

24 ENE 2013

Procede el Despacho a resolver en vía de consulta el fallo de primera instancia del 29 de septiembre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena, dentro de la investigación por siniestro marítimo de encallamiento de la motonave "MIRIAM", de bandera Antigua y Barbuda, ocurrido el 1° de septiembre de 2006, previos los siguientes:

#### ANTECEDENTES

1. Mediante nota de protesta presentada el día primero (01) de septiembre de 2006 por el señor YURIY GAVLYTSKY, identificado con pasaporte No. AH 591348, de nacionalidad ucraniana, capitán de la motonave "MIRIAM" de bandera Antigua y Barbuda, se puso en conocimiento al Capitán de Puerto de Cartagena, que el día 1° de septiembre de 2006 la citada nave encalló a la altura del bajo Salmedina en la posición Lat. 10°26.6 N y Log. 075° 42.8 W.
2. El día primero (01) de septiembre de 2006, el Capitán de Puerto de Cartagena emitió auto de apertura de investigación por siniestro marítimo, decretando y ordenando la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.
3. Teniendo en cuenta las pruebas debidamente practicadas y allegadas a la investigación, el Capitán de Puerto de Cartagena profirió fallo de primera instancia el día veintinueve (29) de septiembre de 2008, en el cual declaró la culpabilidad y responsabilidad del señor YURIY GAVLYTSKY capitán de la motonave "MIRIAM".
4. Al no interponerse recurso en contra del citado fallo en el término legalmente establecido, el Capitán de Puerto de Cartagena envió el expediente a este Despacho en vía de consulta, conforme a lo establecido en el artículo 57 del decreto Ley 2324 de 1984.

#### ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

#### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con los límites establecidos en la Resolución DIMAR No. 0825 de 1994, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

Así mismo, en virtud del Título IV del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 8°, del artículo 8°, del Decreto 1561 de 2002, el Capitán de Puerto es competente para adelantar y fallar la presente investigación.

#### PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Cartagena, practicó y allegó las pruebas listadas en los folios 87 al 89 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

## DECISIÓN

El día veintinueve (29) de septiembre de 2008, el Capitán de Puerto de Cartagena conforme a las pruebas documentales, periciales, testimoniales y de declaración de parte debidamente practicadas en la correspondiente investigación, emitió fallo de primera instancia, en el cual se declaró la culpabilidad y responsabilidad del Señor YURIY GAVLYTSKY, capitán de la motonave "MIRIAM" por falta de diligencia, cuidado y por inobservancia de las más elementales normas de marina mercante que se deben aplicar durante la navegación y/o durante la entrada a puerto (folio No. 89), conforme a lo establecido en el artículo 48 del Decreto Ley 2324 de 1984.

## CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 6º, artículo 2, del Decreto 1561 de 2002, esta Dirección General es competente para conocer en consulta investigaciones por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 2324 de 1984.

Debe aclararse a su vez, que las decisiones de la Autoridad Marítima dentro de investigaciones por siniestro marítimo son sentencias extrañas al control de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y prestan mérito ejecutivo, en virtud de las funciones jurisdiccionales consagradas en el Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con el artículo 116 constitucional.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta No. 1605 del 4 de noviembre de 2004, indicó lo siguiente:

*"- El Capitán de Puerto, en primera y el Director Marítimo, en segunda instancia, tienen la calidad de jueces frente a las controversias cuyo conocimiento avoquen en razón de un siniestro o accidente marítimo, en la medida, en que la Carta permite, como ya se vió, el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales.*

*Si bien es cierto, en las investigaciones por siniestros marítimos la autoridad marítima debe analizar, en cada caso, si se trasgredió alguna norma de tráfico o de seguridad marítima, también lo es, que el fin de la investigación no es sólo determinar las normas trasgredidas y sancionar por ese hecho, sino declarar la culpabilidad y responsabilidad civil extracontractual que les cabe a quienes intervinieron en el accidente o tienen su tutela jurídica (armador, propietario, etc)." (Cursiva fuera del texto)*

El citado criterio ha sido reiterado en pluralidad de decisiones adoptadas por la misma Corporación como las siguientes: Auto del 12 de febrero de 1990, expediente No. 227, Actor: Sermar Ltda, Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez; Auto del 14 de febrero de 1990, expediente No. 209, Actora: Remolques Marítimos y Fluviales, Consejero Ponente: Luis Antonio Alvarado Pantoja; Auto del 14 de marzo de 1990, expediente No. 521, Consejero Ponente: Samuel Buitrago Hurtado; Auto de 9 de mayo de 1996, expediente No. 3207, Actora: Flota Mercante Gran

Colombiana, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez; y sentencia del 26 de octubre de 2000, proferida por la Sección Primera, expediente No. 5844.

La misma posición ha sido acogida por la Corte Constitucional en sentencia C-212 de 1994, al analizar la constitucionalidad del Decreto Ley 2324 de 1984.

#### CASO CONCRETO

En consonancia con el acervo probatorio que reposa en el expediente de la referencia, se pueden colegir como circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el siniestro acaecido el primero (01) de septiembre de 2006, las siguientes:

- Que el día primero (01) de septiembre de 2006, el capitán de la motonave "MIRIAM", de bandera Antigua y Barbuda señor YURIY GAVLYTSKY, identificado con pasaporte No. AH 591348, de nacionalidad ucraniana, presentó ante la Capitanía de Puerto de Cartagena nota de protesta en la cual puso en conocimiento la ocurrencia de un encallamiento, acontecido el mismo día, durante la navegación entre el puerto de Barranquilla (lugar de zarpe) y Cartagena, a la altura de Salmedina en posición Lat.10° 26.6 N y Long. 075° 42.8 W. (folio No. 7).
- En la declaración de parte practicada el día dos (02) de septiembre de 2006 en la primera audiencia de investigación (folio No. 13), el capitán de la motonave "MIRIAM" señor YURIY GAVLYTSKY, declaró y confesó lo siguiente: "(...) *Nadie es perfecto, yo no soy perfecto yo pienso que este incidente fue un error humano y todos cometemos errores (...).* (Subrayado y cursiva por fuera de texto).
- De otra parte, se hace necesario precisar que en el informe pericial (Folio No. 27) rendido por el señor FABIO ZAMORANO BETANCOURT, Perito Buzo N° 12.906.168, se verificaron los hechos objeto de investigación, concluyendo en el referido lo siguiente : "(...) *Por lo evidente de las irregularidades de la pintura en las tarcas del fondo se confirma que el buque toco fondo con suelo semiduro que no deformó o rompió pero si rasgó y quitó la pintura lo cual permite determinar que no hubo daños estructurales visibles, por lo tanto concluimos que con visión submarina se puede autorizar a la moto nave continuar con sus actividades normales marítimas (...).*" (Cursiva por fuera de texto)

Atendiendo los hechos anteriormente esbozados, los cuales fundamentan las pruebas practicadas en debida forma, se tuvo que el fallador de primera instancia en la parte resolutive del fallo declaró responsable del siniestro de encallamiento al señor YURIY GAVLYTSKY, capitán de la motonave "MIRIAM".

De esta forma, se ha de señalar que las consideraciones de hecho y de derecho que infirieron directamente en el fallo de primera instancia, radicarón en la actuación negligente del capitán de la nave, que teniendo todos los medios e instrumentos necesarios a bordo para la efectiva navegación, incurrió en errores humanos que colocaron en peligro la seguridad de la nave, transgrediendo así sus funciones y obligaciones legales (numeral 2, artículo 1501 Código de Comercio).

En cuanto a los puntos sustanciales del fallo objeto de consulta, este Despacho considera loable y pertinente precisar los aspectos relacionados con los regímenes de responsabilidad civil extracontractual desarrollados por el Código Civil y por la Jurisprudencia Nacional. Es por ello, que al referirse a la actividad de la navegación, ha de señalarse que la Jurisprudencia y la Doctrina ha enmarcado dicha actividad en aquellas actividades peligrosas, es decir, "aquellas que una vez desplegadas, su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente están en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente" (Tamayo, 2007, pág. 935).

Esta actividad peligrosa se circunscribe al régimen de responsabilidad objetiva, donde el factor culpa no es controvertible, por cuanto se presume la misma.

No obstante a ello, la jurisprudencia ha establecido que cuando se comete una falta ocasionada por una actividad peligrosa, el agente infractor podrá exonerarse probando alguna causa extraña (Caso fortuito o fuerza mayor, Culpa exclusiva de la víctima, Hecho de un tercero).

Con relación a lo anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de octubre de 1999 dijo:

*"(...) la fuente positiva de esta teoría se localiza en el artículo 2356 del C. Civil, cuyo texto permite presumir la culpa en el autor del daño que a su vez genera la actividad peligrosa, sin que ello implique modificar la concepción subjetiva de la responsabilidad, pues aún dentro del ejercicio de la actividad peligrosa ésta se sigue conformando por los elementos que inicialmente se identificaron, pero con una variación en la carga probatoria, porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario."* (Cursiva y negrilla fuera del texto).

En el sub iúdice sujeto a consulta, se hace necesario precisar que la actividad peligrosa desarrollada por el capitán de la nave, es de carácter personal.

No obstante a que dicha responsabilidad se encuentra ligada a la actividad peligrosa mencionada, es menester dilucidar que la misma también involucra la obligación por el hecho ajeno, denominado como "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando", en virtud de la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio.

En cuanto a ello, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia C-1235 de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, proscribe:

*"(...) Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) o al vigilar (in vigilando) a las personas por las cuales se debe responder. También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado (...)"* (Subrayado y Cursiva por fuera de texto).

Es por lo anterior, que a pesar de que en el momento en que ocurrió el siniestro la nave se encontraba bajo el mando del segundo oficial ROBERTO ALIMENTO (Folio No. 13), la responsabilidad recae única y exclusivamente en la persona que ejerce la autoridad legal sobre él y sobre la nave, es decir, sobre el capitán señor YURIY GAVLYTSKY.

Por lo tanto, se hace pertinente esclarecer y concretar por este Despacho, que la responsabilidad que se encauza a cargo del capitán de la nave "MIRIAM", se da en virtud de la convergencia de dos regímenes de la responsabilidad civil extracontractual, el primero de ellos relacionado con la actividad peligrosa que envuelve el acto de la navegación, y el segundo concerniente a la responsabilidad por el hecho ajeno, en el entendido del cometido que tiene quien ejerce un rol de autoridad y gobierno sobre la tripulación y la nave.

Siendo así, cabe aclarar que en estos dos sistemas de responsabilidad civil extracontractual desarrollados por la Jurisprudencia Colombiana, el factor culpa se presume.

Dicha situación entraña en materia probatoria un traslado de la carga de la prueba, rompiendo de esta manera la regla general consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que predica: "(...) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)", aplicándose así los postulados del artículo 176 del mismo Código, que establece: "(...) El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario (...)" (Cursiva por fuera de texto).

Por otra parte, este Despacho considera que las pruebas debidamente practicadas en la investigación son suficientes para endilgar la responsabilidad del siniestro de encallamiento al señor YURIY GAVLYTSKY, capitán de la nave "MIRIAM", por cuanto, en la declaración rendida por él se puede evidenciar la confesión de haber cometido un yerro en el gobierno de la nave, además de la falta de coordinación con el segundo oficial, quien se encontraba en el puente de mando cuando ocurrió el siniestro. (Folio 12-14).

Dicha confesión del capitán no fue desvirtuada por ninguna otra prueba obrante en el expediente, lo que la hace procedente y fundamental para la decisión del fallador de primera instancia. (Artículo 174 y 200 CPC)

Consiguientemente, el informe pericial rendido por el Perito Buzo FABIO ZAMORANO BETANCOURT y las demás declaraciones expuestas por la tripulación de la nave, entre las cuales se trae a colación la del segundo oficial señor ROBERTO ALIMENTO, quien afirmó: "(...) no sé si pudo haber sido un error del giro o del buque ..., llevo cuatro meses en el barco y cada quince días estamos en Cartagena (...)", corroboraron que el buque se encontraba en perfectas condiciones de navegabilidad y que la causa eficiente del siniestro se debe al error humano del capitán, quien ostentaba la potestad de mando y gobierno de la nave.

De esta manera, se percibe por este Despacho que el encallamiento hubiese podido evitarse si el capitán hubiese cumplido eficientemente con su función de gobierno y autoridad de la nave. No siendo así, se hizo ostensible la falta de diligencia y cuidado en el mando de la misma.

## AVALÚO DE LOS DAÑOS

Con relación al avalúo de los daños, se puede evidenciar que no obra dentro del expediente de la referencia prueba en la cual se relacionen los eventuales daños ocasionados con el siniestro. De igual forma, se denota ausencia de intervención formal de un tercero tendiente a reclamarlos, lo que implica que este Despacho se abstenga de pronunciarse al respecto.

## VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

Frente a la violación de las normas de la Marina Mercante, se hace preciso acotar que en cumplimiento del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que el fallador de primera instancia no se pronunció sobre ello, este Despacho también se abstendrá de preceptuar al respecto.

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

## RESUELVE

**ARTÍCULO 1º.- CONFIRMAR** en su integridad el fallo de primera instancia del 29 de septiembre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR** personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Cartagena el contenido del presente fallo al señor YURIY GAVLYTSKY, identificado con pasaporte No. AH 591348, de nacionalidad ucraniana, capitán de la motonave "MIRIAM", y a la agencia marítima FRONTIER AGENCIA MARÍTIMA DEL CARIBE LTDA., representada judicialmente por la apoderada doctora BLANCA VERGARA DE VÉLEZ 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 Cartagena, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

**ARTÍCULO 4º.- COMISIONAR** al Capitán de Puerto de Cartagena, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase.

24 ENE. 2013

  
Contralmirante ERNESTO DURÁN GONZÁLEZ  
Director General Marítimo