

Procede el Despacho a resolver en vía de consulta el fallo de primera instancia del 31 de julio de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura, dentro de la investigación por siniestro marítimo de arribada forzosa de la motonave "MARY LYNN", de bandera de Colombia, ocurrido el 9 de abril de 2007, previos los siguientes:

#### ANTECEDENTES

1. Mediante protesta presentada por el señor WILSON MERO MENÉNDEZ, capitán de la motonave "MARY LYNN", se tuvo conocimiento de la presunta arribada forzosa de la citada nave al puerto de Buenaventura, jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Buenaventura. Según lo manifestado por el capitán, había zarpado del puerto de Manta-Ecuador hacia aguas internacionales el día 16 de marzo de 2007 a realizar faena de pesca de atún. Una vez con el producto de la pesca, el armador le ordenó descargar en el puerto de Buenaventura, para la COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", como base de operaciones de la motonave.
2. El 11 de abril de 2007, el Capitán de Puerto de Buenaventura dictó auto de apertura de investigación por siniestro marítimo, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.

#### 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 No. 825 DIMAR de 1994, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Buenaventura. 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 Buenaventura, practicó y allegó las pruebas listadas en los folios 82 al 86 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

## GARANTÍA

Mediante póliza de seguro de la Compañía Aseguradora de Fianzas, CONFIANZA, obrante a folio 51, la COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", garantizó el pago de los eventuales daños, perjuicios, multas y costas, dentro de la investigación por el siniestro marítimo de arribada forzosa de la motonave "MARY LYNN", ocurrido el 9 de abril de 2007, hasta la suma de tres millones de pesos m/cte (\$3'000.000).

## DECISIÓN

El 31 de julio de 2008, mediante fallo de primera instancia, el Capitán de Puerto de Buenaventura declaró como legítima la arribada forzosa de la motonave "MARY LYNN", exonerando de responsabilidad al capitán, armador y empresa afiliadora.

Así mismo, declaró como responsable por violación a las normas de la Marina Mercante al señor WILSON MERO MENÉNDEZ e impuso sanción de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, solidariamente con el armador y la COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A."

## CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 2º, artículo 2º, del Decreto 5057 de 2009, esta Dirección General es competente para conocer en consulta las 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 las investigaciones por siniestros marítimos 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 vio, el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales.*

155  
137

*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

De acuerdo al acervo probatorio obrante en el expediente, se destacan las circunstancias que rodearon la presunta arribada forzosa de la motonave "MARY LYNN" de bandera colombiana a Buenaventura el 16 de marzo de 2007, a saber:

- Conforme a la protesta presentada por el capitán WILSON MERO MENÉNDEZ, la nave zarpó el 16 de marzo de 2007 del puerto de Manta - Ecuador, con destino a aguas internacionales, para efectuar faena de pesca de atún en esa área.
- De acuerdo con el contenido del Certificado de Zarpe, expedido por la Capitanía del Puerto de Manta, República del Ecuador, el 17 de marzo de 2007, la motonave estaba autorizada para llegar a un "Puerto de Escala" definido como "Aguas Internacionales", a más tardar el 17 de marzo de 2007 a las 20:00 horas, lugar en donde comenzó a faenar.
- Cabe insistir en el hecho de que la motonave ostenta bandera colombiana y se dedica a la pesca de atún -especie altamente migratoria- y fue autorizada para pescar en aguas internacionales adyacentes a la jurisdicción marina colombiana.
- En el aludido zarpe no se determinó un puerto específico de destino.
- De acuerdo con la Resolución 1406 del 27 de junio de 2006 expedida por el INCODER como autoridad competente para otorgar permisos integrados de pesca industrial en el territorio marítimo colombiano, se advierte que a la sociedad COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", le fue expedido un permiso para su flota

- pesquera, -incluyendo entre otras a la motonave "MARY LYNN"- en el cual se precisó que su área de operaciones y puerto de desembarque son las aguas internacionales, del Pacífico y Caribe colombianos y Buenaventura, respectivamente.
- El 4 de abril de 2007, la Agencia Marítima AGROPESQUERA INDUSTRIAL BAHÍA CUPICA LTDA. C.I., dio aviso a las autoridades colombianas -Capitanía de Puerto, Das, Sanidad Portuaria e Ica- del arribo de la motonave "MARY LYNN" al puerto de Buenaventura, procedente de aguas internacionales, solicitando además la visita oficial a la misma.
  - Según lo manifestó en su declaración, el señor BLAS ALFONSO RETAMOSO INSIGNARES, representante legal de la sociedad COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", una vez la motonave terminó de llenar sus bodegas con el producto de la pesca programada, le solicitó al armador de la misma SANTIAGO URIBE FRANCO, descargarlo en el puerto de Buenaventura para lo cual dio la orden al Capitán WILSON MERO MENÉNDEZ, de modo que éste último arribó efectivamente al puerto de Buenaventura el 9 de abril de 2007.
  - Cabe anotar igualmente, que la motonave "MARY LYNN" mantiene un contrato de afiliación pesquera con la COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", como uno de los requisitos para obtener su permiso de operación pesquera, cuyos términos comerciales el armador se comprometió a cumplir.

Al respecto, acerca del siniestro marítimo de arribada forzosa, los artículos 1540 y 1541 del Código de Comercio, consagran su definición legal y alcance jurídico, así:

*"Art. 1540.- Llamase arribada forzosa la entrada necesaria a puerto distinto del autorizado en el permiso de zarpe.*

*Art. 1541.-La arribada forzosa es legítima o ilegítima: La legítima es la que procede de caso fortuito inevitable, e ilegítima la que trae su origen de dolo o culpa del capitán. La arribada forzosa se presumirá ilegítima. En todo caso, la capitanía de puerto investigará y calificará los hechos."* (Cursiva y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo manifestado por los declarantes en las actas que obran del folio 36 al 48 del expediente y que fueron incorporadas como prueba e incidieron en la decisión de primera instancia, se advierte que:

- En el zarpe otorgado a la motonave, la Capitanía de Puerto de Manta Ecuador no determinó puerto de destino, sino zona de aguas internacionales, dada la clase de pesca por realizar.
- El buque tenía las bodegas llenas de atún, cuando recibió la orden de ingresar al puerto de Buenaventura.

- Existe un contrato de afiliación pesquera de la motonave con la sociedad COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", la cual tiene instalaciones de recepción, tratamiento y comercialización de pescado, en puerto.
- Por medio de la agencia marítima Bahía Cupica, el armador avisó a la Capitanía de Puerto, al Das, a Sanidad Portuaria e Ica que la nave ingresaría al puerto de Buenaventura para descargar el producto, pues ya había concluido su faena de pesca.
- El Capitán del buque nunca argumentó como causa de su arribo a puerto que la motonave hubiera sufrido fallas mecánicas durante la faena de pesca.

Visto lo que antecede, cabe entonces formular la siguiente pregunta:

¿Por qué el fallador de primera instancia propone en el presente caso una arribada forzosa con fundamento en circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito?

Es de señalar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2356 del Código Civil y la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, la actividad marítima está catalogada como peligrosa, por lo tanto, pesa sobre el agente responsable de ejercerla, una presunción de culpa, por ser él quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, de la cual sólo le es dable exonerarse demostrando la configuración de una causa extraña.

Sobre este particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de julio de 2005, aclaró:

*"(...) Es oportuno comenzar 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).

Mediante reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor se equiparan, tanto en sus presupuestos, como en sus efectos.

En sentencia del 20 de noviembre de 1989, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte, señaló:

*"Siendo la fuerza mayor y el caso fortuito iguales, por tanto designan en un mismo e idéntico fenómeno, con iguales consecuencias jurídicas, se tiene que el hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe ser imprevisto e irresistible y estos dos caracteres deben concurrir "en conjunción imprescindible (...)"*

*Empero, el criterio más sólido y de mayor aceptación en el campo del derecho civil, es el de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor (...) la conjunción "o" empleada en la expresión "fuerza mayor o el caso fortuito", no es disyuntiva, o sea, no denota diferencia ni separa, sino por el contrario exterioriza o denota equivalencia. Y así lo ha entendido la Corte, como puede verse en fallos de 26 de mayo de 1936 (XLIII, 581) y 3 de agosto de 1949 (el. No. 2075, 585)."* (Cursiva y negrilla fuera del texto).

Y más recientemente, en sentencia del 26 de julio de 2005, esta Corporación se pronuncia en este mismo sentido:

*"Uno de los temas más sistemáticamente tratados por la jurisprudencia de la Corte, es el de la fuerza mayor o caso fortuito, en torno al cual ha delineado lo que de antaño constituye doctrina probable, edificada a partir de una definición legislativa que concibe ese fenómeno como "el imprevisto a que no es posible resistir" (art. 1º, Ley 95 de 1890).*

*Según esa doctrina de la Sala, para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito -fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediamente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora.*

*Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considerada como tal."*(Cursiva y negrilla fuera del texto).

Aunque la navegación es una actividad que comporta peligro, cabe señalar que la presunta arribada forzosa no se produjo como resultado de condiciones que encajen en los conceptos jurisprudenciales de inimputabilidad, imprevisibilidad o irresistibilidad.

En efecto, si se examinan las circunstancias como sucedieron los hechos, el cambio de destino o de ruta de la motonave "MARY LYNN" no se produjo por un hecho sobreviviente imprevisible, irresistible o inimputable para el Capitán y su tripulación, sino como resultado de la decisión del representante legal de la sociedad COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", transmitida al armador de la misma, SANTIAGO URIBE FRANCO. Este último se la retransmitió al Capitán WILSON MERO MENÉNDEZ, en el sentido de que se dirigiera a puerto -Buenaventura- a descargar el producto -Atún-.

El capitán del buque, especialmente si se trata de un atunero, está sujeto a los compromisos comerciales derivados de la actividad de pesca y de las condiciones del mercado a nivel regional donde opera, según el permiso de obtenido.

157  
139

La actividad de pesca de atún está determinada por las condiciones físicas y ambientales de esa especie en el mar (desplazamiento, zonas de alimentación, clima, corrientes, salinidad, temperatura del agua), por las características técnicas de las embarcaciones de pesca, y por las condiciones comerciales del mercado. Todo esto hace que la actividad se desarrolle de manera muy particular, lo cual exige un gran nivel de competitividad a las empresas, en cuanto a buques, tripulaciones, experiencia, aparejos, límite de las cuotas de captura, empresas de apoyo en tierra (preparación, empaque, venta y distribución del producto) y características de la pesca, lo cual se ve reflejado en los zarpes que las autoridades de puerto otorgan a los buques, particularmente en cuanto al puerto de destino y a las zonas de pesca del atún.

Considerando que en dicha actividad existe un relativo grado de incertidumbre, conocido por quienes la desarrollan y referido a cambios climáticos, bajos resultados en cantidad de captura, cambios en las reglas del mercado, falsas expectativas y demás, las personas responsables deben tomar decisiones inesperadas pero previsibles, a fin de disminuir el impacto y las consecuencias sobre su propio negocio y prepararse con medidas urgentes.

En consecuencia, no puede hablarse en este proceso de fuerza mayor o caso fortuito como fundamento para afirmar que el capitán de la motonave "MARY LYNN", cuando recibió el orden de ingresar a puerto en Buenaventura, quedó amparado en causal justificativa para calificar como legítimo el arribo forzoso y/o eximirse de responsabilidad.

Fue una orden que el capitán recibió, la cual no le era dado contradecir, porque tenía que ver con la gestión comercial de la carga y no con el adecuado y prudente gobierno y dirección de la nave. Así las cosas, tuvo que acatarla y tomar las provisiones del caso para ingresar al puerto de Buenaventura, tal como le había sido requerido por el armador.

Analizado todo lo anterior, es claro concluir que el presente caso no constituye un evento de arribada forzosa legítima, por lo cual se modificará el artículo 1º del fallo del 31 de julio de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura.

#### AVALÚO DE DAÑOS

Con relación al avalúo de los daños, teniendo en cuenta que no obra dentro del expediente informe pericial en el cual se relacionen los posibles daños ocasionados con el siniestro, como tampoco se tuvo conocimiento de la intervención formal de un tercero tendiente a reclamarlos, este Despacho de abstendrá de pronunciarse al respecto.

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 el presente fallo.

#### VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

En lo que se relaciona con la violación a las normas de la Marina Mercante, ha quedado probado durante la presente investigación que a bordo de la motonave "MARY LYNN",

de bandera de Colombia, se encontraban 2 tripulantes sin licencia de navegación, contraviniendo de tal modo, las siguientes normas:

- Artículo 131 del Decreto 2324 de 1984, que dice: "HABILITACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL PERSONAL: Ninguna persona puede formar parte de la tripulación de los buques o artefactos navales inscritos en el registro nacional de buques, o ejercer profesión, oficio u ocupación alguna en jurisdicción portuaria o en actividad regulada o controlada por la Autoridad Marítima, si no es habilitada por ésta e inscrita en la sección respectiva del registro nacional de personal de navegación de la Dirección General Marítima."
- Artículo 40 del Decreto 1597 de 1988, que establece como funciones del capitán: "No aceptar a bordo como miembro de la tripulación a ninguna persona que no esté en posesión de una licencia de navegación, expedida o refrendada por la Autoridad Marítima colombiana, de la clase y categoría que lo faculte para desempeñar el cargo respectivo a bordo, o no tenga su correspondiente Libreta de Embarco, debidamente legalizada."

Por consiguiente, este Despacho confirmará la sanción impuesta por el Capitán de Puerto de Buenaventura, en el fallo de primera instancia.

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

## RESUELVE

**ARTÍCULO 1°.- MODIFICAR** el artículo primero del fallo del 31 de julio de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura, el cual quedará así:

**DECLARAR** como ilegítima la arribada forzosa de la motonave "MARY LYNN", al puerto de Buenaventura, ocurrida el 09 de abril de 2007 y como responsable del siniestro al señor WILSON MERO MENÉNDEZ, identificado con el Pasaporte No. 1307799229, capitán de la motonave "MARY LYNN", de conformidad con los argumentos de la parte motiva del presente fallo.

**ARTÍCULO 2°.- CONFIRMAR** los demás artículos del fallo de primera instancia del 31 de julio de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**ARTÍCULO 3°.- NOTIFICAR** personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Buenaventura el contenido del presente fallo a los señores WILSON MERO MENÉNDEZ, identificado con el Pasaporte No. 1307799229, capitán de la motonave "MARY LYNN", a la sociedad Agencia Marítima AGROPESQUERA INDUSTRIAL BAHÍA CUPICA LTDA. C.I., armadora, a través de su representante legal y a la empresa afiliadora de la embarcación COMPAÑÍA ATUNERA DEL PACÍFICO S.A. "ATUNPAC S.A.", a través de su representante legal, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.



CONTINUACIÓN DEL FALLO QUE RESUELVE EN VÍA DE CONSULTA LA INVESTIGACIÓN POR SINIESTRO MARÍTIMO DE ARRIBADA FORZOSA DE LA MOTONAVE "MARY LYNN", ADELANTADA POR LA CAPITANÍA DE PUERTO DE BUENAVENTURA.

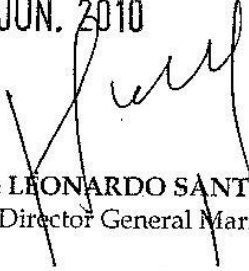
9

140

**ARTÍCULO 4°.- DEVOLVER** el presente expediente a la Capitanía de Puerto de Buenaventura, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

**ARTÍCULO 5°.- COMISIONAR** al Capitán de Puerto de Buenaventura, para que una vez 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. 25 JUN. 2010

  
Contralmirante LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN  
Director General Marítimo