

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA
Bogotá, D.C., 9 SET. 2010

Procede el Despacho a resolver en consulta, el fallo de primera instancia del 25 de abril de 2008, proferido por el Capitán de Puerto de Buenaventura dentro de la investigación adelantada por el siniestro marítimo de arribo forzoso del velero "FLYING CLOUD", previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Habiendo tenido conocimiento del arribo forzoso del velero "FLYING CLOUD" el Capitán de Puerto de Buenaventura abrió la investigación correspondiente, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento del siniestro marítimo.
2. El 25 de abril de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura profirió fallo de primera instancia en el cual declaró legítimo el arribo forzoso de la embarcación "FLYING CLOUD" de bandera de Estados Unidos, al puerto de Buenaventura y exoneró de responsabilidad al señor JERALD SHERMAN GINGOLD, en su calidad de operador del velero.
3. Al no interponerse recurso en contra del citado fallo en los términos y oportunidades legales, el Capitán de Puerto de Buenaventura envió el expediente a este Despacho en vía de consulta, conforme lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984.

ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8º, artículo 8 del Decreto 1561 de 2002, y considerando que los hechos ocurrieron dentro de los límites establecidos en el literal d), artículo 2º de la Resolución No. 825 DIMAR de 1994, el Capitán de Puerto de Buenaventura es competente para adelantar y fallar la presente investigación, en virtud de lo descrito en el Título IV del citado Decreto Ley 2324 de 1984.

PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Buenaventura, practicó y allegó las pruebas listadas en el fallo de primera instancia, correspondientes a los folios 59 y 60 del expediente.

DECISIÓN

El 25 de abril de 2008, el Capitán de Puerto de Buenaventura, emitió fallo de primera instancia, en el cual declaró legítimo el arribo forzoso del velero "FLYING CLOUD" de

bandera de Estados Unidos al puerto de Buenaventura, por considerar configuradas las causales de fuerza mayor y caso fortuito.

En consecuencia, exoneró de responsabilidad al señor JERALD SHERMAN GINGOLD, en su calidad de operador de la citada embarcación.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 2, artículo 2 del Decreto 5057 de 2009, procede esta Dirección General a conocer en consulta la investigación por el siniestro marítimo ocurrido en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Buenaventura.

Debe aclararse, que las decisiones proferidas por la Autoridad Marítima dentro de las 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 pronunciamiento 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 de 12 de febrero de 1990. Expediente núm. 230, Actor: Sermar Ltda, Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez; Auto de 14 de febrero de 1990. Expediente núm. 228, Actora: Remolques Marítimos y Fluviales, Consejero ponente Luis Antonio Alvarado Pantoja; Auto de 14 de marzo de 1990. Expediente núm. 521, Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado; y Auto de 9 de mayo de 1996. Expediente 3207, Actora: Flota Mercante Gran Colombiana, Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

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

EL CASO CONCRETO

Del análisis de los elementos probatorios que se allegaron a la investigación, según los principios de la sana crítica, se colige que los hechos ocurrieron de la siguiente forma:

- El velero "FLYING CLOUD" de bandera de Estados Unidos, al mando del señor JERALD SHERMAN GINGOLD, acompañado de la señora CAROL ANN GINGOLD, ciudadanos norteamericanos de 71 y 67 años de edad, respectivamente, el 22 de marzo de 2007 zarpó de Puerto Bahía - Ecuador con destino a Panamá.
- Durante el trayecto, el velero presentó entrada de agua en la máquina y daños en el mástil de la vela principal que lo dejó a la deriva.
- Luego de varios días en esta situación, la embarcación logró establecer contacto con personal de Guardacostas de Estados Unidos quien suministró vía aérea en alta mar una bomba de achique, dos radios VHF para mantener contacto, víveres, entre otros, solicitando el apoyo de la Autoridad colombiana.
- El 29 de abril de 2007, el Comandante del ARC "JAIME EDUARDO CÁRDENAS GÓMEZ" procedió a las acciones de búsqueda y rescate del velero hasta finalmente conducir la nave a la Estación de Guardacostas de Buenaventura.

Sobre las circunstancias que precedieron el siniestro, el señor JERALD SHERMAN GINGOLD, capitán del velero durante la diligencia de rescate aseguró que "se le rifó la vela mayor", se quedó sin combustible y tuvo pérdida del timón.

De otro lado, durante la declaración rendida en audiencia pública manifestó que zarpó desde Ecuador hacia el puerto de Panamá precisamente para realizar unas reparaciones al casco de la embarcación.

Anotó que durante la navegación se presentó una entrada de agua a la máquina principal y luego un daño en el cable en el mástil que los mantuvo a la deriva 250 millas al sur.

Respecto al daño presentado precisó que *"la manguera del desagüe se dañó, entonces toda el agua quedaba dentro de la máquina y no funcionaba bien por la inundación"*.

Agregó que luego de un mes de encontrarse en altamar, tuvo contacto con Guardacostas de Estados Unidos quienes suministraron botes salvavidas, radios, comida y agua y sugirieron la entrada al puerto de Buenaventura.

Finalmente el 5 de mayo de 2007, el velero fue remolcado por personal de Guardacostas de Colombia y fondeado en el puerto de Buenaventura.

Mediante protesta No. 302340R del 30 de abril de 2007, el Teniente de Corbeta MARCO ANTONIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Comandante (E) del ARC "JAIME EDUARDO CÁRDENAS GÓMEZ", informó a la Capitanía de Puerto de Buenaventura que como resultado de las acciones emprendidas el 29 de abril de 2007, la embarcación "FLYING CLOUD" fue hallada en posición latitud 04.23.5 N longitud 078.33.9 W.

Así mismo, en ésta se informa los primeros auxilios prestados a los dos ciudadanos norteamericanos que se encontraron a bordo, así como la operación de remolque del velero hasta el área de fondeo frente a la isla naval de la Estación de Guardacostas de Buenaventura.

Del dictamen pericial rendido el 1 de abril de 2008, por el señor CARLOS ARTURO MARTÍNEZ AZCÁRATE, Perito Naval designado por la Capitanía de Puerto de Buenaventura dentro de la presente investigación, se pueden extraer las siguientes conclusiones, sobre el estado del velero de bandera de Estados Unidos:

"La arribada forzosa se hizo (...) por tener problemas de alto nivel de agua de mar dentro del cuarto de máquinas y el foque de proa fuera de servicio. (...) debido a la entrada de agua que tenían por el caucho bronce en el eje de cola, se decidió por parte de los señores del velero recalar en el puerto de Buenaventura.

(...) El daño del caucho bronce posiblemente puede ser por tiempo de servicio o por desalineación de eje.

El daño de las bordas metálicas en acero inoxidable, por golpe continuado al haberse colocado el velero acoderado con otros barcos de madera todos juntos.

El daño de la tubería del exhosto por biodegradación del material de caucho especial en presencia del calor y de los gases de escape.

El vela del foque de proa por reventarse guaya imposibilitando su postura y rotura del material del velamen (...)"

Es pertinente mencionar que respecto del siniestro marítimo de arribada forzosa, el artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984, establece:

"Se consideran accidentes o siniestros marítimos los definidos como tales por la ley, por los tratados internacionales, estén o no suscritos por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. Para los efectos del presente decreto son accidentes o siniestros marítimos, sin que se limite a ellos, los siguientes: (a) el naufragio, (b) el encallamiento, (c) el abordaje, (d) la explosión o el incendio de naves o artefactos navales o estructuras o plataformas marinas, (e) la arribada forzosa, (f) la contaminación marina, al igual que toda situación que origine un riesgo grave de contaminación marina y, (g) los daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias (...)." (cursiva y negrilla fuera del texto)

De otro lado, el artículo 1540 del Código de Comercio define como arribada forzosa, la entrada necesaria a puerto distinto del autorizado en el permiso de zarpe, estableciendo que ésta puede ser legítima cuando procede de caso fortuito inevitable y ilegítima, aquella que tiene su origen en la conducta dolosa o culpable del capitán.

De acuerdo con el artículo 1541 ibídem, la arribada forzosa se presume ilegítima, de modo que para desvirtuar la presunción legal se hace necesario entrar a calificar si los hechos que originaron el siniestro corresponden a un caso fortuito o fuerza mayor inevitable como eximente de responsabilidad.

Es de anotar que en 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.

Precisamente, 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 cuanto 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 [sic] 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 (C.J. No. 2075, 585)." (cursiva y negrilla fuera del texto)

Y más recientemente, en Sentencia del 26 de julio de 2005, esta Corporación se pronuncia sobre el asunto 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 irremediabilmente 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)

A pesar de la posición de la Corte Suprema de Justicia se ha distinguido en la doctrina la fuerza mayor y el caso fortuito, señalando que la primera es todo hecho o fuerza extraña que impide el cumplimiento de la obligación. En cambio el caso fortuito es todo hecho proveniente de la actividad misma de la persona, que impide el cumplimiento de la obligación; este hecho es inherente a la actividad que explota el obligado, es decir, se origina en el interior de su círculo obligacional.

De igual manera, se diferencian los siguientes elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual: a) la *inimputabilidad*, que consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. b) La *Imprevisibilidad*, se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito era imposible preverlo, pero igual si en algún momento, el acontecimiento era susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que aparezca, no genera caso fortuito. c). La *irresistibilidad*, radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, que le prestó todo la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsible.

En consecuencia, respecto a los eximentes de responsabilidad de siniestros marítimos, se entiende que el caso fortuito y la fuerza mayor, al tener los mismos elementos constitutivos, imprevisibilidad e irresistibilidad, y al tener las mismas consecuencias jurídicas, el sujeto legalmente responsable podrá eximirse por cualquiera de los dos, así la normatividad se refiera a alguno de estos expresamente, como es el caso del artículo 1541 del Código de Comercio, al establecer que la arribada forzosa es legítima cuando procede de caso fortuito inevitable.

El Capitán de Puerto de Buenaventura, dentro del fallo de primera instancia proferido el 25 de abril de 2008, consideró que la arribada forzosa del velero "FLYING CLOUD" fue legítima por cuanto el daño presentado en la embarcación, necesariamente obligó al Capitán a entrar al puerto colombiano.

Como deviene del análisis del material probatorio en el siniestro que se consulta, el velero "FLYING CLOUD" quedó a la deriva por varios días, a causa de la entrada de agua a la máquina y la avería presentada en la vela principal, lo que vale decir, no era susceptible de repararse a bordo y en consecuencia, generó el remolque de la embarcación por parte de personal de Guardacostas de Colombia al puerto de Buenaventura.

177

A juicio de este Despacho, en el caso en estudio se configuran los presupuestos para calificar el arribo forzoso del citado velero como legítimo, considerando que el daño presentado en la vela principal se dio como un hecho irresistible, existiendo mérito para eximir de responsabilidad al señor JERALD SHERMAN GINGOLD, en su condición de capitán.

De igual forma, como jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave correspondía adoptar las medidas para garantizar la seguridad de la nave y prevenir los riesgos en la navegación, luego la decisión de llevar la nave al Puerto de Buenaventura, era de manera inequívoca la más indicada para preservar la vida de los tripulantes y del velero.

Por lo anterior, dado su carácter de arribada forzosa ilegítima, este Despacho procederá a confirmar lo resuelto en el fallo proferido el 25 de abril de 2008 por el Capitán de Puerto de Buenaventura.

AVALÚO DE DAÑOS

En lo que se refiere a los daños, como quiera que en primera instancia se declaró legítimo el arribo forzoso del velero "FLYING CLOUD", no hubo valoración alguna respecto a éstos, por lo cual este despacho se abstiene de tasarlos.

Lo anterior, sin perjuicio de que si un tercero lo encuentra pertinente, adelante las respectivas acciones para la tasación de los daños, ante la Jurisdicción Ordinaria.

VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE LA MARINA MERCANTE

En lo que se relaciona con la violación a normas de Marina Mercante, debe anotarse que en virtud a lo establecido en el Decreto Ley 2324 de 1984, esta Dirección General carece de competencia para sancionar las infracciones cometidas fuera de los límites de su jurisdicción máxime cuando se involucran embarcaciones de bandera extranjera, motivo por el cual en el caso sub examine no le es dable a este Despacho pronunciarse al respecto.

En mérito de lo anterior, el Director General Marítimo,

RESUELVE

ARTÍCULO 1º. CONFIRMAR en todas sus partes el fallo proferido en primera instancia el 25 de abril de 2008, por el Capitán de Puerto de Buenaventura, proferido dentro de la investigación de la arribada forzosa del velero "FLYING CLOUD" de bandera de Estados Unidos al puerto de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO 2º. NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Buenaventura, el contenido del presente fallo al señor JERALD SHERMAN GINGOLD, armador y propietario del velero "FLYING CLOUD", respectivamente, así como a las demás partes intervinientes en la investigación, 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 Buenaventura, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

ARTÍCULO 4º. COMUNICAR a través de la Capitanía de Puerto de Buenaventura el contenido de la presente decisión a la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Buenaventura -DIAN, para lo de su competencia.

ARTÍCULO 5º. COMISIONAR al Capitán de Puerto de Buenaventura, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo con las respectivas constancias al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase,

9 SET. 2010

Contralmirante LEONARDO SANTAMARÍA GAITÁN
Director General Marítimo