

149
1937

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C.,

06 JUN 2018

Referencia : 13012010013
Asunto: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo - Apelación

	SUJETOS PROCESALES	APODERADOS
1	-Capitán (NOVOKHATSKY SERGY) -Armador -Tripulación De la motonave "BBC KUSAN"	Dr. HERNÁN ROJAS PEÑA C.C. 86.058.769 de Villavicencio T.P. No. 116.648
2	MORRIS HARF MEYER (Representante legal de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.)	Dra. ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO CC. 32.666.376 de Barranquilla T.P. No. 110.422
3	ALEJANDRO HENAO ZULUAGA (Piloto Práctico)	Dra. ROSARÍO BUENO BUELVAS CC. 22.420.696 de Barranquilla T.P. No. 31.988
4	Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S.	Dr. JIMY JEFREY FORERO PAEZ CC. 79.405.641 de Bogotá T.P. No. 70.493

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver los recursos de apelación interpuestos por la Doctora ROSARÍO BUENO BUELVAS, Apoderada del Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA; el Doctor HERNÁN ROJAS PEÑA, en calidad de Apoderado del Capitán, Armador y Tripulación de la M/N "BBC KUSAN"; y el doctor JIMY FORERO PAEZ, en calidad de Apoderado de la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S., en contra del fallo de primera instancia del 24 de marzo de 2015, proferido por el Capitán de Puerto de Barranquilla dentro de la investigación por siniestro marítimo de daños causados a una Instalación Portuaria por parte de la M/N "BBC KUSAN" al muelle de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A., ocurrido en el área de su jurisdicción el día 9 de diciembre de 2010, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Teniendo en cuenta el acta de protesta suscrita por el señor MORRIS HARF MEYER, en su condición de Representante Legal de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A., y del informe suscrito por el señor NESTOR WILLIAM PARRA VERA, en su calidad de Jefe de la Estación de Control de Tráfico Marítimo, la Capitanía de Puerto de Barranquilla tuvo conocimiento de los hechos ocurridos el día 9 de diciembre de 2010 con la M/N "BBC KUSAN".
2. Mediante auto del 10 de diciembre de 2010 se inicia investigación jurisdiccional por siniestro marítimo de colisión de la M/N "BBC KUSAN" contra el muelle de la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL S.A.
3. El día 16 de diciembre de 2010 se da inicio a la Primera Audiencia Pública de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984.
4. En audiencia del día 30 de agosto de 2011 se presenta dictamen pericial por parte del Capitán JAIME PINZON.
5. El día 2 de septiembre de 2011 se presentaron objeciones por parte de las Doctoras ROSARÍO BUENO BUELVAS, ESTER MOLINARES, y los Doctores HERNÁN ROJAS Y JIMY FORERO.
6. El día 21 de septiembre de 2011 el perito JAIME PINZÓN presentó escrito de aclaración del dictamen pericial.
7. El día 27 de marzo de 2012, el Capitán de Puerto de Barranquilla resolvió las objeciones presentadas por las partes contra el perito JAIME PINZON, y su lugar ordenó designar un nuevo perito, señor ÁLVARO DUARTE MENDEZ para rendir dictamen pericial.
8. El día 6 de septiembre de 2012, el perito ÁLVARO DUARTE MENDEZ allegó el informe pericial requerido. En consecuencia, se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días para pronunciarse al respecto
9. El día 19 de septiembre de 2012, el apoderado judicial de la Agencia Marítima TRANSMARES LTDA, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra auto del 6 de septiembre de 2012.
10. El día 9 de octubre de 2012 el Capitán de Puerto resolvió recurso de reposición interpuesto por el doctor JIMY FORERO PAEZ, en el que revocó el auto del 6 de septiembre de 2012 y fijó audiencia para el día 30 de octubre de 2012 para que el perito ÁLVARO DUARTE MENDEZ rindiera informe pericial.

11. El día 30 de octubre de 2012 se llevó a cabo audiencia pública de rendición del dictamen pericial presentado por el señor ÁLVARO DUARTE MENDEZ, igualmente, se corrió traslado a las partes por el término de 3 días para presentar aclaraciones o complementaciones.
12. El día 2 de noviembre de 2012 el doctor HERNÁN ROJAS PEÑA, solicita aclaración u complementación del dictamen presentado por el señor ÁLVARO DUARTE MENDEZ.
13. El día 29 de noviembre de 2012, el perito ÁLVARO DUARTE MENDEZ, presenta escrito rindiendo aclaración solicitada.
14. El día 26 de febrero de 2013, el Capitán de Puerto de Barranquilla determinó oficiar a la Superintendencia Delegada de Puertos para efectuar la evaluación de los avalúos sufridos por la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL.
15. Se recibe en la Capitanía de Puerto oficio del 17 de abril de 2013 mediante el cual CORMAGDALENA informa que la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A. es la titular del contrato de concesión portuaria No. 29 del 22 de diciembre de 2004, en virtud de la autorización de la cesión del contrato de concesión.
16. El día 12 de junio de 2014 el doctor HERNÁN ROJAS PEÑA, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra auto del 28 de mayo de 2014 que declara cerrado el período probatorio y corre traslado para alegatos de conclusión, solicitando que se practique de manera oficiosa dictamen pericial para determinar el monto de los perjuicios y declaración del Representante Legal de la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A.
17. El día 19 de noviembre de 2014 el Capitán de Puerto de Barranquilla conoció el recurso interpuesto por el doctor HERNÁN ROJAS PEÑA, en su calidad de apoderado de la M/N "BBC KUSAN", y resolvió no acceder al recurso interpuesto, rechazó de plano el recurso de apelación y confirmó el auto del 28 de mayo de 2018, concediendo término de 3 días para alegar de conclusión.
18. Las partes presentaron sus alegatos de conclusión dentro del término establecido para ello.
19. El día 24 de marzo de 2015 el Capitán de Puerto de Barranquilla, profiere fallo de primera instancia en el cual resolvió declarar la responsabilidad del señor NOVOKHATSKY SERGY, en calidad de Capitán de la M/N "BBC KUSAN" y del señor ALEJANDRO HENAO, en calidad de Piloto Práctico por la ocurrencia del siniestro marítimo de colisión de la M/N "BBC KUSAN" contra la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL S.A.

Asimismo, no declaró la responsabilidad por violación a las normas de marina mercante, y fijó avalúo de los daños en DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS Y CUARENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$2.495.597.929,43), pagaderos por el Armador del buque "BBC KUSAN" a la Sociedad ATLANTIC COAL S.A., como afectado en el siniestro marítimo de colisión.

20. El día 7 de abril de 2015 la doctora ROSARIO BUENO BUELVAS, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el fallo de primera instancia del 24 de marzo de 2015 proferido por el Capitán de Puerto de Barranquilla.

Igualmente, el día 17 de abril de 2015 los doctores HERNÁN ROJAS PEÑA y JIMY FORERO PAEZ, en calidad de apoderados de la M/N BBC KUSAN y la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S. respectivamente, interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el fallo de primera instancia del 24 de marzo de 2015 proferido por el Capitán de Puerto de Barranquilla.

21. El día 21 de agosto de 2015, el Capitán de Puerto de Barranquilla adicionó el fallo de primera instancia de acuerdo a solicitud presentada por la apoderada de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A., la doctora ESTER MOLINARES DELGADO, así:

- Por concepto de daños en la banda transportadora MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.529.743.355)
- Adicionar pago de las costas procesales a favor de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A. la suma de CUATROCIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$402.534.128) por agencias en derecho, y la suma de TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$3.000.000) por concepto de expensas.

22. El día 24 de septiembre de 2015, el Capitán de Puerto de Barranquilla se resolvió los recursos de reposición interpuestos confirmando en todas sus partes la sentencia del 24 de marzo de 2015 y su adición del 21 de agosto de 2015.

En consecuencia, concedió en el efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por la Doctora ROSARIO BUENO BUELVAS y los Doctores HERNÁN ROJAS PEÑA y JIMY FORERO PAEZ ante el Director General Marítimo.

23. Dentro del término de fijación en lista, el apoderado de la M/N "BBC KUSAN" solicitó práctica de pruebas en segunda instancia.

24. En auto del 4 de abril de 2016, el Director General Marítimo resolvió decretar la prueba pericial a cargo de un perito evaluador de daños y perjuicios para determinar

- el avalúo de los daños ocasionados. Por otra parte, denegó la solicitud de declaración juramentada del Representante Legal de la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A.
25. El día 29 de diciembre de 2016 se allega informe pericial presentado por la doctora MARTHA RÍOS GARCÍA, en calidad de perito en la especialidad de daños y perjuicios.
 26. El día 7 de abril de 2017 por solicitud del apoderado de la M/N BBC KUSAN el Ministerio Público a través del Procurador 2 Judicial II para asuntos civiles, Doctor NATTAN NISIMBLAT, hace intervención en la presente investigación.
 27. El día 15 de agosto de 2017 se lleva a cabo en la Dirección General Marítima audiencia de presentación y contradicción del dictamen pericial, a la cual asistieron todos los interesados y el Ministerio Público representado por el Doctor NATTAN NISIMBLAT, quienes solicitaron aclaración y complementación de dictamen pericial.
 28. Escritos del 8 mayo 2017, 21 de junio de 2017 y 22 de agosto de 2017, con intervención dentro del proceso por parte del Procurador 2 Judicial II para asuntos Civiles.
 29. El día 20 septiembre 2017, la Doctora MARTHA RÍOS GARCÍA en calidad de perito designada dentro de la presente investigación, presentó escrito mediante el cual aclara y complementa dictamen pericial.
 30. El día 22 de septiembre de 2017, los apoderados de la M/N BBC KUSAN y de la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S., aportaron copia de la consignación, por concepto de pagos de honorarios a favor de la doctora MARTHA RÍOS GARCÍA, sin embargo, a la fecha ni la apoderada del Piloto Práctico ni la Sociedad ATLANTIC COAL S.A., han arrimado a este Despacho los soporte de pago correspondientes.
 31. Mediante auto del 10 de abril de 2018 se da por terminado el período probatorio y se procede a dar traslado a las partes por el término de (5) días para que se presenten los alegatos de conclusión.
 32. El día 19 de abril de 2018, los doctores HERNÁN ROJAS PEÑA y JIMY FORERO PAEZ presentaron alegatos de conclusión.
 33. El día 2 de mayo de 2018, la doctora ESTER MOLINARES DELGADO, en calidad de apoderada de la sociedad ATLANTIC COAL S.A., presentó los alegatos correspondientes.

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 52 del Decreto Ley 2324 de 1984, esta Dirección General es competente para resolver los recursos de apelación por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida 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 1605, del 4 de noviembre de 2004.

ANÁLISIS TÉCNICO

En audiencia del 30 de agosto de 2011, el señor JAIME PINZÓN, en su calidad de Perito Marítimo - DIMAR, manifestó las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el siniestro de Colisión de la M/N "BBC KUSAN", de la siguiente manera:

"1. INTRODUCCIÓN

El día 9 de diciembre de 2010 navegando en tránsito por el canal de acceso (Río Magdalena) al Puerto de la SPRB - Barranquilla - Colombia, la M/N "BBC KUSAN" de bandera de Reino Unido, Puerto de registro Londres, Casa Clasificadora LLOYD'S REGISTER, Tripulación cumpliendo lo emanado en el convenio STWC/78, asistida por el Piloto Práctico ALEJANDRO HEANO y representado por la Agencia Marítima TRANSMARES, a la altura de la Boya 23, cae repentinamente al costado de estribor colisionando el muelle de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., provoca daños a la plataforma del muelle, pilotes de soporte del mismo, bitas y estructura metálica (banda transportadora de carbón), debido a esta circunstancia el extremo final del brazo de la estructura metálica se fractura, desploma y engancha sobre la cubierta principal de proa de la motonave, quedando esta varada en posición Lat. 10°58.33N y Longitud 074°45.53W.

En el siniestro marítimo no se presentó pérdidas de vidas humanas a bordo, ni en las instalaciones de tierra. El relato de los acontecimientos se ha elaborado a partir de las declaraciones de testigos y de otros elementos documentales.

Las horas referidas a lo largo del informe son locales.

2. CON RELACIÓN AL ACCIDENTE

2.1 Antecedentes

El Río Magdalena es la arteria fluvial más importante de Colombia, después de recorrer una longitud total aproximada de 1.538 km, desemboca en el mar Caribe al norte de la ciudad de Barranquilla. El caudal en esta época del año (9 de diciembre de 2010), considerando las torrenciales precipitaciones en el territorio nacional y según los planes de batimetría suministrados al proceso por la autoridad competente (CORMAGDALENA), (a la altura de la boya 23) oscilaba entre 11.000 y 11.200 m³/s. El puerto de Barranquilla cuenta con la demarcación náutica dispuesta por la Dirección General Marítima (DIMAR) enfilaciones que marcan el centro del canal a través de todo el recorrido del mismo, boyas verdes, boyas rojas, faros de orillas rojos, faros de recalada y faros de dique direccional. Siendo las 06:00 horas del 9 de diciembre de 2010, la MN BBC KUSAN se comunicó con la Estación de Pilotos, aproximadamente a las 6:25 el Piloto Práctico Alejandro Henao se embarcó. El Capitán de la nave intercambió información al respecto de acuerdo a la lista de chequeo ordenada por la compañía. Así mismo, el Piloto Práctico informó sobre la fuerte corriente del Río (pero hizo la observación que a pesar de ello no presentaba ningún riesgo para la maniobra), dibujó plano de amarre (Pilot Card), recomendó velocidades, ángulos de timón, rumbos, solicitó confirmación de características de máquinas, clases de

timón, hélice y capacidades, así como otros de rutina e interés para realizar la maniobra segura, reportó a la Estación de Control de Tráfico Marítimo el inicio de la maniobra de ingreso al canal, así mismo, el operador de turno de la ECTM informó tráfico marítimo y fluvial en el área, recordó la velocidad de tránsito y condiciones meteorológicas. El comportamiento operacional del buque durante el trayecto y hasta la boya 23 fue normal, inclusive, hubo necesidad en ciertos puntos del recorrido de reducir la velocidad. Sin embargo, las declaraciones en audiencia coinciden e indican que el uso del remolcador se limitó únicamente para servir de acompañamiento y/o escolta no se ordenó amarre en ningún momento al buque. El ancla de babor se dejó destrincada y apeada pero frenada (para ser utilizada en caso de emergencia). No se presentó ni reportó durante todo el trayecto y durante el siniestro marítimo pérdida de gobierno, de máquina, ni de fluido eléctrico. En el puente permaneció durante la navegación, el Capitán, el Piloto Práctico, el Primer Oficial y el Timonel. El Capitán de la nave BBC KUSAN había ingresado al Puerto de Barranquilla en 4 oportunidades, la última vez lo hizo en junio de 2009.

2.2 El Siniestro

El Capitán de la BBC KUSAN (a la altura de la boya 23), pasó los controles del timón y máquinas al alerón de estribor. Capitán y Piloto convinieron mantener en stand by el remolcador de apoyo para amarrarlo a la amura de babor (dado el momento), reducir la velocidad, pitch paso 65% y mantener el registro de la derrota del buque. Repentina y bruscamente, la proa de la nave cae al costado de estribor, el Capitán movió los mandos (del timón todo a babor y posición de máquina todo adelante), ordenó alargar el ancla de babor, pero en cuestión de segundos no pudo evitar la colisión contra el muelle de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal, tratando de minimizar los daños ordenó máquina todo atrás, pero ya era demasiado tarde, la nave recibió el brazo vertical de la estructura (banda transportadora de carbón), al desplomarse sobre la cubierta principal sobre la amura de estribor del buque BBC KUSAN.

EL Capitán intentó mover el buque con el apoyo del remolcador Barranquilla, empujando por la aleta de estribor, al no encontrar el resultado esperado, solicitó apoyo de otro remolcador (EOS II), el cual se amarró por la aleta de babor y trató de tirar sin resultados. El Capitán al no observar resultados tomó la decisión de suspender la maniobra de apoyo pero mantuvo el remolcador EOS II amadrinado a la aleta por razones de seguridad

Consecuencias del Siniestro Marítimo a bordo del BBC KUSAN

La consecuencia aparente de la colisión del buque BBC KUSAN observada en la inspección preliminar del Perito designado (en espera de la confirmación de los daños por parte del astillero cotecmar) fueron los siguientes:

Borda: entre cuadernas 176 a 185, tracas L-12 a regala, total área afectada: 3.45m².

Fore peak: entre cuadernas 176 a 179, tracas E-12 a G-12, total área afectada: 2.80m²

Thruster Room: entre cuadernas 173 a 176, tracas F-11 a G-11 total área afectada: 2.514m²

Consecuencias del Siniestro Marítimo de Colisión contra el muelle y banda transportadora Sociedad Portuaria Atlantic Coal

La consecuencia del siniestro del buque BBC KUSAN contra las instalaciones de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal, consiste en daños de la plataforma del muelle y la caseta de seguridad, pilotes base del muelle, bitas, banda transportadora de carbón, durante la inspección inicial al Perito Designado determinó que tanto la plataforma del muelle como la banda transportadora presentan corrosión grave (seguramente por la acción de las condiciones ambientales del área), se nota falta de mantenimiento y abandono hace varios meses o años del conjunto general de las instalaciones (así como láminas, ángulos, guayas, soportes, equipos eléctricos, mecánicos e hidráulicos). Por lo cual se solicitó de oficio a la

empresa dichos planes de mantenimiento y conservación del material, copia actualizada de los planes PBIP y demás que sean apropiados para determinar los daños reales. Además cotización actualizada de los daños y reparaciones potenciales que requieran las instalaciones y equipos perjudicado por la colisión.

Sin embargo, la declaración del representante legal de Atlantic Coal confirma que el sistema de cargue de carbón de la sociedad portuaria Atlantic Coal no se encontraba en condiciones de operación al momento que se presentó la colisión de la MN BBC KUSAN. Él aportó al despacho para que obre dentro del expediente en estudio que en abril de 2007 Atlantic Coal contrató a la empresa M6B S.A., (empresa de ingenieros especializados en estudiar estructuras y equipos e instalaciones portuarias), quienes hicieron las recomendaciones correspondientes del mantenimiento requerido para tener en condiciones óptimas las instalaciones del puerto y el equipo de cargue de carbón.

(...)

2.3 lugar del siniestro y comportamiento del Río en el área del mismo

El siniestro de colisión se presentó en posición Latitud 10°58.334N y Longitud 74°45.531W. Para la fecha 9 de diciembre de 2010 las condiciones de navegabilidad eran buenas, la batimetría del día según planos anexados a la investigación por parte del señor Gregorio Rico Gómez, el Director Regional de CORMAGDALENA se observa que las profundidades en el canal y más exactamente en el área donde se desarrollaron los acontecimientos son mayores a la esperadas, como referencia en el año 2010 se presentaron volúmenes o caudales no vistos en los últimos 40 años, la estación de Calamar a 17 de diciembre observó el pico más alto (18.300 m³xseg), es decir, que desde mediados de noviembre se nota la curva ascendente, desciende a (8.000 m³xseg) en la misma estación a finales del mismo mes.

2.4 Meteorología

Las condiciones meteorológicas para el día 9 de diciembre de 2010 eran:

Condición: Despejado
Temperatura: 29°C
Viento: (NNE) < 10 KT. (Cifra 3 escala Beaufort)
Corriente: (N) 6.5KT. (marejadilla a marejada escala Douglas)
Visibilidad: > 5MN
Oleaje: 2 a 3 (Escala Douglas)

2.5 Circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en relación con el siniestro de colisión de la MN BBC KUSAN

El siniestro de la nave BBC KUSAN ocurrió el día 9 de diciembre de 2010, los acontecimientos iniciaron en cercanías de la boya 23, cae repentinamente al costado de estribor colisionando las instalaciones de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A., provoca daños en la plataforma del muelle, pilotes de soporte del mismo, bitas y estructura metálica (banda transportadora de carbón), quedando varada en posición Latitud 10°58.334N y Longitud 074°45.531W.

(...)

2.7 Sistema de gobierno, planta propulsora, sistema de control y monitoreo

La MN BBC KUSAN tiene como máquina principal: 01 MAN B&W (12 VD 32/40) abt. 5.760KW, 750 RPM. La maquinaria auxiliar compuesta por 2 penta (TAM 163 A-A), 428KW, 1800 RPM. La

propelaa: Letfurning-pitch-propeller; 1 bowthruster máx. Pot, abt 500kw. Timón: flap-becker-rudder. Se verificó el funcionamiento del timón desde el servomotor manualmente de banda a banda, así mismo, se realizó prueba desde el puente principal y alerones de babor y estribor desde los controles respectivos sin novedad.

No se pudo realizar prueba a la maquinaria principal por encontrarse la tripulación de máquinas realizando limpieza a los filtros del sistema de enfriamiento. El generador #2 se encontraba funcionando correctamente, el generador #1 se probó en vacío sin novedad.

2.8 sistema de órdenes de gobierno

Se verificó el reporte impreso del sistema de alarmas del cuarto de máquinas, en él se puede constatar que en ningún tiempo durante el desarrollo de los hechos que culminaron con el siniestro marítimo de colisión se presentó alarma en ninguno de los sistemas y equipos a bordo. Así mismo, se verificó en el puente de gobierno y alerones el funcionamiento de radares, ecosonda, AYDS, VHF, compás magnético, sistemas de mando para (Propulsor, timón, bowthruster), equipos de comunicación interna, equipos de ayudas a la navegación, todos se encontraron en correcto estado de operación y funcionamiento y mantenimiento. Durante el desarrollo de la investigación se solicitó en varias oportunidades informalmente así como por intermedio de la Capitanía de Puerto de Barranquilla a la Agencia Marítima TRANSMARES, los datos registrados en el equipo VDR, no fue posible obtenerlo.

(...)

2.11 Análisis de las órdenes emitidas por el práctico durante la maniobra

Siendo las 05:15 de la mañana del día 9 de diciembre, el Piloto Práctico Alejandro Henao fue informado por radio - operadora de la empresa de pilotos del puerto de Barranquilla S.A., de la maniobra de entrada de la nave BBC KUSAN. A las 05:50 él se comunicó con el Capitán del buque vía VHF con el fin de solicitarle el mayor incremento posible de su asiento por popa (el calado reportado era 6.4 proa, 6.5 popa), con el fin de tener un mejor gobierno durante la aproximación, tránsito y maniobra de atraque.

Desde la lancha de pilotos solicitó al Capitán vía VHF canal 13, mantener la posición a no menos de 3 millas al oeste de la entrada. A las 06:25 el Piloto Práctico se embarcó, procedió a hacer el intercambio de información con el Capitán; leyó y revisó el Pilot Card en el cual muestra los calados 6.30 proa - 6.75 popa. Se le suministró toda la información de las condiciones del puerto: planos actualizados de la aproximación al puerto y del canal navegable, incluyendo el área de maniobra de atraque, informó de los bajos de la entrada y la fuerte corriente (Aprox. 6.5kms). Le recomendó al Capitán mantener ambas anclas listas para soltar en caso de emergencia.

Conforme a ese intercambio de información y a las características del buque convinieron con el Capitán la planeación de la maniobra de aproximación, tránsito, atraque y amarre. Siendo aproximadamente las 05:45 la nave sobrepasó Bocas de Ceniza. Durante el tránsito coordinó con el Piloto Hugo Montaña a bordo de la MN INDUSTRIAL ACHIEVER (navegando a su proa y en tránsito de ingreso al puerto), realizar maniobra de sobrepaso seguro, ya que esta motonave transitaba a poca velocidad. Entre boyas 7 y 7ª recomendó disminuir máquinas (con el fin de no causar un fuerte oleaje en el Barrio "Las Flores") a la altura de la Estación de Control de Tráfico Marítimo se incrementó la velocidad para realizar el sobrepaso de la MN INDUSTRIAL ACHIEVER.

A una distancia relativa de la SPRB, le recomendó al Capitán reducir máquinas a velocidad de maniobra, así como establecer comunicación con el Remolcador BARRANQUILLA (para que efectuara maniobra de escolta, pero no de pasar cabos), así como el alistamiento del personal de amarradores en el muelle SPRB.

Aproximadamente a la altura de la boya 23 la MN BBC KUSAN, tenía la máquina en paso posición pitch 65% avante, repentinamente y sin previo aviso el buque cae hacia estribor, el Capitán ordena inmediatamente todo el timón a babor y toda la máquina avante, sin obtener resultado favorable a la maniobra, en razón a la inminente colisión el Capitán ordena fondear el ancla de babor (aproximadamente dos grilletes de cubierta), así mismo, ordenó máquina toda atrás con el fin de minimizar los daños. El buque golpea con la proa, amura de estribor, la plataforma del muelle y el brazo de la estructura metálica (banda transportadora de carbón), de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal.

2.12 experiencia náutica del personal involucrado

Capitán BBC KUSAN: NOVOKHATSKY SERGIY

De nacionalidad ucraniana, estado civil casado, 43 años de edad, licencia de acuerdo al STCW, Capitán de Altura sin límites. Experiencia como Capitán de Altura por varios años, es la cuarta vez que ingresa al puerto de Barranquilla, en la MN BBC KUSAN es la segunda y en otras embarcaciones en dos oportunidades.

Piloto Práctico: ALEJANDRO HENAO

De nacionalidad colombiana, estado civil casado, graduado de la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" como oficial mercante en el año de 1986, tiene experiencia como oficial a bordo de embarcaciones mercantes navegando por varios años al Puerto de Barranquilla 2 veces por mes. Permaneció embarcado en la draga Bocas de Ceniza como primer oficial aproximadamente por 5 años. Realizó entrenamiento como Piloto Práctico y desde entonces se desempeña en esta labor obteniendo experiencia por más de 16 años. Ha realizado aproximadamente 5.000 maniobras como Piloto Práctico (Cero accidentes hasta la fecha) en las que incluye atraques, zarpes, movilizaciones y fondeos.

2.13 Análisis de la interacción Piloto Práctico, Capitán con el siniestro marítimo de Colisión.

El Piloto Práctico intercambió información requerida con el Capitán para realizar la navegación en el canal de ingreso al Puerto de Barranquilla y para el planeamiento de aproximación de atraque y amarre en el puerto de la SPRB, además definió las demarcaciones del canal, comunicó el área de bajos (NO GO), la velocidad de la corriente, recomendó mantener las anclas apegadas y listas para fondear en caso de emergencia. Tanto el Capitán como el Piloto Práctico manifestaron en audiencias y entrevistas durante la investigación, que en ningún momento la nave presentó back up por alarmas en los sistemas mecánicos, hidráulicos, eléctricos, electrónicos ni equipos del cuarto de máquinas y puente. Así mismo, sostienen que no se reportó daño o emergencia de pérdida de gobierno ni fluido eléctrico, que del cuarto de máquinas no se informó novedad alguna al puente. Analizada la secuencia, las circunstancias y el modo en que se desarrollaron los acontecimientos el Perito Designado ha concluido que el siniestro marítimo de colisión se produjo a causa de una condición imprevista e irresistible del Río Magdalena (que afectó y perjudicó la navegabilidad del BBC KUSAN), que como se ha notado en el plano de batimetría, prueba testimonial de la autoridad competente (CORMAGDALENA), afectó los momentos previos al Siniestro Marítimo de Colisión especialmente en el área cercana a la boya 12, más aún cuando los sistemas de control del buque y su maquinaria se encontraban operativos y en posición correcta para atracar en la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla, que los tripulantes estaban en sus puestos de servicios especiales de maniobra de atraque y que había comunicación eficaz entre ellos, pero

así mismo, durante el desarrollo de los acontecimientos del siniestro marítimo de colisión se determinó que existieron imprevistos predecibles, por influencia de las siguientes circunstancias no consideradas:

FALTA DE USO DEL ANCLA DURANTE LA MANIOBRA DE APROXIMACIÓN AL ATRAQUE

Por procedimiento, cuando un barco entra al Puerto localizado en un río, canal, o para maniobra de atraque deberán tener destrincadas, apeadas y sobre freno las anclas para fondear y el personal de proa dispuesto a dar fondo a la orden del puente. Pero también el uso de las anclas puede ser utilizado para facilitar la maniobra de atraque, o puede ser utilizada para franquear un recodo estrecho aguantando la proa por el simple garreo del ancla, o para revirar haciendo cabeza sobre el ancla, o bien, en un caso de emergencia por fallo de gobierno o avería de la máquina. Se debe evitar dar ancla en zona de existencia de remolinos de corriente porque al ser atraída la popa hacia el remolino, hace bornear el barco quedando atravesado al flujo general de la corriente con riesgo de romper la cadena y varar. Los tratados de maniobra recomiendan que cuando se esté navegando con corriente a favor se tenga que hacer un cambio de rumbo grande quedando el buque atravesado a la corriente, para aguantar la proa, se fondea un grillete de cadena aproximadamente y se va garreando el ancla mientras el barco va enfilarlo la proa en la dirección deseada, entonces se vira cadena dejando el ancla apeada y lista para fondear. En el caso de pequeña anchura y corriente en contra (caso particular a la altura de la boya 23), se debe enfilar aproximadamente de uno a dos grilletes en el agua de la banda de barlocorriente, se pone el timón todo a banda (del ancla apeada) con la máquina requerida acuerdo a la experiencia del maniobrante. La proa irá cayendo con la corriente pero siempre frenada por el ancla que va garreando. Antes de completar el giro puede virar cadena y dejar el ancla apeada.

FALTA DE COORDINACIÓN CON EL REMOLCADOR DE APOYO BARRANQUILLA

La Resolución de la Dirección General Marítima colombiana No. 0138 del 29 de abril de 2005 dispone el uso obligatorio de remolcadores y establece criterios de seguridad para las maniobras de asistencia en los puertos colombianos. La Autoridad Marítima nacional incorpora integralmente en el acto administrativo las recomendaciones de la Organización Marítima Internacional - OMI, contenidas en la circular MSC-Circ.1101. MEPC/Circ.409, FAL/Circ.100 del 8 de septiembre de 2003, cuyo propósito es proveer medidas que garanticen la adecuada asistencia de remolcadores en puerto, la seguridad marítima, la protección del medio ambiente marino y la facilitación del tráfico marítimo. Durante el planeamiento previo a la maniobra de atraque, coordinado entre el Capitán y el Piloto Práctico la potencia del Remolcador BARRANQUILLA fue desaprovechada como mecanismo y herramienta para reducir el riesgo potencial durante el desplazamiento, maniobra de aproximación y atraque, se consideró para acompañamiento y/o escolta pero no para intervención activa a la nave BBC KUSAN, NO RECIBIÓ instrucciones del puente del BBC KUSAN para dar cabo, mantener el apoyo necesario, contrarrestar la acción del viento, oleaje y corriente más aún en la situación en la que el buque redujo la velocidad, en las que la eficacia del motor propulsor y el timón decrece. Se determina que el Remolcador BARRANQUILLA debió ser considerado activamente en la operación, trabajando en flecha o sobre cabo, en este procedimiento el remolcador hubiera trabajado separado del BBC KUSAN, tirando de él desde el extremo del cabo, realizando así diversas funciones (arrastré, retenida, etc.)

Se evita el contacto directo entre ambas embarcaciones y se asegura además, que toda la potencia del remolcador se ejerce en la dirección del cabo. Para mayor claridad el efecto de flecha o sobre el cabo es análogo al de una amarra con su punto de anclaje móvil y con un tiro de magnitud variable.

La acción del remolcador BARRANQUILLA puede simplificarse en una fuerza horizontal resultante FRI, de intensidad variable y puede ser aplicada con una excentricidad importante con respecto al

centro de gravedad del buque para conseguir los mayores efectos evolutivos. Cada una de estas fuerzas podrá descomponerse en los siguientes efectos parciales:

Una componente FLR_i en el sentido longitudinal del buque, que produce movimientos de avance o frenada del buque según el sentido en que esté aplicada. Una componente FTR_i en el sentido transversal del buque, que produce movimientos de deriva. Un momento resultante MTR_i debido la excentricidad de la fuerza en relación con el centro de gravedad del buque, que produce movimientos de guiñada. En función de la maniobra, la acción del remolcador se hubiera dirigido a conseguir los efectos más favorables (mayor componente transversal en el caso de compensación de la deriva)

(...)

2.19 Conclusiones

2.19.1 El Capitán de buque es el responsable del buque cuyo mando se le ha encomendado, la llegada del Piloto Práctico a bordo no elimina esta responsabilidad del mando.

2.19.2 Luego de realizar visita de inspección de la MN BBC KUSAN a la maquinaria principal, auxiliar, timón, equipos y sistemas de ayuda a la navegación y cubierta, así como la de los equipos de comunicaciones, entrevistas preliminares con el Capitán de la nave y el Piloto Práctico se considera que la nave BBC KUSAN cumplía con las condiciones de seguridad para proteger la vida humana en el mar, así mismo, los planes de gestión de seguridad operacional, se llevaban adecuadamente los registros correspondientes a la norma, documentos establecidos y exigidos por la Autoridad Marítima Nacional e Internacional en cuanto a seguros, licencias y certificados.

2.19.3 Que el procedimiento realizado por el Capitán de la nave en presentar al Piloto Práctico la información correspondiente de las características de la nave, maquinaria y sobre cubierta, así como las características del sistema de gobierno, el alistamiento del sistema de fondeo (anclas) para ser utilizadas a orden en caso de emergencia, la red de comunicaciones internas, las estaciones de operación de atraque cubiertas por la Tripulación fueron las adecuadas. Así mismo, el intercambio de información del Piloto Práctico al Capitán fue adecuado y atendido.

2.19.4 Que en la preparación de la maniobra de atraque entre el Piloto Práctico y el Capitán no fue considerado el uso apropiado de las anclas (se limitaron a tenerlas disponibles en caso de emergencia pero no para maniobrar)

2.19.5 que en la preparación de la maniobra de atraque entre el Piloto Práctico el Capitán no fue considerado el uso apropiado del Remolcador BARRANQUILLA (fue limitado al acompañamiento y/o escolta)

2.19.6 Que el Capitán manifiesta que el Piloto Práctico recomendó los rumbos, órdenes del timón y cambios de velocidad de manera precisa y de conformidad con su experiencia correctos durante la navegación desde su abordaje.

2.19.7 El Capitán, el Piloto Práctico, el Primer Oficial y el Timonel manifestaron en audiencia que durante todo el trayecto y hasta el momento del siniestro de colisión la nave no presentó emergencia alguna reportada en el cuarto de máquinas, no se presentó caída del fluido eléctrico ni se escuchó alarma por back up en el puente.

2.19.8 El Capitán coincide con el Piloto que a lo largo de la ruta navegada y especialmente frente a la boya 23 se presentaron turbulencias aparentemente por el gran caudal del Río y que fue factor medio ambiental imprevisto que ocasionó el siniestro marítimo.

2.19.9 Poco tiempo después del siniestro marítimo de colisión se realizaron pruebas en el servomotor, sistema de gobierno, cuarto de máquinas y puente, se concluye que todos los sistemas funcionaron correctamente.

2.19.10 se considera que no existe causa física (sistemas de abordaje) que haya fallado, alarmas que determinaran un back up, órdenes contrarias de los involucrados y que sean relevantes para que la nave haya reaccionado contrariamente a las órdenes recomendadas por el Piloto y ordenadas por el Capitán.

2.19.11 la Fuerza Mayor y/o caso fortuito como tal se puede considerar en determinado momento, es bastante complejo y este siniestro en sí lo hace aún más. Siempre y cuando se tenga que demostrar que es un imprevisto, irresistible y que no lo haya generado la persona en sí, es decir, tiene que regirse bajo otro concepto jurídico como es la inimputabilidad. Y por eso se valora hasta la prudencia, para ver si hubo o no actos que no fueron generados por no haber tomado las previsiones. (...)” (Cursiva fuera de texto)

El día 21 de septiembre de 2011 el perito JAIME PINZÓN presentó escrito de aclaración del dictamen resolviendo las dudas presentadas por los apoderados. (Folios 5 a 77 cuaderno anexo informe pericial MN BBC KUSAN)

El día 6 de septiembre de 2012, el señor ÁLVARO DUARTE MENDEZ, en su calidad de perito marítimo con especialidad en navegación clase “A”, presentó dictamen pericial en los siguientes términos:

“(…) Al momento de la colisión, la M/N BBC KUSAN transportaba un cargamento de tubería que sería descargada en uno de los muelles de la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla – SPRB.

1. INTRODUCCIÓN

En cumplimiento de la designación efectuada por parte de la Capitanía de Puerto de Barranquilla (CP-3) y a partir del análisis del contenido documental del expediente correspondiente a la investigación que se viene adelantando por parte de este despacho, evaluar y analizar de manera objetiva, la cadena de acontecimientos que antecedieron a la ocurrencia del accidente marítimo acaecido el día 9 de diciembre de 2010, consistente en la colisión del buque “BBC KUSAN” contra las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL (SPAC), localizadas sobre la ribera izquierda u occidental del Río Magdalena, aguas debajo de las instalaciones de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla (SPRB)

La designación efectuada por el despacho de la CP-3, obedeció a la recusación de que fue objeto el informe pericial rendido por el perito designado por ese despacho en funciones como investigador de los hechos. Por tal motivo, se hace claridad respecto de la naturaleza del análisis, mismo que está fundamentado únicamente en el análisis del acervo probatorio que reposa en el cuerpo del expediente, cuya copia me fue suministrada para el efecto.

Frente a las circunstancias que por las razones expuestas no permitieron al suscrito llevar a cabo las pesquisas propias de la inmediata intervención que, tras la ocurrencia del siniestro, suele darse una vez se produce la designación del investigador.

En consecuencia, el presente análisis se circunscribe al análisis de las circunstancias náuticas asociadas con la ocurrencia de los hechos, a fin de identificar las causas que contribuyeron al accidente, estableciendo la denominada “causa raíz” que llevó a la ocurrencia del siniestro. En razón a lo ya explicado, el presente informe no incluye la evaluación de los costos asociados con la reparación o rehabilitación de las instalaciones portuarias, ni la actualización del avalúo comercial de los daños ocurridos tanto a la nave, como a las instalaciones portuarias del terminal de la Sociedad Portuaria “ATLANTIC COAL”, ni se pronuncia respecto del lucro cesante a que eventualmente haya habido

lugar para el operador, ni a los perjuicios económicos sufridos por ambas partes. (Subrayado fuera de texto)

(...)

3. LÍNEA DE TIEMPO/HECHAS

La línea de tiempo a lo largo de la cual se relaciona el acaecimiento de los hechos que antecedieron la ocurrencia del siniestro marítimo de colisión de la M/N BBC KUSAN contra las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria "ATLANTIC COAL" corresponde al día 9 de diciembre 2010.

05:15 la radio operadora de la empresa de "Pilotos Prácticos del Puerto de Barranquilla", llamó al señor ALEJANDRO HENAO, Piloto de guardia, confirmándole la aproximación de la M/N BBC KUSAN, al sitio de recolección de pilotos.

05:50 una vez a bordo de la lancha de pilotos y camino hacia el sitio designado para la recolección de pilotos y haciendo uso del canal de radio VHF-FM, convenido como contacto, el señor ALEJANDRO HENAO estableció contacto con la M/N BBC KUSAN, confirmándole su deslizamiento hacia el sitio de "rendez-vous", instruyéndole para permanecer en aguas a W de Bocas de Ceniza y solicitándole proceder a incrementar el calado en popa de la nave, a fin de mejorar su capacidad de gobierno durante la navegación remontando la corriente del Río Magdalena. Dentro de la información intercambiada en comunicación radial con la estación de radio de la empresa de pilotos, la nave había reportado calados de 6,4m en proa y de 6,5m en popa.

06:25 una vez efectuada la aproximación a la nave en el sitio de recolección de pilotos, el piloto práctico, señor ALEJANDRO HENAO, aborda la M/N BBC KUSAN, dirigiéndose al puente de gobierno donde, tras su presentación al Capitán NOVOKHATSY, procedió a indagar acerca de la situación y condiciones de la nave. En el área dispuesta para el embarque de pilotos prácticos próxima a Bocas de Ceniza, lugar de acceso al cauce navegable del Río Magdalena que conduce hacia la zona portuaria de Barranquilla, se registró el embarque a bordo de la M/N BBC KUSAN, del señor ALEJANDRO HENAO, Piloto Práctico, a quien correspondió asesorar al Capitán de la nave en la navegación remontando las aguas del Río, hasta el muelle No. 1 de las instalaciones de la SPRB. Desde el momento de su embarque y a lo largo de su permanencia a bordo, se dio cabal cumplimiento de los protocolos establecidos por la OMI, por el CP-3 y por el Manual de Procedimientos de los Prácticos en cuanto se relaciona con el intercambio de información entre el Capitán y el Piloto Práctico.

06:45 El Piloto Práctico, señor ALEJANDRO HENAO, informó al centro de control de tráfico marítimo su ingreso a Bocas de Ceniza.

07:29 La M/N BBC KUSAN continua navegando en tránsito por el canal navegable, remontando aguas arriba las aguas del Río Magdalena.

08:05 el Capitán de la M/N BBC KUSAN, señor NOVOKHATSY, alerta a las estaciones a bordo, ordenando su alistamiento para la maniobra de atraque en el muelle programado (muelle de la SPRB) dentro de aproximadamente quince (15) minutos.

08:10 la M/N BBC KUSAN continúa navegando dentro del canal de acceso a Barranquilla, remontando la corriente de las aguas del Río Magdalena con su máquina propulsora en marcha avante y hélice paso variable al 65%. En ese momento, se registra aproximación hacia la M/N BBC KUSAN,

de los remolcadores BARRANQUILLA de la empresa COREMAR y del remolcador EOS II de la empresa INTERTUG que se encontraban en condición “stand by”, disponibles para apoyar a orden del Piloto Práctico, los eventuales requerimientos para apoyar la realización de la maniobra de aproximación para atraque en curso.

8:15 Súbitamente, la M/N BBC KUSAN es afectada por una fuerte turbulencia de las aguas del Río Magdalena que, además de producir una súbita reducción de su velocidad de avance, hizo que la proa cayera incontroladamente hacia el costado de estribor, avanzando con velocidad residual hacia las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL.

08:16 En respuesta a la inesperada situación, en un intento de maniobra por parte del Capitán, éste accionó el control en su mano, ordenando a la máquina propulsora “todo adelante” (full ahead) y al sistema de gobierno “todo a babor” (hard to port). Sin embargo, pese a la inmediatez y contundencia de las órdenes directas, no se logró respuesta de la nave.

08:17 Ante la no respuesta de la nave a las órdenes impartida al aparato de gobierno y frente a la inevitable aproximación en rumbo de colisión, en un nuevo intento de impedir el impacto, el Capitán intentó una nueva maniobra ordenando “todo atrás” (full astern), de manera simultánea con la orden de “liberar” el ancla de babor, con la intención de hacer uso de ella para fondear.

08:20 A pesar de los esfuerzos realizados a bordo de la M/N BBC KUSAN, el movimiento resultante, llevó a que su proa avanzó de frente en dirección a la plataforma central, produciéndose la colisión contra esta estructura para el amarre del tipo “duque de alba”, también denominado “dolphin” sobre la cual se apoyaba parte de la estructura metálica de soporte de la banda transportadora de la carga de carbón. La nave quedó varada en el sitio georreferenciado mediante el empleo del equipo GPS, en Lat. 10°58.334N y Long. 74°45.531W.

08:45 El remolcador EOS II maniobra en aproximación al sitio de colisión y varada, dando inicio de la maniobra de asistencia para intento de la desvarada de la M/N BBC KUSAN.

09:00 La M/N BBC KUSAN continúa varada en Lat. 10°58.334N y Long. 74°45.531W. En ese momento, se registra la actividad de los remolcadores “BARRANQUILLA” y “EOS II”, maniobrando en intento de zafar de su sitio de varada la M/N BBC KUSAN.

4. CARACTERISTICAS DEL RÍO MAGDALENA

(...) Sin embargo, a pesar de estar administrado por la Corporación del Río Grande de la Magdalena “CORMAGDALENA”, a lo largo de su curso sobre las márgenes del Río operan 23 corporaciones autónomas regionales y cuatro departamentos administrativos ambientales, esta vía fluvial ha estado en el abandono, particularmente al carecer de los medios y obras de intervención requeridas para garantizar la navegabilidad y así, su empleo en el modo de transporte fluvial.

Tal es el caso del trayecto final de los aproximadamente 22 kilómetros antes de su desembocadura que, a pesar de las obras físicas con que ha sido intervenido en el intento de lograr la “canalización” de este tramo del Río, estas se han circunscrito a la construcción de las obras asociadas con el aumento de la velocidad de descarga de sus aguas.

Así, las obras hidráulicas con que se ha intervenido el tramo final del Río, se ha reducido la sección recta de su cauce, estrechamiento con el que se buscado inducir el aumento de la velocidad de flujo de la columna de agua, con el propósito de “barrer” del lecho del Río los sedimentos que, al acumularse como

resultado del fenómeno de floculación a especialmente lo largo del tramo afectado por la "cuña salina", generan la formación de los bancos de arena que impiden o dificultan la navegación.

(...)

Una de las circunstancias resultantes del estrechamiento de la sección recta del cauce del Río Magdalena, ha sido el incremento de la velocidad de flujo de las corrientes superficiales de sus aguas a lo largo del tramo final de su curso antes de descargar sus aguas en el mar caribe, que ha terminado por convertirse en un reductor de las condiciones náuticas de este tramo de Río calificado como "apto para la navegación" para el acceso al puerto de Barranquilla.

5. CARACTERISTICAS DE LA M/N "BBC KUSAN"

De acuerdo con sus características, la M/N BBC KUSAN corresponde a un buque de alto bordo, es decir, una nave concebida, diseñada y construida para su operación en aguas marítimas. Al hablar de "mar", se entiende por "aguas profundas"

Al hablar de buques y antes de proceder al análisis de la M/N BBC KUSAN, es necesario revisar conceptualmente en forma esquemática, el proceso que permite su diseño, construcción y operación de un buque. Visto esquemáticamente, este proceso secuencial podría resumirse por etapas que partirían de su "concepción", pasando por su "diseño", "construcción" y "equipamiento", para pasar a su "operación" que corresponde a su empleo en la mar.

(...)

Es importante resaltar que la M/N BBC KUSAN está equipada con un timón "Becker" de tipo compensado, que al contar con plano (flap) suplementario, corresponde al tipo de timón más eficiente actualmente en el mercado. Este timón está conformado por una pala principal con una amplitud de movimiento de 65° a cada banda, sobre cuyo borde de fuga, cuenta con un plano articulado o "flap" que, instalado a continuación y hacia popa de la pala principal, cuenta con una amplitud de movimiento suplementario de 45° adicionales, que permite extender el efecto angular del timón hasta 110° a cada banda.

Esta combinación de efectos, permite producir una mayor magnitud de resistencia para la generación del momento (hélice - timón) que se traduce en la una mayor estabilidad direccional, con un mejor control del rumbo de la nave, característica que corresponde a una mayor "governabilidad" del buque, permitiéndole maniobras extremas.

(...)

8. ANALISIS CINEMÁTICO DE LA M/N BBC KUSAN

El procedimiento para la recalada al sitio de embarque del Piloto Práctico, el rendez-vous con la lancha de pilotos y el abordaje del piloto a bordo de la M/N BBC KUSAN, a la hora prevista, se llevó a cabo sin novedad.

Desde el momento de contar a bordo con el señor ALEJANDRO HENAO, en funciones como Piloto Práctico, el señor SERGY NOVOKHATSKY, Capitán de la M/N BBC KUSAN, procedió al intercambio de la información requerida para dar inicio a la navegación de aproximación al sitio de Bocas de ceniza, previo al ingreso a las aguas navegables del Río Magdalena. Mientras se llevó a cabo la

prueba de velocidad y respuesta del aparato de gobierno, además del suministro de la Tarjeta de Piloto (Pilot Card), se intercambió la información náutica acostumbrada, en relación con la descripción general del Río y otros datos de los que no existe registro diferente de las descripciones contenidas en sus declaraciones.

Verificada la información proporcionada al Piloto Práctico por parte del Capitán antes de iniciar el ingreso por "Bocas de Ceniza", aunque de acuerdo con la información suministrada a la estación de radio de la empresa de pilotos, los calados de la nave eran de 6.4m en proa y de 6.5m en popa, estos no fueron confirmados de manera visual, ni documental. En consecuencia, se asumió que estos datos eran los correctos. Aunque el Capitán NOVOKHATSKY mencionó que había mandado a lastrar los tanques de popa, no indicó con cuantas toneladas, además, dentro del expediente no reposan registros ni del diario de máquinas, ni de cualquier otra fuente documental donde conste toda esta información.

De acuerdo con los requisitos náuticos para la fecha de ocurrencia del siniestro, a lo largo de la navegación en tránsito realizada por la M/N BBC KUSAN" desde el ingreso por Bocas de Ceniza y a lo largo del trayecto aguas arriba, empleando los registros del ECDIS, se estableció que la velocidad de la corriente del Río variaba entre 5 y 6 nudos, situación que obligó a que en el momento de ingresar al Río, el buque debió contar con la potencia suficiente para alcanzar, como mínimo, una velocidad absoluta (medida sobre el fondo) de aproximadamente cuatro (4) nudos, lo que significa que además de los 6 nudos de velocidad de flujo prevalente para la fecha del siniestro, el buque debía contar con la capacidad para navegar a una velocidad relativa (medida sobre el agua) de más de 10 nudos.

(...)

De acuerdo con el registro ECDIS, siendo las 08:18:28, súbita e inesperadamente, el buque experimentó la repentina pérdida de gobierno, representada en el brusco cambio de rumbo, girando a estribor. A pesar de la inmediata reacción del Capitán, quien de inmediato, accionando el control en sus manos ordenó al timón: "todo a babor", a la vez que a la hélice: "todo adelante", el buque continuó cayendo bruscamente hacia la banda de estribor, saliéndose del rumbo que oscilaba alrededor de los 170° sobre el que venía gobernando, rumbo aproximadamente paralelo al eje denominado "canal de acceso al puerto de Barranquilla".

(...)

De acuerdo con los tiempos registrados por el sistema ECDIS, desde el momento del inicio del viraje incontrolado a estribor y el momento en que se produjo la colisión, transcurrieron 00h: 02m: 21s. En consecuencia, tras la colisión de la proa de la nave contra la estructura portuaria y apoyada esta contra la citada estructura portuaria que actuó como punto de apoyo, con el impulso de la inercia del buque, la popa del buque giró súbita y violentamente hacia estribor.

Si bien no se contó con registros de las variables meteorológicas, acudiendo a la descripción cualitativa resultante de la observación a pesar de la mención hecha por el Piloto Práctico respecto de la velocidad del viento, afirmando que este soplaba del NNE con velocidad inferior a 10 nudos, está claro que el efecto del viento no fue determinante para la realización de la maniobra.

(...)

La diferencia de la información de las características de diseño del buque, frente a la distorsión de tales características causada por la acción combinada de la reducción del agua bajo la quilla y la presencia de

la fuerte corriente, en su navegación en aguas del Río Magdalena no puede tenerse certidumbre respecto de las equivalencias de los valores de velocidad que pudieron ser alcanzados a lo largo del trayecto navegado desde Bocas de Ceniza hasta el sitio en que se produjo la pérdida del control del gobierno de la nave.

Fue gracias a la información provista en las impresiones sucesivas de los registros en pantalla del sistema ECDIS, logró establecerse que remontando la corriente del Río con un paso de hélice de entre el 65% y el 90%, el buque alcanzó una velocidad en el agua (velocidad relativa) del orden de 12 nudos, mientras su velocidad sobre el fondo (velocidad absoluta) fue de 5 nudos, permitiendo establecer la velocidad de la corriente fue de 7 nudos.

Desde el punto de vista náutico, tener que remontar en aguas someras una corriente con velocidad de siete (7) nudos (12.96km7h), es una condición inusual. Aunque tal navegación ofrece mejores condiciones de seguridad que las asociadas con la navegación hacia "aguas abajo", ya que para lograr hacer su tránsito, se requiere mantener proa sobre el rumbo usualmente paralelo al eje del "canal", siempre manteniendo la orientación del casco respecto de los filetes de agua.

(...)

Al abordar la nave el Piloto Práctico disponía del plano batimétrico No. 347 producido por CORMAGDALENA, fechado el 24-10-2010 que para la fecha era el último levantamiento batimétrico disponible; ello significa que, para ese momento, el plano contaba con 15 días de haber sido producido. Sin embargo, a pesar que el Piloto Práctico lo llevaba consigo, dentro de su interacción con el Capitán de la nave, este no hizo uso del plano.

Sin embargo, dentro de la revisión y análisis del plano No. 347 y cuyos resultados se consignan en el presente informe, no se encontró característica alguna que pudiera conducir a la explicación del comportamiento de la nave.

Sin embargo, al comparar el plano batimétrico No. 347 fechado el 24-11-2010, con el plano batimétrico No. 357 fechado el 9 de diciembre de 2010 levantado por CORMAGDALENA en la misma fecha del accidente, en el sector ubicado a la altura del kilómetro 19, de la boya 29, se encuentra en presencia de dos (2) promontorios, rasgos correspondientes a acreciones sedimentarias con profundidades de entre 10.2 y 10.4 metros, irguiéndose desde una profundidad media de los 16 metros, lo que representa una diferencia puntual de profundidad del orden de los 5.6 metros.

Como puede verse en el plano batimétrico No. 357 levantado el 9/12/2010, misma fecha del accidente, sobre el fondo del área en la se registró la pérdida de gobierno, se registró la presencia de dos protuberancias, una con profundidades entre 10.3 y los 10.2m, mientras la otras con profundidad de 10.4m que hacían parte de una formación más extensa, con profundidades para las cuales de manera aproximada, se trazaron las líneas isobatas en dirección aproximadamente paralela a la de los 12 metros, representada con color verde.

Al constituirse en obstáculos para el libre flujo de las aguas corrientes del Río Magdalena, que para la fecha fluían con velocidad del orden de los 7 nudos, la presencia de esas irregularidades sobre el relieve del lecho del Río, pudieron ser las causantes de la perturbación de los filetes, o líneas de flujo de la corriente, ocasionando la formación de corrientes de "eddie", propias del régimen de flujo turbulento, turbulencias de que tanto el Capitán como el Piloto dieron cuenta en sus declaraciones.

(...)

Durante la maniobra, la M/N BBC KUSAN contó en su proximidad con la presencia de dos remolcadores, el “BARRANQUILLA” y el “EOS II”, en condición de “stand by” para intervenir a requerimiento del piloto

(...)

Si se hubiera legado el caso de emplear cualquiera de los remolcadores, al amadrinarse a la nave asistida por el costado por el cual se requiera la asistencia, al encontrarse esta navegando con una velocidad mayor de 3 nudos, un remolcador convencional no ejercerá esfuerzo eficaz alguno y por el contrario, podrá terminar siendo arrastrado por el buque al que asiste y hasta llegar a colapsar volcándose.

Sin embargo, no se acudió a su empleo por parte del Piloto Práctico por dos razones: en primera instancia, los acontecimientos ocurrieron dentro de un muy breve lapso de tiempo de 00h: 02m: 21s. en segunda, y aunque no aparece registrado dentro del expediente, al no haberse indagado específicamente al respecto, el eventual empleo de uno o de los dos, hubiera sido un acto imprudente, debido a que sus características como remolcadores de tipo convencional, les limitan su maniobrabilidad al estar conectados al buque asistido y les impiden ejercer el 100% de su empuje a lo largo de los 360° radiales requeridos para las condiciones propias de la operación en agua del Río Magdalena.

9. CONCLUSIONES

La fecha de ocurrencia del siniestro coincidió con una época lluviosa en la que se superaron los registros históricos de precipitación sobre la cuenta alta del Río Magdalena, originando severas y extensas inundaciones a lo largo de las diversas cuentas, además de la del Río Magdalena. Esta circunstancia llevó a que además del extraordinario incremento del caudal de aguas transportadas, se elevaran los volúmenes de transporte de sedimentos.

(...)

Evaluadas las circunstancias y condiciones náuticas, contenidas en el expediente, el siniestro se produjo tras haberse registrado el ingreso de la M/N BBC KUSAN a través de la desembocadura en Bocas de Ceniza y haber navegado Río arriba, remontando las correntosas aguas del Río Magdalena, en una maniobra que prometía sumarse a las numerosas realizadas tanto por el capitán, como por el Piloto pero que, debido a la carencia de información idónea y oportuna que hubiera permitido tanto al piloto como al Capitán saber tanto de los cambios geomorfológicos del lecho del Río como de los fenómenos hidrodinámicos asociados con tales cambios, se dio lugar a la que puede definirse como “causa raíz” del accidente que derivó en el siniestro de colisión”. (Cursiva fuera de texto)

El día 29 de noviembre de 2012 el Perito ÁLVARO DUARTE MENDEZ presentó escrito sustentando las aclaraciones requeridas así:

“Si bien una de las partes solicitó aclaración de los aspectos relacionados exclusivamente con el análisis de los acontecimientos, una de las partes solicitó la detallada y completa investigación en la que se exponga la verificación real y exacta de los daños o averías causados por la M/N BBC KUSAN a las instalaciones portuarias contra las cuales colisionó y la estimación económica de los mismos.

Debo informar a este Despacho que, para realizar el experticio requerido para la estimación económica de los daños resultantes de la colisión, además del inventario de los presuntos daños derivados de la colisión, se requiere la realización de un estudio técnico de las instalaciones presuntamente averiadas.

La realización de tal evaluación y estimación de daños, no se basa únicamente en una evaluación aproximada de los daños a partir del inventario de los mismos, empleando fórmulas financieras, comúnmente aceptadas en los ejercicios contables, para el cálculo de la depreciación de equipos, maquinarias o instalaciones. Dadas las condiciones y objeto del estudio requerido, este debe incluir la obtención de alas muestras físicas de la estructura averiadas y la realización de los estudios de laboratorio necesarios para establecer la patología, tanto de los concretos, como de los aceros estructurales que hacían parte de las estructuras averiadas.

Estimo que la realización de los estudios necesarios atrás mencionados, que harían posible la rendición del informe del costo de los daños ocasionados, puede ascender a los noventa millones de pesos (\$90.000.000) (...)" (Cursiva fuera de texto)

Mediante escrito del 08 de marzo de 2013, el perito ÁLVARO DUARTE MENDEZ allega las aclaraciones solicitadas por parte del apoderado del Armador, Capitán y Tripulación de la M/N BBC KUSAN, así:

"a). aclare o complete si era prudente y adecuando asegurar el remolcador "BARRANQUILLA" o cualquier otro remolcador disponible en el puerto de Barranquilla a la MN BBC KUSAN, atendiendo las variables de velocidad de la corriente el día del siniestro, las características de potencia y velocidad de los remolcadores que se encontraban disponibles las características de la MN BBC KUSAN.

Al respecto, es importante establecer que las características climáticas, asociadas con las maniobras realizadas en aguas del Río Magdalena son propias y específicas de este curso fluvial. Si bien, el tramo calificado como "navegable", con longitud aproximada de 22 kilómetros comprendido entre su desembocadura en el sector de Bocas de Ceniza y cercanías del puente "LAUREANO GÓMEZ" a lo largo tanto del sector portuario ubicado sobre la margen occidental o izquierda del Río, en la llamada zona industrial de la vía 40 de la ciudad de Barranquilla, en el departamento del Atlántico, como recientemente a las instalaciones portuarias construidas a lo largo de la margen oriental o derecha del Río, en el sector denominado Puerto Palermo en el departamento del Magdalena, ha venido siendo empleado para permitir el acceso de embarcaciones de alto bordo, sin que ello signifique que las aguas corresponder propiamente a una hidrovía.

(...)

Por su parte, los servicios de remolcador son suministrados por empresas particulares; estas cuentan con remolcadores genéricos del tipo "auxiliar de bahía", dotados de sistemas convencionales de propulsión, lo que significa que suelen estar dotados de dos "líneas de potencia", cada una de ellas integrada por un motor, conectado a un eje que accionado rotativamente por el motor, o por el engranaje reductor, mueve la respectiva hélice conectada en su extremo opuesto.

El empleo del término "genérico", obedece al hecho que con potencias del orden de los 2.200SHP, con capacidad de tiro a punto fijo del orden de las 30 toneladas, usualmente estas embarcaciones auxiliares de tipo convencional, han venido siendo empleados como remolcadores auxiliare en las maniobras

portuarias de atraque/zarpe en bahías. Se hace claridad que el empleo del término “puerto” corresponde a aquel localizado en una bahía o cuento abrigado en el mar.

(...)

Si bien, al mencionar las características del remolcador, o nave auxiliar de maniobra, cualquiera sea su naturaleza o clase, estas corresponden a las de la nave en sí. Pero debe tenerse en cuenta el momento en que el remolcador se encuentre cumpliendo las funciones propias de su naturaleza, es decir: empujando o halando, este pasa a formar parte de un sistema de fuerzas, momento en el cual es indispensable considerar las capacidades de respuesta de su sistema de gobierno, bajo las siempre cambiantes condiciones dinámicas de la maniobra para la cual este vaya a ser empleado.

(...)

Por su parte, las condiciones extraordinarias de velocidad de la corriente del Río Magdalena y el comportamiento del lecho del Río durante los días anteriores y en la misma fecha el día 9 de diciembre de 2010, determinaban las condiciones más exigentes para la realización de las operaciones en sus aguas, a lo largo del trayecto comprendido entre el sector de Bocas de Ceniza y el muelle de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla donde se tenía previsto su atraque, frente al más leve cambio del equilibrio dinámico alcanzado de una nave de alto bordo tal como la M/N BBC KUSAN

Dada la inercia propia de las dimensiones de la M/N BBC KUSAN (127mx22mx5.8m; 8.831 DWT), respecto de la del remolcador “BARRANQUILLA” (28mx8.53mx4.27m; 3219.48 DWT, con sus 2.182SHP y 24.34 toneladas de tiro a punto fijo), puedo afirmar que ni este, ni ninguno de los remolcadores disponibles para esa fecha en la zona portuaria de Barraquilla, hubieran sido capaces de superar tanto el empuje lateral, como la fuerza de la nave en el que resultó ser inexorable avance contra la instalación contra la cual colisionó. Es más, el haber impartido órdenes que hubiesen llevado la intervención directa de ese remolcador auxiliar, empujando contra el casco de la nave asistida o conectando una línea de tiro para intentar halarla, con toda seguridad hubiera dado lugar a una situación indeseable.

(...)

b). Qué ocasionó el día 9 de diciembre de 2010, el cambio abrupto e incontrolable del rumbo de la M/N BBC KUSAN.

De acuerdo con los resultados de la investigación pericial realizada, consignados en el informe pericial y ampliamente explicados en la audiencia en que estos fueron presentados a las partes, el hecho causante de la súbita “caída a estribor” representada por el abrupto e incontrolable cambio de rumbo de la M/N BBC KUSAN, seguido de la incapacidad de su sistema de gobierno para la recuperación del rumbo sobre el cual la nave venía gobernando, se derivaron de la pérdida de sustentación dinámica causada por la turbulencia generada aguas debajo de un banco sedimentario formado en cercanías del eje del canal “navegable”.

La presencia de esta acreción sedimentaria originó una diferencia de presión a lo largo del casco conocida como “efecto de banco”. Este efecto está representado por la momentánea separación de los filetes o líneas de agua debido a la influencia de la baja presión asociada con la turbulencia que, para este caso se registró a media cubierta y aleta de estribor de la nave, dando lugar a la acción de la alta

presión del agua sobre la sección de su amura y proa de babor. Este efecto de par de fuerzas, desestabilizó el equilibrio cinemático de la nave, induciendo al leve cambio de rumbo que llevó, de manera inesperada, a la condición de avance incontrolable y sobre una misma dirección (stuck on the rails) dirigiéndola como en efecto fue, contra las instalaciones de la Sociedad Portuaria ATLANTICO COAL con las que se produjo la colisión de la nave, siniestro objeto de investigación.

c). A qué se refiere cuando en la exposición del dictamen y lo consignado en las conclusiones señala que el Río Magdalena no tiene información instrumental? A cargo de quién está brindar esta información, qué periodicidad deben tener los reportes? Cuál es la utilidad de los mismos para el análisis de la maniobra que investiga la Capitanía de Puerto de Barranquilla para la M/N BBC KUSAN?

(...)

A la fecha, la única información instrumental con que se cuenta corresponde a la registrada en la estación limnigráfica de "CALAMAR", ubicada aproximadamente a 44 millas náuticas (81 kilómetros aguas arriba del puente "Laureano Gómez"), información que permite el aforo del caudal del Río. Pero se carece de información de utilidad náutica, representada por ejemplo, en los datos de velocidad del agua a lo largo de varios transeptos o líneas transversales respecto del eje del canal navegable, particularmente de los denominados "puntos críticos" por su importancia respecto del efecto de las aguas sobre el tráfico de las embarcaciones que allí operan.

Se carece de la capacidad para el estudio y caracterización reológica de los sedimentos, a fin de tipificar sus características, regímenes y comportamientos del lecho fluvial, a fin de predecir la formación de acreciones sedimentarias (bancos) que de manera permanente al desplazarse aguas abajo y a lo largo del tramo actualmente navegable, han sido causantes de varios siniestros de varadura, encallamiento y colisión registrados en sus aguas.

Se requiere de una estación que permita la medición de información meteomarina, representada (aunque no exclusivamente) por mediciones de los campos barométricos y eólico, precipitación y termometría, corrientes y oleaje, con cobertura desde la zona de aproximación de Bocas de Ceniza y al menos en dos estaciones a lo largo del tramo navegable.

Por parte de ese esfuerzo deberá incluir un sistema instrumental que permita el monitoreo, vigilancia y control de la cuenta que, además de suministrar la información en tiempo real, permita establecer con anticipación la ocurrencia de cambios que puedan llegar a afectar el comportamiento de sus aguas, le geomorfología de sus márgenes y de su cauce, así como prever en general, los efectos de estos sobre las naves que allí operan.

Como ya se anotó, salvo la señalización del llamado canal navegable, nada de lo demás existe. En consecuencia, hasta la fecha no ha habido forma de garantizar el manejo integral de este tramo "navegable". No corresponde al suscrito designar a la persona o personas jurídicas a las que les correspondería asumir las responsabilidades para la implementación, creación, operación, mantenimiento y realización de las funciones propias de la habilitación del Río como la tan necesitada hidrovía (...)" (Cursiva fuera de texto)

El día 29 de diciembre de 2016, la doctora MARTHA RÍOS GARCÍA, perito en la especialidad de Daños y Perjuicios, rindió informe en los siguientes términos:

“(…)

INSPECCION OCULAR

En las inspecciones oculares practicadas al sitio; la primera por el Río el día 8 de noviembre de 2016 y la segunda el 11 de noviembre del mismo año; por el predio adyacente a la zona de concesión conocido como “patio de chatarra” y que corresponde la zona de cargue y descargue para el muelle dado como área en concesión se pudo constatar la zona de explotación, las obras y actividades existentes, así mismo, se realizó un registro fotográfico del estado actual de la infraestructura existente, encontrándose varias partes de la estructura que constituía la banda transportadora de carbón derrumbadas y abandonadas, infraestructura correspondiente a la plataforma central y piñas de atraque deteriorada y abandonada.

(…)

TEORIA DEL DAÑO

El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad, a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño.

Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio.

Una vez definido el daño, corresponde hacer la clasificación de las principales maneras como el perjuicio como el perjuicio se presenta. Es decir, el estudio de la tipología del perjuicio reconocido por la Jurisprudencia.

Sobre el DAÑO EMERGENTE, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación número 13168, con ponencia del Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, preciso que:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad –para el afectado- de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y el pago – que la parte actora solicita- de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad de daño emergente, si no de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva...”

En cuanto tiene que ver con el LUCRO CESANTE, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorgue derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública.

Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado.

DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE

En otras palabras, para obtener indemnización por el perjuicio material y por los perjuicios morales objetivados se debe demostrar: a) su existencia y b) su cuantía; de esta manera se diferencia de los de carácter moral subjetivado, donde solo basta acreditar la existencia del daño, luego de lo cual, el Juez, por atribución legal, fijará el valor de la indemnización en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como la tristeza, dolor o aflicción.

El análisis de la expresión "perjuicios patrimoniales", por tanto, según el artículo 28 del Código Civil permite concluir que la determinación de su alcance atiende a un significado estrictamente legal sino que obedece al sentido que le ha dado a jurisprudencia y la doctrina.

Así, el tratadista Valencia Zea (Derecho civil, Tomo III, de las obligaciones. Editorial Temis 1986, págs. 173 y ss), sostiene que "... existe un perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas.", los cuales a su vez se clasifican en: patrimoniales y extra patrimoniales, señalando que los primeros se encuentran en el comercio y son avaluables en dinero mientras que los segundos no se encuentran en el comercio ni en sí mismo son avaluables en dinero.

Lo anterior, me permite indicar que el experticio que presento sea el que considero más ajustado a lo solicitado.

METODOLOGÍA APLICABLE

En nuestro derecho positivo no existe dispositivo legal para la tasación o evaluación de una indemnización que eventualmente se pudieren percibir, es decir, no existen pautas o normas que fijen una línea de conducta a seguir para evaluar los daños y perjuicios.

Sin embargo a lo dicho que antecede, se ha ido creando los senderos que deben atender en la reparación del daño en cuando a fijación dineraria se refiere y es por eso que inicialmente es necesario precisarse el contenido y posteriormente la medida del daño, entendiéndose la clase, calidad y al aspecto que se lesiona, dividiéndolos en materiales que a la vez se clasifican en emergentes y en lucro cesante, también existen los perjuicios morales que a su vez se clasifican en objetivos y subjetivos, y por esa medida del daño, entonces es que se entiende el quantum haciendo la traducción en dinero y la equivalencia económica.

161

El daño o lesionamiento patrimonial debe evaluarse teniéndose en cuenta además de la secuencia en el tiempo presente, pasado o futuro por lo que el responsable adquiere una deuda o valor, por cuanto la indemnización tiene a establecer un equilibrio patrimonial que se rompió y ello conduce a que en esa indemnización se incluyan todas las circunstancias internas y externas que modifiquen el valor del daño.

(...)

DE LOS DAÑOS CAUSADOS A LA SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.

- DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

INFRAESTRUCTURA DADA EN CONCESIÓN

Del contenido del contrato de concesión portuaria No. 029 del 22 de diciembre de 2004 se extrae que la entidad CORMAGDALENA entregó junto con el uso de la zona de uso público adyacente al predio denominado “el patio” y que corresponde al denominado “Muelle 32”.

(...)

Conclusión No. 1: de lo anterior, es posible establecer que para la fecha de la colisión, lo anteriormente citado corresponder a la infraestructura existente en el denominado muelle 32.

DE LAS PARTES DE LA INFRAESTRUCTURA QUE SUFRIERON DAÑOS

De las pruebas obrantes en el proceso se pudo establecer que la infraestructura colisionada y que había sufrido daños correspondería a lo siguiente:

- a) De los documentos que sirven de soporte al inicio de la investigación: nota de protesta: “(...) golpeo de frente contra el muelle, lo cual causó que dicha plataforma se desplomara y la banda transportadora montada sobre la misma también cayera y fuera recibida por la proa de este mismo buque.*
- b) De la información obtenida y las conclusiones emitidas por el perito técnico: En el dictamen pericial emitido por el Capitán de Fragata JAIME PINZON y que es prueba en la investigación a folio 534 y ss., refiere: “la consecuencia del siniestro del buque BBC KUSAN contra las instalaciones del muelle de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL, consiste en daños a la plataforma del muelle y la caseta de seguridad, pilotes base del muelle, bitas, banda transportadora de carbón, durante la inspección inicial el perito designado determinó que tanto la plataforma del muelle como la banda transportadora presentan corrosión grave (seguramente por la acción de las condiciones ambientales del área), se nota falta de mantenimiento y abandono hace varios meses o años del conjunto general de las instalaciones,*

(así como láminas, ángulos, guayas, soportes, equipos eléctricos, mecánicos e hidráulicos (...))"

Conclusión No. 2: de lo anterior, así como del dicho de las partes durante el proceso, analizando en conjunto, es posible colegir que la parte de la estructura dada en concesión que sufrió daños a título de pérdida total correspondería a la banda transportadora que constituye el sistema de cargue de carbón; mientras que por su parte la denominada plataforma de atraque que conforma la estructura de soporte habría sufrido pérdida parcial.

ESTADO DE CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA

Obra en el expediente en relación con el estado de conservación de la infraestructura previo a la colisión objeto de estudio la siguiente documental:

1. Requerimientos de fecha 03 y 17 de agosto de 2004; emitidos por el Director Ejecutivo de CORMAGDALENA en los cuales en síntesis se establece la necesidad del retiro de la banda transportadora en desuso ubicada en el muelle 32 por considerar que su estado de abandono y falta de mantenimiento podría generar un daño irreparable y en aras de garantizar la seguridad del tráfico fluvial de la zona.
2. DIAGNOSTICO TÉCNICO DE INGENIERIA DEL SISTEMA INTEGRAL DE CARGUE DE CARBOR DE LOS MUELLES DE LA SOCIDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., el cual fue realizado por M6B S.A. - Manufacturing & Bussines - de abril 5 de 2007; en él que establece un diagnóstico y recomendaciones para los elementos y equipos de la Sociedad Portuaria; el cual refiere en síntesis la necesidad de reparación de algunos pilotes que conforma la base de la plataforma central; y dan cuenta de la necesidad de proteger la banda transportadora de los efectos corrosivos del medio ambiente.
3. Documento denominado "ESTUDIO TENTATIVO DE COSTOS DE DEMOLICIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA PLATAFORMA PRINCIPAL DEL MUELLE ALTANTIC COAL EN BARRANQUILLA" calendado el 20 de diciembre de 2010 que da cuenta no solo de las labores necesarias para el retiro de la motonave que aún se encontraba en el sitio de la colisión para entonces; sino que efectúa una cotización de las eventuales obras a realizar para la demolición y reconstrucción de la plataforma y banda transportadora averiadas discriminada en valores sin hacer mayores apreciaciones sobre el estado de conservación de la infraestructura a reponer.
4. Cotización de trabajos de reconstrucción del sistema integral de cargue de carbón elaborada por la empresa GLOBAL & ENGINEERING DEVELOPMENT S.A.S. de fecha 5 de febrero de 2011; esto es menos de dos meses después de la colisión, que se refiere a la infraestructura colisionada discriminando su conformación.

(...)

162

5. *Concepto técnico emitido por el INGENIERO CIVIL HUMBERTO ARJONA GÓMEZ que manifiesta haber asesorado a la empresa ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., en la construcción inicial de la estructura de antaño; quien a su juicio considera que la colisión causó una inclinación y pérdida de altura de la plataforma con ocasión del impacto que habría sufrido los pilotes que sirven de base a la estructura y aclara en todo caso, que sería imposible arreglar dichos pilotes con miras a enderezar la estructura, concluyendo que la misma debe ser demolida por completo y reemplazada por otra.*

6. *Cotización de trabajos de reconstrucción del sistema integral de cargue de carbón elaborada por la empresa CIBA INDUSTRIAL E.U. de fecha enero 4 de 2011; esto es menos de un mes después de la colisión, aportado con el dictamen pericial técnico efectuado en el curso del proceso por el perito Capitán de Fragata JAIME PINZÓN SOTO que se refiere a la infraestructura colisionada discriminando su conformación en las siguientes partes y pronunciándose sobre cada una de ellas.*

(...)

7. *Cotización de trabajos de demolición, diseño y construcción de plataforma fluvial de soporte de sistema integral de cargue de carbón elaborada por la empresa B.C.P INGENIERIA S.A.S., de fecha marzo 22 de 2011, aportada con el dictamen pericial técnico efectuado en el curso del proceso por el perito Capitán de Fragata JAIME PINZÓN SOTO que se refiere a la estructura colisionada.*

(...)

8. *Obra también respuesta a requerimiento hecho por el señor Capitán de Puerto de Barranquilla emitido por el Superintendente delegado de puertos de fecha 11 de abril de 2013 por medio del cual se solicitó que realizara la valuación de los daños ocasionados al muelle objeto de colisión, en el cual la entidad pese a referir no ser ella la encargada de dicha pericia; hace alusión a la última visita practicada a las instalaciones de la Sociedad ATLANTIC COAL en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control el día 29 de diciembre de 2009, esto es un año antes de la colisión.*

Conclusión No. 3: del análisis de los documentos relacionados que constituyen pruebas documentales obrantes en el expediente resulta viable afirmar que la infraestructura dada en concesión y relacionada arriba se encontraba en desuso, abandonada, inoperante y su presencia en el muelle amenazaba la seguridad marítima tal y como san cuenta los sendos requerimientos efectuados por la entidad CORMAGDALENA y la misma respuesta dada por la SUPERPUERTOS por requerimiento que le hiciera el Capitán de Puerto de Barraquilla en el curso del proceso; siendo que, pese a que la Sociedad Portuaria habría solicitado conceptos técnicos con miras a realizar las reparaciones y mantenimiento necesARío para el sostenimiento de la estructura; lo cuento es que no obra en el expediente documental alguna que permita inferir que dichas obras se ejecutaron; razón por la cual para efectos de la determinación de perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante se tomará como base el

mal estado de conservación de los bienes inmuebles por destinación colisionados y que claramente sufrieron un daño como lo son la plataforma central y la banda transportadora de carbón; lo anterior, toda vez que se ratifica que si bien se observa la causación de un daño; es necesario ahora concretar si el mismo es o no indemnizable y su correspondiente cuantificación

(...)

APLICACIÓN DEL MÉTODO VALUATORÍO

DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS AL SISTEMA DE CARGUE DE CARBON

(...) Conclusión No. 6: considera esta perito que no es posible cuantificar el daño a dicha estructura tomando como partida las cotizaciones recaudadas, como quiera que las mismas sugieren la construcción de una nueva infraestructura y en todo caso, esta necesidad no corresponde a una consecuencia derivada del daño causado; sino que más bien era ya un requerimiento previo que en nada toca con la producción del hecho dañino; inclusive en su costo de demolición que en todo caso le correspondía asumir a la sociedad Portuaria independientemente de la concreción del siniestro.

ESTIMACIÓN DE DAÑO EMERGENTE

- *A título de consolidado: NO SE OCASIONA*
- *A título futuro: \$1.350.623.825 (Valor indexado)*

Conclusión No. 7: se estima a título de eventuales perjuicios derivados del reconocimiento de responsabilidad en la modalidad de daño emergente por los perjuicios ocasionados a la plataforma central del muelle.

ESTIMACIÓN DE LUCRO CESANTE

Conforme a lo expuesto en el precedente se establece que no se produjo perjuicio alguno a título de lucro cesante por lo que su cuantificación será igual a cero.

(...)

DE LOS DAÑOS CAUSADOS AL BUQUE MERCANTE "BBC KUSAN"

(...)

DE LOS PERJUICIOS A TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE

Total daño emergente consolidado: \$130.920.962,37 M/CTE (Valor indexado)

Por su parte, no obra en el expediente ni me fue allegada prueba alguna que permita inferir la causación de daños a título de daño emergente futuro no de lucro cesante; y como ya se indicó, aunque podrían inferirse dada la posibilidad material del buque de producir utilidades, lo cierto es que no es

posible determinar la cuantía por falta de acervo probatorio por lo que su cuantificación será igual a cero. (Cursiva fuera de texto)

ARGUMENTOS DEL APELANTE

De los escritos de reposición y en subsidio apelación presentados el día 17 de abril de 2015 y 14 de septiembre de 2015, por los Abogados HERNÁN ROJAS PEÑA, apoderados del Capitán, Armador y tripulación de la motonave BBC KUSAN y JIMY FORERO PAEZ, apoderado de la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S., se extrae lo siguiente:

1. Presunta violación al principio de imparcialidad: Afirma que con la interpretación del despacho de la conducta náutica del capitán y del piloto práctico, al calificarla como falta de diligencia, pareciera que surge el problema jurídico en cuanto a la incompatibilidad entre la función administrativa de DIMAR y la Capitanía de Puerto en cuanto a proveer la carta náutica y expedición de avisos a los navegantes respectivamente y su función jurisdiccional. Con lo que sostiene que la misma autoridad encargada de fallar el asunto, es la que tiene a cargo advertir a los navegantes sobre las condiciones del Río Magdalena, lo que no se hizo en forma adecuada, por lo siguiente:

Tanto el Capitán, como el Práctico y el Perito Duarte en sus declaraciones han llamado la atención sobre la falta de información oportuna y relevante sobre las condiciones del Río Magdalena para la época de los hechos.

La afirmación anterior es un claro señalamiento para el Estado colombiano y la Autoridad Marítima quien tiene la obligación de garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, no solo proveyendo la información actualizada del Río, sino vigilando a todos los actores de la actividad marítima y fluvial cumplan con sus funciones.

El capitán de puerto indica en su fallo que el capitán no observó los planos, sin especificar estos, para lo que considera que el único plano que se encontraba disponible era el plano 347 del 24 de noviembre de 2010, elaborado por CORMAGDALENA y que comparado con el plano 357 elaborado el día del siniestro y publicado días después demuestra que el plano 347 estaba desactualizado para haber sido usado el día 9 de diciembre de 2010.

Es de conocimiento de la Capitanía que CORMAGDALENA le quita y resta completa utilidad a los planos que en su momento elaboraba, toda vez que las coordenadas con que los producían eran completamente distintas a las de las cartas náuticas que utilizaban para navegar.

Puede afirmarse que los planos batimétricos que se producían en el 2010 por CORMAGDALENA cumplían la función de cartas náuticas para la navegación.

Con lo que cuestiona la decisión de primera instancia, al endilgar la responsabilidad del Capitán y del Práctico por falta de diligencia al haber confiado plenamente en la carta náutica que se utilizó en la maniobra.

Arguye, que no se tuvo en cuenta que mediante Resolución 271 de 2010 DIMAR había suspendido por obsoleta la vigencia de la carta náutica COL 253 del Río Magdalena, y que en los considerandos de esta resolución se especificaba que esta no podía ser actualizada con avisos a los navegantes y menos aún a través de planos batimétricos.

Afirma, que no existe ningún acto administrativo en el que DIMAR delegue a CORMAGDALENA la función de elaborar cartas náuticas y que las mismas se hagan a través de planos batimétricos.

Sostiene que existe una falta de diligencia por parte de la Autoridad Marítima por no haber emitido en forma oportuna la carta de navegación del puerto de Barranquilla, muy a pesar de ser conscientes del invierno con tintes históricos que padeció Colombia en el año 2010.

Afirma el recurrente que ante las condiciones del Río Magdalena para el año 2010 y la fuerte ola invernal por situaciones imprevisibles e irresistibles del Río algunas naves sufrieron una situación similar a la investigada, hecho que es prueba irrefutable de la condición anormal del Río y a la que se vieron expuestos los navegantes durante ese año.

Insiste, en que el fallo de primera instancia le atribuye funciones al Capitán de la nave y Piloto Práctico que le corresponden a la Autoridad Marítima, como lo son las establecidas en los numerales 4 y 8 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Considera que existe una posible falta de imparcialidad de la Capitanía de Puerto de Barranquilla, porque declara la responsabilidad basada en la falta de utilización de la carta náutica, siendo esta responsabilidad de DIMAR, máxime que la carta se encontraba suspendida, y el plano batimétrico no era un instrumento idóneo para la navegación.

2. Indebido análisis e interpretación del acervo probatorio respecto de la eximente de responsabilidad fundada en la conducta del Capitán de la motonave "BBC KUSAN" y de TRANSMARES S.A.S, cumplimiento de las obligaciones y deberes de un buen profesional.

Sostiene que probatoriamente se encuentra demostrado el cumplimiento de las obligaciones y los deberes por parte del capitán, el cual se ajustó a la normatividad marítima colombiana.

Lo anterior lo resume de la siguiente manera: presentación de acta de protesta por los hechos ocurridos, ante la Capitanía de Puerto, se aportó toda la documentación requerida y que ante la colaboración brindada la Capitanía de Puerto podría deducir la ausencia de responsabilidad del Capitán y del Piloto Práctico.

Sobre el exceso de confianza que presuntamente hubo de parte del capitán y piloto práctico, aduce que esto no se demostró en ninguna de las declaraciones, además que se lo censura por no utilizar los planos batimétricos actualizados.

Afirma que el Perito Duarte indicó que con la información disponible en el Puerto de Barranquilla era imposible prever que se creara una situación de riesgo para la embarcación.

164

Recuerda que a pesar de la ola invernal, la falta de una carta náutica oficial y deficiencia en la producción de batimetría que en ningún momento la Capitanía de Puerto procedió a cerrar el puerto por falta de condiciones de seguridad.

Afirma que conforme lo sostiene el fallo de primera instancia, se debe aclarar cuál es la forma y que instrumento debían usar el Capitán y el Práctico para conocer la sedimentación y forma del lecho de un Río que cambia la morfología de manera permanente.

Cita el aparte del peritaje rendido por el señor ÁLVARO DUARTE en el que sostiene que la causa raíz del accidente es la mezcla de una situación inusual de aguas corrientosas del Río Magdalena en un unión con cambios morfológicos del lecho del Río que eran imposibles de tener en cuenta por parte del capitán por la ausencia de información idónea y oportuna.

3. Situación extraordinaria del Río Magdalena -Fundamento Jurídico de la responsabilidad civil extracontractual y la causa extraña.

Cita jurisprudencia y doctrina sobre la exoneración de responsabilidad alegando la causa extraña para indicar que la conducta desplegada por sus representados encajan dentro de estos lineamientos., bajo la modalidad de fuerza mayor o caso fortuito.

Sostiene que como lo indica el auxiliar de la justicia, era claro para el práctico la capitanía, los patronos de los remolcadores y el capitán de la nave que durante la navegación por el canal del Río Magdalena la corriente estaba fuerte, pero ello no significa que este conocimiento de la condición anule lo fortuito del hecho y que se despoje de su condición de fuerza mayor o hecho de la naturaleza un incidente al que no pudo resistirse la nave KUSAN, pese a que se tomaron todas las medidas que un navegante profesional hubiere tomado en iguales circunstancias.

Adicionalmente indica que el siniestro fue irresistible, pues a pesar de tomar todas las medidas necesarias y razonables para acometer la maniobra de aproximación no fue posible resistir y evitar la colisión.

Que el Perito DUARTE luego de analizar la conducta náutica de cada una de las partes no encontró culpa o negligencia en el actuar de los navegantes involucrados, y se afirma que las conductas fueron correctas y que fueron víctimas de situaciones imprevisibles e irresistibles.

Cita los considerandos del Decreto 4579 de 2010, para expresar que en el Río Magdalena se formaron corrientes imprevisibles con la llegada de sedimentos del interior del país, lo que hizo inmanejable el gobierno de un buque como el KUSAN, por lo que solicita la exoneración de sus prohijados declarando la fuerza mayor.

4. Violación del fallo de los artículos 252, 253, 254, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil por error del fallador al conferirle a unos documentos el carácter de prueba documental.

Cita algunos apartes de la decisión de primera instancia relacionadas con las pruebas usadas para acreditar el daño y el monto de los perjuicios causados a la Sociedad Portuaria

ATLANTIC COAL, así mismo, cita jurisprudencia con la que se pretende acreditar un yerro en la valoración de la prueba documental.

Los folios 67 al 94 y 485-512 de la encuadernación - cotizaciones de servicios presentados a solicitud de ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A, a los que acude el despacho para establecer el valor de los perjuicios, son documentos emanados de terceros y aportados por el reclamante en su escrito inicial, los que carecen del realce probatorio que se pretende en el fallo.

Además, indica que en el expediente existen cotizaciones que no ofrecen valor probatorio, porque tales documentos no tienen siquiera un somero análisis técnico de la estructuras afectadas con la colisión, la identificación plena de los daños o averías que se padecieron, ni su extensión, ni la determinación del daño.

En igual sentido, indica que ATLANTIC COAL, solicitó al Despacho decretar prueba pericial para determinar el estado de las reparaciones antes de la ocurrencia del siniestro, pero que por diferentes razones explicadas esta misión no se cumplió.

5. Falta de reconocimiento del estado ruinoso el bien antes de la ocurrencia del siniestro - ausencia de valoración probatoria.

Situación en la que se encontraba la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL antes del incidente del KUSAN, para ello cita algunas pruebas obrantes en el expediente, entre ellos comunicación de la Superintendencia de Puertos donde se resalta el estado de abandono del terminal portuario, en el que se advierte la necesidad de retirar la estructura ruinoso a efecto de evitar daños a los usuarios del canal navegable.

Con lo anterior advierte, que el sistema de cargue y banda transportadora se encontraba con anterioridad a la ocurrencia del siniestro inoperante, abandonado, sin mantenimiento, dañado, oxidado y ruinoso, es decir inservible, por lo que cuestiona el avalúo de daños realizado en primera instancia, al considerar que no se debe reponer nuevo un bien que se encontraba dañado previamente a la ocurrencia de los hechos.

Aclara que la estructura del pescante o banda pivotante no estaba instalada en el momento del siniestro, y que la tolva de cargue de carbón, era necesario cambiar independiente del siniestro porque se encontraba desgastada y con corrosión.

Así mismo, que en el proceso no hay prueba de la extensión de los daños, ni de su valor, solicita se revoque el fallo de primera instancia y su adición, exonerando de responsabilidad a sus defendidos.

6. Del daño, ausencia de la prueba que lo acredite y su valor. Indica el recurrente que ATLANTIC COAL no demostró en el proceso el daño de los bienes averiados con la colisión, ni su monto, máxime que se acreditó que el muelle tenía una situación calamitosa en el año 2007, lo que dio origen a una investigación administrativa en su contra por parte de la Superintendencia de Puertos, ante el incumplimiento al contrato de concesión No. 029 y del

buen uso, cuidado y mantenimiento de las instalaciones portuarias, por lo que considera que quedaron sin pruebas los daños reales y el monto de los perjuicios.

7. Falta de legitimidad en la causa por activa - excepción genérica 306 CPC. Dicho argumento tiene su sustento en el contrato de cesión de la posición contractual suscrito entre ATLANTIC COAL COLOMBIA S.A (cedente) y la Sociedad Portuaria Río Grande S.A. (cesionario), del 27 de diciembre de 2011, en las que se indicó que el cedente cede ante el cesionario de manera total, firme, definitiva e irresoluble, y este adquiere aquel de igual manera la posición contractual que el cedente tiene del contrato de concesión No. 029 del 22 de diciembre de 2004, el que se realizó junto con todos y cada uno de los derechos y obligaciones del cedente.

Por lo anterior sostiene, que a la luz del artículo 895 del C. Co. la legitimidad en la causa para el eventual resarcimiento de los daños que resultaren probados estaría en cabeza de Río Grande y no de ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A, pues ésta perdió legitimación en la causa o el derecho sustantivo de reclamar.

8. Falta de congruencia entre las declaraciones de responsabilidad y las condenas. Argumento que tiene su apoyo en que si se declara la responsabilidad del Capitán, también debe declararse la del práctico solidariamente al pago de las condenas que se fijen.

9. Objeción a las costas y agencias en derecho. La cual se sustenta en que no hay pruebas, ni avalúo de los daños, argumentando para tal fin que la parte que debía acreditar el daño como elemento estructural de la responsabilidad civil extracontractual, no debería reconocérsele suma alguna por este concepto.

Adicionalmente, que se liquidaron anticipadamente las costas, pues conforme al procedimiento civil es tarea del secretario una vez se encuentre ejecutoriado el fallo.

Del escrito de reposición y en subsidio apelación presentado el 7 de abril de 2015, por la Doctora ROSARÍO BUENO BUELVAS, en calidad de apoderada del Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO, se extrae lo siguiente:

1. El fallo emanado es contraevidente y falsamente motivado, pues se contrapone con lo recaudado en el proceso, afirmando para ello que el dictamen pericial rendido por el señor Jaime Pinzón fue de total recibo del Despacho y que en ningún aparte indica que las conclusiones de este no fuesen de recibo del despacho, pues se aparta de dicha pericia al declarar la responsabilidad en la ocurrencia del siniestro marítimo del Capitán y Piloto Práctico.

El anterior argumento se sustenta en la defensa efectuada a lo largo del proceso en la que se insistió en que las condiciones del Río Magdalena para ese año eran inusuales y que el Perito Duarte catalogó que el hecho ocurrió por un evento de fuerza mayor, imprevisible e irresistible, porque la presión hidrodinámica ejercida sobre la cada vez mayor manga aparente del buque, posteriormente sobre la superficie de babor de la obra viva fue la generadora de la fuerza que de manera irresistible, impidió la respuesta a las órdenes impartidas por el Capitán al aparato de gobierno.

Así mismo, que en las conclusiones el perito indica que se trató de una circunstancia que era imposible prever, pues coincidió con la época lluviosa en la que superaron los registros históricos de precipitación sobre la cuenca del Río Magdalena originando severas y extensas inundaciones a lo largo de las diversas cuencas, lo que llevó a que con el incremento del caudal de aguas transportadas, se elevaran los volúmenes de transporte de sedimentos debido a la carencia de información idónea y oportuna que hubiera permitido tanto al Piloto como al Capitán saber tanto los cambios geomorfológicos del lecho del Río, como de los fenómenos hidrodinámicos asociados con tales cambios, estas circunstancias hacen que los hechos sean imprevisibles.

Además recalca la experiencia con que cuenta el Piloto Práctico Henao y que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena conceptuó en el 2005 que los levantamientos batimétricos que realiza el laboratorio de ensayos hidráulicos de las Flores, son una guía para la elaboración de la carta de navegación razón por la que no podrían ser utilizados los levantamientos batimétricos como cartas de navegación o pretender sustituirlas.

Sostiene que, el perito Duarte mostró en las tablas de caudales una condición única del Río Magdalena, con los planos 347 y 357 los que no se valoraron como pruebas.

Sobre el plano batimétrico usado 347 carece de información precisa al dar un caudal aproximado, no tiene coordenadas adecuadas para la navegación, es decir no puede ser graficada la posición del buque por la latitud y longitud, ni permite conocer la ubicación de los bajos por medio de coordenadas, no muestra la velocidad de la corriente del Río, ni su dirección, no muestra la presencia de turbulencias, ni mucho menos su magnitud, no tiene rosa de vientos, no muestra la variación magnética, no muestra los límites del canal navegable.

No había información suficiente e idónea de la velocidad de la corriente y cambios geomorfológicos en el lecho del Río, pues DIMAR suspendió la carta náutica COL 253 del Río Magdalena, el aviso a los navegantes emitido por la Capitanía para la época de los hechos no advierte ninguna situación de peligro en cuanto a la velocidad de la corriente, ni a su dirección, ni advierte a los navegantes sobre turbulencias, ni alerta sobre cambios geomorfológicos del lecho del Río, ni la Capitanía, ni el CIOH emitió boletín o mensaje de seguridad alguno, los bajos que mostraban los planos batimétricos 347 y 357 no estaban señalizados, es decir, no había boya, ni faro de orilla, ni marca alguna permanente o provisional que permitiera al navegante identificar su ubicación y permanecer alejado de estos, la Estación de Control de Tráfico Marítimo no informó sobre las corrientes fuertes e inusuales, ni mucho menos sobre su dirección e intensidad, ni sobre turbulencias que representarían riesgo.

Por lo anterior, concluye que tanto para el Capitán, como para el Piloto del "BBC KUSAN" era imposible conocer las turbulencias que fueron las que ocasionaron el siniestro marítimo.

2. Afirma que para la época se presentaron novedades en las maniobras realizadas por otras naves en el mismo sector, así mismo, que no se valoraron algunas pruebas aportadas por su prohijado.

3. Se manifiesta sobre lo que en el fallo de primera instancia se consideró como exceso de confianza para la ocurrencia del siniestro y que en ninguna parte de las declaraciones se comprueba esta afirmación, ante ello cita parte de las conclusiones del perito ÁLVARO DUARTE, para con ello concluir que no habían elementos, ni información que permitieran determinar los cambios en el comportamiento de las aguas, la geomorfología de sus márgenes y de su cauce, así como prever en general los efectos de estos sobre las naves que allí operan.

Sostiene, que el cambio abrupto en el rumbo de la motonave fue consignado y explicado en el informe pericial, el que se derivó de la pérdida de la sustentación dinámica causada por la turbulencia generada aguas debajo de un banco sedimentario formado en cercanías del eje del canal navegable, así mismo, transcribe otros apartes del citado dictamen con lo que persigue la exoneración de toda responsabilidad del Piloto Práctico, conforme las pruebas obrantes en el expediente.

El día 10 de diciembre de 2015, la Abogada ROSARÍO BUENO BUELVAS, en calidad de apoderada del Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO, sustenta recurso de apelación contra la sentencia del 24 de marzo de 2014, emanada por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, en el que entre otras cosas indica que el fallo excede los límites en el alcance del fallo porque involucra a la empresa de practica como responsable del hecho investigado, y se explica nuevamente los argumentos presentados en el recurso de apelación.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En escrito presentado el 8 de mayo de 2017, el Doctor NATTAN NISIMBLAT, Procurador 2 Judicial II Para Asuntos Civiles de Bogotá, en ejercicio de la función contemplada en el artículo 277 de la Constitución Política, el numeral 2 del artículo 31 del Decreto 262 de 2000, la Resolución 017 de 2000 y los numerales 45 y 46 del Código General del Proceso, solicitud de intervención realizada por el Abogado HERNÁN ROJAS, apoderado del Capitán, Armador y tripulación de la motonave "BBC KUSAN", documento en el que se presentó el siguiente requerimiento:

1) Requerir al perito designado a fin de que rinda informe de gastos de pericia 2) Resolver las solicitudes de aclaración y de complementación presentadas por la Dra. Ester Patricia Molinares Delgado, 3) Definir el trámite de contradicción previsto para el dictamen pericial en segunda instancia, conforme lo prevé el Decreto Ley 2324 de 1984 y las normas concordantes del Código General del Proceso, 4) Distribuir equitativamente los gastos de pericia entre las partes, teniendo en cuenta que el dictamen fue decretado de oficio.

En dicho documento realiza un análisis de la función jurisdiccional de las Capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima, concluyéndose que no se encuentra motivo legal o constitucional que impida tanto a la Autoridad Marítima conocer en función jurisdiccional la investigación contra el Capitán, tripulación y Armador de la motonave "BBC KUSAN".

Finalmente se refirió también a la sucesión procesal y la legitimación en la causa respecto de las sociedades ATLANTIC COAL COLOMBIA S.A. y RÍO GRANDE S.A., y luego de un análisis legal y jurisprudencial, concluye *"que no está de acuerdo con el planteamiento del peticionario, debido a que el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular y aún sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente, normas que indican no es deber del juez como lo proponen las partes accionada, aun teniendo conocimiento de la existencia de una cesión - tal como aconteció en el presente asunto-, hacer el llamado al cesionario, pues es su prerrogativa hacerse parte en el proceso, según se desprende de la inequívoca expresión "podrá intervenir". Más, si el nuevo interviniente quisiere obrar como sucesor procesal y no como litisconsorte deberá obtener la expresa anuencia de la parte contraria"* (cursivas del Despacho).

2). En escrito del 5 de julio de 2017, el Doctor NATTAN NISIMBLAT, Procurador 2 Judicial II Para Asuntos Civiles de Bogotá, solicitó incorporar al expediente la respuesta dada por CORMAGDALENA, mediante oficio No. 201703001423, en la que presentan información relacionada con el contrato No. 029 de 2004.

En igual sentido, precisa que CORMAGDALENA ha iniciado un proceso administrativo sancionatorio contra la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A., debido a la falta de ejecución plena e inversiones pactado, y la falta de operación portuaria, así mismo, que el contenido del oficio sea puesto en conocimiento de la perito designada a efectos de surtir el trámite de aclaración requerido por la parte demandante.

3). En escrito del 22 de agosto de 2017, el Doctor NATTAN NISIMBLAT, Procurador 2 Judicial II Para Asuntos Civiles de Bogotá, solicitó incorporar al expediente la respuesta dada por CORMAGDALENA mediante oficio No. 201703001982, en la que informan, en relación con el contrato No. 029 de 2004, el resultado de la visita practicada por el Consorcio Puerto - 17 a las instalaciones de la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A., el 24 de mayo de 2017, requiriendo que dicho documento fuere puesto en conocimiento de la perito designada, a fin de tenerse en cuenta para efectos de surtir el trámite de aclaración requerido por la parte demandante en la audiencia del 15 de agosto de 2017, en la que se rindió el dictamen pericial requerido, soporte que da cuenta del estado de conservación del muelle y la banda transportadora.

CONSIDERACIONES

Antes de entrar a referirse sobre los recursos de apelación presentados dentro de la presente investigación, este Despacho procederá a pronunciarse acerca de los escritos allegados por parte del Ministerio Público, así:

De la intervención del Ministerio Público

Sobre las solicitudes presentadas por el Ministerio Público en su primer escrito, considera el Despacho, lo siguiente:

- Los gastos de pericia fueron presentados por la Perito MARTHA YANNETH RÍOS GARCÍA en escrito del 7 de septiembre de 2016, y fijados por el Despacho en auto del

22 de septiembre de 2016, (folios 1452 al 1454), consignados el día 26 de septiembre de 2016 (folio 1458), relación de gastos de pericia del 20 de septiembre de 2017, con sus respectivos soportes (folios 1615 al 1624).

- Las solicitudes de aclaración y complementación presentadas por la Doctora ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO, debido a que fueron presentadas antes de la audiencia en la que se presentó el dictamen pericial en segunda instancia, estas quedaron resueltas por la Perito MARTHA YANNETH RÍOS GARCÍA, en la audiencia celebrada el 15 de agosto de 2017 (folios 1477 al 1529 y 1605 a 1608).
- El proceso de contradicción previsto para el dictamen pericial en segunda instancia, quedó claro en auto del 31 de julio de 2017, en el que se especificó que el Decreto Ley 2324 de 1984 no contempla el trámite para presentación del dictamen pericial en segunda instancia, pues únicamente hace referencia a éste pero en primera instancia, debido a ello por remisión normativa general se estableció que esta fase seguiría las reglas estipuladas en los artículos 228 y 327 del Código General del Proceso, en cuanto al dictamen decretado de oficio, ante ello se fijó fecha para realización de audiencia en la que se presentó la prueba practicada.
- Sobre la distribución de los gastos de pericia, estos se fijaron en la audiencia del 15 de agosto de 2017, dejándose constancia de que le corresponde a cada parte interviniente pagar un 25%, sobre el valor establecido que fueron veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE. (\$14.754.340), (folio 1607).

Acerca de los escritos presentados por el señor Procurador 2 Judicial II Para Asuntos Civiles de Bogotá, referidos en los numerales 2 y 3, este Despacho procedió a entregar la documentación pertinente a la perito designada MARTHA YANNETH RÍOS GARCÍA, Perito en la Especialidad de daños y perjuicios de la Rama Judicial, siendo satisfechos los puntos allí contenidos en el informe del 29 de diciembre de 2016 y rendido en audiencia el 15 de agosto de 2017, soportes obrantes a folios 1477 al 1529 y 1605 a 1608.

De los argumentos presentados por los apoderados en sus escritos de apelación

Una vez claro lo anteriormente mencionado, este Despacho encuentra procedente referirse a ciertos aspectos procesales y sustanciales que dieron mérito al Capitán de Puerto de Barranquilla, para proferir decisión de primera instancia. Acto seguido, se hará el estudio del caso en concreto, de acuerdo a las facultades dispuestas en la ley para el efecto.

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 de la presente investigación, este Despacho se pronunciará en torno a los siguientes ejes temáticos: (1) Aspectos generales de los siniestros marítimos; (2) De la conducta y responsabilidad del Piloto Práctico de la Motonave "BBC KUSAN"; (3) De la conducta y responsabilidad del Capitán de la Motonave "BBC KUSAN"; (4) De la responsabilidad conjunta del Capitán y Piloto Práctico del Siniestro Marítimo de Daños ocasionados por la Motonave "BBC KUSAN" a la Sociedad Portuaria "ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A."; (5) Del avalúo de daños (6) De la condena en costas y agencias en derecho (7) de la violación a normas de Marina Mercante.

Aspectos generales de los siniestros marítimos

El alcance y las implicaciones que enmarcan los siniestros en el Derecho Marítimo, figura ser un asunto objeto de gran consideración, no solo desde la esfera propiamente académica, sino también desde contextos eminentemente internacionales.

La complejidad que comporta la naturaleza de los siniestros marítimos, por un lado, y su relación directa con la seguridad de la vida humana en el mar y la prevención de la contaminación del medio marino¹, por el otro, son -sin expresar duda alguna- elementos de relevancia culminantes para el integral funcionamiento de la navegación.

La idea de entender los siniestros marítimos como un asunto inexorablemente relacionado con la seguridad, apelando al carácter riesgoso del derecho marítimo, y su proceso de regulación, ha sido un avance significativo, tanto por la Organización Marítima Internacional como por las autoridades marítimas regionales.

Sobre el particular, valga tener de presente que, en materia internacional, el proceso de regulación de los siniestros ha sido constante y progresivo. El protagonismo lo lideró la Resolución A.173 (ES.IV) adoptada en noviembre de 1968 por la Organización Marítima Internacional, la que haciendo pleno uso de sus prerrogativas, se pronunció acerca de la participación en investigaciones oficiales de siniestros marítimos. Fue para entonces el primer instrumento internacional en tomar partido al respecto, sin perjuicio de aquellos que fueron tomando el mismo cauce.

Al respecto, la Organización Marítima Internacional, haciendo referencia a los antecedentes normativos de carácter internacional concernientes a siniestros marítimos, expuso lo siguiente:

"La organización ha fomentado la cooperación y el reconocimiento de un interés común mediante diversas resoluciones. La primera de ellas fue la resolución A.173 (ES.IV) (Participación en investigaciones oficiales de siniestros marítimos), adoptada en noviembre de 1968. Otras resoluciones posteriores son las siguientes: Resolución A.322(IX)

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, 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 (...)".

(Investigación de siniestros marítimos), adoptada en noviembre de 1975, Resoluciones A.440(XI) (Intercambio de información para las investigaciones relativas a siniestros marítimos) y A.442(XI) (Personal y medios materiales que necesitan las Administraciones para la investigación de siniestros y de infracciones de los convenios), ambas adoptadas en noviembre de 1979, y Resolución A.637(16) (Cooperación en las investigaciones de siniestros marítimos), adoptada en 1989”. (Código Internacional de Investigación de Siniestros², 2008, p. 2)

Ahora bien, en cuanto al concepto de siniestro marítimo, este despacho precisa que según el Código de Investigación de Siniestros, el precedente se define como:

“El acaecimiento o serie de acaecimientos, directamente relacionados con la explotación de un buque que ha dado lugar a cualquiera de las situaciones que seguidamente se enumeran:

- 1. La muerte o las lesiones graves a una persona;*
- 2. La pérdida de una persona que estuviera a bordo;*
- 3. La pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque;*
- 4. Los daños materiales sufridos por un buque;*
- 5. La varada o avería de un buque, o el hecho de que se vea envuelto en un abordaje;*
- 6. Daños materiales causados en la infraestructura marítima ajena al buque que representen una amenaza grave para la seguridad del buque, de otro buque, o de una persona; o*
- 7. Daños graves al medio ambiente, o la posibilidad de que se produzcan daños graves al medio ambiente, como resultado de los daños sufridos por un buque o buques”.*
(Código de Investigación de Siniestros, 2008, p. 5)

En este mismo sentido, las Resoluciones A.847 de 1997 y MSC.255 de 2008, emitidas por la Organización Marítima Internacional, definen el concepto objeto del presente acápite, como *“Todo evento o serie de eventos ocurridos directamente en conexión con las operaciones del buque, y que genere daños”.*

Entre tanto, la Legislación Colombiana ha acogido gran parte de las definiciones expuestas en el contexto internacional, estructurando su régimen normativo sobre la base de un concepto de siniestro marítimo mixto, por cuanto su definición legal alberga dos contextos que permiten concebir su existencia desde una perspectiva, tanto general como específica.

La general, Establecer que la definición de siniestro marítimo será toda aquella cuya fuente emane de la Ley, los Tratados y los Convenios internacionales, indistintamente que hayan sido suscritos o no por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. De manera que, todo concepto cuya denominación implique la definición de un siniestro, será *per se* considerado como tal, siempre que el mismo provenga del contenido de una Ley, Tratado o Convenio Internacional, pues es allí donde se ubica su núcleo esencial.

² La denominación integral del Código Internacional de Investigación de Siniestros, es *“Código de normas internacionales y prácticas recomendadas para la investigación de los aspectos de seguridad de los siniestros y sucesos marítimos”*, expedido el día 13 de junio de 2008, por la Organización Marítima Internacional.

La específica, Disponer, para efectos de la reglamentación nacional, una lista enumerada de siniestros marítimos, sin que la misma implique ser taxativa, en la que se relacionan el naufragio, el encallamiento, el abordaje, la explosión o el incendio de naves o artefactos navales, estructuras o plataformas marinas; la arribada forzosa, la contaminación marina y los daños causados por nave so artefactos navales a instalaciones portuarias.

Para efectos de lo anterior, 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".

Teniendo en cuenta lo precedente, cabe señalar que el siniestro bajo examen fue declarado en primera instancia como "colisión", por ello se hace necesario que el Despacho especifique que se trata del siniestro de daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias, tal y como está consagrado en el citado artículo. Por lo tanto, la expresión "colisión" fue utilizada incorrectamente en primera instancia, en la medida que no se encuentra catalogada como un tipo de siniestro marítimo y que de igual forma no se encuentra contemplada en la normatividad, se procederá a precisar este aspecto en la parte resolutive de la presente decisión.

De la conducta y responsabilidad del Piloto Práctico de la Motonave "BBC KUSAN"

Con el fin de analizar los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta y la presunta responsabilidad del Piloto Práctico de la nave "BBC KUSAN", este despacho se pronunciará en cuanto al (2.1) siniestro marítimo de "daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias" y su hecho generador; (2.2) la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual correspondiente y, por último, (2.3) los argumentos expuestos en el Recurso de Reposición y en subsidio de Apelación por parte del apoderado judicial del Piloto Práctico.

- 2.1. El siniestro marítimo de "daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias" y su hecho generador.

Del material probatorio que reposa en el expediente, este despacho comprueba la ocurrencia del siniestro marítimo de “Daños Causados por Naves o Artefactos Navales a Instalaciones Portuarias” de la motonave “BBC KUSAN” de bandera Reino Unido a la Instalación de la Sociedad Portuaria “ATLANTIC COAL”, ocurrido el día 09 de diciembre de 2010, navegando en tránsito por el canal de acceso del Río Magdalena a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, en virtud del numeral g) del artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984.

De la revisión de la decisión de primera instancia, se extrae que el a quo declaró responsable al señor NOVAKHATSKY SERGY, en calidad de Capitán de la motonave “BBC KUSAN”, y al señor ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, en calidad de Piloto Práctico de la motonave “BBC KUSAN”, del siniestro marítimo de colisión –Aclarado en este providencia como siniestro de “daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias”, en contra de la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL.

Conforme lo anterior, y respecto a la declaratoria 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, el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, en documento de asunto “Informe de Accidente MN/ BBC KUSAN”, presentado el día 14 de diciembre de 2010, afirmó lo siguiente:

“(…) Desde la lancha de pilotos establecí comunicación con el Capitán vía Canal 13, le pedí al Capitán mantener su posición a no menos de tres millas al oeste de la entrada. A las 6:25 me embarqué.

Se procedió a hacer el intercambio de información con el Capitán. Leí y revisé el Pilot Card en el cual muestra los calados 6.30 Proa-6.75 Popa. Se le suministró toda la información de las condiciones del puerto. Planos batimétricos actualizados de la aproximación al puerto y del canal navegable incluyendo el área de maniobra de atraque haciendo especial énfasis en los bajos de la entrada y la fuerte corriente approxi. 6.5 nudos. Se le pidió al Capitán mantener ambas anclas listas para soltar en caso de emergencia. De acuerdo al intercambio de información y características del buque se realizó en coordinación con el Capitán la planeación de la maniobra de aproximación, tránsito y atraque.

(…) A la altura de la Boya 23, teniendo la maquina en paso – posición Pitch, 65% avante, cae repentinamente hacia estribor, se pone inmediatamente todo timón a babor y toda máquina avante, sin ningún resultado y en vista de la inminente colisión, se ordena fondear ancla de babor. (...) Se ordena máquina atrás con el fin de minimizar los daños. El buque golpea con la proa amura a estribor, la plataforma y el cargador del muelle de Atlantic Coal, el cual queda sobre la cubierta de la proa y la amura estribor”. (Documento Informe de Accidente MN/ BBC KUSAN, Folio 18)

En ese mismo sentido, respecto al funcionamiento de los equipos de gobierno, propulsión y navegación, el Piloto Práctico adujo:

"Durante la aproximación a la entrada y el tránsito, no se observó ninguna deficiencia en el funcionamiento de los equipos de gobierno, propulsión y navegación". Documento Informe de Accidente MN/ BBC KUSAN, Folio 19)

Entre tanto, en declaración rendida en la diligencia pública llevada a cabo el día 16 de diciembre de 2010, cuando el Capitán de Puerto lo interroga respecto al intercambio de información con el Capitán de la nave "BBC KUSAN", el Piloto Práctico sostuvo lo siguiente:

"Sí se realizó el intercambio de información con el capitán de manera detallada, haciendo énfasis en al fuerte corriente aproximadamente estimada en 6.5 nudos. (...) Así como también el esquema de amarre y la posición del Remolcador (...)".

En lo relativo al uso de remolcadores durante el recorrido por el Río MAGDALENA, en la maniobra de atraque y la interacción definitiva de ellos con la Nave "BBC KUSAN", el Piloto aseveró lo siguiente:

"El remolcador EOS II de la empresa Intertug, era el remolcador que en principio iba a asistir la maniobra de atraque del BBC KUSAN, se encontraba en Stand By en la Sociedad Portuario Regional de Barranquilla, fue llamado para asistencia a la MN INDUSTRIA ACHIVER de manera urgente, pues dicha MN presentaba problemas con la velocidad y gobierno. Por lo tanto el remolcador que iba a asistir la maniobra de atraque en SPRB, era el Remolcador Barranquilla de la empresa COREMAR".

Ahora bien, en lo que respecto a la utilización de remolcadores como asistencia durante el recorrido por el Río Magdalena, el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, expuso que:

"Negativo. No se hizo uso de remolcador durante el recorrido por el Río, pues en primer lugar no había una razón para usarlo y en segundo lugar, debido a su baja velocidad para desarrollar tres nudos y en algunos sectores cuatro nudos, lo que podía producir sería una obstrucción en la maniobra de tránsito.

(...) El remolcador "Barranquilla" empezó a interactuar definitivamente con el buque, después de colisionado con la estructura de Atlantic Coal (...)".

Así las cosas, durante el intercambio de información para la maniobra, el Piloto Práctico plasmó mediante un gráfico en la Pilot Card, la implementación de 2 remolcadores: uno en proa y otro en popa.

Teniendo como fundamento lo esbozado y analizados los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, este despacho avizora que confirmará la responsabilidad del Piloto Práctico de la motonave "BBC KUSAN", declarada en primera instancia por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, con base a los argumentos próximos a saber.

Respecto a la existencia del presente siniestro, este fallador hace especial mención que -tal como aduce lo dispuesto en la Ley 658 de 2001- el Piloto Práctico "Es la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción de una

capitanía de puerto marítima o fluvial específica". Dentro de sus obligaciones principales se establece el deber legal de:

"1. Desarrollar la actividad marítima de practica en la jurisdicción específica de una Capitanía de Puerto que le autorice la Autoridad Marítima Nacional, observando que se garantice la seguridad de la vida humana en el mar, la seguridad de las embarcaciones, de su carga y de las instalaciones portuarias, así como la protección del medio marino.

2. Cumplir la presente Ley, la legislación marítima vigente y las normas técnicas inherentes a su actividad". (Ley 658 de 2001, artículos 2 y 15)

En el caso en concreto, basta observar los diversos elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, así como las declaraciones rendidas por parte de los sujetos procesales intervinientes en el presente asunto, en momento justo de la ocurrencia del siniestro marítimo, para concluir -de manera clara e inequívoca- que el hecho generador del siniestro objeto del asunto sub examine, fue la conducta del Piloto Práctico de la nave "BBC KUSAN".

La que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo puesto hoy en estudio y, en cambio, su actuar constituyó un innegable riesgo a la seguridad marítima.

La conducta del Piloto Práctico de la nave "BBC KUSAN" fue determinante del accidente. El mismo debió haber tomado las medidas preventivas, así como ejecutado todos los medios para superar el riesgo existente, a fin de que los resultados de la travesía no hubieran arrojado la ocurrencia de un siniestro. Sobre este asunto, nótese que en virtud de lo expuesto en el artículo 15 de la Ley 658 de 2001, una de las funciones centrales del Piloto Práctico consiste justamente en observar de manera integral la protección de la seguridad de la vida humana en el mar durante la materialización del practica como actividad marítima.

Este Despacho encuentra debidamente probada una serie de acontecimientos sistemáticos emanados de la conducta negligente, descuidada y sin prevención alguna por parte del señor ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, Piloto Práctico de la nave objeto de esta investigación, los que este Despacho procede a discriminar así:

El primero de ello y, sin duda, el más significativo para este fallador, consiste en la actuación del Piloto Práctico mediante la cual determina que el Buque ingrese y transite dentro del canal de acceso del Río Magdalena, en no emplear los remolcadores para la maniobra de aproximación y atraque, a pesar de ser consciente de la fuerza de la corriente que para la fecha presentaba el Río Magdalena.

Sobre el particular, valga tener de presente que, de acuerdo a lo descrito por el Piloto Práctico en declaración pública del 16 de diciembre de 2010, en cuanto al uso e interacción definitiva de remolcadores con la motonave, ésta no se efectuó, a pesar de que las disposiciones normativas vigentes en el orden jurídico prevén su asistencia obligatoria.

Esta apreciación fue sistemáticamente expuesta por los sujetos procesales de esta investigación y ampliamente reconocida por los peritos expertos asignados dentro de la actuación procesal, sin que existiere argumento alguno tendiente a desvirtuarla.

Para el efecto, obsérvese que el Capitán de la nave, señor NOVAKHATSKY SERGY, en declaración pública del 16 de diciembre de 2010, aseveró que “el remolcador “Barranquilla” solo se estaba acercando al buque y su acción estuvo limitada a después del accidente”.

Lo precedente fue confirmado en el Informe Pericial rendido por el Perito Marítimo JAIME PINZÓN, y debidamente presentado ante la Autoridad, en él se dispone que:

La asistencia de remolcadores en “la maniobra de aproximación y atraque, se consideró para acompañamiento y/o escolta, pero no para la intervención activa a la Nave BBC KUSAN. No se recibió instrucciones del puente del BBC KUSAN para dar cabo, mantener el apoyo necesario, contrarrestar la acción del viento, oleaje y corriente, más aún en la situación en la que el buque redujo velocidad”.

Este Despacho encuentra que la motonave BBC KUSAN, ingresó y transitó por el canal de acceso a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, y no contó con la asistencia de remolcadores para la maniobra de aproximación y atraque. Sobre este aspecto, es de relevancia culminante precisar que los remolcadores “BARRANQUILLA” y EOS II”, naves que durante el acceso del buque al canal se encontraban reservadas para asistir la embarcación, nunca recibieron órdenes por parte del Piloto Práctico, tendientes a prestar la principal asistencia requerida para su feliz arribo a puerto. A contrario sensu, se sirvió preferir el solo acompañamiento de escolta por parte de uno de los remolcadores asignados, sin que se determinara definitivamente una principal asistencia completa y directa.

La no utilización de remolcadores para una principal asistencia directa y efectiva para la nave, sin duda contribuyó a que ésta estuviera desde el inicio de la aproximación al muelle en completo riesgo de perder su gobierno y dirección, al carecer de dicha asistencia necesaria y obligatoria dispuesta por la Ley, lo que incidió potencialmente en la ocurrencia del siniestro marítimo puesto hoy en consideración.

Así pues, si en cambio, los remolcadores hubieran prestado principal asistencia directa para su maniobra de aproximación y atraque, sin duda otro habría sido el resultado, toda vez que la asistencia completa de éstos, hubiera contribuido en el control del rumbo.

La utilización de remolcadores en Colombia figura ser una obligación de orden legal y reglamentario. Su incumplimiento da lugar a la consecuente infracción a las normas de marina mercante. El artículo 56 de la Ley 658 de 2001 dispone:

“Uso de remolcadores. El uso de remolcadores en las maniobras de practica en cuanto a su número y potencia será determinado por el Capitán de la nave asistida con base en las características del buque, las condiciones meteorológicas y oceanográficas prevalecientes y las del área y puerto de maniobra.” (Cursiva fuera de texto)

Por su parte, la Resolución 138 de 2005, disposición reglamentaria actualmente compilada en el Reglamento Marítimo Colombiano (REMAC 4: "Actividades Marítimas"), establece en su artículo 4.3.5.1.2.1, lo siguiente:

"El uso de remolcadores es obligatorio en todas las áreas marítimas y fluviales de practica, para asistir a naves y artefactos navales nacionales y extranjeros de arqueo bruto igual o superior a dos mil (2.000)".

El artículo 4.3.5.1.3.4 del REMAC 4 dispone:

"En ejercicio de la competencia que la Dirección General Marítima ostenta como Autoridad Marítima Nacional, según los artículos 76 y siguientes del Decreto Ley 2324 de 1984, la contravención a las disposiciones contempladas en el presente capítulo, constituye violación a las normas de marina mercante, sancionable previa investigación administrativa".

En este mismo sentido, el artículo 29 del Decreto 1466 de 2004, compilado en el Decreto Único 1070 de 2015, expresa lo siguiente:

"(...) Uso de remolcadores. Se empleará el número de remolcadores y demás elementos de apoyo a la maniobra establecidos en las regulaciones de la Autoridad Marítima de acuerdo con su competencia con el fin de preservar la seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar.

Parágrafo 1. El uso de remolcadores es obligatorio para naves con tonelaje de peso muerto superior a 2.000 Toneladas de Registro Bruto, TRB, en maniobra de atraque y desatraque, amarre a boyas, entrada y salida de dique y movimientos en aguas restringidas dentro de los puertos, de conformidad con las disposiciones vigentes". (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Las normas antes referenciadas encuentran soporte internacional por parte de la Organización Marítima Internacional (OMI), en disposiciones como la MSC/Circ.1101 sobre la utilización de remolcadores en los puertos, emitida el 08 de septiembre de 2003.

El Piloto Práctico al haber omitido el uso de remolcador para asistir en la maniobra de aproximación y atraque a la motonave "BBC KUSAN" en la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, incumplió las obligaciones establecidas en la Ley 658 de 2001, por cuanto desarrolló una maniobra sin emplear los medios necesarios para garantizar la seguridad de la nave, poniendo en peligro inminente la seguridad de la vida humana en el mar y, desde luego, perpetró daños probados e irrefutables a la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL. En el incumplimiento de dicha obligación, incide de manera directa la conducta del hoy cuestionado Piloto Práctico, pues es claro e inequívoco que es él la persona experta en el conocimiento integral de las características, condiciones y usos obligatorios, dentro de la jurisdicción que está a su cargo.

El Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, no solo conocía el riesgo del siniestro marítimo, al tener pleno conocimiento de las condiciones, características y usos obligatorio dentro de la zona en la que figura ser experto, sino que, además, incidió potencialmente en su

creación y posterior consumación, al permitir que la nave que asistía, asesoraba y a la que se prestaba el servicio público de practica, procediera a efectuar una maniobra riesgosa, sin mostrar siquiera acto alguno de rehúso o inconformidad.

Empero, su conducta es más aun agravada, debido a que, además de no haber usado remolcadores para la maniobra, su falta de previsión al respecto se mostró enteramente intencional, pues en su declaración fue contundente al expresar que una de las razones para no utilizar la asistencia de remolcadores, se debió a que “no había, en primer lugar, una razón para usarlo”, reflejando, entonces, que fue su voluntad libre y espontánea la que lo condujo a no emplear la principal asistencia directa y completa de remolcadores.

Sobre la teoría del Riesgo Creado, el Consejo de Estado mediante Sentencia del 23 de mayo de 2012, estableció que:

“La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan. La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien “ Cree un riesgo”, “lo conozca o lo domine”; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable”. (Consejo de Estado, Sentencia del 23 de mayo de 2012, Exp. 1700123310001999090901. MP. Enrique Gil Botero) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En la misma órbita, el tratadista Ramón Daniel Pizarro en su obra *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas*, expone lo siguiente:

“Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación. Así como en otro tiempo se sostuvo que el hombre debía responder solamente por sus actos culposos, hoy es razonable pensar que también deba reparar los daños que son fruto de una actividad riesgosa, sea la misma normal o anormal, le reporte o no un beneficio de cualquier índole”. (Pizarro, 1983. Pp. 38-43)

El segundo aspecto que toma este Despacho a su consideración, se encuentra relacionado con las condiciones meteorológicas registradas durante la ocurrencia del siniestro marítimo. Sobre este punto, es de especial importancia traer a colación los dos (2) dictámenes periciales allegados al proceso, en los que se identifica de manera especial las condiciones que se registraban para la época.

El Perito Marítimo JAIME PINZÓN, en el contenido de su Informe Pericial aduce:

“(…) se observa que las profundidades en el canal y más exactamente en el área donde se desarrollaron los acontecimientos, son mayores a las esperadas, como referencia en el año 2010 se presentaron volúmenes a causales no vistos en los últimos 40 años. La estación de Calamar al 17 de diciembre observó el pico más alto (18.300 m³xseg) (…)”

En esta misma órbita, el Perito Naval ÁLVARO DUARTE MÉNDEZ, en el Informe Pericial que reposa en el expediente, con relación al asunto de inmediato análisis, manifestó:

"La fecha de ocurrencia del siniestro, coincidió con una época lluviosa en la que se superaron los registros históricos de precipitación sobre la cuenca alta del Río Magdalena, originando severas y extensas inundaciones a lo largo de las diversas cuencas, además de la del Río Magdalena".

Las condiciones meteorológicas a la fecha de ocurrencia de los hechos, además de considerarse especialmente complejas, significaron el resultado de la presencia del fenómeno de la Niña registrado en todo el País en el año 2010, de acuerdo a los registros emitidos por el IDEAM, los que -a groso modo- indicaron que *"los primeros quince días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre"*.

El fenómeno de la Niña en Colombia para el año 2010 y, consigo, el estado de emergencia económica, social y ecológica que registraba el País al respecto, era una situación nacional de público conocimiento por parte de la población en general. Tanto fue así que el Presidente de la República a través del Decreto No. 4580 de 2010, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública", dejando de presente que:

"(...) La formación de este fenómeno natural había tomado partido en el clima nacional desde el mes de junio de 2010 y se agudizó -en gran medida- en el mes de noviembre del mismo año, debido a que la lluvia ya había superado los niveles históricos desde el segundo semestre".

Siguiendo esta misma línea, El Presidente de la República expidió el Decreto 4579 de 2010, por medio del cual se declara la situación de desastre nacional en el territorio colombiano. En él se hace énfasis en que *"(...) Como consecuencia de ello, las partes baja y media de los Ríos Cauca y Magdalena, así como algunos de sus afluentes, han presentado niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana"*.

Las anteriores consideraciones de orden legal y ambiental, resultan ser para este Despacho de especial relevancia, toda vez que dan cuenta que, a pesar de la presencia infortunada del Fenómeno de la Niña en Colombia para el año 2010, la situación de su formación y permanencia durante el segundo semestre del año en mención, eran públicamente conocidas por la sociedad en general, máxime cuando las consecuencias de su acaecimiento, estaban siendo lamentadas por ella misma, lo que exigía de manera obligatoria, la creación e implementación consecuente de medidas preventivas y de necesaria acción, para enfrentar tal fenómeno y reducir los daños que su fuerza natural materializaría.

Desde luego que la presencia del fenómeno de la Niña registrada en todo el País en el año 2010, afectó de manera directa las condiciones meteorológicas y de corrientes a lo largo del Río Magdalena y, con él, su canal de acceso. Es claro para este Despacho que el diagnóstico, las razones que motivaron su formación y las medidas que ejerció el Estado para contrarrestar su existencia, eran plenamente conocidas por el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, más aun cuando es precisamente él -desde la esterilidad hasta la

fecundación de su función- la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción marítima o fluvial específica a su cargo.

En ese sentido, con mucha más razón y especial cautela sobre el particular, el Piloto Práctico debió, en pleno uso de sus funciones legales prescritas por el orden jurídico, ejercer una diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable, a fin de lograr que la motonave "BBC KUSAN" estuviera asistida de manera directa y completa para su feliz arribo a puerto.

Es que los Decretos No. 4579 y 4580 de 2010 emitidos por el Presidente de la República, como consecuencia del Fenómeno de la Niña en el País, ya habían sido expedido días antes de la ocurrencia del Siniestro Marítimo (07 de diciembre de 2010), justamente advirtiendo la presencia, desarrollo y estragos del fenómeno natural, precisamente con el objeto de que la población en general tuviese autentico conocimiento de la calamidad acaecida y tomase, de manera urgente e inmediata, las medidas preventivas y -en todo caso- necesarias para enfrentar la calamidad y ejercer acciones tendientes a evitar daños y minimizar sus consecuencias. Actos que este fallador no observó ejecutados por parte del Piloto Práctico.

Esta instancia judicial precisa que el hecho generador del siniestro marítimo, no encontró su fuente en la fuerza mayor, producto de las condiciones meteorológicas y de corriente del Río Magdalena, tal como fue expuesto por parte de los Peritos Marítimos intervinientes en la presente actuación. De hecho, nunca fue un problema para el Piloto Práctico lo relativo a las corrientes que registraba el Río Magdalena en ese momento. Al respecto, nótese que el Capitán de la Nave "BBC KUSAN" expuso en declaración pública, sin replica alguna por parte del Piloto, lo siguiente: "(...) el práctico me informó sobre la fuerte corriente en el Río, y que ésta no era un problema; me dijo que la principal preocupación era el calado que llevaba". (Declaración pública, Folio 140)

Sobre la casusa del siniestro marítimo, este Despacho manifiesta total desacuerdo y estima apartarse de las asistencias determinadas en los Informes Periciales allegados al proceso y, en cambio, expone que el factor principal de la ocurrencia obedeció a la conducta del Piloto Práctico, la que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo, aun sabiendo -de pleno- las condiciones imperantes del Río Magdalena en ese momento, las que exigían, tal como se expuso de forma precedente, diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable.

Teniendo como fundamento lo establecido con antelación, la ocurrencia del siniestro marítimo de "*daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias*" por parte de la motonave "BBC KUSAN" de bandera Reino Unido a la Instalación de la Sociedad Portuaria "ATLANTIC COAL", tuvo mucho que ver con la actitud del Piloto Práctico, pero su alcance fue tan significativo, que trascendió por mucho tal actitud. Fue el resultado de una degradación sistemática de la vigilancia, las prácticas de seguridad marítima y la íntegra falta de prevención de la que nunca se tomó partido.

2.2. Respecto a declaratoria de responsabilidad del Piloto Práctico de la Motonave “BBC KUSAN”.

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.”.

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 consecuencias³

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

- El hecho generador del siniestro objeto del asunto sub examine, fue la conducta del Piloto Práctico de la nave “BBC KUSAN”. La que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo puesto hoy en estudio y, en cambio, su actuar constituyó un innegable riesgo a la seguridad marítima.
- La motonave BBC KUSAN, ingresó y transitó por el canal de acceso a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, sin la principal asistencia directa e integral de remolcadores dispuestos para efectuar la maniobra menester. Sobre este aspecto, es de relevancia culminante precisar que los remolcadores “BARRANQUILLA” y EOS II”, naves que durante el acceso del buque al canal se encontraban reservadas para asistir la embarcación, nunca recibieron órdenes por parte del Piloto Práctico, tendientes a prestar la principal asistencia requerida para su feliz arribo a puerto. A contrario sensu, se sirvió preferir el solo acompañamiento de escolta por parte de uno de los remolcadores

³ Código Civil Anotado, editorial LEYER - Decimoprimera edición, página 50-51.

asignados, sin que se determinara definitivamente una principal asistencia completa y directa.

- El Piloto Práctico al haber permitido que la motonave "BBC KUSAN" ingresara y transitara por el canal navegable del Río Magdalena a fin de realizar atraque en la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, sin la principal asistencia necesaria que requería la nave por obligación prescrita por la Ley; incumplió las obligaciones establecidas en la Ley 658 de 2001, en cuanto tanto se dijo, desarrolló una maniobra contraria a la seguridad de la embarcación, dejándola desprovista de protección y apoyo externo, cuya realización puso en peligro inminente la seguridad de la vida humana en el mar y, desde luego, perpetró daños probados e irrefutables a la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL. En el incumplimiento de dicha obligación, incide de manera directa la conducta del hoy cuestionado Piloto Práctico, pues es claro e inequívoco que es él la persona experta en el conocimiento integral de las características, condiciones y usos obligatorios, dentro de la jurisdicción que está a su cargo.
- Las condiciones meteorológicas a la fecha de ocurrencia de los hechos, además de considerarse especialmente complejas, significaron el resultado de la presencia del fenómeno de la Niña registrado en todo el País en el año 2010, de acuerdo a los registros emitidos por el IDEAM, los que -a groso modo- indicaron que *"los primeros quince días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre"*.
- Desde luego que la presencia del fenómeno de la Niña registrada en todo el País en el año 2010, afectó de manera directa las condiciones meteorológicas y de corrientes a lo largo del Río Magdalena y, con él, su canal de acceso. Es claro para este Despacho que el diagnóstico, las razones que motivaron su formación y las medidas que ejerció el Estado para contrarrestar su existencia, eran plenamente conocidas por el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, más aun cuando es precisamente él -desde la esterilidad hasta la fecundación de su función- la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción marítima o fluvial específica a su cargo. En ese sentido, con mucha más razón y especial cautela sobre el particular, el Piloto Práctico debió, en pleno uso de sus funciones legales prescritas por el orden jurídico, ejercer una diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable, a fin de lograr que la motonave "BBC KUSAN" estuviera asistida de manera directa y completa desde su entrada al canal navegable para su feliz arribo a puerto.
- Esta instancia judicial precisa que el hecho generador del siniestro marítimo, no encontró su fuente en la fuerza mayor, producto de las condiciones meteorológicas y de corriente del Río Magdalena, tal como fue expuesto por parte de los Peritos Marítimos intervinientes en la presente actuación.
- Sobre la casusa del siniestro marítimo, este Despacho manifiesta total desacuerdo y estima apartarse de las asistencias determinadas en los Informes Periciales allegados al proceso y, en cambio, expone que el factor principal de la ocurrencia obedeció a la

conducta del Piloto Práctico, la que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo, aun sabiendo -de pleno- las condiciones imperantes del Río Magdalena en ese momento, las que exigían, tal como se expuso de forma precedente, diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable.

En este orden de ideas, es claro para este despacho que no se configuró ninguno de los elementos para la exoneración de responsabilidad civil extracontractual, razón por la cual este fallador declarará la responsabilidad por la ocurrencia del siniestro marítimo “daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias” al Piloto Práctico de la motonave “BBC KUSAN”, ALEJANDRO HENAO ZULUAGA.

2.3. Respecto a los argumentos expuestos en el Recurso de Reposición y en subsidio de Apelación.

En lo concerniente a este aspecto, el Despacho se permite extraer los siguientes apartes del recurso presentado el 07 de abril de 2015, por la Abogada ROSARÍO BUENO BUELVAS, en calidad de apoderada del Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO, así:

1. “(...) El fallo emanado es contraevidente y falsamente motivado, pues se contrapone con lo recaudado en el proceso, afirmando para ello que el dictamen pericial rendido por el señor Jaime Pinzón fue de total recibo del Despacho y que en ningún aparte indica que las conclusiones de este no fuesen de recibo del despacho, pues se aparta de dicha pericia al declarar la responsabilidad en la ocurrencia del siniestro marítimo del Capitán y Piloto Práctico.

El anterior argumento se sustenta en la defensa efectuada a lo largo del proceso en la que se insistió en que las condiciones del Río Magdalena para ese año eran inusuales y que el Perito Duarte catalogó que el hecho ocurrió por un evento de fuerza mayor, imprevisible e irresistible, porque la presión hidrodinámica ejercida sobre la cada vez mayor manga aparente del buque, posteriormente sobre la superficie de babor de la obra viva fue la generadora de la fuerza que de manera irresistible, impidió la respuesta a las órdenes impartidas por el Capitán al aparato de gobierno.

Así mismo, que en las conclusiones el perito indica que se trató de una circunstancia que era imposible prever, pues coincidió con la época lluviosa en la que superaron los registros históricos de precipitación sobre la cuenca del Río Magdalena originando severas y extensas inundaciones a lo largo de las diversas cuencas, lo que llevó a que con el incremento del caudal de aguas transportadas, se elevaran los volúmenes de transporte de sedimentos debido a la carencia de información idónea y oportuna que hubiera permitido tanto al Piloto como al Capitán saber tanto los cambios geomorfológicos del lecho del Río, como de los fenómenos hidrodinámicos asociados con tales cambios, estas circunstancias hacen que los hechos sean imprevisibles.

Además recalca la experiencia con que cuenta el Piloto Práctico Henao y que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena conceptuó en el 2005 que los levantamientos batimétricos que realiza el laboratorio de ensayos hidráulicos de las Flores, son

una guía para la elaboración de la carta de navegación razón por la que no podrían ser utilizados los levantamientos batimétricos como cartas de navegación o pretender sustituirlas".

En cuanto a este argumento, este fallador precisa manifestar que el mismo no está llamado a prosperar, por cuanto la providencia emitida por el Capitán de Puerto de Primera Instancia, se estructuró sobre la base de la legalidad y su contenido y motivación, obedecieron a un estudio en el que se valoraron los elementos materiales probatorios de manera integral y conforme a las disposiciones vigentes.

Si bien, el a quo tomó como bien recibido el dictamen pericial presentado por el Perito Marítimo Jaime Pinzón, al tratarse éste de una prueba de importancia central en la actuación, y posteriormente en su fallo determinó apartarse de las consideraciones propias del dictamen pericial, especialmente en lo relacionado con la causa principal del siniestro marítimo; no por ello puede admitirse *per sé* que el fallo sea contraevidente y falsamente motivado.

Es de especial pertinencia establecer que las pruebas estructuradas sobre la base de informes periciales, al ser elementos probatorios que contienen información técnica, científica, económica, ambientales, etc., deben ser recibidos y valorados por el operador judicial, sin que ello signifique que éste deba obligatoriamente acogerse al procedimiento técnico y/o científico empleado por el Perito para su examen y el estudio menester para llegar a su conclusión.

Esta interpretación ha sido respaldada por parte de la Jurisprudencia Nacional, especialmente por la Corte Suprema de Justicia en Fallo del 16 de septiembre de 2009, al considerar lo siguiente:

"(...) Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad (...)". (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de septiembre de 2009. Radicación 31795). (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

No obstante, el hecho de haber recibido los argumentos técnicos, científicos, profesionales o humanísticos contenidos en la prueba pericial por parte del operador judicial, no significa esto que dichas motivaciones representen una camisa de fuerza al juez, en la cual deba obligatoriamente verse reflejada su interpretación y fallo. La Corte Suprema de Justicia en providencia de 2013 adujo lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto que la Sala (...) también ha admitido que el juez, al momento del fallo, tiene la facultad de apartarse de las explicaciones ofrecidas por quienes intervinieron en el juicio y, a su vez, proponer las que en su criterio sean las que mejor resuelvan el problema.

(...) También ha precisado la Corte que el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustentaba sus

afirmaciones". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 06 de marzo de 2003) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En el caso concreto, el Despacho observa que la prueba pericial fue de total recibo por parte del fallador de previa instancia, empero, en sus consideraciones y fallo, se mostró en desacuerdo en cuanto a la causa del siniestro marítimo. Para ello efectuó una serie de motivaciones ajustadas a derecho y resultantes de la debida valoración probatoria de los elementos materiales obrantes en el expediente, y bajo los principios constitutivos de la prueba. Razón suficiente para determinar que el argumento del apelante no ésta llamado a prosperar.

Ahora bien, en cuanto al argumento concerniente a la "*fuerza mayor, imprevisible e irresistible*" como causa del siniestro marítimo, alegado por el apelante; para este Despacho es absolutamente claro e inequívoco, tal como se expuso en motivación del acápite anterior, que desde luego la presencia del fenómeno de la Niña registrada en todo el País en el año 2010, afectó de manera directa las condiciones meteorológicas y de corrientes a lo largo del Río Magdalena y, con él, su canal de acceso. Sin embargo, el diagnóstico, las razones que motivaron su formación y las medidas que ejerció el Estado para contrarrestar su existencia, eran plenamente conocidas por el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, más aun cuando es precisamente él la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción marítima o fluvial específica a su cargo.

Así pues con mucha más razón y especial cautela sobre el particular, el Piloto Práctico debió, en pleno uso de sus funciones legales prescritas por el orden jurídico, ejercer una diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable, a fin de lograr que la motonave "BBC KUSAN" estuviera asistida de manera directa y completa desde su entrada al canal navegable para su feliz arribo a puerto.

Entre tanto, en lo que respecta a los argumentos propios a los causales del Río Magdalena para la época de los hechos, los mismos no resultan para este fallador determinantes en la ocurrencia del siniestro, por cuanto como es evidente, el siniestro que hoy se analiza no se debió a un encallamiento, producto de caudales mínimos que afectarían la navegación dentro del canal.

El hecho generador del siniestro marítimo, tal como se planteó, no encontró su fuente en la fuerza mayor. El factor principal de la ocurrencia obedeció a la conducta del Piloto Práctico, la que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo, aun sabiendo -de pleno- las condiciones imperantes del Río Magdalena en ese momento, las que exigían, tal como se expuso de forma precedente, diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable.

Otro de los argumentos del apelante, resumen así:

2. "Afirma que para la época se presentaron novedades en las maniobras realizadas por otras naves en el mismo sector".

En lo que concierne a esta defensa, no puede este Despecho fundamentar su decisión en consideraciones de otro asunto, aun cuando hayan tenido lugar dentro de la misma jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Barranquilla. Sobre el particular, es importante dejar de presente que cada caso es fáctica y jurídicamente diferente. Las condiciones de modo, tiempo y lugar que hicieron formar su escenario, deben ser valoradas de manera especial y concreta, con elementos materiales probatorios diversos e independiente, de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes para el efecto.

Por último, el apelante manifiesta sobre lo que en el fallo de primera instancia se consideró como exceso de confianza para la ocurrencia del siniestro y que en ninguna parte de las declaraciones se comprueba esta afirmación, ante ello cita parte de las conclusiones del perito Álvaro Duarte, para con ello concluir que no habían elementos, ni información que permitieran determinar los cambios en el comportamiento de las aguas, la geomorfología de sus márgenes y de su cauce, así como prever en general los efectos de estos sobre las naves que allí operan.

Sostiene, que el cambio abrupto en el rumbo de la motonave fue consignado y explicado en el informe pericial, el que se derivó de la pérdida de sustentación dinámica causada por la turbulencia generada aguas debajo de un banco sedimentario formado en cercanías del eje del canal navegable, así mismo, transcribe otros apartes del citado dictamen con lo que persigue la exoneración de toda responsabilidad del Piloto Práctico, conforme las pruebas obrantes en el expediente.

El día 10 de diciembre de 2015, la Abogada ROSARÍO BUENO BUELVAS, en calidad de apoderada del Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO, sustenta recurso de apelación contra la sentencia del 24 de marzo de 2014, emanada por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, en el que entre otras cosas indica que el fallo excede los límites en el alcance del fallo porque involucra a la empresa de practicaaje como responsable del hecho investigado, y se explica nuevamente los argumentos presentados en el recurso de apelación.

En lo relativo a este argumento, sea lo primero manifestar que, tal como quedó ampliamente dicho en motivación propia de este Despacho, la causa del siniestro marítimo no encontró su fuente en la fuerza mayor. El factor principal de la ocurrencia obedeció a la conducta del Piloto Práctico, la que fundada en la falta de diligencia, cuidado y sin la prevención exigida por la Ley, no ejecutó acto alguno para evitar la consumación del siniestro marítimo, aun sabiendo -de pleno- las condiciones imperantes del Río Magdalena en ese momento, las que exigían diligencia preventiva, debida, de extremo cuidado y significativamente razonable.

Sobre este particular se precisa que la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual, comporta exclusivamente al Piloto Práctico de la motonave "BBC KUSAN", Sr. Alejandro Henao Zuluaga, sin que la misma se entienda extendida a la empresa de practicaaje.

De la conducta y responsabilidad del Capitán de la Motonave "BBC KUSAN".

176

Con el fin de establecer el grado de incidencia por parte del señor NOVOKHATSKY SERGIY en el siniestro marítimo bajo estudio, el Despacho procederá a realizar un análisis de su conducta para posteriormente, con fundamento en la normatividad vigente aplicable a la condición que ostenta, llegar a una conclusión sobre su responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe partir de la base que el Capitán manifestó en el desarrollo de su declaración, que no era la primera vez que ingresaba al puerto de Barranquilla, debido a que señaló que había estado cuatro (4) veces en dicho puerto, siendo la última vez en la fecha junio de 2009.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo de la maniobra a desplegar por parte del Capitán y el Piloto Práctico, manifestó lo siguiente:

“A las 6:00 llegamos a la estación de Práctico. Probé el control de la máquina y funcionó bien. A las 06:25 el práctico Alejandro Henao embarcó. Se procedió al intercambio de información de acuerdo a la lista de chequeo. El práctico me informó sobre la fuerte corriente en el Río, y que este no era un problema; me dijo que la principal preocupación era el calado que llevaba. (...)”

(...)Al aproximarnos al terminal convinimos como se iba a hacer la operación de atraque. Estuvimos de acuerdo asegurar al remolcador a la amura de babor (...)” (Cursiva fuera de texto)

Teniendo en cuenta el texto citado, se puede evidenciar que efectivamente hubo un consenso en la planeación de la maniobra a ejecutar entre el Capitán y el Práctico, de igual forma se realizó el intercambio de información y asimismo, en el desarrollo de la misma se acordó de qué manera se realizaría la operación de atraque en la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla.

Ahora bien, no se puede dejar de lado que para la realización de la maniobra se disponía del apoyo del remolcador “BARRANQUILLA”, teniendo en cuenta que la motonave “BBC KUSAN” poseía un Tonelaje de Registro Bruto – T.R.B. de 8831, y atendiendo a dicho tonelaje, el artículo 6 de la Resolución 138 de 2005, texto actualmente compilado en el artículo 4.3.5.1.2.1 del Reglamento Marítimo Colombiano (REMAC 4), documento reglamentario aprobado mediante Resolución 135 de 2018, prevé el uso de remolcadores de manera obligatoria para naves cuyo tonelaje supere los dos mil (2000) TRB.

En lo concerniente al uso del remolcador “BARRANQUILLA”, el Capitán en su declaración manifestó lo siguiente: “Solo se estaba acercando al buque su acción estuvo limitada a después del accidente.”

Igualmente el Práctico afirmó lo siguiente:

“(...) Negativo, no se usó durante el recorrido por el Río pues en primer lugar no había una razón para usarlo. (...)”

(...) El remolcador Barranquilla empezó a interactuar definitivamente con el buque después de colisionado con la estructura de Atlantic Coal siendo amarrado por popa babor para tratar de mantener la popa alejada (...)" (Cursiva fuera de texto)

Teniendo en cuenta las declaraciones previamente citadas, es claro que el remolcador "BARRANQUILLA" no apoyó la maniobra de manera activa, únicamente se limitó a escoltar al buque en su trayecto, y exclusivamente tuvo interacción directa con el buque una vez siniestrado éste.

Sobre el anterior aspecto, se refirió el señor JAIME PINZON como perito designado en la presente investigación de la siguiente forma:

"FALTA DE COORDINACIÓN CON EL REMOLCADOR DE APOYO BARRANQUILLA

(...)

Durante el planeamiento previo a la maniobra de atraque, coordinado entre el Capitán y el Piloto Práctico, la potencia del Remolcador Barranquilla fue desaprovechada como mecanismo y herramienta para reducir el riesgo potencial durante el desplazamiento, maniobra de aproximación y atraque, se consideró para acompañamiento y/o escolta pero no para intervención activa a la nave BBC KUSAN, NO RECIBIÓ instrucciones del puente del BBC KUSAN para dar cabo, mantener el apoyo necesario, contrarrestar la acción del viento, oleaje y corriente más aun en la situación en la que el buque redujo la velocidad, en las que la eficacia del motor propulsor y el timón decrece. Se determina que el remolcador Barranquilla debió ser considerado activamente en la operación, trabajando en flecha o sobre cabo, en este procedimiento el remolcador hubiera trabajado separado del BBC KUSAN, tirando de él desde el extremo del cabo, realizando así diversas funciones (arrastre, retenida, etc.)" (Cursiva fuera de texto)

Sentado lo anterior, respecto al concepto de capitán, el artículo 1495 del Código de Comercio Colombiano establece que "El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave". En el ejercicio de sus funciones, tanto la tripulación como los pasajeros, deben ajustarse a su autoridad, guardando -para ello- respeto y obediencia especialmente en aspectos relacionados con el servicio de la nave y la seguridad, tanto de las personas como de la carga objeto del transporte.

De igual forma el Decreto 1597 de 1988⁴ en su artículo 40 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 40. Son funciones y obligaciones del Capitán:

1. Dirigir la navegación de la nave.

2. Dirigir personalmente toda maniobra del buque al entrar o salir de puerto, durante el paso por canales estrechos o áreas peligrosas y en general en cualquier otra maniobra en

⁴ Decreto 1597 "Por el cual se reglamenta la Ley 35 de 1981 y parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984."

que sea necesario o aconsejable para garantizar la seguridad de la nave, teniendo en cuenta el estado de tiempo y del mar, o las condiciones locales que puedan afectar la navegación.

3. Es, en todo momento y circunstancia, responsable directo por la seguridad de la nave, su carga y las personas a bordo. Cuando lleve práctico a bordo y considere que las indicaciones o instrucciones de éste son peligrosas para la seguridad de la nave, otras naves cercanas, o las instalaciones portuarias y costeras, se apartará de dichas instrucciones y ordenará personalmente la maniobra o navegación, relevando al práctico en sus funciones parcial o totalmente, y dejando en tales casos constancia de ello en el diario de navegación." (Cursiva y subraya fuera de texto)

En consideración de todo lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la conclusión de que el actuar del señor NOVOKHATSKY SERGIY en su condición de Capitán de la motonave "BBC KUSAN" no fue el acertado, debido a que permitió que la motonave que llevaba al mando y de la cual era responsable por su seguridad en todo momento, ingresara al canal de acceso de Barranquilla para su atraque en la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla sin las debidas medidas de seguridad correspondientes, es decir que debió exigir al Piloto Práctico la participación de manera activa del remolcador "BARRANQUILLA" en el tránsito hacia el muelle de destino; máxime cuando para la fecha de los hechos se estaban presentando fuertes corrientes que ponían en riesgo la seguridad de la navegación, denotando así una confianza excesiva por parte del Capitán de la nave hacia la maniobra a desarrollar junto al Piloto Práctico. Razón por la cual, observa el Despacho la responsabilidad por parte del señor NOVOKHATSKY SERGIY en el siniestro marítimo de daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias.

Dispuesto lo anterior, el Despacho entra a resolver los argumentos planteados en el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo emitido en primera instancia por los abogados HERNÁN RICARDO ROJAS PEÑA y JIMY JEFFREY FORERO PAEZ, apoderados del Armador, Capitán y Tripulación de la motonave "BBC KUSAN" de la siguiente forma:

1. En relación al primer argumento esbozado en el escrito de apelación, en el cual señala una presunta violación al principio de imparcialidad, afirmando que con la interpretación del despacho de la conducta náutica del capitán y del piloto práctico, al calificarla como falta de diligencia, pareciera que surge el problema jurídico en cuanto a la incompatibilidad entre la función administrativa de DIMAR y la Capitanía de Puerto en cuanto a proveer la carta náutica y expedición de avisos a los navegantes respectivamente y su función jurisdiccional. Con lo que sostiene que la misma autoridad encargada de fallar el asunto, es la que tiene a cargo advertir a los navegantes sobre las condiciones del Río Magdalena, lo que no se hizo en forma adecuada, este Despacho sostiene que como primera medida que en efecto la Dirección General Marítima atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto Ley 2324 de 1984 es la Autoridad Marítima Nacional encargada de la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas, tales como la señalización marítima, el control de tráfico marítimo, naves nacionales y extranjeras, entre otras.

Asimismo, respecto de las funciones jurisdiccionales el Decreto Ley 2324 de 1984 establece que la Dirección General Marítima únicamente en materia de siniestros marítimos posee

facultades jurisdiccionales para realizar la determinación de responsabilidad y el eventual avalúo de los daños con ocasión del mismo.

De otra parte, en concordancia con su planteamiento relacionado con la suspensión de la carta náutica mediante la Resolución 271 de 2010 expedida por la presente Autoridad, y en la cual se suspende la vigencia de la carta náutica COL 253 del Río Magdalena, es de mencionar que para salir o entrar por el canal navegable del Puerto de Barranquilla, las cartas náuticas y ayudas a la navegación que debían ser tenidas en cuenta las siguientes:

- Carta Náutica 612 de aproximación a Barranquilla, que establecía las siguientes precauciones:

"1. Debido a la erosión y sedimentación, se presentan cambios significativos en la línea de costa, desde Puerto Mocho hasta Puerto Morro Hermoso.

2. Un extenso bajo denominado La Barra, ubicado a media milla al norte del tajamar oriental; puede aparecer y desaparecer total o parcialmente. Estas profundidades están sujetas a cambios debidos a la dinámica de la zona, caudal del Río, corriente y época del año".

- Derrotero de las costas y áreas insulares de Colombia publicado por el Servicio Hidrográfico Nacional.
- Avisos a los navegantes.
- Faros de recalada, boyas o ayudas flotantes, cono de aproximación, enfilaciones y balizas.
- Comunicación con la Estación de Control de Tráfico Marítimo del Puerto.
- Planos batimétricos diarios elaborados por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, en conjunto con la Universidad del Norte, respecto a la profundidad del Río Magdalena en el canal navegable.
- Elementos propios del buque, tales como ecosonda, radar de navegación, sistema de identificación automática (AIS) y demás instrumentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que la carta náutica no era el único medio con el cual contaba el Capitán y el Piloto Práctico para realizar navegación en el puerto de Barranquilla.

En ese mismo sentido, considerando la afirmación realizada por el abogado en su escrito en el cual sostiene que no existe acto administrativo en que la Dirección General Marítima delegue a CORMAGDALENA la función de elaborar cartas náuticas y que las mismas se hagan a través de planos batimétricos, es necesario indicar que el artículo 331 de la Constitución Política de Colombia de 1991, dispuso la creación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, entidad encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación

y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.

De igual forma la Ley 161 de 1994 "*Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones*", determina la jurisdicción de Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -CORMAGDALENA- y funciones, así:

"Artículo 3º.- Jurisdicción. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena CORMAGDALENA tendrá jurisdicción en el territorio de los municipios ribereños del Río Magdalena, desde su nacimiento en el Macizo Colombiano, en la colindancia de los Departamentos de Huila y Cauca, jurisdicción de los Municipios de San Agustín y San Sebastián respectivamente, hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena. Así mismo, su jurisdicción incluirá los Municipios ribereños del Canal del Dique y comprenderá además los Municipios de Victoria, en el Departamento de Caldas, Majagual, Guaranda y Sucre en el Departamento de Sucre, y Achí, en el Departamento de Bolívar." (Cursiva fuera de texto)

Asimismo, la Ley 1242 de 2008 "*Por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones*" prevé en su artículo 15, lo siguiente:

"(...) La construcción, instalación y mantenimiento de los elementos de balizaje, señalización y/o de las demás ayudas a la navegación fluvial, ya sean ayudas físicas, como boyas, faros, luces para navegación nocturna, entre otras, o ayudas electrónicas, como sistemas de navegación asistida por satélite o GPS, u otras, será responsabilidad de:

a) La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, CORMAGDALENA, en toda su jurisdicción de conformidad con lo establecido en el artículo 331 de la Constitución Política y la Ley 161 de 1994.

La señalización de los últimos 27 kilómetros del Río Magdalena, estará bajo responsabilidad de la Autoridad Marítima Nacional, a quien le corresponde instalar y mantener el servicio de ayudas necesarias para la navegación;

(...)" (Cursiva fuera de texto)

Por lo tanto, confunde el apelante al contemplar a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, como encargada de la elaboración de las cartas náuticas, debido a que esta le corresponde a la Dirección General Marítima como Autoridad Marítima Nacional. Situación distinta y excepcional dada por la suspensión de la carta náutica COL 253 del Río Magdalena, en la cual se recomendó utilizar como ayuda a la navegación para la jurisdicción de Barranquilla la utilización de los planos batimétricos realizados por CORMAGDALENA, sin remplazar en ninguna circunstancia la carta náutica.

2. En cuanto al argumento que señala un indebido análisis e interpretación del acervo probatorio respecto de la eximente de responsabilidad fundado en la conducta del Capitán de

la motonave "BBC KUSAN" y de TRANSMARES S.A.S, cumplimiento de las obligaciones y deberes de un buen profesional. En concordancia con lo anterior, el Despacho es enfático en sostener que ciertamente el Capitán dio cumplimiento al deber impuesto en el artículo 1501 del Código de Comercio, debido a que en efecto suscribió acta de protesta dejando sentados los hechos que originaron el presente siniestro marítimo, denotando de esta manera un indicio de buena conducta, no quiere decir lo anterior que el actuar dentro de la maniobra desplegada en conjunto con el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO sea correcta. Debido a que como fue determinado de manera precedente, el señor NOVOKHATSKY SERGIY en su condición de máxima figura de autoridad a bordo de la motonave "BBC KUSAN", encargado de velar por la seguridad de su nave, tripulación y carga en todo momento y circunstancia, permitió que su nave ingresara al canal del acceso de Barranquilla sin la participación de forma activa en la asistencia del remolcador "BARRANQUILLA", aun teniendo conocimiento de las fuertes condiciones del Río indicadas por el Práctico al embarcarse, tal y como manifiesta en su declaración.

3. En relación al argumento propuesto por el apelante, en el cual señala una situación extraordinaria del Río Magdalena - fundamento jurídico de la responsabilidad civil y la causa extraña, por lo tanto aduce que el agente de daño, puede eximirse o exonerarse de su responsabilidad acreditando la ocurrencia de una causa extraña, como lo es la fuerza mayor o caso fortuito, hecho de tercero o culpa de la víctima.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el recurso de apelación interpuesto realiza un estudio sobre los elementos constitutivos de la fuerza mayor y el caso fortuito, habría que algunas precisiones al respecto, con el fin de verificar si en efecto se está ante uno de estos casos. Razón por la cual, la Corte Suprema de Justicia, ha realizado las siguientes determinaciones:

La imprevisibilidad del acontecimiento, concierne a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar ex ante las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad in casu dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando in concreto y en cada situación los referentes de su "normalidad y frecuencia", "probabilidad de realización" y talante "...intempestivo, excepcional o sorpresivo" (cas.civ. sentencias de 5 de julio de 1935, 13 de noviembre de 1962, 31 de mayo 1965, CXI-CXII, 126; 26 de enero de 1982, 2 de diciembre de 1987, 20 de noviembre de 1989, 7 de octubre de 1993, 23 de junio de 2000, [SC-078-2000], exp. 5475 y 29 de abril de 2005, [SC-071-2005], exp. 0829-92).

La irresistibilidad, atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias (cas. civ. sentencia de 26 de noviembre de 1999, exp. 5220), "de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos" (cas.civ. sentencia de 31 de mayo de 1965, CXI y CXII, 126) por "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias" (cas.civ. sentencia de 26 de enero de 1982, CLXV, 21), contenerlas, conjurarlas, controlarlas o superarlas en virtud de su magnitud, "que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales -o personales- del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o

inherentes unas específicas secuelas" (cas.civ. sentencia de 26 de julio de 2005,[SC-190-2005], exp. 050013103011-1998 6569-02) o lo que es igual, entiéndase como "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 jurídico- que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda -o pudo- evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación)". (cas.civ. Sentencia de 23 de junio de 2000, [SC-078-2000], exp. 5475). (Cursiva fuera de texto)

Respecto del ingrediente constitutivo de la fuerza mayor o caso fortuito - irresistibleidad , se puede colegir que indiscutiblemente las condiciones del canal de acceso del puerto de Barranquilla se encontraba afectado por el fenómeno de la Niña, ocasionando un incremento del riesgo en la navegación por este, no puede dejarse de lado que las aludidas condiciones excepcionales las conocía a la perfección el Piloto Práctico ALEJANDRO HENAO, pues al abordar la motonave le informó sobre la fuerte corriente del Río al Capitán.

De igual manera, se puede observar en cuanto al elemento imprevisibilidad en el presente asunto no se produjo al tener en cuenta que la palabra "imprevisible" hace referencia a un hecho es imposible de anticipar. Sin embargo, para el caso en concreto se ha podido fundamentar con los elementos materiales probatorios obrantes a la investigación, que con la participación activa en la maniobra del remolcador, se hubiera podido contrarrestar la fuerza de la corriente que empujó a la motonave hacia la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede concluir que no estamos ante un posible caso exonerativo de responsabilidad como lo es fuerza mayor o caso fortuito, en la medida que los elementos constitutivos de esta no se configuraron dentro de los hechos del siniestro marítimo de la motonave "BBC KUSAN".

4. Referente al argumento de la falta de legitimidad en la causa por activa, en la cual manifiesta que CORMAGDALENA autorizó la cesión de la posición contractual de ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. a la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A., asumiendo la totalidad de las obligaciones y derechos previstos en el contrato de concesión 029, este Despacho considera lo siguiente:

Se hace pertinente señalar, que dentro de las pruebas allegadas a la investigación, en efecto se encuentra minuta de la cesión de la posición de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. en el contrato de concesión No. 029 del 22 de diciembre de 2004, celebrado con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, a favor de la Sociedad Portuaria Río Grande S.A. (folio 1104 al 1114), en el cual se evidencia que en su cláusula cuarta:

"Vigencia de la cesión. Las partes hacen constatar que la cesión de la posición contractual contenida en este documento tiene efecto entre ellas y respecto de CORMAGDALENA a partir de la fecha del presente documento, de suerte que a partir de dicha el CESIONARIO adquiere la posición contractual cedida, junto con todos y cada uno de los derechos y las obligaciones del CEDENTE contemplados y consagrados en el

contrato de concesión No. 029 del 22 de diciembre de 2004, en el estado en que este se encuentra, y por lo tanto sustituye al CEDENTE en esa posición y las obligaciones como los derechos derivados del contrato cedido serán cumplidas por el CESIONARIO y lo beneficiarán. En consecuencia el CEDENTE, queda liberado expresa e irrevocablemente a partir de la fecha del presente documento, del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cedido, las cuales se sustituyen en cabeza del CESIONARIO a partir de dicha fecha y hacia futuro" (Cursiva fuera de texto)

La anterior minuta fue suscrita entre las partes el 15 de diciembre de 2011, actuando como cedente la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A y como cesionario la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A., en ella quedó claro que los efectos de la cesión respecto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, rigen a partir de la fecha de la elaboración del documento.

Por su parte, durante el trámite de sustanciación del expediente en segunda instancia, el apoderado solicitó se escuchara en declaración juramentada al Representante Legal de la Sociedad Portuaria RÍO GRANDE S.A. o quien haga sus veces sobre el contenido del alcance del contrato de concesión portuaria No. 029, siendo dicho requerimiento rechazado debido a que la parte solicitante contó con las oportunidades procesales para requerirla antes de que se emitiera el cierre de investigación, además que en el expediente ya obraba copia del citado contrato de concesión.

De otro lado se tiene que, en el primer escrito de intervención del Ministerio Público en el presente asunto, el Doctor NATTAN NISIMBLAT, Procurador 2 Judicial II Para Asuntos Civiles de Bogotá, se refirió también a la sucesión procesal y la legitimación en la causa respecto de las sociedades ATLANTIC COAL COLOMBIA y RÍO GRANDE, y luego de un análisis legal y jurisprudencial, concluye: *"que no está de acuerdo con el planteamiento del peticionario, debido a que el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular y aún sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente, normas que indican no es deber del juez como lo proponen las partes accionada, aun teniendo conocimiento de la existencia de una cesión - tal como aconteció en el presente asunto-, hacer el llamado al cesionario, pues es su prerrogativa hacerse parte en el proceso, según se desprende de la inequívoca expresión "podrá intervenir". Más, si el nuevo interviniente quisiere obrar como sucesor procesal y no como litisconsorte deberá obtener la expresa anuencia de la parte contraria"* (Cursivas del Despacho).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el día el día 09 de diciembre de 2010, navegando en tránsito por el canal de acceso del Río Magdalena a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, la motonave "BBC KUSAN" de bandera Reino Unido, causó daños a la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., y que la cesión de la posición de esta última en el contrato de concesión No. 029 del 22 de diciembre de 2004, se celebró el 15 de diciembre de 2011, dejando constancia expresa de que su efectos se entienden desde ese día y en adelante, no se debe entender que la Sociedad Río Grande es un sucesor procesal y que el resarcimiento de los daños que resultaren probados correspondan a ella, pues, quien se encuentra legitimado para tal fin y cuenta con el derecho a reclamar es la Sociedad ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., máxime, que el origen de estos es ajeno a las acciones, privilegios y beneficios legales propio de la naturaleza y condiciones del contrato de

concesión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 895 del Código de Comercio, por lo que este argumento del apoderado no está llamado a prosperar.

De la responsabilidad conjunta del Capitán y Piloto Práctico en el Siniestro Marítimo de la Motonave "BBC KUSAN".

En definitiva, se puede considerar que en el presente siniestro marítimo intervinieron de manera determinante la conducta de los señores NOVOKHATSKY SERGIY en condición de Capitán de la motonave "BBC KUSAN" y ALEJANDRO HENAO en condición de Piloto Práctico a bordo de la citada nave, que a pesar de ostentar distintas condiciones, sus acciones y omisiones fueron incidentales para que el presente siniestro se consumara.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia⁵, ha señalado lo siguiente:

"(...) la noción teórica de 'guarda compartida', según la cual en el ejercicio de actividades peligrosas no es extraña la concurrencia de varias personas que, desde diversos ángulos y en atención a sus propios intereses o beneficios, puedan ejercer al tiempo y a su manera la dirección o control efectivo de aquellas y que a todas les impone el deber jurídico de impedir que se convierta en fuente de perjuicios para terceros" (Cursiva, subraya y negrilla fuera de texto)

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, considera el Despacho que en los hechos acaecidos el día 9 de diciembre de 2010, se encuentra probatoriamente fundamentada la responsabilidad civil de los señores NOVOKHATSKY SERGIY en condición de Capitán de la motonave "BBC KUSAN" y ALEJANDRO HENAO en condición de Piloto Práctico a bordo, en el siniestro de daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias en la cual la motonave "BBC KUSAN" impactó la piña de atraque donde reposaba una estructura transportadora de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. Razón por la cual el Despacho acoge lo dispuesto por el a quo, confirmando los artículos correspondientes a la responsabilidad civil.

Avalúo de los daños

En relación con el avalúo de daños que conforme establece el artículo 48 del Decreto Ley 2324 de 1984, debe contener el fallo de primera instancia, los cuales fueron fijados por el Capitán de Puerto de Barranquilla en su decisión inicial del 24 de marzo de 2015, en "DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS Y CUARENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$2.495.597.929,43), pagaderos por el Armador del buque BBC KUSAN a la Sociedad ATLANTIC COAL S.A., como afectado en el siniestro marítimo de colisión".

A través, de auto del 21 de agosto de 2015, el Capitán de Puerto de Barranquilla adicionó el fallo de primera instancia de acuerdo a solicitud presentada por la apoderada de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A., la doctora ESTER MOLINARES DELGADO, y consideró

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil y agraria, M.P. Nicolas Bechara Simancas, Sent. 22 de abril de 1997, Exp. 4753., reiterada en Sentencia 19 de diciembre de 2011 Exp. No. 44001 31 03 001 2001 00050 01, Sentencia 8 de abril de 2014 Radicación n° 11001-31-03-026-2009-00743-01.

por concepto de daños en la banda transportadora: "MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.529.743.355)".

Además, adicionó el pago de las costas procesales a favor de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL S.A.: CUATROCIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$402.534.128), por agencias en derecho, y la suma de TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$3.000.000) por concepto de expensas".

Lo anterior quiere decir, que en primera instancia se fijó un avalúo de daños por el valor de CUATRO MIL VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE. (\$4.025.341.284,43) y por agencias en derecho y expensas CUATROCIENTOS CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS M/CTE. (\$405.534.128).

No obstante, el Abogado Hernán Rojas Peña, en su escrito de apelación en los argumentos 4, 5 y 6 indicó que el avalúo se basó en soportes que no tenían el carácter de prueba documental, pues fueron meras cotizaciones las allegadas al plenario, que no se reconoció el estado ruinoso el bien antes de la ocurrencia del siniestro y que no se acreditó el valor real del daño ocasionado por la motonave "BBC KUSAN".

Durante el trámite de sustanciación del expediente en segunda instancia, el citado profesional del derecho solicitó se decretara la realización de un dictamen pericial que contenga la valoración de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), y morales objetivados susceptibles de apreciación económica que se produjeron en el siniestro investigado, para tal fin, el día 4 de abril de 2016, se nombró a la perito MARTHA YANNETH RÍOS GARCÍA, Perito en la Especialidad de daños y perjuicios de la Rama Judicial, quien rindió experticia el día 29 de diciembre de 2016 y en audiencia pública celebrada el 15 de agosto de 2017, expuso las conclusiones del estudio, así:

"Del análisis de los documentos relacionados que constituyen pruebas documentales obrantes en el expediente resulta viable afirmar que la infraestructura dada en concesión y relacionada se encontraba en desuso, abandonada, inoperante y su presencia en el muelle amenazaba la seguridad marítima, tal y como dan cuenta los sendos requerimientos efectuados por la entidad CORMAGDALENA y la misma respuesta dada por la Superpuertos (...) razón por la que para la determinación del daño emergente y lucro cesante se tomará como base el mal estado de conservación de los bienes inmuebles por destinación colisionados.

Sobre los perjuicios a título de daño emergente pasado y consolidado se concluyó: que no se había afectado el patrimonio de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL y en todo caso tampoco de la Sociedad Portuaria cesionaria Río Grande, de modo que, no se ha concretado desembolso alguno que deba reintegrarse con ocasión del daño producido con la colisión.

En cuanto al daño emergente futuro, la perito puso en consideración que existiría una problemática en torno a la posibilidad de concretarse la causación de un perjuicio a título de daño emergente futuro a favor de la Sociedad ATLANTIC COAL, por cuanto con ocasión de la cesión del contrato de concesión que hiciera, la misma no ostenta en la actualidad la tenencia de la infraestructura que sufrió el daño, por lo cual, sería difícil predicar que la mentada Sociedad podría sufrir una pérdida económica futura con ocasión de la reconstrucción o reemplazo de una estructura que ya no tiene.

Acerca de los perjuicios al sistema de cargue de carbón: No es posible cuantificar el daño a dicha estructura tomando como partida las cotizaciones recaudadas, como quiera que las mismas sugieren la construcción de una nueva estructura y en todo caso esta necesidad no corresponde a una consecuencia derivada del daño causal, sino que era ya más bien un requerimiento previo que no tiene nada que ver con la producción del hecho dañino. Incluso, su costo de demolición debía ser asumido por la Sociedad Portuaria independientemente de la ocurrencia del siniestro marítimo.

De los perjuicios ocasionados a la plataforma central- Estimación: Según el principio de reparación integral el reconocimiento de la pérdida efectiva de un bien económico debe tener en cuenta la pérdida de poder adquisitivo del dinero desde que ocurrió el hecho lesivo hasta el momento de la sentencia que reconozca la indemnización por daño emergente. Por ello, los valores monetarios deben indexarse o corregirse monetariamente.

La perito, utilizando la fórmula para actualizar las sumas de dinero al valor presente estimó a título de eventuales perjuicios derivados del reconocimiento de responsabilidad en la modalidad de daño emergente ocasionados a la plataforma central del muelle, la suma de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$1.350.623.825).

Ahora bien, en cuanto al lucro cesante se estableció que no se produjo perjuicio alguno por lo que su cuantificación será igual a cero.

De los daños causados al buque mercante "BBC KUSAN": La estimación de los daños causados al buque como consecuencia de la colisión a título de daño emergente, corresponde a la suma de CIENTO TREINTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$130.920.962,37).

Por otra parte, no obra en el expediente ni fue allegada prueba alguna que permita inferir la causación de daños a título de daño emergente futuro, ni de lucro cesante, y como ya se indicó, aunque podría inferirse dada la posibilidad material del buque de producir utilidades, lo cierto es que no es posible determinar su cuantía por falta de acervo probatorio, por lo que su cuantificación será igual a cero".

El anterior dictamen pericial, fue puesto en conocimiento de la partes mediante audiencia del 15 de agosto de 2017, quienes presentaron sus solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron resueltas por la perito designada en la misma diligencia, sin que se presentaran objeciones respecto del contenido de la experticia presentada.

En consecuencia, se procederá a modificar el artículo 3 del fallo de primera instancia, emitido el 24 de marzo de 2015 por el Capitán de Puerto de Barranquilla, en el sentido de fijar el avalúo de los daños ocasionados como consecuencia del siniestro marítimo de daños ocasionados por la motonave "BBC KUSAN" a la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL, el cual será establecido en la suma de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$1.350.623.825).

Así mismo, se fijarán los daños sufridos por la motonave "BBC KUSAN" en la suma de CIENTO TREINTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$130.920.962,37), conforme las pruebas obrantes en el expediente, que serán pagados en forma solidaria por los responsables y el Armador de la motonave "BBC KUSAN", al tenor de lo dispuesto en los artículos 1478 y 1479 del Código de Comercio.

Condena y liquidación de costas y agencias en derecho

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho relacionadas con el caso sub examine, este Despacho precisa lo siguiente:

El artículo 321 del Código General de Proceso, establece:

"Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho". (Cursiva fuera del texto)

Así mismo, el 365 ibídem, señala:

"Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...)"*

Sobre este particular, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en cuanto a la condena en costas y su alcance a la luz de las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso. Para el efecto precedente, adujo lo siguiente:

"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 del Código General del Proceso (...).

(...) *De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra*. (Corte Constitucional, Sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013)

Vistas las anteriores consideraciones de orden legal y jurisprudencial, como quiera que la responsabilidad civil extracontractual derivada de la ocurrencia del Siniestro Marítimo de Daños ocasionados por la Motonave “BBC KUSAN” a la instalación portuaria “ATLANTIC COAL”, se declarará en contra de los señores NOVAKHATSKY SERGY y ALEJANDRO HENAO ZULUAGA. El primero en calidad de Capitán de la motonave “BBC KUSAN” y el segundo en calidad de Piloto Práctico de la motonave “BBC KUSAN”, partes vencidas dentro de la presente actuación procesal y en contra de los cuales se resolvió desfavorablemente el recurso por ellos interpuesto; este Despacho procederá a condenarlos en Costas.

Ahora bien, en lo relacionado con la Liquidación de Costas y Agencias en Derecho, el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012 contempla lo siguiente:

“Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

- 1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.*
- 2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.*
- 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. (...)”.* (Cursiva fuera del texto)

La misma norma, indica para la Agencia en Derecho:

“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...) La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo”. (Cursiva fuera del texto)

Entre tanto, El Honorable Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. PSAA16-10554 de fecha 05 de agosto de 2016, fijó las tarifas de agencias en derecho.

El citado acuerdo, señala:

"Que de conformidad con la descripción legal y la jurisprudencia constitucional, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente". (Cursiva fuera del texto)

(...)

"Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.

(...)

Artículo 5. Tarifas. Las tarifas en agencias en derecho son:

(...) Procesos declarativos en general.

En primera Instancia a) Por la cuantía cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuario:

(...) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido". (Cursiva y negrilla fuera del texto)

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en Sentencia del año 2013, consideró:

"Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley". (Corte Constitucional, Sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013)

Teniendo como fundamento lo expuesto anteriormente, este Despacho ordenará que las costas y agencias en derecho deberán ser liquidadas de manera concentrada por parte del fallador de primera instancia, esto es, el Capitán de Puerto de Barranquilla.

Esta liquidación deberá ser efectuada por la Capitanía de Puerto de Barranquilla dando cumplimiento integral a las reglas dispuestas en el artículo 366 del Código General del Proceso y siguiendo las disposiciones relativas a la fijación de tarifas prescritas por el Consejo Superior de la Judicatura, en el Acuerdo menester, por lo que se procederá en la parte resolutive de la presente a incorporar tales disposiciones para lo que se adicionarán dos artículos que la contengan.

En virtud de lo anterior, se revocará en su integridad la decisión del 21 de agosto de 2015, emitida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, a través del cual se adicionó el fallo de primera instancia del 24 de marzo de 2015.

De la violación a las normas de marina mercante

Este Despacho encuentra que el fallador de primera instancia no declaró responsabilidad alguna relacionada con la violación a normas de Marina Mercante, de acuerdo a las consideraciones emitidas en el fallo.

No obstante, esta instancia se encuentra probada la violación de una serie de normas de marina mercante, infringidas como consecuencia de las conductas materializadas por el Capitán y Piloto Práctico de la Motonave “BBC KUSAN”. Empero, al haber transcurrido el término de tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho, a fin de establecer la sanción correspondiente en virtud del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la facultad legal para imponer dicha sanción ha caducado a la fecha.

Por lo anterior, este despacho procederá a confirmar el artículo 2 del fallo emitido en primera instancia por el Capitán de Puerto de Barranquilla y demás disposiciones contenidas en este.

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

RESUELVE

ARTÍCULO 1°.- MODIFICAR el artículo primero de la decisión del 24 de marzo de 2015, proferida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, con fundamento en la parte considerativa del presente proveído, el cual quedará así:

“**DECLARAR** civilmente responsable por la ocurrencia del siniestro marítimo de daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias al señor NOVOKHATSKY SERGIY, identificado con el pasaporte No. AB356999 expedido en Ucrania, en condición de Capitán de la motonave “BBC KUSAN” de bandera de Reino Unido, identificada con el numero OMI 9220639, y al señor ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71.651.148 expedida en Medellín, en su condición de Piloto Práctico a bordo de la citada nave, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva del presente proveído”.

ARTÍCULO 2°. **MODIFICAR** el artículo 3° de la del fallo de primera instancia, emitido el 24 de marzo de 2015, por el Capitán de Puerto de Barranquilla, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión, el cual quedará así:

“**FIJAR** el avalúo de los daños causados por la motonave “BBC KUSAN” a la Instalación Portuaria ATLANTIC COAL, en la suma de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE (\$1.350.623.825).

Así mismo, **FIJAR** el avalúo de los daños sufridos por la motonave "BBC KUSAN" en la suma de CIENTO TREINTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$130.920.962,37), acreencias que serán pagadas en forma solidaria por los declarados responsables de la ocurrencia del siniestro marítimo y el Armador de la motonave "BBC KUSAN", conforme las pruebas obrantes en el expediente y los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente".

ARTÍCULO 3°.- REVOCAR en su integridad la sentencia de adición de fecha 21 de agosto de 2015, proferida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, con fundamento en la parte considerativa del presente proveído.

ARTÍCULO 4°.- ADICIÓNENESE un artículo a la decisión del 24 de marzo de 2015 proferida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, en los siguientes términos:

"CONDENESE en costas a los señores NOVOKHATSKY SERGIY, identificado con el pasaporte No. AB356999 expedido en Ucrania, en condición de Capitán de la motonave "BBC KUSAN" de bandera de Reino Unido, identificada con el numero OMI 9220639, y ALEJANDRO HENAO ZULUAGA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 71.651.148 expedida en Medellín, en su condición de Piloto Práctico a bordo de la citada nave, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva del presente proveído."

ARTÍCULO 5°.- ADICIÓNENESE un artículo a la decisión del 24 de marzo de 2015 proferida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, en los siguientes términos:

"ORDÉNESE al Capitán de Puerto de Barranquilla liquidar de manera concentrada las costas y agencias en derecho generadas dentro de la presente actuación procesal. La liquidación deberá realizarse por parte de la primera instancia inmediatamente quede ejecutoriada esta providencia, dando cumplimiento integral a las reglas dispuestas en el artículo 366 del Código General del Proceso y siguiendo las disposiciones relativas a la fijación de tarifas prescritas por el Consejo Superior de la Judicatura, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva del presente proveído."

ARTÍCULO 6°.- CONFIRMAR los artículos restantes de la decisión del 24 de marzo de 2015, proferida por el Capitán de Puerto de Barranquilla, con fundamento en la parte considerativa del presente proveído.

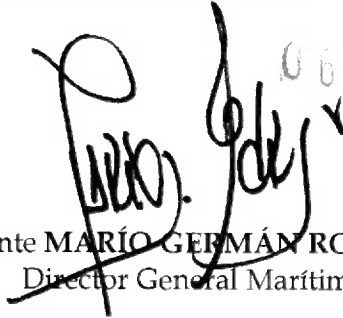
ARTICULO 7°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Barranquilla el contenido de la presente decisión a los señores NOVOKHATSKY SERGIY, en condición de Capitán de la motonave "BBC KUSAN", ALEJANDRO HENAO ZULUAGA en condición de Piloto Práctico, MORRIS HARF MEYER en condición de Representante Legal de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. y/o quien haga sus veces, CARLOS ANDRÉS SERNA PRIETO en condición de Representante Legal de la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S. y/o quien haga sus veces, HERNÁN RICARDO ROJAS PEÑA en condición de Apoderado especial del Armador, Capitán y Tripulación de la motonave "BBC KUSAN", ROSARÍO BUENO BUELVAS en condición de apoderada especial del Piloto

Práctico, ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO en condición de apoderada especial de la Sociedad Portuaria ATLANTIC COAL COLOMBIA S.A., JIMY JEFFREY FORERO PÁEZ en condición de apoderado judicial de la Agencia Marítima TRANSMARES S.A.S., NATTAN NISIMBLAT MURILLO en condición de Procurador Judicial II para Asuntos Civiles, y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

ARTÍCULO 8°.- DEVOLVER el presente expediente a la Capitanía de Puerto de Barranquilla, para la correspondiente notificación y cumplimiento de lo resuelto.

ARTÍCULO 9°.- Una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, el Capitán de Puerto de Barranquilla debe remitir copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de la Marina Mercante de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase,


06 JUN 2018

Contralmirante **MARÍO GERMÁN RODRÍGUEZ VIERA**
Director General Marítimo (E)