

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., 29 MAR 2019

Referencia: 110120171002
Investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo - Apelación

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto el abogado RICARDO LEON PORTOCARRERO SINISTERRA, apoderado de la señora BETTY LUZ TORRES NÚÑEZ en condición de propietaria de la motonave "XANDU", en contra de la decisión de primera instancia del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, dentro de la investigación jurisdiccional de siniestro marítimo de naufragio de la motonave "XANDU" de bandera colombiana, ocurrido el 27 de febrero de 2017, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante oficio suscrito por la señora BETTY LUZ TORRES NÚÑEZ el día 1 de marzo de 2017, el Capitán de Puerto de Buenaventura tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio de la motonave "XANDU" de bandera colombiana.
2. Por lo anterior, el día 31 de marzo de 2017, el Capitán de Puerto de Buenaventura decretó la apertura de la investigación, ordenando la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos, y fijó fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984.
3. Con fundamento en las pruebas practicadas y recolectadas, el Capitán de Puerto de Buenaventura profirió decisión de primera instancia el 27 de noviembre de 2017, a través de la cual exonero de responsabilidad civil extracontractual al señor DONALD VALENCIA CASTRO, en condición de Capitán de la motonave "XANDU".

De igual forma declaró responsabilidad administrativa por incurrir en violación a las normas de marina mercante al señor DONALD VALENCIA CASTRO, e impuso a título de sanción llamado de atención.

4. El día 11 de diciembre de 2017, el abogado RICARDO LEON PORTOCARRERO SINISTERRA, presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia.

5. El día 10 de enero de 2018, el Capitán de Puerto de Buenaventura concedió el recurso de apelación ante el Director General Marítimo, conforme lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto Ley 2324 de 1984.

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 52 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 2º, artículo 2º, del Decreto 5057 de 2009, 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 No. 1605, el día 4 de noviembre de 2004.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

Del escrito de apelación presentado por el Abogado RICARDO LEON PORTOCARRERO SINISTERRA, apoderado de la señora BETTY LUZ TORRES NÚÑEZ en condición de propietaria de la motonave "XANDU", el Despacho se permite extraer lo siguiente:

"(...)

Solicito de manera respetuosa se revoque el fallo de primera instancia proferido por la capitania de puerto de buenaventura dado que discrepo del mismo toda vez que la primera instancia se enfocó al analizar la responsabilidad del in suceso en cabeza del capitán de la motonave xandu por violación a las normas de marina mercante colombiana, al manifestar que la motonave no estaba asegurada en forma correcta, fondeada etc. Conforme a los (sic) establecido en el decreto ley 2324 de 1984, código de comercio y decreto 1070 de 2015. Fundamentado en tal proveído que fue la única motonave de 20 que sufrió averías siendo esto falso dado que no remitimos a realizar tal reclamación ya que fue la que sufrió los peores daños, y los demás propietarios por sus propios medios realizaron sus arreglos.

El punto focal de este recurso de alzada y que no es de recibo por mi poderdante es que señores autoridad marítima segunda instancia, en que mencionado fallo se omitió manifestar cuantos son los nudos permitidos para transitar frente al muelle turístico por una motonave de gran calado como es la motonave CMA CGM LOIRE ya que según la carta electrónica navy harbour el día de los hechos 27 de febrero del hogano llevaba una velocidad de 8.0 y 8.9 nudos que por conocimiento de consultas a personas del gremio y lo manifestado al unísono por los intervinientes los nudos adecuados son entre 4.0 al transitar frente al muelle turístico, y al sobrepasar tal velocidad fue lo que ocasionó el gran oleaje que no es común en este sector lo que provocó el volcamiento y daños en la motonave Xandu. Reiterando a usted señores segunda instancia me especifiquen en su resuelve a ciencia cierta a cuantos debe transitar la (sic) motonaves grandes por este sector marítimo del Distrito de Buenaventura.

Corolario a lo anterior es que reitero se declare como responsable a las personas involucradas en la presente investigación por la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio de la motonave Xandu matrícula C-P 012748-A por los hechos ocurridos el 27 de febrero del hogño." (Cursiva fuera de texto)

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

Conforme a lo anteriormente descrito, este Despacho encuentra procedente referirse a ciertos aspectos sustanciales y procesales que dieron mérito al Capitán de Puerto de Buenaventura para proferir decisión de primera instancia. Acto seguido, se realizará el estudio del caso en concreto, de acuerdo a las facultades dispuestas en la ley para el efecto.

En cuanto a los aspectos procesales y probatorios se refiere, este Despacho evidencia que cada una de las etapas de la investigación de primera instancia, adelantadas por el Capitán de Puerto de Buenaventura, se realizaron en los tiempos y términos establecidos en los artículos 35 al 50 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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

I. De las consideraciones sobre el recurso de apelación interpuesto

En cuanto al recurso de apelación instaurado por el abogado RICARDO LEON PORTOCARRERO SINISTERRA, en condición de apoderado de la señora BETTY LUZ TORRES NÚÑEZ propietaria de la motonave "XANDU", este Despacho se permite indicar lo siguiente:

El Capitán de Puerto de Buenaventura, tuvo conocimiento del siniestro marítimo de naufragio de la motonave "XANDU", mediante acta de protesta suscrita por la señora BETTY LUZ TORRES NUÑEZ, que en su condición de propietaria de la motonave en referencia, señaló los hechos ocurridos mediante los cuales su motonave al paso de la motonave "CMA CGM LOIRE" naufragó. Ahora bien, no existe prueba alguna allegada a la investigación de que otras naves que se encontraban atracadas en el muelle turístico de Buenaventura, sufrieran afectaciones del tránsito de la nave de gran calado antes referenciada.

De otra parte, la motonave "XANDU" se encontraba atracada al muelle turístico sin el cuidado de la persona que se desempeñaba como Capitán de la misma, debido a que estaba haciendo diligencias en la ciudad, tal y como lo afirmó en su declaración juramentada en audiencia. En consecuencia, la declaración de responsabilidad realizada Capitán de la nave por violación a normas de Marina Mercante no se funda en la forma

por la cual atracó la nave al muelle, por el contrario, este tiene como sustento lo establecido en el Decreto 1597 de 1988¹, compilado actualmente en el Decreto 1070 de 2015² que en su artículo 40, dispone lo siguiente:

"ARTICULO 40. Son funciones y obligaciones del Capitán:

1. Dirigir la navegación de la nave.

2. Dirigir personalmente toda maniobra del buque al entrar o salir de puerto, durante el paso por canales estrechos o áreas peligrosas y en general en cualquier otra maniobra en que sea necesario o aconsejable para garantizar la seguridad de la nave, teniendo en cuenta el estado de tiempo y del mar, o las condiciones locales que puedan afectar la navegación.

3. Es, en todo momento y circunstancia, responsable directo por la seguridad de la nave, su carga y las personas a bordo. Cuando lleve práctico a bordo y considere que las indicaciones o instrucciones de éste son peligrosas para la seguridad de la nave, otras naves cercanas, o las instalaciones portuarias y costeras, se apartará de dichas instrucciones y ordenará personalmente la maniobra o navegación, relevando al práctico en sus funciones parcial o totalmente, y dejando en tales casos constancia de ello en el diario de navegación."

(...)

ARTICULO 42. Mientras se encuentre en desempeño de su cargo, debe considerarse en servicio permanente, sin limitación alguna. (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

De conformidad con el anterior fundamento normativo, el señor DONALD VALENCIA CASTRO ostentaba la responsabilidad en todo momento y circunstancia de la nave en la cual se estaba desempeñando como Capitán. Significando de esta manera, que no podía dejar la motonave "XANDU" sin su supervisión directa o de otra persona que hiciera parte de su tripulación, que ante el oleaje normal generado por el paso de naves, pudiese sortear cualquier tipo de contingencias que se pudieren presentar.

Sumado a la falta de cuidado por parte de su Capitán, en dictamen pericial se determinó lo siguiente:

"(...) la motonave "XANDU" se encontraba bastante agua lluvia a bordo, lo que llegaría en un francobordo más pequeño, y con el centro de gravedad elevado como consecuencia de tener los motores levantados (basculados - cada motor Suzuki 115 HP pesa aproximadamente 189 kilos), y que con el volumen de agua pegándole por la aleta de babor, hizo centro pivote sobre el cabo de amarre a la pasarela del muelle turístico, que ejerció su acción inversa a la fuerza ejercida por el flujo de agua, estando esta línea de acción de la amarra por encima de la línea de acción de la corriente sobre el casco generándose un momento escorante que superó el valor del brazo de adrizamiento, no resistiendo la estática de estas fuerzas encontradas en diferente plano de acción, ganando la fuerza de la corriente del agua y que teniendo a bordo una caneca de gasolina con 40 galones con un peso aproximado 115 kilogramos, que al estar suelto a bordo

¹ "Por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1981 y parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984."

² "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa."

ayudaría a incrementar la escora, produciendo como resultado final el volcamiento hacia el costado de estribor de la motonave "XANDU". (Cursiva fuera de texto)

En ese orden de ideas, otro de los factores generadores del naufragio fue que el nivel de francobordo de la nave era menor, lo que fue ocasionado por el agua que se encontraba en la cubierta y la caneca de cuarenta (40) galones de gasolina correspondiente a un peso aproximado de 115 kilogramos.

En concordancia con el anterior planteamiento, el Código de Comercio como función impone al Capitán la de *"Estar al tanto del cargue, estiba y estabilidad de la nave"*. Quedando de comprobado el incumplimiento por parte del señor DONALD VALENCIA CASTRO al cargar a la motonave "XANDU" hasta el punto de perjudicar su capacidad de mantenerse a flote.

Así las cosas, como quiera que el naufragio de la motonave "XANDU" no tuvo origen en el paso de la motonave "CMA CGM LOIRE" producto de la alta velocidad alegada por el apoderado de la propietaria, y por el contrario, pudo comprobarse que la falta de cumplimiento respecto de las obligaciones legales que le asisten como responsable de la seguridad de la nave, no accederá a sus pretensiones.

II. De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado

El artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984, establece que 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).

Doctrinalmente³ el naufragio ha sido definido como:

"El caso de un buque destruido o hundido por un acaecimiento cualquiera, en el alta mar o en puerto, aunque parte del buque o restos del mismo queden sobre la superficie de las aguas"
(Cursiva fuera de texto)

³ FARIÑA, Francisco. "Derecho marítimo comercial", Tomo III, Accidentes marítimos, abordaje, asistencia, averías comunes. Editorial BOSCH. Barcelona 1956. Pag. 302.

De conformidad con lo establecido la normatividad aplicable al caso, la definición doctrinal y la situación fáctica, se puede colegir que en efecto el siniestro marítimo acaecido es el naufragio de la motonave "XANDU" de bandera colombiana, el día 27 de febrero de 2017.

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

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 causal⁴.

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

De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella⁵.

De lo expuesto anteriormente 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.

IV. Del análisis técnico

En la investigación adelantada por la Capitanía de Puerto de Buenaventura, se nombró como Perito al señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, con el objeto de que conceptuara sobre las circunstancias que rodearon el siniestro marítimo de naufragio. De tal forma, el Despacho se permite citar lo siguiente:

"(...)

5. POSIBLES CAUSAS QUE DIERON ORIGEN AL SINIESTRO

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7676 del 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01 del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namen Vargas

Teniendo en cuenta las versiones de las diferentes personas interrogadas al respecto en la audiencia pública realizada en Capitanía de Puerto, así como también la información de campo recogida, que incluye entrevistas con Pilotos Prácticos, personal de lancheros del muelle turístico y otros testigos, además de las evidencias de video y grabaciones del programa Navy Harbour, utilizado por la Torre de Control de Tráfico Marítimo, se puede presumir lo siguiente:

1. El Armador de la lancha "XANDU" presentó como prueba durante la audiencia pública realizada en Capitanía de Puerto, un video de la salida de Puerto de la Motonave "CMA CGM LOIRE", donde se puede apreciar en su parte inicial a la derecha, la ubicación de la motonave "XANDU", a flote y sin ninguna novedad aparente.

(...)

3. Qué de acuerdo la grabación programa Navy Harbour, suministrado por la Torre de Control de Tráfico Marítimo de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, al momento del tránsito frente al muelle turístico, la motonave "CMA CGM LOIRE", llevaba una velocidad de 8.9 nudos cuando eran las 13:03:35 horas, la cual disminuyó a 8.1 nudos, cuando se encontraba a una distancia de 1.13 cables, correspondientes a 209.27 metros, del muelle turístico, cuando eran las 13:03:45 horas del día 27 de Febrero /17. La cual nuevamente incremento hasta los 9.5 nudos al dejar libre el muelle turístico cuando eran las 13:04:27 horas.

Que se puede evidenciar en la grabación del Sistema Navy Harbour suministrada por la torre de Control de Tráfico Marítimo de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, que la distancia al muelle turístico fue de 1.13 cables correspondientes a 209.27 metros, lo que indica que el tránsito lo realizó dentro del canal navegable, aunque cargado al costado de babor.

4. Que un buque de las características del "CMA CGM LORE", puede llegar a desplazar más de 25.000 toneladas de agua a su paso hacia cada costado, que dicho flujo de agua se nota con más severidad al haber estado la marea con apenas 1 hora 27 minutos de haber iniciado a subir, podría dar una profundidad del canal de cerca de 14 metros (12,5 metros con marea 0 y un aproximado de 1,5 metros con 1 hora y 27 minutos de estar subiendo), y que teniendo en cuenta un calado promedio de 8.80 metros indica que bajo quilla tuvo aproximadamente 4,20 mts si se tiene en cuenta un Squat aproximado de 1 mt.; que este flujo de agua puede ser por consecuencia de la potencia aplicada (Media Avante) por la máquina a la propela, necesaria para adquirir rápidamente la velocidad apropiada para mantener el rumbo necesario para el tránsito por el canal, y que independientemente de la velocidad de avante, genera flujos de agua hacia los costados.

Que cuando aumenta el flujo de agua entra a aguas menos profundas ralentiza y aumenta su amplitud (altura), es decir cuando el flujo pasa de la profundidad del canal hacia el veril de los 8 metros de dicha zona, produce una ola que causa una corriente transversal de reflujos en el sector del muelle turístico.

Que teniendo en cuenta la versión de la motonave "XANDU" se encontraba bastante agua lluvia a bordo, lo que llegaría en un francobordo más pequeño, y con el centro de gravedad elevado como consecuencia de tener los motores levantados (basculados - cada motor Suzuki 115 HP pesa aproximadamente 189 kilos), y que con el volumen de agua pegándole por la

aleta de babor, hizo centro pivote sobre el cabo de amarre a la pasarela del muelle turístico, que ejerció su acción inversa a la fuerza ejercida por el flujo de agua, estando esta línea de acción de la amarra por encima de la línea de acción de la corriente sobre el casco generándose un momento escorante que superó el valor del brazo de adrizamiento, no resistiendo la estática de estas fuerzas encontradas en diferente plano de acción, ganando la fuerza de la corriente del agua y que teniendo abordado una caneca de gasolina con 40 galones con un peso aproximado 115 kilogramos, que al estar suelto abordado ayudaría a incrementar la escora, produciendo como resultado final el volcamiento hacia el costado de estribor de la motonave "XANDU".

(...)

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las declaraciones presentadas en la Primera Audiencia pública realizada los días 04 de Abril y 08 de Junio de 2.017 y declaraciones de campo recogidas con personal involucrado, pilotos prácticos y otros testigos, me permito considerar:

- 1. Que es la primera vez que se presenta en el Sector del muelle turístico construido en el año 1998, un siniestro de éstas características, es decir, el volcamiento de una lancha como consecuencia del paso de Motonaves de Alto bordo.*
- 2. Que durante el lapso de enero a mayo del presente año, se han presentado 633 arribos y 632 zarpes de motonaves de alto bordo, acuerdo reporte de fecha 20/06/17 de le Estación de Control de Tráfico Marítimo de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, es decir 1.265 movimientos de Motonaves de Alto bordo, y solo se ha reportado como novedad, el siniestro en mención.*
- 3. Que si bien una de las partes manifiesta que acuerdo declaraciones de personas del muelle turístico, que la motonave "XANDU", contenía abordado acumulación de agua, producto de lluvias de días anteriores, el Sr Donald Valencia – Capitán de la motonave, manifiesta que no contenía agua abordado, sino únicamente una caneca llena de 40 galones de gasolina (115 kilos de peso).*
- 4. Que si bien las partes difieren frente a la versión que la Motonave "XANDU", contenía agua lluvia abordado, producto de las lluvias presentadas en la ciudad los dos días previos al siniestro, es factible que al contener agua estaría calando más que con la lancha seca y vacía, y así presentaría una superficie mojada mayor que aumentaría la incidencia contra el casco de la corriente de flujo de agua transversal presentada que terminaría ocasionando el volcamiento de la misma.*
- 5. Que teniendo en cuenta la versión que la Motonave "XANDU" se encontraba con agua de lluvia abordado, lo que llegaría a derivar en un francobordo más pequeño, y que con el volumen de agua generado por el paso del barco pegándole por la aleta de babor, generó un momento escorante que superó el valor del brazo de adrizamiento, sumado a que tenía abordado una caneca con 40 galones de gasolina con un peso aproximado de 115 kilogramos, que al estar suelta ayudaría a incrementar la escora, produciendo como resultado final el volcamiento hacia el costado de estribor de la motonave "XANDU".*

6. *Que si bien se puede constatar que la Motonave "CMA CGM LOIRE", efectuó su tránsito de salida cercano al costado izquierda (boyas rojas) del canal de acceso al Puerto de Buenaventura, y a una distancia de 1.13 cables (209.27 metros) del muelle turístico, ésta nunca se salió del canal y la normatividad le permite la utilización de todo el ancho del canal para su navegación, dependiendo de las circunstancias de corriente, brisa, marea etc.*

7. *Que el fenómeno de squat en un buque de las características del "CMA CGM LOIRE" navegando en aguas poco profundas, incrementa la generación de flujos de agua mayores a los normales.*

8. *Que cuando el flujo de agua entra a aguas menos profundas se ralentiza y aumenta su amplitud (altura), es decir cuando el flujo pasa de la profundidad del canal hacia el veril de los 8 metros de dicha zona, produce una ola que causa una corriente transversal de reflujos en el sector del muelle turístico (como se aprecia en los videos de prueba).*

9. *Que si bien se realizaron comparaciones con otros tránsitos realizados por motonaves de características similares, denotan que la motonave "CMA CGM LOIRE", realizó el tránsito más cerca y a mayor velocidad frente al muelle turístico pero sin exceder los parámetros permitidos en la jurisdicción.*

10. *Que la responsabilidad de las maniobras de zarpe y recaladas a puerto son del Capitán de la motonave y que los pilotos prácticos ejercen como asesores.*

Es mi concepto que el Siniestro Marítimo - Hundimiento (Volcamiento), sufrido por la motonave "XANDU" el día 27 de febrero de 2017, se dio como consecuencia de los problemas de estabilidad que presentaba la embarcación por los pesos libres que se encontraban a bordo (agua por inundación y un tanque suelto y lleno de 40 galones de combustible).

En el área había más de 20 lanchas en las mismas condiciones de amarre, y ninguna otra sufrió volcamiento." (Cursiva fuera de texto)

Teniendo en cuenta los aspectos analizados por parte del Perito designado dentro de la presente investigación, se puede llegar a la conclusión que el factor determinante en el naufragio de la motonave "XANDU", fue el agua que contenía la nave a bordo, producto de lluvias presentadas en la ciudad en los días anteriores a la fecha de ocurrencia de los hechos, ocasionando un calado superior a si estuviera sin agua en su interior. Tal factor, sumado al oleaje presentado, produjo un momento escorante que superó el brazo de adrizamiento.

V. Del estudio probatorio del caso en concreto

Teniendo claridad sobre los anteriores aspectos, el Despacho procederá a realizar el estudio de las diferentes pruebas allegadas a la presente investigación, con el objeto de llegar a una posterior conclusión respecto de las responsabilidades que haya lugar.

Inicialmente, en cuanto a los hechos se puede extraer de las distintas declaraciones y documentos que obran en el expediente, que el día 27 de febrero de 2017 en horas de la

mañana fue atracada la motonave "XANDU" a la pasarela del muelle turístico de Buenaventura sin novedad alguna. Sin embargo, siendo las 13:05 horas del mismo día, por fuertes movimientos en el mar sufrió un volcamiento que derivó en el naufragio de la misma.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, es procedente analizar aspectos relacionados con la motonave "XANDU"; por lo cual, se hace necesario citar apartes de la declaración del señor DONALD VALENCIA CASTRO, en condición de Capitán de la motonave en comento, de la siguiente manera:

"Estábamos pendiente (sic) en la hora de la mañana, en la hora de la tarde por ahí tipo de 12 salimos del flotante a hacer unas diligencias aquí mismo en el centro, cuando me llamaron en cuestión de unos 5 o 6 minutos ya estaba allí en el muelle turístico por ese suceso que había ocurrido." (Cursiva fuera de texto)

Al ser interrogado por quien o quienes se encontraban a bordo de la motonave "XANDU", indicó:

"El muelle turístico es una cosa que todos colaboran el uno al otro, y uno le puede decir a cualquiera oye cuidame ahí." (Cursiva fuera de texto)

De lo anterior, es posible precisar que la motonave "XANDU" se encontraba atracada mediante un amarre realizado por proa al muelle turístico de Buenaventura. Sin embargo, en el momento del siniestro, la nave se encontraba destripulada, es decir, sin nadie a bordo que velara por la seguridad de la misma, debido a que el Capitán se encontraba realizando diligencias en la ciudad.

Teniendo claros los hechos, se encuentra alta relevancia en citar la declaración del señor NICOLÁS CORDOBA MURILLO, que en su condición de testigo, aseveró lo siguiente:

"Lo que observé ese día, estábamos en el restaurante del pangón compartiendo un almuerzo con los amigos, cuando en eso vemos en el transcurso de marea que había como ¼ de marea que estaba subiendo que fue destrampando (sic) las lanchas con mucha fuerza del agua de subida, pero no sabíamos el porqué era, cuando volteamos a mirar hacia la esquina del muelle de la pagoda (sic) vimos a un buque que iba saliendo entonces allí fue cuando llegó el impulso del agua y cuando iba pasando por el muelle turístico fue bajando el impulso de la marea y allí fue cuando se volteó la embarcación. El personal que estaba allí corrió a decir al inspector de bahía que mirara lo que estaba pasando y que avisara acá a la torre de capitania para que informara lo que estaba pasando, luego el barco siguió con la velocidad que llevaba e iba sacando hasta tierra la propela y de allí vino ya el dueño de su lancha para ver como la organizaba." (Cursiva fuera de texto)

De igual forma, a folio 124 obra registro de video y fotográfico en el cual se observa a la motonave "XANDU" atracada en el muelle turístico de Buenaventura sin novedad, y al mismo tiempo, se aprecia el tránsito de la motonave "CMA CGM LOIRE" cerca del muelle turístico de Buenaventura, generando oleaje en la zona, de seguido, la motonave "XANDU" se vuelca, generándose el siniestro marítimo de naufragio.

Ahora bien, de conformidad con dicha prueba se debe analizar la posibilidad de que el tránsito de esta nave mayor, haya sido el generador del naufragio de la motonave "XANDU".

Es por ello que se encuentra relevante analizar la hora en la cual se produjo el paso de la motonave "CMA CGM LOIRE" cerca del muelle donde se encontraba la motonave "XANDU" y la hora en que se produjo el siniestro marítimo de naufragio. Por tal motivo, se pueden apreciar de las declaraciones y demás documentos, lo siguiente:

- Propietaria: "Fue como a la 1:05 p.m."
- Testigo: "Era entre 1 y 1 y pedazo, 1 y 20 o 10 o y 15, no lo tengo presente."
- Inspector de naves: "Ese día a las 1:05, 1:07 aproximadamente (...)"
- Piloto Práctico motonave "CMA CGM LOIRE": "La realidad no se la hora exacta en que pase por ahí."
- Prueba documental a folio 124, en la cual se hace referencia a la hora 13:01 del día 27 de febrero de 2017.

En consideración con las citadas pruebas, se puede colegir que el momento en que la motonave "CMA CGM LOIRE" transitaba cerca del muelle turístico de Buenaventura, concuerda con la hora de ocurrencia del siniestro marítimo de la motonave "XANDU".

Teniendo claridad sobre lo precedente, otro de los aspectos sobre el cual se debe indagar, se relaciona con el tránsito realizado por la motonave "CMA CGM LOIRE". Por lo tanto, el Perito LUIS FERNANDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, se refirió sobre el particular en su dictamen rendido, así:

"Que se puede evidenciar en la grabación del Sistema Navy Harbour suministrada por la torre de Control de Tráfico Marítimo de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, que la distancia al muelle turístico fue de 1.13 cables correspondientes a 209.27 metros, lo que indica que el tránsito lo realizó dentro del canal navegable, aunque cargado al costado de babor." (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

Seguidamente, el perito realiza un análisis del agua que puede desplazar una motonave de las dimensiones de la motonave "CMA CGM LOIRE", indicando lo siguiente:

"Que un buque de las características del "CMA CGM LOIRE", puede llegar a desplazar más de 25.000 toneladas de agua a su paso hacia cada costado, que dicho flujo de agua se nota con más severidad al haber estado la marea con apenas 1 hora 27 minutos de haber iniciado a subir (...)"

(...) que este flujo de agua puede ser por consecuencia de la potencia aplicada (Media avante) por la máquina a la propela, necesaria para adquirir rápidamente la velocidad apropiada para mantener el rumbo necesario para el tránsito por el canal, y que independientemente de la velocidad de avante, genera flujos de agua hacia los costados."

La información brindada por el perito, deja claridad sobre el correcto tránsito realizado por la motonave "CMA CGM LOIRE" al ser realizado dentro del canal navegable del puerto de Buenaventura. Asimismo, se puede afirmar que una motonave de tales dimensiones

desplaza toneladas de agua hacia sus costados, produciendo oleaje que causan corrientes transversales en el sector del muelle turístico de Buenaventura.

Ahora bien, el Perito agrega en su dictamen un aspecto de suprema importancia, correspondiente a la motonave "XANDU" y las condiciones en que se encontraba, así:

"Que teniendo en cuenta la versión que la motonave "XANDU" se encontraba con bastante agua de lluvia abordo, lo que llegaría a derivar en un francobordo más pequeño, y con el centro de gravedad elevado como consecuencia de tener los motores (basculados - cada motor Suzuki 115 HP pesa aproximadamente 189 kilos), y que con el volumen de agua pegándole por la aleta de babor, hizo centro de pivote sobre el cabo de amarre de la pasarela del muelle turístico, que ejerció su acción inversa a la fuerza ejercida por el flujo de agua, estando esta línea de acción de la amarra por encima de la línea de acción de la corriente sobre el casco, generándose un momento escorante que superó el brazo de adrizamiento, o resistiendo la estática de estas fuerzas encontradas en diferente plano de acción, ganando la fuerza de la corriente de agua y que teniendo a bordo una caneca de gasolina con 40 galones con un peso aproximado 115 kilogramos, que al estar suelto abordo ayudaría a incrementar la escora, produciendo como resultado final el volcamiento hacia el costado de estribor de la motonave "XANDU"." (Cursiva fuera de texto)

En relación al estado en que se encontraba la motonave "XANDU" y el agua que se encontraba en su interior, el señor DONALD VALENCIA CASTRO en declaración afirmó:

"Yo, 40 galones eso fue aproximadamente entre 06:30 de la mañana a 07:00 de la mañana."

(...)

"Ese era el combustible de la salida de esa fecha que teníamos, 40 galones eso no es nada. Uno le mete las mangueras de los motores a las canecas y en el momento esa gasolina se me perdió." (Cursiva fuera de texto)

Con respecto a las capacidades de la motonave "XANDU", asintió:

"Esta lancha tiene capacidad para 4 toneladas y en el momento en que capitania le da papeles a una embarcación ellos miran su arqueo, esta lancha es para 26 pasajeros, afuera de aleta, gasolina. En el momento en que estaba amarrada solo tenía el combustible, 2 motores de 115 Suzuki." (Cursiva fuera de texto)

Es claro para este Despacho que la condición que ostentaba la motonave "XANDU", fue determinante en el naufragio de la misma, es decir, la motonave tenía demasiado peso, generado por los cuarenta (40) galones de gasolina y el agua que contenía abordo, producto de las lluvias en días anteriores.

Una vez analizadas la totalidad de las pruebas, sumado a las conclusiones a las que llegó el perito en su informe, se puede determinar sobre el particular, lo siguiente:

- En el muelle turístico de Buenaventura se encontraban veinte (20) naves atracadas. Sin embargo, única y exclusivamente la motonave "XANDU" resultó afectada por el paso del buque "CMA CGM LOIRE".

- La motonave "XANDU", tenía a bordo cuarenta (40) galones de gasolina, sumado a los dos motores Suzuki levantados con un peso aproximado de 189 Kg cada uno, generó que tuviera un francobordo menor a las demás.
- La motonave "XANDU" estaba destripulada, por lo que no había una persona que pudiera sortear la situación y ejercer acciones tendientes a mantener la nave a flote.
- La motonave "CMA CGM LOIRE" se encontraba transitando por dentro del canal navegable del puerto de Buenaventura, pasando a una distancia 1.13 cables correspondientes a 209.27 metros del muelle turístico de Buenaventura.
- No hay antecedentes sobre siniestros marítimos producto del oleaje ocasionado por motonaves de alto bordo como el buque "CMA CGM LOIRE".
- Del video aportado a la investigación, se aprecia que la motonave "XANDU" en comparación a las demás naves atracadas en el muelle, ostentaba un francobordo mucho menor, ayudando a aumentar el nivel de escora.

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

Respecto al concepto de capitán, el artículo 1495 del Código de Comercio Colombiano establece que *"El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave"*. En el ejercicio de sus funciones, tanto la tripulación como los pasajeros, deben ajustarse a su autoridad, guardando -para ello- respeto y obediencia especialmente en aspectos relacionados con el servicio de la nave y la seguridad, tanto de las personas como de la carga objeto del transporte.

Entre las funciones establecidas en el artículo 1502 del Código de Comercio, se encuentran las siguientes:

"(...)

1) *Cerciorarse de que la nave está en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que va a emprender;*

(...)

3) *Estar al tanto del cargue, estiba y estabilidad de la nave;* (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

De igual forma el Decreto 1597 de 1988⁶ compilado actualmente en el Decreto 1070 de 2015⁷ en su artículo 40 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 40. Son funciones y obligaciones del Capitán:

⁶ "Por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1981 y parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984."

⁷ "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa."

1. *Dirigir la navegación de la nave.*

2. *Dirigir personalmente toda maniobra del buque al entrar o salir de puerto, durante el paso por canales estrechos o áreas peligrosas y en general en cualquier otra maniobra en que sea necesario o aconsejable para garantizar la seguridad de la nave, teniendo en cuenta el estado de tiempo y del mar, o las condiciones locales que puedan afectar la navegación.*

3. *Es, en todo momento y circunstancia, responsable directo por la seguridad de la nave, su carga y las personas a bordo. Cuando lleve práctico a bordo y considere que las indicaciones o instrucciones de éste son peligrosas para la seguridad de la nave, otras naves cercanas, o las instalaciones portuarias y costeras, se apartará de dichas instrucciones y ordenará personalmente la maniobra o navegación, relevando al práctico en sus funciones parcial o totalmente, y dejando en tales casos constancia de ello en el diario de navegación."*

(...)

ARTICULO 42. Mientras se encuentre en desempeño de su cargo, debe considerarse en servicio permanente, sin limitación alguna. (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

Conforme a lo establecido por la norma, es claro que la figura del Capitán juega un papel fundamental en la seguridad de la actividad de navegación marítima y todo lo que se desprende de ella. Para el caso particular, a pesar de que el Capitán no se encontraba a bordo de la nave, debido a que en declaración indicó haber dejado la nave atracada al muelle turístico de Buenaventura, mientras realizaba diligencias en la ciudad; no puede significar lo anterior que por no encontrarse físicamente en la nave se desligue de la responsabilidad que le atañe la condición que ostentaba para el día de los hechos, toda vez que la normatividad es expresa al establecerlo.

Asimismo, es menester señalar que el presente siniestro marítimo no tuvo como hecho generador la intervención de una de las causales exonerativas de responsabilidad civil extracontractual, tales como el hecho de un tercero, la culpa de la víctima, el caso fortuito o fuerza mayor; toda vez que el siniestro ocurrió como consecuencia de la falta de estabilidad de la motonave "XANDU", generada a su vez el peso que llevaba a bordo.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, considera el Despacho que en los hechos acaecidos el día 27 de febrero de 2017, se encuentra probatoriamente fundamentada la responsabilidad civil extracontractual del señor DONALD VALENCIA CASTRO en condición de Capitán de la motonave "XANDU" en el siniestro marítimo de naufragio de la citada nave. Razón por la cual, el Despacho no se acoge a la postura planteada por el fallador de primera instancia.

VII. Del avalúo de los daños

En cuanto al presente acápite, este Despacho encuentra que al interior del proceso obra fotocopia del contrato de compraventa de la motonave "XANDU", facturas de carpas de la nave, factura de compraventa de cuarenta (40) galones de combustible, factura de

compraventa de elementos de seguridad como chalecos, fotocopia de cotización de dos (02) baterías, fotocopia de cotización de dos (02) extintores, fotocopia de cotización de catorce (14) cables de control, dos (02) cajas de control sencilla, dos (02) tacómetros digitales y fotocopia de dos (02) motores principales marca Suzuki de 115HP. La sumatoria de los valores establecidos en cada una de los documentos anteriormente esbozados, tiene como total la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA pesos m/cte. (\$ 88.932.760.00).

De otra parte, en dictamen pericial rendido por el señor LUIS FERNANDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, estableció en su acápite de "daños y avalúo de los mismos" una serie de cotizaciones que equivalente a la suma de SETENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA pesos m/cte. (\$ 79.289.760.00), haciendo la claridad de que no se incluyen los gastos de reparación de los motores, si no la cotización de los motores nuevos.

Sin embargo, el Despacho al corroborar la sumatoria de las cotizaciones establecidas por el dictamen pericial allegado, se pudo llegar a la conclusión que se encontraban erradas, toda vez que fueron sumados los valores de los dos (02) motores Suzuki 115 HP nuevos, y adicionalmente la reparación de los motores.

Así las cosas, se tomarán los valores de la sumatoria de las diferentes cotizaciones allegadas por la propietaria de la nave, esto es, la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA pesos m/cte. (\$ 88.932.760.00). Razón por la cual, el Despacho precisará lo anterior en la parte resolutive del presente proveído.

VIII. De la responsabilidad administrativa por violación a las normas de marina mercante

Ahora bien, respecto a las posibles violaciones a las normas de marina mercante en las que haya podido incurrir el Capitán de la motonave "XANDU". Es preciso acotar que el señor DONALD VALENCIA CASTRO no se encontraba en la nave, esta se encontraba destripulada y al momento de la ocurrencia de los hechos, nadie pudo ejercer acción alguna para contrarrestar el oleaje presente.

De igual forma, como se indicó con anterioridad, es evidente que el presente siniestro marítimo se generó por una falta de estabilidad de la motonave "XANDU", ocasionada por el peso que en su interior. Por lo cual, el Código de Comercio en su artículo 1501, lo siguiente:

"ARTÍCULO 1501. FUNCIONES Y OBLIGACIONES DEL CAPITÁN. Son funciones y obligaciones del capitán:

- 1) Cerciorarse de que la nave está en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que va a emprender;*
- 2) Cumplir las leyes y reglamentos de marina, sanidad, aduana, policía, hacienda, inmigración, etc., de los puertos de zarpe y arribo;*

3) *Estar al tanto del cargue, estiba y estabilidad de la nave;*" (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, el Capitán de la motonave incumplió lo concerniente a su función de estar al tanto de la estabilidad de la motonave, en la cual se considera responsable en todo momento y circunstancia, sin importar si se encontraba o no a bordo.

Por tal motivo, considera el Despacho acertada la responsabilidad administrativa declarada por el fallador de primera instancia y confirmará los artículos relacionados.

IX. De las conclusiones

Conforme a todo lo anteriormente desarrollado, el Despacho concluye lo siguiente:

- El siniestro marítimo de naufragio de la motonave "XANDU", ocurrió con responsabilidad del señor DONALD VALENCIA CASTRO, en condición de Capitán. De esta manera, se realizará la modificación del artículo primero del fallo emitido por el Capitán de Puerto de Buenaventura.

- Teniendo en cuenta el error en la determinación del avalúo de los daños ocasionados por parte del fallador de primera instancia, modificará el artículo cuarto del fallo de primera instancia.

- Por último, en lo que corresponde a la responsabilidad administrativa por violación a las normas de marina mercante, el Despacho comprobó que en efecto se transgredió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 1501 del Código de Comercio. Por lo cual, confirmará los artículos segundo y tercero.

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- MODIFICAR el artículo primero de la decisión del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, conforme la parte motiva de la presente providencia, el cual quedará así:

"**DECLARAR** civilmente responsable por la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio al señor DONALD VALENCIA CASTRO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.006.186.445, en condición de Capitán de la motonave "XANDU" de bandera colombiana, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva del presente proveído".

ARTÍCULO 2º.- MODIFICAR parcialmente el artículo cuatro de la decisión del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, conforme la parte motiva de la presente providencia, el cual quedará así:

"**FIJAR** el avalúo de los daños ocasionados a la motonave "XANDU" producto del siniestro marítimo de naufragio, en la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES

NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS M/CTE. (\$ 88.932.760.00)".

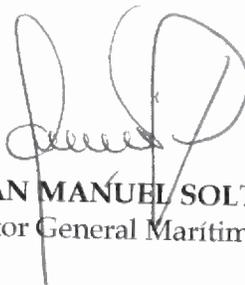
ARTÍCULO 3°.- CONFIRMAR los artículos restantes de la decisión del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Capitán de Puerto de Buenaventura, conforme la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO 4°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Buenaventura la presente decisión al señor DONALD VALENCIA CASTRO, en condición de Capitán de la motonave "XANDU", a la señora BETTY LUZ TORRES NÚÑEZ, en condición de Propietaria de la citada motonave, al abogado RICARDO LEON PORTOCARRERO SINISTERRA, apoderado de la propietaria de la motonave "XANDU", al abogado NESTOR RAÚL CANO RESTREPO, apoderado de PRACTIMAR S.A.S. y del Piloto Práctico ANTONIO MARIA RODRÍGUEZ, a la abogada WHENDY MARGARITA LÓPEZ RODRÍGUEZ, apoderada de la agencia marítima "FRONTIER S.A.", y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

ARTÍCULO 5°.- DEVOLVER el presente expediente a la Capitanía de Puerto de Buenaventura, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

ARTÍCULO 6°.- COMISIONAR al Capitán de Puerto de Buenaventura, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia en digital del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de la Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase. 29 MAR 2019



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