

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., ~~03 SEP 2019~~
Referencia: 14012014004
Investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo Muerte– Apelación

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia emitido el día 30 de diciembre de 2015, por el Capitán de Puerto de Santa Marta, dentro de la investigación por siniestro marítimo de muerte o lesiones graves ocasionada por la motonave “LA PRINCESA” de bandera de Colombiana, identificada con número CP-04-0005-B, por los hechos ocurridos el día 28 de julio de 2014, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante protesta presentada por el Comandante Guardia Bahía Estación de Guardacostas de Santa Marta, el día 29 de julio de 2014, la Capitanía de Puerto de Santa Marta tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro marítimo de muerte o lesiones graves acaecido el día 28 de julio de 2014 en la que estuvo involucrada la motonave “LA PRINCESA”, de bandera colombiana, matrícula No. CP-04-0005B.
2. Como consecuencia de lo anterior, el día 30 de julio de 2014, el Capitán de Puerto de Santa Marta decretó la apertura de la investigación por el presunto siniestro marítimo de muerte o lesiones graves y ordenó la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos, fijando fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984.
3. El día 30 de julio de 2014, el Capitán de Puerto de Santa Marta profirió fallo de primera instancia, en el que resolvió lo siguiente:

(...) DECLARAR responsable al señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 84.454.728 expedida en Santa Marta, en su condición de Capitán de la motonave “LA PRINCESA” (cursiva fuera de texto).

9-27A

(...)“ABSTENERSE de fijar avalúo de los daños ocasionados con el siniestro marítimo (...)”

(...)DECLARAR la responsabilidad del señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 84.454.728, expedida en Santa Marta, en su calidad de Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, por violación a las normas de Marina Mercante (...) (cursiva fuera del texto original).

“En consecuencia, SANCIONESE al responsable señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, con una multa de cuatro (4) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, que corresponden a la suma de Dos Millones Quinientos setenta y siete mil cuatrocientos pesos M/C (\$2.577.400)” (cursiva fuera de texto).

4. El día 1 de enero de 2016, el señor ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR” interpuso recurso de reposición y en subsidio Apelación, contra la decisión emitida en primera instancia por el Capitán de Puerto de Santa Marta.
5. El Capitán de Puerto de Santa Marta, el día 30 de abril de 2018, resolvió el recurso interpuesto por el señor ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR” en el que decidió lo siguiente:

“Confirmar en su totalidad la sentencia del 30 de diciembre de 2015 emitida por el señor Capitán de Puerto de Santa Marta (...)” (cursiva fuera de texto).

“Conceder el recurso de apelación interpuesto (...)” (cursiva fuera de texto).

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 58 del Decreto Ley 2324 de 1984, ésta Dirección General es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos en las investigaciones por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida en el artículo 2 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 No. 1605, el día 4 de noviembre de 2004.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

Del recurso de apelación interpuesto por el Abogado ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR”, este Despacho se permite extraer los siguientes apartes:

Que se revoque la decisión proferida en primera instancia, alegando la nulidad de la sanción pecuniaria, avocando el artículo 29 de la Constitución Política, pues argumenta que los salarios deben corresponder a la fecha de ocurrencia de los hechos y no a la fecha en la que se impone la sanción. Además, expone que la multa es contraria a la Resolución 386 del 2012 de DIMAR. Finalmente, el apoderado indica el valor que debe pagar a causa de la infracción cometida.

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

Teniendo como fundamento lo expuesto con antelación, este Despacho entrará a resolver el argumento allegado por el abogado ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR”, como se indica a continuación.

En principio los aspectos procesales y probatorios se refiere, este Despacho evidencia que cada una de las etapas de la investigación de primera instancia, adelantadas por el Capitán de Puerto de Barranquilla, se realizaron en los tiempos y términos establecidos en los artículos 31 al 50 del Decreto Ley 2324 de 1984.

Para abordar los aspectos sustanciales constitutivos del presente proveído, este Fallador se pronunciará en torno a los siguientes ejes temáticos: (I) De las consideraciones sobre el recurso de apelación interpuesto, (II) De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado (III) Del estudio probatorio del caso en concreto (IV) Del análisis jurídico y la declaración de responsabilidad civil extracontractual, (V) Del avalúo de los daños, (VI) De la responsabilidad administrativa por violación a normas de marina mercante y, por último, (VII) De las conclusiones.

I. De las consideraciones sobre el recurso de apelación interpuesto

En lo concerniente al argumento expuesto por el abogado ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR”, se hace necesario precisar, que las multas impuestas en investigaciones jurisdiccionales, de siniestros marítimos, se encuentran establecidas en el artículo 80 del Decreto Ley 2324 de 1984 así;

“Artículo 80: Sanciones. Las sanciones a que hubiere lugar por la violación o infracción a cualquiera de las normas citadas, pueden consistir en las medidas siguientes:

(...).

*d) Multas, las que podrán ser desde un salario mínimo hasta cien (100) salarios mínimos, si se trata de personas naturales y, de cinco (5) salarios mínimos hasta mil (1.000) salarios mínimos, si se trata de personas jurídicas. Por salario mínimo **se entenderá el salario mínimo legal aplicable que rija el día en que se imponga la sanción o multa**. La no cancelación de la multa una vez ejecutoriada la providencia mediante la cual se dispuso, dará lugar además a la acumulación de intereses legales y a que no se les expida o tramite solicitud alguna de renovación o prórroga de privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificaciones a los titulares”.* (Cursiva y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, tratándose de actuaciones administrativas derivadas de infracciones a normas de Marina Mercante se aplica la Resolución No. 0386 de 2012. En consecuencia, si bien es cierto que el señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, incurrió en violación a las normas de Marina Mercante, infringiendo algunos códigos de la Resolución 386 de 2012 de DIMAR, no se pueden obviar las demás infracciones a las normas de Marina Mercante cometidas por el Capitán de la motonave “LA PRINCESA”. Por tal razón, las sanciones deben ir acorde al Decreto Ley 2324 de 1984.

Teniendo en cuenta la norma citada anteriormente, se evidencia una incorrecta interpretación por parte del apelante, pues el literal “d” del artículo en mención, es totalmente claro en cuanto al salario mínimo legal aplicable es el del momento en que se impone la sanción.

Por otra parte, cabe mencionar, que en este caso, se investigó el siniestro marítimo de lesiones y muerte ocasionada por el señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, en calidad de Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, pero al culminar la actuación se encontró que también hubo violación a las normas de Marina Mercante.

Así las cosas, el Despacho no acoge el argumento presentado por el apelante, pues no es posible aplicar la Resolución 386 de 2012 de DIMAR a un caso de siniestro marítimo que está regulado específicamente en el Decreto Ley 2324 de 1984.

II. De la configuración y ocurrencia del siniestro marítimo investigado

Los siniestros en el Derecho Marítimo, tienen alcances e implicaciones en dos aspectos, tanto académico como internacional.

Los siniestros marítimos, traen consigo una complejidad en su naturaleza, y dos aspectos muy importantes cuando se trata de estos, es la relación directa que tiene con

la seguridad de la vida humana en el mar y la prevención de la contaminación del medio marino¹, por el otro, los elementos requeridos para la correcta navegación.

La Organización Marítima Internacional como las autoridades marítimas regionales, han relacionado los siniestros marítimos con la seguridad, teniendo en cuenta el carácter de riesgoso que estos contrae. Situación que ha llevado a generar un avance en el proceso de regulación y legislación de los mismos. Así lo muestra la Resolución A.173 (ES.IV) adoptada en noviembre de 1968 por la Organización Marítima Internacional, se hace referencia a la participación en investigaciones oficiales de siniestros marítimos.

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) (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)

En el Código Internacional de Investigación de Siniestros, define los siniestros marítimos 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 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 I 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 (...)”.*

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.

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; (...)* (cursiva, negrilla y subraya fuera de texto).

En este mismo sentido, las Resoluciones A.847 de 1997 y MSC.255 de 2008, emitidas por la Organización Marítima Internacional, definen el concepto ya referido, como:

“Todo evento o serie de eventos ocurridos directamente en conexión con las operaciones del buque, y que genere daños” (cursiva fuera de texto).

Entre tanto, la legislación Colombiana que ha acogido gran parte de las definiciones expuestas en el contexto internacional, estructuró su régimen normativo sobre la base de un concepto de siniestro marítimo mixto, basándose en que la definición tiene dos ámbitos, uno general y otro específico.

El general. Establece 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.

El específico. 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 o artefactos navales a instalaciones portuarias.

El artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984, establece que 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 (...)” (cursiva fuera de texto).

A su vez, la norma en cita establece^[3]:

“APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS: Las disposiciones del presente título se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y

³ Artículo 75 del Decreto- Ley 2324 de 1984

convenios internacionales ratificados por Colombia” (cursiva fuera de texto).

En igual sentido, el Anexo 1 de la Resolución MSC.255 (84) adoptada el 16 de mayo de 2008, que trata de la adopción del Código de normas internacionales y prácticas recomendadas para la investigación de los aspectos de seguridad de siniestros y sucesos marítimos, prevé:

“Capítulo 2. Definiciones (...), 2.9. Siniestro marítimo: acaecimiento, o serie de acaecimientos, directamente relacionado 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 de una persona;**

(2) *La pérdida de una persona que estuviera a bordo. (...)* (cursiva, negrilla y subraya fuera de texto).

Del material probatorio que reposa en el expediente, este Despacho encuentra la ocurrencia del siniestro marítimo de muerte o lesiones graves donde estuvo involucrada la motonave “LA PRINCESA”, de bandera colombiana, ocurrido el día 28 de julio de 2014, conforme a lo establecido en el Código de Investigación de Siniestros.

III. De la navegación marítima como actividad peligrosa y el régimen de responsabilidad aplicable

Colombia, a través de la Ley 8 de 1980, aprobó la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar –SOLAS-, adoptada el 01 de noviembre de 1974 por la Organización Marítima Internacional -OMI-, así como su Protocolo de 1978 y la autorización expresa de su adhesión.

Al adoptar el mencionado instrumento internacional, el ordenamiento jurídico se comprometió a cumplir las disposiciones en él prescritas, especialmente las concernientes a *“Establecer normas mínimas relativas a la construcción, el equipo y la utilización de los buques, compatibles con su seguridad”*, siendo este el objetivo principal del SOLAS.

Acto seguido, la referida convención en su objeto principal expuso que: *“Los estados de abanderamiento son responsables de asegurar que los buques que enarbolan su pabellón cumplan las disposiciones del convenio, el cual prescribe la expedición de una serie de certificados como prueba de que se ha hecho así”*. (Convenio Internacional SOLAS, objetivo principal)

En este punto, es pertinente recordar que el artículo 2356 del Código Civil contempla la presunción de responsabilidad en contra de quien despliega ciertas actividades peligrosas que por su naturaleza generan peligro, presunción de la cual no escapa quien la ejerce, tratando de demostrar diligencia y cuidado en el desempeño que le

incumbe, ya que, como por sabido se tiene, se le exige, con miras a exonerarse, que demuestre una causa extraña que rompa el nexo causal.⁴

La orientación actualmente predominante, por regla general en los eventos dañosos generados por las **actividades peligrosas**, se aplica un régimen objetivo debido al factor riesgo que se exponen quienes despliegan este tipo de actividades.

Conforme a lo anterior se desprende que sobre el agente responsable de la actividad peligrosa, recae la presunción de responsabilidad por ser quien ha ejecutado la acción y ha creado la inseguridad de los asociados, de la cual solo le es posible exonerarse por la intervención de los siguientes eventos:

- *Caso fortuito o fuerza mayor.*
- *El hecho de un tercero.*
- *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”(cursiva fuera del texto).

Así las cosas, 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 consecuencias⁵.

IV. Del estudio probatorio del caso en concreto

Respecto a la declaratoria de responsabilidad emitida en la decisión de primera instancia, se estima pertinente realizar el siguiente análisis, conforme las pruebas obrantes en el expediente:

En versión libre, el día 5 de agosto de 2014 (folios 42 al 43), el señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, respecto a los hechos, expuso:

“(…) Zarpé de la zona de lancha, del despacho de Casa Linda, salgo en dirección a la isla hago una L para recoger el gusano, cuando sentí el golpe que pensé que era una cabuya, o un palo revise y no vi nada, cuando voy a arrancar nuevamente miro hacia atrás, y el señor me saca la mano, doy la

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7676 del 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁵ Código Civil Anotado, editorial LEYER - Decimoprimera edición, página 50-51.

vuelta y lo recojo y lo llevo hacia la orilla, cuando llego a la orilla le pido a mis compañeros que me colaboraran a bajarlo de la lancha para llevarlo en un taxi al hospital, llegó una motorizada y pidieron una ambulancia, y me llevaron la CAI, y a dar declaraciones, luego salí para el hospital, cuando llegué me encontré con la noticia de que había fallecido. Después me llamaron a la Fiscalía para dar declaraciones y luego me fui a la casa a las once de la noche, eso fue lo que pasó ese día” (cursiva fuera de texto).

Referente a si la motonave tenía zarpe el día del siniestro y si contaba con licencia de motorista, informó:

“No tenía zarpe. Zarpé porque pensé que me había llegado. Pero cuando lo pedí al Despacho no había llegado, empecé a llamar a la patrona y no me contestó el teléfono y una hora después me contestó y le pregunté y me dijo que no había llegado el zarpe. Llamé a Leidys que pasó con mi zarpe ella me contestó que lo habían rechazado porque los papeles estaban vencidos y estos se vencen el 16 de septiembre de 2014. Si tengo licencia y la aporté al expediente, a través de mi apoderado” (cursiva fuera de texto).

En cuanto a la actividad que iba a realizar el día en que ocurrieron los hechos, dijo:

“Iba a jalar (Sic) el gusano a trabajar frente al iroka, en el horario de siete de la mañana hasta las cinco de la tarde” (cursiva fuera de texto).

Respecto a la distancia en que se encontraba de la playa al momento del siniestro, expuso:

“Más o menos 120 o 150 metros de la playa, frente al Tamacá” (cursiva fuera de texto).

Referente a si divisaba boyas que demarcaran el sitio de navegación del gusano, respondió:

“No señor” (cursiva fuera de texto).

Respecto a la velocidad que navegaba al momento del siniestro, expuso:

“Por ahí a cuarenta kilómetros por hora” (cursiva fuera de texto).

En relación al lugar donde se encontraba el gusano al momento de recogerlo y además el motivo por el cual zarpó sin tener tripulante en la citada lancha, dijo:

“Frente al Iroka estaba a 120 metros o 150 metros de la playa. Porque el segundo motorista estaba en el gusano.”

En cuanto a las razones por las cuales no divisó que una persona se encontraba nadando en el lugar de los hechos, afirmó:

“Porque iba hundido, y estaba a una distancia muy lejos de la orilla, por lo tanto no lo vi” (cursiva fuera de texto).

Relativo a las lesiones que se le ocasionaron a persona que fue golpeada con la motonave “LA PRINCESA”, informó:

“Que yo vi una rajita en la cabeza, y un golpe en la costilla” (cursiva fuera de texto).

Respecto a las personas y lanchas que se encontraban en el lugar al momento de la ocurrencia del siniestro, dijo:

“Compañeros de trabajo, Iván que es ciclista, Pedro sierra motorista de la motonave “MORITA”, Álvaro que renta Kayak, y los cerveceros (...) (cursiva fuera de texto).

En la audiencia del día 5 de agosto de 2014, la señora MARITZA DURÁN DUARTE, en calidad de Propietaria y/o Armadora de la motonave “LA PRINCESA”, en relación a los hechos, expuso:

“Yo se lo mismo del siniestro lo mismo que usted sabe, yo no sé nada de ese siniestro, yo me entero sobre eso porque a mí el motorista me llama a la casa y me dice que tuvo un accidente, que un señor que no había visto, y después recibo otra llamada de un policía, que me dijo que hubo accidente que el señor donde estaba y me dijo que se lo habían llevado para la clínica que queda con 22 con 15 en Santa Marta, yo me fui para la clínica y me encontré con LEYDIS, la gerente de la Cooperativa COOMARSERTUR, y entonces hay (Sic)nos encargamos de cancelar el traslado del señor, cancelamos \$120.000 pesos, después de eso yo me quede y me dijeron que había fallecido” (cursiva fuera de texto).

Referente a indemnización o reclamos que se le hayan hecho como Propietaria de la motonave “LA PRINCESA”, por la ocurrencia del siniestro, dijo:

“No ninguna persona” (cursiva fuera de texto).

Respecto al zarpe de la motonave, informó:

No tenía zarpe, el zarpe me lo entregaron el 24 de julio de 2014, no estaba vencido, el zarpe se vencía el 25 de julio de 2014, porque la Cooperativa es la encargada de tramitar el zarpe, de ahí no sé por qué no lo tramitaron, porque la Cooperativa es la que se encarga de tramitar los zarpes” (cursiva fuera de texto).

En cuanto a las instrucciones que como Propietaria y/o Armadora imparte a sus motoristas, expuso:

“Que tienen que estar retirados de la orilla tiene que tener todos sus documentos en regla” (cursiva fuera de texto).

En la misma audiencia, la señora LEYDI YURANIS JUEZ TURRIAGO, en calidad de Representante Legal de la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR”, en cuanto a los hechos, dijo:

“(…) Quien me informa es guardacostas, y me dicen del accidente, cuando llegué a la playa, ya el señor lo habían trasladado en ambulancia, según lo que me informa el motorista y las personas que estaban en la playa de lo ocurrido, es la lancha al frente del despacho de casa linda, iba a halar un gusano, la embarcación salió en “L” aproximadamente 120 metros de la orilla, pero no ve a nadie y cuando va a seguir queda la inquietud y se da cuenta que el señor le estaba alzando la mano, él se devuelve y se monta a la embarcación y lo lleva a la orilla, en ese momento llega guardacostas, la policía del rodadero, los compañeros lo ayudan a bajar al señor de la lancha, ya cuando el deja al señor hay (sic) quieren llamar un taxi pero dice el policía que estaba ahí, que mejor era esperar la ambulancia, ya como el turista estaba en la orilla el motorista se devuelve porque tiene al gusano con el personal, va y recoge al gusano, se demora aproximadamente cuatro minutos y regresa a la playa, al motorista se lo llevan para el CAI del Rodadero, y al señor lo trasladan en ambulancia para la clínica CEHOCA, cuando yo llego al rodadero, ya el señor no está, me traslado a la clínica, llevo los papeles de la embarcación, la póliza de seguros y averiguo como sigue el paciente y me dicen que el señor ya había fallecido” (cursiva fuera de texto).

En cuanto al conocimiento que tiene sobre la identidad de la persona que falleció, y si algún familiar de este llegó a la clínica, indicó:

“Sí. Johann Bischof. Estaba la esposa, no recuerdo el nombre y la coordinadora de viaje de nombre LICETH BLANDON. Y el nombre de la empresa coordinador de viaje no lo sé” (cursiva fuera de texto).

En relación a reclamos presentados a la COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO “COOMARSERTUR” por motivos de indemnización a causa del siniestro marítimo, informó:

“No” (cursiva fuera de texto).

Respecto a las labores y gestiones que adelanta la Cooperativa, conforme a la navegación, respondió:

“Pues a los motoristas se les informa que deben tener su zarpe, certificado abordo, licencia y póliza de seguros, abordo de la embarcación” (cursiva fuera de texto).

El abogado ALEJANDRO ORTÍZ VEGA, apoderado de la Cooperativa Marítima de Transporte de Pasajeros del Rodadero “COOMARSERTUR”, preguntó sobre las instrucciones de operación que da la empresa a las lanchas que realizan las actividades marítimas de halar gusanos y la señora LEYDI YURANIS JUEZ TURRIAGO, respondió:

“Que ellos no pueden ingresar al sector de bañista, el gusano siempre debe estar lejos de la orilla, los turistas deben de llevar los chalecos, persona con incapacidad no deben entrar al gusano y no pueden trabajar después de cuatro de la tarde. Los turistas son llevados al gusano que se encuentra aproximadamente a 120 metros por medio de una bicicleta, y se quedan con el segundo motorista que es el que engancha el gusano a la lancha y se embarca para hacer la halada los dos motoristas” (cursiva fuera de texto).

En audiencia del 18 de marzo de 2015, el señor ORLANDO ENRIQUE VALENCIA POLO, rindió su versión libre, en calidad de Comandante de la lancha Guardia Bahía URR495, y referente a los hechos, informó:

“Siendo el día 28 de julio de 2014, me encontraba realizando patrullaje en el sector de pozos colorados y muelles carboneros cuando recibí una llamada para que me desplazara hacia el sector del rodadero sur donde había ocurrido un accidente, este desplazamiento dura entre 15 o 20 minutos, cuando llegue al lugar de los hechos hable con el sargento Cardona de la policía nacional el cual me confirmó que hubo un accidente con un turista de nacionalidad noruego, el cual había sido trasladado al hospital y que había sido golpeado por la lancha “LA PRINCESA” que se desempeñaba como lancha gusanera, acuerdo a lo informado por el sargento Cardona, el turista estaba nadando muy lejos de la orilla, se le prestaron los primeros auxilios, y fue trasladado al hospital, la policía retuvo la embarcación hasta nuestra llegada, yo verifiqué la embarcación, saqué el inventario y la remolque hasta la estación de guardacostas de Santa Marta” (cursiva fuera de texto).

Referente a si el lugar dónde se encontraba realizando la actividad recreativa del gusano la motonave “LA PRINCESA” era el permitido, expuso:

“No, porque la zona autorizada es la parte norte del rodadero en vista que hay desembarco para el personal” (cursiva fuera de texto).

El señor ELIECER ELIAS LLANES PRIETO, subteniente de la Policía e integrante del grupo de protección al turismo, en calidad de testigo de los hechos, informó:

“Ese día me encontraba de servicio en el rodadero, en ese momento del incidente en el punto de información turístico del rodadero, cuando por radio de comunicación me informan de un accidente ocurrido por el sector de Tamacá mi ranchito, donde una patrulla de vigilancia atiende un caso de un turista que sufrió golpes mientras nadaba, los muchachos de la patrulla de turismo que lo hacen a pie, se desplazaron hacia ese lugar y según me informan ellos la patrulla de vigilancia suministra los datos de la persona que piloteaba la nave, el señor fue trasladado en ambulancia hacia la clínica de la ciudad, poco tiempo después nos informan sobre el fallecimiento del extranjero, hacia las horas de la noche nos trasladamos a la URI de la Fiscalía ya que nos informan que el conductor de los hechos se trasladó a ese lugar con el fin de esclarecer los hechos, antes de llegar a la URI de la fiscalía me acerque a la clínica CEHOCA donde efectivamente se encontraba el cadáver del señor, en ese momento tomamos los datos de la pareja (...)”

“El conductor de la lancha según lo manifestado por testigos, lo sacó del agua y lo llevó hacia la orilla y se presentó voluntariamente a la Fiscalía” (cursiva fuera de texto).

Por otra parte, el señor LUIS ALBEIRO SANTISTEBAN SANTISTEBAN, patrullero de la Policía, en calidad de testigo de los hechos, expuso:

“Yo me encontraba patrullando en el sector del rodadero con indicativo de la policía como siete uno, cuando escuché por radio de un caso frente al Tamacá frente a la playa, momento después el subintendente Eliecer Llanes me da la orden para que llegue al lugar del accidente a tomar los datos de que había pasado, al momento de llegar una patrulla de vigilancia en el lugar, ellos ya tenían el caso como tal, yo espere que ellos continuaran con el caso y yo procedí a tomar los datos del señor turista afectado y de la lancha, para luego ser informado a mi jefe, luego llegaron los paramédicos, le prestaron los primeros auxilios, y llegó la autoridad de la DIMAR y se llevaron la lancha, fue como diez minutos” (cursiva fuera de texto).

En cuanto a si el lugar de los hechos era permitido para que la motonave “LA PRINCESA” realizara la actividad recreativa de halar el gusano, dijo:

“En ese sector están ubicadas todas las lanchas, es decir si está autorizado o no no losé, no es de mi competencia como policía” (cursiva fuera de texto).

Basados en las declaraciones rendidas y mencionadas anteriormente, se encuentra que el Capitán de la motonave “LA PRINCESA” se encontraba realizando actividades acuáticas recreativas, tal y como es halar el objeto denominado el gusano, en una zona no permitida según la Resolución 0825-DIMAR-94, Circular 019 Cp4-ALITMA del 12 de junio de 2006 y finalmente la Circular MD-DIMAR-CP4-ALITMA-021 del 20 de marzo de 2013.

Igualmente, en las pruebas estudiadas, se encuentra que el Capitán de la motonave “LA PRINCESA” tenía pleno conocimiento de la distancia que debía tener de la playa. Instrucciones y recomendaciones que no acató, generando así el siniestro en estudio.

Se evidencia además que el Capitán de la motonave, con su actuar puso en riesgo la vida de los bañistas y la de las personas a las que les prestaba el servicio.

Ahora bien, a pesar de que en el expediente no obra certificado de defunción del señor JOHANN BISCHOF, y que hasta el momento ningún familiar, amigo o conocido ha realizado algún tipo de reclamo o solicitado indemnización alguna, se logró comprobar, por medio de las declaraciones dadas por los policías y los reportes de la clínica que el bañista falleció.

Sobre la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1235 del 29 de noviembre de 2005, estableció que:

“Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –culpa in vigilando, culpa in eligendo- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. Mientras que, según otro sector de la doctrina, acogido en otros ordenamientos civiles en el derecho comparado, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficio- conforme a la cual, quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad” (cursiva y subraya fuera del texto).

Hay que 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.

El Capitán de toda motonave que se dedica a realizar actividades acuáticas, debe contar con la capacidad y pericia necesaria para no poner en riesgo la vida de los pasajeros ni de los bañistas, como también debe acatar las instrucciones, normas de permisos y restricciones a la hora de ejecutar las maniobras. Situación, que por medio de las pruebas estudiadas en el expediente ha quedado demostrado que no acató con los rangos de seguridad correspondientes.

Por otra parte, 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”. -Exp. 1700123310001999090901. MP. Enrique Gil Botero- (cursiva, 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 Despacho evidencia que el señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, fue el generador del siniestro marítimo ocurrido el día 28 de julio de 2014, por no cumplir con las medidas de seguridad exigidas.

V. Del análisis jurídico y la declaración de responsabilidad civil extracontractual

En el caso que nos ocupa, y estudiadas las pruebas, se encuentra probado que:

1. Está plenamente comprobado por medio de los testimonios que rindieron las personas ya citadas en las diferentes audiencias en la Capitanía de Puerto, que el señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, era quien se encontraba como Capitán

de la motonave “LA PRINCESA” el día de los hechos.

2. El Capitán de la motonave “LA PRINCESA” no contaba el día de los hechos con el documento de zarpe que debía expedir la Autoridad Marítima para poder navegar. Por cuanto los certificados estaban vencidos.
3. El señor JOHANN BISCHOF, murió después de ocurrido el siniestro marítimo en la clínica CEHOCA de la ciudad de Santa Marta. Además, que por la muerte del señor, no se han presentado reclamos ni solicitud de indemnización alguna.

En este orden de ideas, es claro para este Despacho que no se configuró ninguno de los elementos previstos para la exoneración de responsabilidad civil extracontractual, razón por la cual este fallador confirmará la decisión tomada por el Capitán de Puerto de Santa Marta en el fallo del 30 de diciembre de 2015.

VI. Del avalúo de los daños

En cuanto a este punto, se encuentra que el fallador de primera instancia se abstuvo de pronunciarse sobre el avalúo de los daños por falta de prueba que permita hacer la valoración respectiva con precisión, tampoco se encontró solicitud formal tendiente a la reclamación por la muerte del señor JOHANN BISCHOF. Por lo tanto, este Despacho se abstendrá de referirse al respecto.

VII. De la violación a las normas de Marina Mercante.

Este Despacho encuentra probada la violación de algunas normas de Marina Mercante, tal como lo expuso el Capitán de Puerto de Santa Marta en el fallo de primera instancia, así:

- De la Resolución 386 de 2012, expedida por la DIMAR, los siguientes:

“Artículo 3°. Constituyen infracciones o violaciones a las normas de Marina Mercante, relativas a la navegación y la seguridad de la vida humana en el mar, las siguientes: Código 016 Navegar muy cerca de la costa poniendo en peligro los pasajeros, la carga y los turistas” (cursiva fuera de texto).

“Artículo 4°. Constituyen infracciones o violaciones a las normas de Marina Mercante, relativas a la documentación de la nave y de la tripulación, las siguientes: Código 036 Navegar sin zarpe, cuando este se requiera” (cursiva fuera de texto).

- Del Código de Comercio, en el artículo 1501, al no acatar las instrucciones impartidas por las Autoridades.
- El Decreto 2324 de 1984, artículo 97.

- Finalmente la Resolución No. 14 de DIMAR del año 2003, en el “**Artículo 3**, *Para hacerse a la mar desde cualquier puerto de la República, toda nave requiere la previa autorización de zarpe de la Autoridad Marítima, la cual se otorgará si se cumplen las formalidades y exigencias de los artículos siguientes. Y “Artículo 4°.* Para el zarpe será necesario que la nave tenga su documentación en orden y que cumpla las condiciones de seguridad para la navegación de acuerdo a lo establecido en la legislación nacional y en los convenios internacionales aplicables en Colombia” (cursiva y negrilla fuera de texto).

Teniendo como fundamento lo anterior, esta autoridad procederá a confirmar la declaratoria de responsabilidad del Capitán de la motonave “LA PRINCESA”.

VIII. De las conclusiones

En definitiva, se encuentra que en el presente siniestro marítimo intervino de manera determinante la conducta del señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, en condición de Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, cuyo actuar al momento de navegar no estuvo acorde a las normas marítimas, pues no cumplió con las restricciones al momento de ejecutar la actividad acuática, esto es al halar el componente denominado “gusano” en la zona no permitida. La cual conocía perfectamente.

Esta instancia procesal precisa que el siniestro marítimo que sufrió el señor JOHANN BISCHOF, ocasionado con la motonave “LA PRINCESA”, no obedeció a un acto doloso sino a la imprudencia por parte del Capitán.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, considera el Despacho que en los hechos acaecidos el día 28 de julio de 2014, se encuentra probatoriamente fundamentada la responsabilidad civil del señor HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ, en condición de Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, en el siniestro marítimo de lesiones y posterior muerte del señor JOHANN BISCHOF. Razón por la cual el Despacho acoge lo dispuesto por el A quo, en la sentencia del 30 de diciembre 2015 proferida por el Capitán de Puerto de Santa Marta.

En mérito de lo expuesto, el Director General Marítimo,

RESUELVE

ARTICULO 1°.-CONFIRMAR en su integridad el fallo del 30 de diciembre de 2015 proferido por el Capitán de Puerto de Santa Marta, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de éste proveído.

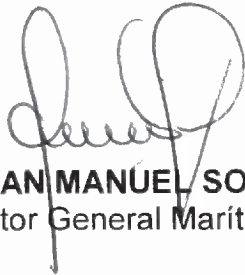
ARTÍCULO 2°.- NOTIFICAR personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, el contenido de la presente decisión al señor **HOSMAN DE JESÚS POLO FLÓREZ**, en calidad de Capitán de la motonave “LA PRINCESA”, al señor **ALEJANDRO ORTÍZ VEGA**, en calidad de apoderado de la **COOPERATIVA MARÍTIMA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DEL RODADERO**

"**COOMARSERTUR**", a la señora **MARITZA DURÁN DUARTE**, en calidad de Armador y/o Propietaria de la nave, así como a las demás partes interesadas, conforme a lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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

ARTÍCULO 4º.- REQUERIR al Capitán de Puerto de Santa Marta, para que una vez quede en firme la decisión, se allegue copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la Subdirección de la Marina Mercante de la Dirección General Marítima, para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase.

03 de 2019 
Vicealmirante **JUAN MANUEL SOLTAU OSPINA**
Director General Marítimo