

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., 27 JUN 2019

Referencia: 14012017001

Investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo naufragio– Consulta

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver, en vía de consulta, la decisión de primera instancia emitida el día 28 de marzo de 2018, por el Capitán de Puerto de Santa Marta, dentro de la investigación por siniestro marítimo de naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO", ocurrido el 6 de enero de 2017, previo a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. La Capitanía de Puerto de Santa Marta tuvo conocimiento del siniestro de naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO", ocurrido el 6 de enero de 2017, mediante Informe de Guardia de Control, presentado por el Técnico de Servicios, responsable de Naves Mayores. Además, se allegó el informe de infracción realizado por la Inspectora de Naves CP04.
2. Como consecuencia de lo anterior, el día 18 de enero de 2017 el Capitán de Puerto de Santa Marta decretó la apertura de la investigación por el presunto siniestro marítimo de naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO" 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. El día 28 de marzo de 2018, el Capitán de Puerto de Santa Marta profirió fallo de primera instancia, en el que resolvió lo siguiente:

"EXONERAR al señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, identificado con cédula ciudadanía número 1.004.273.559, expedida en fundación (Magdalena), en su condición de Capitán de la nave "SABOR ISLEÑO" de bandera colombiana, de toda responsabilidad en el siniestro marítimo ocurrido el 6 de enero de 2017(...)". (Cursiva fuera de texto)

"ABSTENERSE de realizar avalúo de daños ocasionados a la motonave "SABOR ISLEÑO" (...)". (Cursiva fuera de texto).

"DECLARAR responsable al señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, identificado con cedula de ciudadanía número 1.004.273.559, expedida en

Fundación (Magdalena), en su condición de Capitán de la nave SABOR ISLEÑO de bandera colombiana, por violación a las normas de Marina Mercante (...)
(cursiva fuera de texto).

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 Santa Marta, para proferir decisión de primera instancia. Acto seguido, se hará el estudio de legalidad que entraña el grado jurisdiccional de consulta.

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. 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 estudio probatorio del caso en concreto (IV) Del análisis jurídico y la declaración de responsabilidad civil extracontractual, (V) Del avalúo de los daños, (VI) De la responsabilidad administrativa por violación a normas de marina mercante y, por último, (VII) De las conclusiones.

I. De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado

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

Los siniestros marítimos, traen consigo una complejidad en su naturaleza, y dos aspectos muy importantes cuando se trata de estos, es la relación directa que tiene con la seguridad de la vida humana en el mar y la prevención de la contaminación del medio marino¹, por el otro, los elementos requeridos para la correcta navegación.

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,

El artículo 26 del Decreto 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 –haciendo referencia al Decreto 2324 de 1984– 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)*

Del caso en estudio se concluye que la motonave "SABOR ISLEÑO", sufrió el naufragio tal y como lo indica el Técnico de Servicios, responsable de Naves Mayores en su informe de Guardia de Control, cuando iba pasando por el morro, es decir cuando se dirigía de Playa Blanca a las playas del Rodadero en la ciudad de Santa Marta, aproximadamente a las 15:40 horas del día 6 de enero de 2017. Lo anterior se confirmó por medio de los testimonios recibidos momentos después del accidente, encontrando también que la motonave navegaba con un sobrecupo de tres (3) pasajeros.

Del material probatorio que reposa en el expediente, este Despacho comprueba la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO"; ocurrido el día 6 de enero de 2017, en virtud del literal a) del artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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

A través de la Ley 8ª de 1980, Colombia 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, así como su Protocolo de 1978 y la autorización expresa de su adhesión.

Al aprobar la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar SOLAS, el ordenamiento jurídico se comprometió a cumplir las disposiciones contenidas en la misma, especialmente las que tienen que ver con *"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.

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 (...)"*.

En su objeto principal, el SOLAS expuso que:

"Los estados de abanderamiento son responsables de asegurar que los buques que enarbolan 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) (ursiva fuera de texto).

De otra parte, se debe 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, de la cual sólo le es dable exonerarse de responsabilidad por intervención de uno de los siguientes eventos:

1. *Caso fortuito o fuerza mayor*
2. *El hecho de un tercero*
3. *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).

De acuerdo con lo anterior, 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 consecuencias².

III. Del estudio probatorio del caso en concreto

Conforme lo anterior, y respecto a la declaratoria de exoneración de responsabilidad realizada en la decisión de primera instancia, se estima pertinente realizar el siguiente análisis, conforme las pruebas obrantes en el expediente:

Respecto a la ocurrencia del siniestro marítimo, la señora NASLY MARÍA MAEJÍA SARMIENTO, en calidad de testigo de los hechos (folio 12) afirmó lo siguiente:

"(...) Yo ingreso a una lancha que va a playa blanca, me monto en la lancha de nombre NIÑA DAVIS, manejada por el señor EDILBERTO y un muchacho que le dicen CAROLO, cuando vamos por el morro dice CAROLO se está hundiendo una lancha, pero no sabíamos cuál era, más adelante dice EDILBERTO es BUCHITO, cuando yo voy en la lancha va una lancha de acuario pero yo no veo que la lancha va a velocidad porque inclusive hizo conversa con nosotros, cuando ya acercamos

² Código Civil Anotado, editorial LEYER - Decimoprimera edición, página 50-51.

la lancha que se estaba hundiendo era la lancha que maneja WILSON, cuando me dice que es BUCHITO él es sobrino mío y le pido al señor EDILBERTO que se acerque a la lancha, me lanzo al agua para ayudarlo, en ese momento el señor EDILBERTO tira unas bollas (sic) y ayudamos a los señores que estaban en el agua, ya alrededor habían varias lanchas ayudando, hasta ahí ayude a los pasajeros que estaban, y el señor EDILBERTO ayudó a subir los pasajeros y hubieron (sic) varias lanchas alrededor a subir a los turistas" (cursiva fuera de texto).

"En plena temporada forzan van a mucha velocidad y hace olas que hacen que uno se mueva demasiado. Eso pasó como a las 3:45-4 de la tarde" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a cómo eran las condiciones meteorológicas al momento de la ocurrencia del naufragio, anotó:

"El mar estaba bien, estaba calmado, muchas lanchas hacen olas y pasan a gran velocidad, no estaba lloviendo estaba soleado, viento normal.

Respecto a si observó el momento preciso en el que ocurrió el naufragio, dijo:

"No, yo voy del rodadero a playa blanca y voy hablando con los capitanes, pongamos una distancia de 50 metros dice el muchacho CAROLO, se está hundiendo una lancha (...)" (cursiva fuera de texto).

Referente a si conoce las causas que ocasionaron el naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO", expuso:

"Escuché que había pasado una lancha del acuario a velocidad alta y había ocasionado eso" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a la hora que tuvo conocimiento del naufragio, o que llegó al lugar de los hechos, informó:

"Más o menos a las 3:45 porque cuando yo me entero que es mi sobrino que se está hundiendo yo llamo a mi esposo y observo la hora" (cursiva fuera de texto).

Teniendo en cuenta las respuestas dadas anteriormente por la señora NASLY MARÍA MAEJÍA SARMIENTO, en dicha audiencia, el señor JUAN HUMBERTO MARENGO BRUGES, apoderado de los señores OSCAR ANTONIO RAMIREZ FRANCO y la señora SORAIDA DEL CARMEN CARDONA JIMENEZ, pasajeros de la motonave "SABOR ISLEÑO", solicitó información sobre el número de personas que naufragaron en dicha embarcación:

"No sé, solamente había una niña que lloraba y un señor que decía que ayudaba (sic) a su esposa que estaba más nerviosa" (cursiva fuera de texto).

En la misma audiencia, el señor JEFFERSON RAÚL ANAYA PEÑA, en calidad de testigo del hecho sucedido el 6 de enero de 2017, referente a los hechos, afirmó:

"El día del naufragio me contaba (sic) en las instalaciones del acuario, me dicen unos turistas y unos empleados del acuario que se había volteado una lancha, miro a verificar y si estaba una lancha hundida, había otra lancha en el acuario que le pido el favor que me llevara al sitio de los hechos, la lancha LA SAMARITANA, al llegar al sitio verifico donde está la gente de la lancha y me manifestaron que ya otras lanchas las habían sacado y que las estaban llevando al rodadero, procedo a llamar por vía telefónica a guardacostas, de ahí hacia el rodadero a verificar todos los turistas si estaban todos bien(...)" (cursiva fuera de texto).

Referente a si tiene conocimiento de personas muertas, heridas u objetos personales perdidos o dañados con ocasión al siniestro, dijo:

"Heridas ninguna, sólo daños psicológicos ya que habían menores de edad y las señoras se habían preocupado por los niños, ya que unas familias se tuvieron que dividir unos llegaron a la parte sur y otros a la parte norte del rodadero" (...).

"Sí. La gente me manifestó que habían perdido celulares y bolsos de mano, de igual forma cuando llegué al sitio habían flotando bolsos y sandalias" (cursiva fuera de texto).

Respecto a las causas que originaron el siniestro, de acuerdo a su opinión, dijo:

"La verdad hay muchas versiones que dice la gente. No soy perito para afirmar la causa del hundimiento, unos testigos dicen que fue un yate de color blanco paso por el frente de la lancha que dejo una estela grande la cual la lancha se vio para un lado y la de taxi marino por otro lado y la verdad no se cual estela causó el hundimiento, igual con las dos personas que me entreviste en el rodadero, uno me afirmaba que una lancha era blanca y el otro que una lancha amarilla" (cursiva fuera de texto).

La abogada LUZ MARINA IGLESIAS GUTIÉRREZ, en calidad de apoderada de la empresa TAXI MARINO, ACUARIO Y MUSEO DEL MAR, le preguntó cuántas personas venían en la motonave "SABOR ISLEÑO" y respondió lo siguiente:

"Cuando estábamos ahí el suboficial Rafael Torres, él le hizo la pregunta a los que venían en la lancha familia por familia cuantas personas venían por familia, era un total de 21 personas, contando niños y adultos. Cuando el suboficial estaba realizando el procedimiento el verificó los documentos y él le dijo que la capacidad de la lancha era para 18 personas, no los vi, los vio el suboficial Torres" (cursiva fuera de texto).

Referente a si vio la lancha "CAPI 2", en el lugar del naufragio, respondió:

"No" (cursiva fuera de texto).

El señor JORGE IVÁN SÁNCHEZ LÓPEZ, en calidad de apoderado del señor YAMIL PINTO VERGARA, propietario de la motonave "SABOR ISLEÑO", teniendo en cuenta respuestas anteriores del señor JEFERSSON, le pregunta mediante que dictamen determina que los turistas sufrieron daños psicológicos, a lo que responde:

"Por la angustia, llanto los niños estaban temblando, la furia que tenían los caballeros, más que todo los niños porque temblaban" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a los elementos perdidos que reportaron los turistas, tiene conocimiento si fueron rescatadas y entregados a estas personas, expuso:

"En el momento del siniestro se recuperaron unas cosas, al día siguiente mandaron unos buzos a verificar que cosas se habían quedado en el mar, ellos llegan con unas cosas pero no sé si se recuperaron la totalidad de las pertenencias ya que los turistas no se encontraban al momento de que los buzos llevaron los elementos que encontraron" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a si le consta el número de tripulantes que venían abordo de la motonave, indicó:

"De asegurar ellos se pusieron a contar cuantas gentes venían por familia, sumaba 21, lo ratificó el suboficial 2 veces, la documentación de la lancha no la vi el suboficial Torres fue el que pidió los documentos de la embarcación" (cursiva fuera de texto).

En la audiencia del día 18 de abril de 2017, el señor ASNALDO ENRIQUE DIAZGRANADOS FERNÁNDEZ, en calidad de testigo de los hechos, en cuanto a la ocurrencia de los hechos, expone:

"Yo venía del despacho sur oséa del rodadero santa marta en la lancha JHON DANIEL, cuando yo voy por el morro del rodadero la lancha EL CAPI2 me paso al frente como a seis metros cuando veo que la lancha que estaba adelante la lancha el CAPI la hundió y me tocó recoger la gente y como vi fue a los niños, habían varias pero le di prioridad a los niños pero la que hundió fue el CAPI, las olas del CAPI la hundieron, el testigo clave soy yo, eso fue lo que pasó, no hay decir más nada, después recogí a la gente y las lleve al despacho sur rodadero, 13 personas, y después me regresé a recoger mi viaje" (cursiva fuera de texto).

Respecto a las condiciones meteomarinas al momento de la ocurrencia del naufragio de la motonave "SABOR ISLEÑO", indicó:

"Estaba completamente calmo, no había olas no había nada, había buen tiempo, estaba despejado" (cursiva fuera de texto).

En la misma audiencia, el señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, en calidad de Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", en cuanto a los hechos, expuso:

"Salgo de playa blanca hacia el rodadero llevaba en total 15 adultos y varios niños, por momento la marea y todo estaba bien ese día, ya iba llegando casi al morro, cuando viene la lancha el CAPI 2, viene del rodadero hacia playa blanca la lancha me pasa cerca provocando una ola grande, al cual intente acelerar y esquivarla pero la ola alcanzó a meterse a la lancha, luego se metió otra, y cuando el agua estaba dentro de la lancha, eso fue lo que provocó la hundida, cuando quise ver ya estaba hundido, de ahí cuando estoy hundido, estoy debajo de la lancha, y quedo debajo de la cámara de aire, empecé a sacar los pasajeros debajo de la lancha y observé que el CAPI 2 se alejaba, pensé que se iba a cercar"

a auxiliarme ya que era la que estaba más cerca de mí, creo que no se dio cuenta porque no regreso, luego me enfoque en los pasajeros que estaban debajo, cuando llegó el compañero, él fue el que me auxilió, sacando los niños y los pasajeros, luego de ese momento, después que él se va llegaron más lanchas, habían lanchas de casa linda y de la cooperativa y sólo había una de TAXI MARINO, creo que era el CAPI 3 (...) (cursiva fuera de texto).

De acuerdo a la cantidad de pasajeros que llevaba a bordo de la motonave "SABOR ISLEÑO", dijo:

"15 adultos, creo que habían 3 niños mayores de 4 años, y había otro que estaba entre los 2 y tres años, había otra niña pero no sé qué edad puede tener, esos eran todos los turistas que llevaba" (cursiva fuera de texto).

Referente a la velocidad que llevaba aproximadamente al momento del siniestro, informo:

"Iba a tres cuartos de máquina, eso no es ni rápido ni duro, iba un poquito rápido ahí, normal, nosotros no podemos navegar tan despacio porque el turista se molesta, pero tampoco tan deprisa" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a cuales fueron las causas que originaron naufragio, indicó:

"Se aproximó la nave EL CAPI 2 a una corta distancia y venía muy rápido a demasiada velocidad, y todo fue como de sorpresa ese fue la razón, venía muy rápido y paso cerca, como el venia saliendo de la curva saliendo del morro, eso le pasó, esas para mi fueron las causas" (cursiva fuera de texto).

Respecto a las condiciones meteomarinas el día de los hechos, afirmó:

"Estaba haciendo sol, el mar estaba calmo y soplabo un poquito de brisa" (cursiva fuera de texto).

El señor MOISES QUINTERO CALDERÓN, en calidad de Capitán de la motonave CAPI 2, en cuanto a los hechos, dijo:

"El día 6 de enero yo me encontraba retornando del rodadero a playa blanca más o menos de 4 a 4 y 5 mi auxiliar y mi persona, íbamos vacío, por el morro iba la lancha NIÑA DAVIS, operada por el señor EDILBERTO PERTÚZ, también se encontraba la señora que vino de testigo la señora NASLY, iban suave hablamos y le dije EDILBERTO hasta ahora almorzando y el me respondió que sí que había habido mucha gente, sigo para playa blanca y para el acuario, cuando estoy en playa blanca por el canal 16, una embarcación llama a control de tráfico marítimo, entonces ese canal está en todas las lanchas, y le dice que se hundió una lancha en playa blanca y comenzaos a mirar, responde tráfico que se pase al canal 12, me paso al canal 12, detrás de mí hay una embarcación que se llama TRITON, operada por el señor EUSEBIO, entonces le digo que vaya a verificar lo que estaba diciendo en el radio" (...).

"(...) y me dice que estaban gritando que había sido la embarcación CAPI 2, la información me la dicen y yo le respondo que yo estoy escuchando por el radio marino donde están reportando a control el tráfico que se está hundiendo una

embarcación entre el morro y playa blanca y en ese momento yo estoy esperando que termine de cargar escalera para yo ingresar y el compañero CRISTIAN operando EL CAPI 5, se encuentra de frente con el naufragio, porque el viene lleno de playa blanca hacia el rodadero, como es posible que una lancha si voy vacío de rodadero hacia playa blanca la ola que hace la embarcación que yo llevo va a golpear la otra embarcación en el costado, los comentarios que dicen que la embarcación que llevo operando fue causante que se hundiera porque la ola le entro por proa, si la ola le entra por ese lado, mi dirección no sería playa blanca sino el acuario (...) (cursiva fuera de texto).

Referente a la velocidad que llevaba al momento de la navegación, dijo:

"Como 3000 revoluciones, es suave porque yo iba conversando con la nave NIÑA DAVIS de EDILBERTO. Pasé a 7 metros de la nave "SABOR ISLEÑO" (cursiva fuera de texto).

Conforme a la respuesta anterior, se le solicitó al señor MOISES QUINTERO CALDERÓN que indicara si era una distancia prudente para sobrepasar a otra nave, a lo que respondió:

"A la velocidad que iba yo si es segura, es suave" (cursiva fuera de texto).

En cuanto a la hora de llegada a playa blanca de la motonave "CAPI 2", dijo:

"a las 4:15-4:20 ya salí porque cuando yo llegué al naufragio ya no había nada, habían sacado los turistas" (cursiva fuera de texto).

Teniendo como fundamento las declaraciones rendidas por los Capitanes de las motonaves, los testigos de los hechos, tanto pasajeros como observadores de otras motonaves, este Despacho evidencia la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio acaecido en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.

Analizando las declaraciones bajo gravedad de juramento que rindió el Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", se extrae que la causa del ingreso de agua a la motonave fue producto de un tercero. Las dos olas producidas por la embarcación que pasó muy cerca de la motonave siniestrada generaron que esta recibiera agua y la maniobra para contrarrestar esta situación no fue positiva, pues los movimientos a causa de la entrada de agua y el peso de los pasajeros, origino que la motonave se volcara y al tiempo se hundiera, generando así el naufragio en estudio.

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 (...)" (cursiva fuera de texto).

"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" (cursiva fuera de texto).

"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 al siniestro, pues el acercamiento de la otra motonave ocurrió de un momento a otro siendo imprevisible por parte del Capitán de la motonave.

Respecto a la existencia del presente siniestro de naufragio, este fallador hace especial mención que el gobierno y la dirección de la nave se encuentran en cabeza del Capitán tal y como lo establece el artículo 1495 del Código de Comercio.

La seguridad de la navegación y de los pasajeros estuvo en riesgo por causa del actuar de una persona externa sin identificar, situación que fue asumida con rapidez por parte del Capitán y el ayudante, con el apoyo de otras personas y sus lanchas que estuvieron prestas a colaborar, permitiendo el rescate a los naufragos evitando y pérdidas humanas.

Queda claro que el Capitán cumplió algunas de sus obligaciones, tal y como lo estipula el Código de Comercio en el:

"ARTÍCULO 1501. FUNCIONES Y OBLIGACIONES DEL CAPITÁN. *Son 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; (...) 8) Emplear todos los medios a su alcance para salvar la nave, cuando en el curso del viaje ocurran eventos que la pongan en peligro, aún mediante el sacrificio total o parcial de la carga o el daño parcial de la nave, si, previo concepto de la junta de oficiales, fuere necesario; pero no podrá contratar el salvamento sin autorización expresa del armador (...)*" (cursiva fuera de texto).

Se evidencia que el Capitán hizo lo que estaba a su alcance para minimizar el riesgo frente al siniestro que fue imprevisible e impredecible para él, debido a la intervención de un tercero.

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

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

1. El hecho generador del siniestro objeto del asunto sub examine fue el ingreso de agua por efecto de la ola generada por la lancha de un tercero que navegó cerca y generó el volcamiento y hundimiento, pese a que se trató de contrarrestar esta situación.
2. En el presente caso, el señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, en su condición de Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", no puede sufrir los efectos jurídicos que se derivan del ejercicio de su actividad de navegación, toda vez fue un hecho repentino.
3. Se logró demostrar que el naufragio sucedió por un evento ajeno a la voluntad del Capitán y al ejercicio de sus funciones, la cual se evidencia que fue un hecho completamente imprevisible para él, que es sobre quién recae toda la responsabilidad de lo que pueda suceder con la motonave a su mando.

Así las cosas, y basados en lo que dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 27 de febrero de 2009, este Despacho puede concluir 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 configurar un caso fortuito o fuerza mayor, 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 "[] (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

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

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 "SABOR ISLEÑO", razón por la cual este fallador confirmará la declaratoria de exoneración de responsabilidad determinada por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

V. Del avalúo de los daños.

En cuanto a este acápite, es menester anotar que el fallador de primera instancia se abstuvo de pronunciarse sobre el avalúo de los daños, pues no obra en el expediente prueba contundente que acredite los daños causados al señor Oscar Antonio Ramirez Franco y la señora Soraida del Carmen Cardona, en calidad de pasajeros afectados en el naufragio. Atendiendo a que en el grado jurisdiccional de consulta existe imposibilidad jurídica para decretar y practicar pruebas, citar a las partes, por cuanto se debe emitir una decisión de plano, este Despacho se abstendrá de referirse al respecto.

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

Finalmente, este Despacho encuentra que hubo violación a normas de Marina Mercante. Al respecto, el fallador de primera instancia responsabilizó al señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, en calidad de Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", por transportar pasajeros excediendo la capacidad autorizada en la matrícula. Por tal razón, el Despacho acogerá y respaldará la decisión emitida por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

VII. De las conclusiones

En definitiva, se encuentra que en el presente siniestro marítimo de naufragio intervino de manera determinante el actuar de un tercero, situación ajena al Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", pues otra lancha que pasó muy cerca generó un alto oleaje permitiendo que ingresara agua a la motonave. El Capitán realizó una maniobra tendiente a evitar el hundimiento, pero no fue posible, de tal manera que los pasajeros cayeron al mar, siendo rescatados por otras lanchas.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, considera el Despacho que en los hechos acaecidos el día 6 de enero de 2017, se encuentra probatoriamente fundamentada la exoneración de responsabilidad civil del señor WILSON ENRIQUE FARACO MANGA, en su calidad de Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", en el siniestro marítimo de naufragio. Razón por la cual se acogerá lo dispuesto por el A quo, confirmando la sentencia del 28 de marzo de 2018 proferida por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

En mérito de lo expuesto, el Director General Marítimo,

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

227

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- CONFIRMAR en su integridad el fallo de primera instancia proferido el día 28 de marzo de 2018 por el Capitán de Puerto de Santa Marta, con fundamento en la parte considerativa de éste proveído.

ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, el contenido de la presente decisión al señor **WILSON ENRIQUE FARACO MANGA**, en calidad de Capitán de la motonave "SABOR ISLEÑO", y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

22 MAR 2019



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