

Procede el Despacho a resolver en vía de apelación el recurso interpuesto por el doctor ANTONIO MANUEL CUETO AGUAS, apoderado de la tripulación de la motonave "LA NIÑA No. 1", en contra del fallo de primera instancia del 08 de octubre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Barranquilla, dentro de la investigación por siniestro marítimo de naufragio ocurrido el 11 de febrero de esa anualidad, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. El 11 de febrero de 2008, la motonave "LA NIÑA No. 1", que se encontraba regresando de faena de pesca, al mando del señor GUSTAVO DE ÁVILA BOLÍVAR, cuando ingresó por el canal de la desembocadura del río Magdalena fue sorprendida por dos olas; la primera le rompió la caña del timón, quedando sin control y a merced de la segunda que la arrolló y partió la cabina de mando ocasionando el naufragio de la misma.
2. Al día siguiente de los hechos, el Capitán de Puerto de Barranquilla profirió auto de apertura para la investigación del siniestro marítimo de naufragio, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.
3. El 08 de octubre de 2008, el Capitán de Puerto emitió fallo de primera instancia mediante el cual declaró que el naufragio ocurrido el 11 de febrero del mismo año, que produjo la pérdida total de la motonave "LA NIÑA No. 1", fue causa de un caso fortuito y consecuentemente no halló violaciones a las normas de Marina Mercante.
4. El 27 de octubre de 2008, el doctor ANTONIO MANUEL CUETO AGUAS presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del fallo de primera instancia emitido el 08 de octubre de esa anualidad. Frente a esto el Capitán de Puerto de Barranquilla confirmó el recurso de reposición y concedió la apelación ante el Director General Marítimo.

ACTUACIÓN DEL CAPITÁN DE PUERTO DE BARRANQUILLA

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2º 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 Barranquilla.

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

PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Barranquilla, practicó y allegó las pruebas enlistadas del folio 131 a 141 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

DECISIÓN

El Capitán de Puerto de Barranquilla con fallo de primera instancia, fechado del 08 de octubre de 2008, declaró que el naufragio ocurrido el 11 de febrero del mismo año a la motonave "LA NIÑA No. 1", se presentó por caso fortuito el cual dio como resultado la perdida total de la misma.

Con base en lo anterior, observó que no existió violación a las normas de la Marina Mercante.

FUNDAMENTOS DEL APELANTE

Del recurso de apelación interpuesto por el doctor ANTONIO MANUEL CUETO AGUAS, apoderado de la tripulación de la motonave "LA NIÑA No. 1", se pueden extraer los siguientes argumentos:

1. Yerra el Capitán de Puerto de Barranquilla al determinar que el naufragio de la motonave "LA NIÑA No. 1" fue producto de un caso fortuito, en tanto que la causa del siniestro se presentó con ocasión de la construcción de los espolones realizada por Ministerio de Transporte para la profundización del canal de acceso al puerto de Barranquilla como se demostró a lo largo de la investigación, recayendo éste en una decisión subjetiva, además de considerar que no se allegó al expediente un estudio técnico que determinara que el siniestro fue resultado de las mencionadas obras, sin embargo el dictamen pericial aportado por el perito naval RAFAEL DEL CASTILLO ROBLES tiene todo el valor legal, así como también el poder de emplear las disposiciones contenidas en los artículos 174, 175 y 180 del Código de Procedimiento Civil.
2. Otro error en el que incurrió el fallador de primera instancia consistió en que no se hizo la solicitud de vinculación a terceros, para este caso Ministerio de Transporte, como posibles responsables del siniestro de naufragio de la motonave "LA NIÑA No. 1", como lo establece el artículo 37 del Decreto 2324 de 1984, a pesar que en escrito presentado el 19 de febrero de 2008 se manifestó que:

"...obras que como es bien sabido son autorizada (sic) por el Gobierno Nacional de donde surja naturalmente la responsabilidad patrimonial de la Nación y que en nuestro criterio es quien debe responder por todos los perjuicios que se le ha (sic) ocasionado a mis vocerados".

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

La motonave "LA NIÑA No. 1", tripulada por los señores GUSTAVO DE ÁVILA BOLÍVAR (capitán), JUAN CARLOS ZUÑIGA (marinero) y NELSON RODRÍGUEZ RAMOS (marinero), se encontraba de regreso de faena de pesca y al ingresar por el canal de acceso al puerto de Barranquilla fue golpeada por dos olas.

Cuando fue alcanzada por la primera a estribor, ésta en su recorrido, rompió la caña del timón, con lo cual se queda sin control y presa de la siguiente que la arrolló rompiéndole la cabina de mando y terminando con el naufragio de la misma.

Luego del suceso, la tripulación de la nave "LA NIÑA No. 1" fue rescatada por personal de la motonave "JOHANA JUAN" quienes tardaron aproximadamente 20 minutos en poderlos sacar del agua, ya que los equipos que quedaron a flote impidieron el desplazamiento oportuno.

Para el día de los hechos, ni el IDEAM ni el CIOH reportaron mal tiempo para el área jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Barranquilla, por el contrario se informó cielo despejado y vientos de 14 a 24 nudos, según informe pericial presentado el 26 de marzo de 2008.

Frente a los anteriores hechos, el Capitán de Puerto de Barranquilla con base en el principio de la sana crítica y analizado el acervo probatorio concurrente en la investigación, consideró que no hubo elementos de juicio suficientes para determinar que la responsabilidad del siniestro ocurrido el 11 de febrero de 2008 recayera en el Misterio de Transporte por la construcción de espolones, sino que fue una situación súbita que no pudo ser prevista y que no se logró demostrar que las obras destinadas a la profundización del canal fueron la causa determinante en el naufragio de la motonave "LA NIÑA No. 1".

Ahora bien, a continuación este Despacho procederá a examinar las circunstancias que rodearon los hechos en virtud de la disposición contenida en el parágrafo del artículo 58 del Decreto Ley 2324 de 1984 y resolverá los argumentos propuestos por el apelante así:

1. La jurisprudencia en continuados pronunciamientos ha considerado que en el ejercicio de una actividad peligrosa se presume la culpa¹ de parte de quien la ejecuta, dado que es esta persona quien tiene el control en la fuente de peligro y que demostrada ésta, si

¹Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de octubre de 1999: "(...), porque demostrado el ejercicio de la actividad peligrosa ocasionante del daño, la culpa entra a presumirse en el victimario."

concomitante al despliegue de la labor se genera un daño, es su deber demostrar que tomó todas las acciones pertinentes para minimizar el riesgo o evitarlo.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación, mediante sentencia del 12 de julio de 2005, estimó que:

"(...) Es oportuno empezar por precisar que, como de antaño lo tiene definido esta Corporación, el artículo 2356 del Código Civil contempla una presunción de culpa en contra de quien despliega ciertas actividades 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 nexa causal." (Cursiva y negrilla fuera del texto).

No obstante, aterrizando el concepto al caso en estudio, para quien ejerce la navegación la presunción no es absoluta, pues se exime si se demuestra lo anterior o que en el hecho concurra el caso fortuito o la fuerza mayor.

En este orden de ideas, para que se pueda estimar que existió un caso fortuito o fuerza mayor, es necesario que se presenten los elementos constitutivos de estos eximentes de responsabilidad, los cuales la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de noviembre 1999 en Sala de Casación Civil y Agraria, magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, ha desarrollado de la siguiente manera:

a) *Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra el, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que "... cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor..."* (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63).

b) *Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito; y,*

c) *Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable, por lo que bien puede decirse, siguiendo enseñanzas de la doctrina científica inspirada a su vez en jurisprudencia federal suiza (Andreas Von Thur. Tratado de las Obligaciones. Tomo II, Cap. VII, Pág. 68), que para poder reconocer conforme a*

derecho un caso fortuito con el alcance eximente que en la especie litigiosa en estudio sirvió para exonerar de responsabilidad a la compañía transportadora demandada, ha de tratarse de "... un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía porqué tener en cuenta ni tomar en consideración..", de suerte que en sana lógica se impone concluir, siguiendo este criterio, que las fallas en el mecanismo u operación de ciertas cosas o actividades peligrosas, de cuyo buen funcionamiento y ejecución exenta de peligros es garante el empresario frente a potenciales víctimas según se dejó visto líneas atrás en la primera parte de estas consideraciones, por faltarles el requisito de exterioridad nunca pueden configurar, en la modalidad de caso fortuito o de fuerza mayor, una causa exoneratoria capaz de contrarrestar la presunción de culpa que consagra el Art. 2356 del C. Civil.
(Cursiva fuera de texto)

Observando la situación ocurrida para el día de los hechos, queda lo suficientemente claro que concurrieron los elementos configurativos del caso fortuito y de la fuerza mayor desarrollados en la jurisprudencia precedente, pues en el dictamen pericial -pág. 58- el señor RAFAEL DEL CASTILLO, en el acápite de las condiciones meteomarinadas, basado en los informes del CIOH y el IDEAM, señaló que para el 11 de febrero de 2008 el litoral Caribe presentó cielos despejados y vientos de 14 a 24 nudos.

Haciendo un análisis de los factores, no era posible que el capitán de la motonave "LA NIÑA No. 1" pudiera prever o resistir el siniestro, es más, del golpe de la primera ola se dañó la caña del timón, quedando éste sin opción de resistir y sortear la situación, pues aunque la marea en el área es la suma de varias corrientes, es una condición con la que se debe contar siempre en el ejercicio de la navegación, la forma en que se presentaron las olas causantes del naufragio no pudieron ser previstas, ya que del estado del tiempo no era factible que se presentara, tanto que el capitán con experiencia de 25 años en la labor de pesca no tuvo tiempo de reaccionar.

De igual forma, de las declaraciones tomadas en el transcurso de la investigación, en virtud del artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984, ninguno de los declarantes mencionó negligencia en el señor GUSTAVO DE ÁVILA BOLÍVAR, por el contrario, se observó un proceder diligente.

Así mismo, la documentación de la nave demuestra que ésta estaba en condiciones para realizar la actividad a la cual estaba destinada, tal como lo reafirmó el capitán en declaración del 18 de febrero de 2008 de la siguiente manera:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si antes de zarpar, ud. verificó las condiciones en que se encontraba la embarcación. CONTESTO: Antes de zarpar tenemos que verificar todo eso, que todo esté al día."

Por tanto, este Despacho considera acertada la apreciación que hizo el Capitán de Puerto de Barranquilla en estimar que el siniestro marítimo de naufragio de la motonave "LA NIÑA No. 1" fue por causa fortuita, pues del desglose de los hechos y las pruebas demuestran que así lo fue.

Así las cosas, no puede esta Dirección considerar que la construcción de los espolones por parte del Ministerio de Transporte es la causa primigenia del accidente, ya que carece de material probatorio este argumento.

Pues, para soportar tal razonamiento era primordial que se aportara un sustento técnico especializado, que efectivamente demuestre que el oleaje del área es causado por las obras.

Aunque el apelante da una apreciación importante a las declaraciones de la tripulación de las motonaves "LA NIÑA No. 1" y "JOHANA JUAN", este Despacho no deprecia lo expresado por éstos pero es claro que la determinación debe hacerse mediante un estudio, dadas las características del asunto.

De igual forma, no se le restó valor legal a las apreciaciones del señor RAFAEL DEL CASTILLO, perito naval categoría "B", puesto que a su informe se le calificó como una prueba destinada a clarificar las causas del día de los hechos, pero que este dictamen haya sido apropiado para definir si efectivamente la construcción de los espolones fue la causa material del oleaje no puede ser posible, en tanto que determinar si la marea que se produce en esa área es ocasionada por las obras del Ministerio de Transporte, debe ser precisado mediante una investigación más profunda, encaminada específicamente a esto.

Por tal motivo, el Capitán de Puerto de Barranquilla se apoyó en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que expresa:

"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba."

Y contrario a lo señalado por el recurrente, si dio correcta aplicación de los artículos 174, 175 y 180 del citado Código.

En conclusión, para esta Dirección el argumento del apelante no puede ser aceptado.

2. Con relación a la solicitud de vinculación del Ministerio de Transporte como responsable del oleaje que produjo el naufragio de la motonave "LA NIÑA No. 1" por llevar a cabo las obras de profundización, es claro que no se le puede hacer responsable de los hechos, por que no fue vinculado desde el comienzo de la

investigación, además de carecer de solidez el argumento que le atribuye la responsabilidad, pues de bulto se puede establecer que sin un estudio técnico y detallado este Despacho no puede declarar la responsabilidad.

Frente a lo anterior y para sustentar lo dicho, citamos al Dr. Jaime Azula Camacho en su obra Manual de Derecho Procesal, cuando habla de la "*intervención de un tercero de carácter principal*", éste dice que es "*permanente o con interés en la sentencia cuando el tercero, luego de comparecer al proceso, queda vinculado hasta cuando culmine normal o anormalmente*"². (Cursiva y subrayado fuera de texto).

Habiendo repasado esta doctrina, queda ilustrado que sin haber asistido al proceso no es se le puede vincular, es más incurriría la Autoridad marítima en una violación de carácter constitucional, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la cual protege el derecho al Debido Proceso, pues nadie puede ser declarado responsable sin habersele notificado y posteriormente escuchado, generándose así la nulidad de todo lo actuado, basada ésta en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que establece que:

"El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley."

Dentro de la presente investigación no se advierte ninguna solicitud formal por parte del apoderado de la tripulación de la nave "LA NIÑA No. 1" en la que manifieste su intención de llamar y hacer parte del proceso al Ministerio de Transporte, pues con la sencilla mención que hizo en escrito del 19 de febrero de 2008, de considerarlo responsable del hecho, no implica que efectivamente quiso que se le vinculara, es decir, debió el apelante solicitar formalmente la intervención del Ministerio de Transporte manifestando notoriamente su propósito.

Por las razones expuestas, esta Dirección desestima el planteamiento propuesto por el apoderado de la tripulación de la nave "LA NIÑA No. 1".

AVALÚO DE LOS DAÑOS

Con relación al avalúo de los daños, teniendo en cuenta lo estimado por el señor RAFEL DEL CASTILLO, perito naval categoría "B", determinó que el valor de la perdida total del "LA NIÑA No. 1", es de cuarenta y ocho millones cuatrocientos mil pesos (\$48.400.000) m/cte.

² MANUEAL DE DERECHO PORCESAL. Tomo II. Jaime Azula Camacho. Pág. 69. Ed. TEMIS S.A. 2000.

Lo anterior no obsta para que si un tercero lo encuentra pertinente, se adelanten las respectivas acciones ante la Jurisdicción Ordinaria, teniendo como base la declaratoria de responsabilidad establecida en este fallo.

VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

Frente a la violación a las normas de la Marina Mercante, no se observa que se haya presentado alguna infracción, en consecuencia el Capitán de Puerto de Barranquilla se abstuvo de declarar la responsabilidad y la subsecuente sanción.

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1°.- CONFIRMAR en su integridad el fallo de primera instancia del 08 de octubre de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Barranquilla, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

ARTÍCULO 2°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Barranquilla el contenido del presente fallo al doctor ANTONIO MANUEL CUETO AGUAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.126.321 de Magangué, con Tarjeta profesional No. 64.852 del C.S.J, apoderado de la tripulación de la motonave "LA NIÑA No. 1", y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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

ARTÍCULO 5°.- COMISIONAR al Capitán de Puerto de Barranquilla, 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. **28 SET. 2012**



Contralmirante ERNESTO DURÁN GONZÁLEZ
Director General Marítimo