herido, yo me quito la camiseta, y lo amarro aquí en el brazo, para que no siguiera botando sangre, estoy gritando yo, que uno de los compañeros me acompañe y nadie me escucha, yo al ver al señor para salvarle la vida, me fui para el rincón, cuando llegamos al rincón me baje de la lancha, lo cargue, pague un carro y lo llevamos a San Onofre al hospital, cuando ya lo examino el médico, me dijo que ya estaba muerto(...)"(cursiva fuera de texto).

Respecto a la ruta que se encontraba navegando al momento del siniestro, responde:

"Iba saliendo del Islote para Isla Múcura" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a las condiciones atmosféricas el día de los hechos, dijo:

"Estaba el mar quieto, y no estaba soplando nada"

Referente al lugar en el que se encontraba dentro de la motonave al momento del abordaje, dijo:

"Yo me encontraba en el Timón, y el tripulante se encontraba en la parte de atrás arreglando los chalecos". (Cursiva fuera de texto).

En relación a la visibilidad abordo de la motonave "LIVIA ELENA", contestó:

150

"Yo estaba mirando a mi derecha que era mi ruta y él se metió a la izquierda, yo veía todo el panorama de lado de mi derecha" (Cursiva fuera de texto).

Del lugar exacto donde ocurrió el abordaje entre las motonaves "LIVIA ELENA" y "KARLUZA", informó:

"Como a 50 metros del muelle de la isla del Islote Santa Cruz" (cursiva fuera de texto).

Respecto a las medidas de primeros auxilios que realizó el Capitán de la motonave "LIVIA ELENA" y lo que ocurrió posteriormente, indicó:

"Yo lo subí al bote, al verlo que estaba herido, lo que tuve a mi alcance, es hacerle un torniquete el brazo, e irme con él. En el bote iba echando espuma y el compañero lo iba sobando, y de ahí lo bajamos lo monté en el carro y lo entregue al hospital" (cursiva fuera de texto).

En cuanto al medio por el cual comunicó el siniestro marítimo de abordaje, y sí solicitó apoyo de Guardacostas, expuso:

"Comuniqué al señor ROGELIO FUENTES, como patrón, por celular. No le informé porque quería salvar a la víctima" (cursiva fuera de texto).

Respecto a la asistencia médica que solicitó para atender a los lesionados y/o heridos al momento del abordaje, manifestó:

"Sí. Yo le pedí ayuda a los compañeros que venían con él, y al no ver a nadie, salí con el señor, al rincón y Salí al único hospital de San Onofre me atendió inmediatamente el médico que lo examinó le tomo la temperatura y me dijo que ya estaba muerto" (cursiva fuera de texto).

En la misma audiencia, la señora LIVIA URZOLA URZOLA, en calidad de Armadora y/o propietaria de la motonave "LIVIA ELENA", en cuanto a las acciones que tomé referente al siniestro marítimo, expuso:

"El Capitán llamó a ROGELIO que es quien se encuentra como gerente de "TOLUMAR". ROGELIO FUNETES LOZANO, esposo llamó al Capitán de Puerto, le comunicó lo que estaba pasando, a ver que podía hacer, y que seguía entonces le contestaron que habían unos funcionarios en la playa (cursiva fuera de texto).

El señor ROGELIO FUENTES URZOLA, en calidad de administrador de la empresa "TOLUMAR", en cuanto a los hechos ocurridos el 9 de enero de 2017, dijo:

"El día 9 de enero programé la embarcación "LIVIA ELENA", para hacer lo que conocemos como un sobre viaje, en este caso, salió con 35 pasajeros en las horas de la mañana, para dejarlos en la Isla Múcura y recoger inmediatamente 28 pasajeros de vuelta hacia el Puerto de Tolú, despacho el bote por segunda vez vacío con destino a las islas San Bernardo, unas horas después, recibo del señor ROGELIO FUENTES LOZANO, mi padre, una llamada telefónica, informándome sobre un accidente que involucra la embarcación LIVIA ELENA, inmediatamente decido comunicarle al personal de Capitanía de Puerto, presente en el muelle de Tolú sobre estos hechos, preavisándole además, sobre un posible retraso de la embarcación en su viaje de vuelta, en paralelo conseguimos una ambulancia que esperara la llegada de los posibles heridos en el accidente, posteriormente también por voz de mi señor padre el me confirma que se puso en contacto directo con el señor Capitán de Puerto para informar a la novedad, en las siguientes horas, quedamos al pendiente sobre la llegada del bote al Puerto y sobre el estado de los posibles involucrados en el accidente" (cursiva fuera de texto).

Referente a reclamos por parte de familiares o amigos de la víctima, informó:

No. Ningún familiar de la víctima se ha contactado conmigo" (cursiva fuera de texto).

En audiencia del 31 de julio de 2017, el señor NARCISO DE JESÚS LÓPEZ ESCOBAR, en calidad de testigo de los hechos, afirmó:

"Nosotros salimos en una lancha artesanal de la playa, saliendo al islote, ya llegando al destino para el islote de repente se asomó una lancha, si llevaba ayudante no lo vi, porque pienso que una persona que es la que va guiando a la lancha no sé dónde estaría, pero donde siempre va no estaba, nosotros ya estábamos llegando y esa lancha nos embiste o atropella por un lado, produciendo el volcamiento de la lanchita aquella, esta dio la vuelta y todos quedamos debajo de ella, llevando la peor parte el señor MEDARDO LEÓN OSPINA, quien falleció, tengo entendido que por ese lado del islote no transitan lanchas tan grandes, también sabemos que los del islote mantienen de aquí para allá y de allá para acá pues es la forma que tienen para transportarse a la playa, ahí fue el accidente y el señor que nos atropella se lleva al supuesto herido cuando ya había muerto (...)" (cursiva fuera de texto).

Respecto al punto de salida de la embarcación tipo Corvina y el destino de la misma, dijo:

"Desde Múcura hacia el Islote, en Múcura donde llegan las lanchas con los turistas" (cursiva fuera de texto).

Referente a las medidas de seguridad que llevaba el personal abordo de la motonave tipo Curvina, expresó:

"En realidad ninguna, no había chaleco ni nada, muy confiados, porque como nunca había pasado nada" (cursiva fuera de texto).

En cuanto al arreglo que hizo el Capitán de la motonave tipo Curvina y los pasajeros en cuanto al paseo, manifestó:

"La idea es que la gente quería conocer el Islote, pues yo lo conozco y muchas veces se les lleva mercado, y el señor de la nave nos llevaba y nos esperaba 45 minutos. El abordaje se produjo cuando íbamos legando al Islote" (cursiva fuera de texto).

El señor NARCISO LÓPEZ ESCOBAR, en calidad de testigo, hace alusión a que para ese tipo de tours, se hacen contratos verbales, en los que los pasajeros pagan de \$ 5.000 a \$ 10.000 pesos por el paseo.

Analizando las declaraciones mencionadas anteriormente rendidas, por parte del Capitán y los testigos en la ocurrencia del hecho, se concluye de manera clara la existencia de los siniestros marítimos de abordaje y lesión grave-muerte. Así mismo, la labor desarrollada por los sujetos involucrados en el hecho.

Igualmente, las pruebas estudiadas y el dictamen pericial, refieren que el Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA" desconocía el reglamento para prevenir abordaje, lo que generó los siniestros en estudio. Se evidencia que dicha persona, puso en riesgo la vida de los turistas y la propia, al haber realizado la navegación sin las medidas de seguridad pertinentes ni el conocimiento de las normas al navegar.

A pesar de que a folio 51 del expediente obra el certificado de defunción del señor MEDARDO LEÓN OSPINA, hasta el momento ningún familiar, amigo o conocido ha realizado algún tipo de reclamo o solicitado indemnización.

Sin embargo, se pudo demostrar que el señor JOAQUIN BERRÍO DE HOYOS, en calidad de Capitán de la motonave "LIVIA ELENA" no tuvo responsabilidad sobre los hechos ocurridos el 9 de enero de 2017, pues lo que sucedió fue producto del actuar del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", quien de manera imprudente y negligente causó el accidente, pues al parecer, por desconocimiento de la norma, no tomó la decisión correcta al momento en el que dos o más motonaves navegan en el mismo sector.

Por otra parte, cabe aclarar que durante la investigación a pesar de las diferentes citaciones, no fue posible identificar ni individualizar al Capitán de la motonave tipo Curvina denominada "KARLUZA", ya que por parte de estos no hubo ninguna actuación en el proceso ni indicios que permitieran obtener información de quién fungía como Capitán de la motonave. Sin embargo, el Despacho acogiendo los artículos 1478 y

siguiente del Código de Comercio, impondrá la sanción al Propietario y/o Armador de la citada motonave.

El Despacho evidencia que el Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", fue el generador del siniestro marítimo de abordaje y posterior fallecimiento del señor MEDARDO LEÓN OSPINA, ocurridos el día 9 de enero de 2017.

V. Del análisis jurídico y la declaración de responsabilidad civil extracontractual

En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que:

1. El accidente ocurrió el día 9 de enero de 2017 en Coveñas, cuando la motonave "LIVIA ELENA" y la tipo Curvina de nombre "KARLUZA" realizaban un paseo cerca al Islote.
2. El actuar del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", no actuó acorde con las medidas de seguridad previstas por la Autoridad Marítima y además no tenía conocimiento del reglamento al momento de navegar.
3. Los Capitanes de la motonave "LIVIA ELENA" y la tipo Curvina de nombre "KARLUZA", incurrieron en violación a las normas de Marina Mercante.
4. La conducta del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA" fue determinante en los siniestros, por cuanto no tenía conocimiento del reglamento para prevenir abordaje, situación que hubiera podido evitar el siniestro.
5. Respecto del Capitán de la motonave "LIVIA ELENA" se encuentra que el siniestro marítimo sucedió por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, ya que se demostró que la falta de cuidado, pericia y desconocimiento del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA" fue la que generó la consumación de los siniestros. Su actuar constituyó un innegable riesgo a la seguridad marítima.

Teniendo en cuenta el actuar del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", se hace necesario mencionar las siguientes jurisprudencias que tratan de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno. La Corte Constitucional en Sentencia C-1235 del 29 de noviembre de 2005, estableció que:

"Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar -culpa in vigilando, culpa in eligendo- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina,

acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio- conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad” (cursiva y subraya fuera del texto).

Hay que precisar que la navegación es considerada como una actividad peligrosa, consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, y la responsabilidad por esta clase de actividades sólo exige que el daño pueda imputarse.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que sobre el agente responsable de la actividad peligrosa, pesa una presunción de responsabilidad por ser quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados.

El Capitán de toda motonave que se dedica a realizar actividades turísticas en el mar, debe contar con la capacidad y pericia necesaria para no poner en riesgo la vida de los turistas, como también debe acatar las instrucciones, normas de permisos y restricciones a la hora de ejecutar las maniobras. Situación, que por medio de las pruebas estudiadas en el expediente ha quedado demostrado que no sucedió en el caso en concreto.

Por otra parte, sobre la teoría del Riesgo Creado, el Consejo de Estado mediante Sentencia del 23 de mayo de 2012, estableció que:

*“La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: **quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan.** La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien “ Cree un riesgo”, “lo conozca o lo domine”; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable”. -Exp. 1700123310001999090901. MP. Enrique Gil Botero- (cursiva, negrilla y subrayado fuera del texto original)*

En la misma órbita, el tratadista Ramón Daniel Pizarro en su obra *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas*, expone lo siguiente:

*“**Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione.** Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación. Así como en otro tiempo se sostuvo que el hombre debía responder solamente por sus actos culposos, hoy es razonable pensar que también deba reparar los daños que son fruto de una actividad riesgosa, sea la misma normal o anormal, le reporte o no un beneficio de cualquier índole”. (Pizarro, 1983. Pp. 38-43)*

En cuanto al actuar del señor JOAQUÍN BERRÍO DE HOYOS, en su calidad de Capitán de la motonave "LIVIA ELENA", se logró comprobar los elementos de exoneración de la responsabilidad en los siniestros ya mencionados.

De la Sentencia No. 03883 de 2019 del Consejo de Estado, se extrae lo siguiente:

"La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han hecho énfasis en la distinción entre las nociones de fuerza mayor y caso fortuito. La primera como fenómeno externo al ámbito de dominio de la persona, por lo que sumados los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, esta tendrá plenos efectos liberadores y justificativos; la segunda, por su parte, por tratarse de sucesos o situaciones que ocurren dentro de la órbita de control de la persona, genera lo que la doctrina denomina una imposibilidad relativa de cumplir con la obligación y, por consiguiente, no tendrá efectos liberadores o justificativos de forma absoluta. "La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta de la persona obligada (...)"

"Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de marzo de 1939, Gaceta XLVII. "Si bien la ley ha identificado los fenómenos de fuerza mayor y de caso fortuito, la jurisprudencia nacional ha buscado distinguirlos: en cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo concierne, dos concepciones se han presentado: la de considerar que el caso fortuito como el suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa daño, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad"

"Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1993, exp. 7365, M.P. Juan de Dios Montes Hernández "Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño" Corte Constitucional, sentencia SU-449 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub" (cursiva fuera de texto).

En este sentido, es claro que se configura un caso fortuito o fuerza mayor frente a los siniestros, en favor del señor JOAQUÍN BERRÍO DE HOYOS, pues el actuar del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", no fue previsible ni irresistible por parte del capitán de la motonave "LIVIA ELENA".

Acorde con la sentencia del 27 de febrero de 2009 de la Sala de Casación Civil, el Despacho concluye que las circunstancias que rodearon el presente siniestro marítimo, se encuadran en hechos de (*caso fortuito o fuerza mayor*), pues la jurisprudencia^[1] en cuanto a los requisitos ineludibles para estos casos, señaló:

"(...) Los dos presupuestos -ex lege- que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, al caso fortuito o fuerza mayor, son la imprevisibilidad y la irresistibilidad del acontecimiento....,

Respecto de la primera de esas exigencias, consideró que "[I] (sic) a imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada -en lo que atañe a su concepto, perfiles y alcance- con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello 'Que no se puede prever', y prever, a su turno, es 'Ver con anticipación' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante)...Si se aplicase literalmente la dicción en referencia, se podría llegar a extremos irritantes, a fuer (sic) que injurídicos, habida cuenta de que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real de que un deudor, según el caso, se liberara de responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa a él extraña, particularmente de un caso fortuito o fuerza mayor (...)" (Cursivas fuera de texto).

Respecto al criterio de irresistibilidad, la mencionada Sentencia expresó lo siguiente:

"(...) Aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos -y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico- que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente no pueda o pudo evitar, ni eludir sus efectos^[2] (...)", (Cursiva fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro para este Despacho que se demostraron elementos para la exoneración de responsabilidad civil del Capitán de la motonave "LIVIA ELENA", razón por la cual este fallador confirmará la declaratoria de exoneración de responsabilidad determinada por el Capitán de Puerto de Coveñas. En el fallo del 29 de junio de 2018.

[1] Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de febrero de 2009, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez, 27 de febrero de 2009.

VI. Del avalúo de los daños

En cuanto a este punto, se encuentra que el fallador de primera instancia se abstuvo de pronunciarse sobre el avalúo de los daños por falta de prueba que permita hacer la valoración respectiva con precisión. Tampoco se encontró solicitud formal tendiente a la reclamación por la muerte del señor MEDARDO LEÓN OSPINA. Por lo tanto, este Despacho se abstendrá de referirse al respecto, por cuanto el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 señala que la decisión de los fallos consultados se hará de plano.

VII. De la responsabilidad administrativa por violación a las normas de Marina Mercante

Este Despacho encuentra probada la violación de algunas normas de Marina Mercante, tal y como lo menciona el Capitán de Puerto de Coveñas en el fallo de primera instancia, así:

Por parte del señor NELSON MARCEL GÓMEZ MEZA, presunto Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA",

- De la Resolución 386 de 2012, expedida por la DIMAR, los siguientes:

"Artículo 3°. Constituyen infracciones o violaciones a las normas de Marina Mercante, relativas a la navegación y la seguridad de la vida humana en el mar, las siguientes:

- Código 001 Navegar en los canales, por costado que no corresponde a lo ordenado en las reglas de navegación, para prevenir abordajes.
- Código 023 No respetar las prelación de navegación de otras embarcaciones de acuerdo a la convención para prevenir abordajes y a las reglas de camino.

"Artículo 4°. Constituyen infracciones o violaciones a las normas de Marina Mercante, relativas a la documentación de la nave y de la tripulación, las siguientes:

- Código 034 Navegar sin la matrícula y/o los certificados de seguridad correspondientes, vigentes.
- 035 Navegar en embarcación que no esté matriculada ante la Autoridad Marítima.
- Código 036 Navegar sin zarpe, cuando este se requiera
- Código 047 No contar con una póliza de seguro que ampare eventuales accidentes a pasajeros o daños a terceros.

17
154

"Artículo 7º. Constituyen infracciones o violaciones a las normas de Marina Mercante, relativas al transporte, las siguientes":

- Código 064 Transportar pasajeros sin los respectivos chalecos salvavidas. Por cada pasajero se impondrá.

Del Código de Comercio:

"Artículo 1501 Son funciones y Obligaciones del Capitán: (...) 10) Sentar por los hechos que adelante se enuncian, cuando ocurran durante la navegación, el acta de protesta en el libro de navegación o bitácora y presentar copia de ella a la autoridad competente del primer puerto de arribo, dentro de las doce horas siguientes a la llegada de la nave (...)" (cursiva fuera de texto).

Capitán de la motonave "LIVIA ELENA":

- Del Código de Comercio *"Artículo 1501 Son funciones y Obligaciones del Capitán: (...) 10) Sentar por los hechos que adelante se enuncian, cuando ocurran durante la navegación, el acta de protesta en el libro de navegación o bitácora y presentar copia de ella a la autoridad competente del primer puerto de arribo, dentro de las doce horas siguientes a la llegada de la nave (...)" (cursiva fuera de texto).*

No obstante a lo anterior, por parte del Despacho se evidencia que a la investigación no fue vinculado el señor NELSON MARCEL GÓMEZ MEZA, presunto Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", razón por la cual a pesar de haber incurrido en las mencionadas violaciones a las normas de Marina Mercante, en aras del derecho al debido proceso no es posible responsabilizarlo por dichos hechos.

Teniendo como fundamento lo anterior, esta autoridad procederá a confirmar la violación a las normas de Marina Mercante impuestas en primera instancia al señor JOAQUÍN BERRÍO DE HOYOS, Capitán de la motonave LIVIA ELENA"

VIII. De las conclusiones

En definitiva, se encuentra que en los presentes siniestros marítimos intervino de manera determinante la conducta del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", cuyo actuar al momento de navegar no estuvo acorde a las normas marítimas, pues no empleó las medidas de seguridad exigidas ni contaba con los conocimientos necesarios para realizar una navegación segura acorde con el reglamento de prevención de abordaje.

Esta instancia procesal precisa que el siniestro marítimo que sufrió el señor MEDARDO LÉON OSPINA, cuando iba a bordo de la motonave "LIVIA ELENA", no obedeció a un acto doloso sino a la imprudencia por parte del Capitán de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", que golpeó a aquella.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, considera el Despacho que en los hechos acaecidos el día 9 de enero de 2017, se encuentra probatoriamente fundamentada la exoneración de responsabilidad civil del señor JOAQUIN BERRÍO DE HOYOS, en condición de Capitán de la motonave "LIVIA ELENA", en los siniestros marítimos abordaje, lesiones y posterior muerte del señor MEDARDO LÉON OSPINA. Razón por la cual el Despacho acoge lo dispuesto por el A quo, en la sentencia del 29 de junio 2018 proferida por el Capitán de Puerto de Coveñas.

En mérito de lo expuesto, el Director General Marítimo,

RESUELVE

ARTICULO 1°.-CONFIRMAR en su integridad el fallo del 29 de junio de 2018 proferido por el Capitán de Puerto de Coveñas, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia.

ARTÍCULO 2°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Coveñas, el contenido de la presente decisión al señor **JOAQUÍN BERRÍO DE HOYOS**, en calidad de Capitán de la motonave "LIVIA ELENA", al Propietario y/o Armador de la motonave tipo Curvina de nombre "KARLUZA", así como a las demás partes interesadas, conforme a lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.





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

ARTÍCULO 4°.- REQUERIR al Capitán de Puerto de Coveñas, para que una vez quede en firme la decisión, se allegue copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de la Marina Mercante de la Dirección General Marítima, para lo de su competencia.

23 OCT 2019

Notifíquese y cúmplase.


Vicealmirante **JUAN MANUEL SOLTAU OSPINA**
Director General Marítimo

	Nombre	Cargo	Firma
Elaboró	Laura Campo	Asesor Jurídico	
Revisó	Jaime Ramirez	Asesor Jurídico	
Revisó	José Soto	Integrante Mesa Técnica	
Revisó	William Lugo	Integrante Mesa Técnica	
Aprobó	TN Neyl Perez	Coordinador Grupo Legal	