

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA



Bogotá, D.C., 12 JUL 2017.

Referencia: 15012011014
Investigación: Jurisdiccional por Siniestro Marítimo - Apelación

OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Abogado RODRIGO VICENTE MARTINEZ TORRES, en calidad de apoderado de la empresa OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., armadora del remolcador "WHALE CAY", en contra de la decisión de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2013, por el Capitán de Puerto de Cartagena, dentro de la investigación adelantada por el siniestro marítimo de naufragio, ocurrido el día 21 de julio de 2011, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante protesta suscrita por el señor CHARLES CLARY, Capitán del remolcador "WHALE CAY" radicada en la Capitanía de Puerto de Cartagena el día 22 de julio de 2011, el Capitán de Puerto de dicha jurisdicción tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio de la citada motonave.
2. Por lo anterior el día 25 de julio de 2011, el Capitán de Puerto de Cartagena decretó la apertura de la investigación, ordenando la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos, y fijó fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 2324 de 1984.
3. Con fundamento en las pruebas practicadas y recolectadas, el Capitán de Puerto de Cartagena profirió decisión de primera instancia el 22 de agosto de 2013, a través de la cual declaró responsabilidad por la ocurrencia del siniestro marítimo de naufragio al señor CHARLES CLARY RICHARD, Capitán de la motonave "WHALE CAY". De igual forma lo declaró responsable por violación a las normas de Marina Mercante e impuso a título de sanción multa de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalente a veintitrés millones quinientos ochenta mil pesos m/cte. (\$23.580.000.00), pagaderos en forma solidaria con la empresa OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., propietaria y armadora de la citada nave.

Así mismo, declaró responsable a la Agencia Marítima SERNACOL S.A. por violación a las normas de Marina Mercante e impuso a título de sanción multa de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a la suma de diecisiete millones seiscientos ochenta y cinco mil pesos m/cte. (\$17.685.000.00).

4. El día 3 de febrero de 2014, el Abogado RODRIGO VICENTE MARTINEZ TORRES, en calidad de apoderado de la empresa OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS S.A.S., presentó recurso de apelación directamente contra la decisión de primera instancia ante esta Dirección General, conforme lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto Ley 2324 de 1984.

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.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

Del escrito de apelación presentado por el Abogado RODRIGO VICENTE MARTINEZ TORRES, en calidad de apoderado de la empresa OPERACIONES TÉCNICAS MARÍTIMAS S.A.S., propietarios y armadores del remolcador "WHALE CAY", este Despacho se permite extraer los siguientes argumentos:

"(...)

Confunde claramente, tal como lo hizo el señor perito, el mar territorial con la zona económica exclusiva sobre los que tiene jurisdicción DIMAR, pero entendiendo que esta jurisdicción es sobre la plataforma y las aguas supra yacentes, mas no sobre la superficie marina de esa zona económica exclusiva.

Entonces, tal como viene demostrado, con el texto de la ley 10 de 1978, DIMAR solo tiene competencia para el control de la navegación en aguas del mar territorial y no más allá de las 12 millas náuticas y es por ello que el señor perito yerra y de manera grave, al confundir el mar territorial con la zona económica exclusiva para efectos de la jurisdicción del estado y por ello, debe declararse error grave del señor perito y de contera, el reconocimiento de haber ocurrido el siniestro fuera de la jurisdicción de DIMAR.

Si el siniestro ocurre fuera de las aguas territoriales de la Republica de Colombia cabe entonces preguntar, porque se presenta la protesta ante la Capitanía de Puerto de Cartagena?

Al arribar al Puerto de Cartagena la motonave STIRRUP CAY con cuatros personas demás, a su tripulación, de una manera voluntaria, manifiesta que recogió 4 personas en el mar como consecuencia del hundimiento de la motonave WHALE CAY; igual hace el capitán de la motonave WHALE CAY para justificar la perdida de la nave, la cual no podía desaparecer sin explicaciones, había zarpado de las Bahamas con destino a Cartagena y nunca llegó. Eso había que reportarlo a una autoridad y le correspondía, a esa autoridad, verificar la ocurrencia del hecho y no más, por haber sucedido a más de 80 millas náuticas de las costas Colombianas y posiblemente en jurisdicción de otro estado.

Así deberá reconocerse por el A-quem y declarar que el suceso ocurre fuera de la jurisdicción de la Republica de Colombia, conforme con las reglas del derecho internacional.

Luego no se entiende como el Despacho llega a la conclusión que el Capitán infringió el artículo 1501, numeral 1 del Código de Comercio al no cerciorarse de que la nave esté en buenas condiciones de navegabilidad para la navegación que va a emprender.

A demás, había una navegación asistida, para ambas naves, y asistidas por naves especializadas para salvamento como lo son los remolcadores, lo que permitía al Capitán de la nave en caso de fallas no correr riesgos normales de navegación, como quedarse a la deriva por cuanto de inmediato iba a ser asegurado por su nodriza.

Claramente como lo estableció el perito CN Gil, el siniestro no ocurre por algo previsible como una rotura de las tuberías de refrigeración, y una rotura no solo no previsible con mediana inteligencia y cuidado sino, una rotura cuyo control se volvió irresistible pues no existen dudas de que la tripulación hizo todo lo posible por controlar la entrada de agua, pero, esta fue de tal magnitud que fue imposible su control y de ello devino el naufragio.

No se puede colegir como ligeramente hace el A-quo que el remolcador no se encontraba en buenas condiciones de navegabilidad para la travesía, pues viene demostrado que se hicieron los chequeos y pruebas encontrándose que si parecía estar en buenas condiciones y listo para navegar, las fallas que fue presentando no fueron posibles de verificar antes del zarpe y se presentaron fue en navegación donde las condiciones del acompañamiento y asistencia por otro remolcador, no tenía sentido devolverse al puerto de zarpe y si continuar a su destino de remolque. (...) (Cursiva fuera de texto)

ANÁLISIS TÉCNICO

En la investigación adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena, se nombró como Perito al señor RAFAEL IGNACIO GIL GALINDO para que conceptuara al respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el siniestro. Por lo tanto el día 12 de julio de 2012, (folios 60-78), en el cual se extrae lo siguiente:

(...)

RAZONAMIENTO Y ANALISIS DE LA POSIBLE CAUSA EFICIENTE PARA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO MARÍTIMO DE NAUFRAGIO

(...)

B. Considerando las declaraciones de los capitanes y testigos, los hechos descritos en sus declaraciones y los daños causados, puede deducirse que el remolcador "WHALE CAY" naufragó debido a la ruptura de la succión de la tubería de enfriamiento de aproximadamente 5 pulgadas de diámetro, al enorme caudal de agua que ingresaba por esta avería y a las difíciles condiciones de mar que según los declarantes se encontraban en ese momento y en ese sitio en particular.

C. La navegación es una actividad peligrosa, especialmente si se realiza en horas nocturnas, con condiciones meteorológicas alteradas y/o cuando se lleva una emergencia, restricción operativa o situación médica de emergencia abordo, por lo cual especialmente en estas condiciones cualquier situación anormal puede llegar a presentarse.

PRONUNCIAMIENTO DEL PERITO

Una vez analizados los hechos, condiciones, testimonios y demás pruebas, este perito considera que el naufragio del remolcador "WHALE CAY" se debió a una entrada de agua que no pudo ser controlada con los

medios que se tenían abordo para achique y que de acuerdo a testimonios se vio agravada por las pésimas condiciones reinantes al momento del siniestro. (Cursiva fuera de texto)

CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

Antes de estudiar los argumentos propuestos, este Despacho considera pertinente clarificar que el presente recurso se resolverá teniendo en cuenta las facultades especiales conferidas al recurrente, las cuales lo legitiman y autorizan para realizar las gestiones concretamente facultadas por el poderdante, siendo esta la empresa OPERACIONES TÉCNICAS MARINA S.A.S., propietaria y armadora del remolcador "WHALE CAY".

Del mismo modo, en cuanto a las violaciones de las normas de la Marina Mercante se refiere, esta Dirección General Marítima, tiene la atribución administrativa de investigar las presuntas infracciones e imponer las sanciones pertinentes, conforme lo establece el artículo 48 Decreto Ley 2324 de 1984.

Ahora bien, cabe anotar que una cuestión es la responsabilidad del siniestro marítimo y otra situación es la declaración de responsabilidad por violación a las normas de la Marina Mercante y las sanciones a que haya lugar por las mismas (Derecho Administrativo Sancionador).

Conforme a lo anterior, y antes de resolver los argumentos incoados por el apelante, es necesario realizar el siguiente análisis, respecto de la ocurrencia y configuración del siniestro marítimo de abordaje y muerte de una persona, así:

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 internaciones, estén o no suscritos por Colombia y por la costumbre nacional o internacional. Para los efectos del presente Decreto son accidentes o siniestros marítimos, sin que se limite a ellos, los siguientes:

- a) **El naufragio;***
 - b) El encallamiento;*
 - c) El abordaje;*
 - d) La explosión o el incendio de naves o artefactos navales o estructuras o plataformas marinas;*
 - e) La arribada forzosa;*
 - f) La contaminación marina, al igual que toda situación que origine un riesgo grave de contaminación marina, y*
 - g) Los daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias. (...)*
- "(Cursiva fuera de texto).*

Doctrinalmente¹ el naufragio ha sido definido como:

"El caso de un buque destruido o hundido por un acaecimiento cualquiera, en el alta mar o en puerto, aunque parte del buque o restos del mismo queden sobre la superficie de las aguas" (Cursiva fuera de texto)

¹ FARIÑA, Francisco. "Derecho marítimo comercial", Tomo III, Accidentes marítimos, abordaje, asistencia, averías comunes. Editorial BOSCH. Barcelona 1956. Pag. 302.

102

Señalado esto, el Despacho entra a resolver los argumentos incoados por el apoderado RODRIGO VICENTE MARTINEZ TORRES, realizando para ello un análisis de las pruebas aportadas el proceso a fin de determinar la responsabilidad en la ocurrencia del siniestro marítimo investigado o la existencia de un elemento extraño que sea capaz de exonerar la responsabilidad del Capitán del remolcador "WHALE CAY".

Por lo tanto obra en el expediente declaración del señor CHARLES CLARY RICHARD, Capitán del remolcador "WHALE CAY", quien relató los hechos de la siguiente manera:

"El día 21 de julio de 2011 en la noche cenamos me revelaron en la guardia y me dirigí a mi habitación, leí hasta quedarme dormido y fui despertado por el ingeniero quien me aviso que estábamos haciendo agua, tenía una pequeña inclinación el barco WHALE CAY en ese momento estaba inclinado un poco hacia estribor pero no consideré que fuera crítico en ese momento me calce los zapatos y me puse una pantaloneta y baje a investigar que estaba sucediendo en ese momento llamamos por radio al STIRRUP CAY para avisarle que estábamos haciendo agua. Bajé a investigar que estaba sucediendo y en ese momento el ingeniero me dijo que teníamos que apagar el generador porque el nivel de agua había subido y había riesgo de electrocución en ese momento activamos la bomba diésel de emergencia, la prendimos la pusimos a funcionar y comenzamos a achicar el agua en ese momento nos aseguramos de que todas las escotillas para impedir que entrara más agua entonces se aseguraron cerrándolas bien con martillo, normalmente se halan y se cierran con la mano pero queríamos garantizar que quedaran bien y martillamos. Pensamos inicialmente que nos estaba yendo bien con el achique y que estábamos disminuyendo el nivel de agua que entraba pero al observar me percaté que el agua estaba más alta al otro lado, entraba muy rápido y era más difícil achicar en ese momento ordené que todos salieran de la sala de máquinas y se diligenciaron la documentación para proceder a abandonar el barco. En ese momento le envié un mensaje de SOS al STIRRUP CAY para que vinieran a rescatarnos entonces nos unimos en pares la tripulación éramos cuatro, grupos de dos nos dirigimos hacia la proa, se nos acercó la otra embarcación STIRRUP CAY para abarloarse se no se colocó al lado sin embargo el mar estaba demasiado agitado y la maniobra fue imposible de realizar. Uno de los miembros de la tripulación estuvo a punto de lesionarse porque la otra embarcación el STIRRUP CAY se acercó demasiado y el señor se tuvo que devolver y en ese momento cambiamos de posición horizontal a posición vertical, en ese momento dos personas se cayeron de la embarcación y dos CHESTER (uno de los miembros de la tripulación) y yo nos tiramos al agua, CHESTER y yo nadamos juntos y a los pocos minutos la embarcación STIRRUP CAY llegó donde nosotros estábamos, vi a DUANE que él estaba a salvo a bordo del STIRRUP CAY me di cuenta que todavía estaban buscando a HERNANDO y comencé a ayudarlo a buscarlo ya en ese momento yo estaba a bordo del STIRRUP CAY. En este momento solo estaba HERNANDO en el agua lo encontramos, lo sacamos del agua y así termino el rescate y el barco se hundió. Cuando el barco se puso en posición vertical se hundió de inmediato y nosotros quedamos en el agua. El barco se hundió no tengo nada más que decir." (Cursiva fuera de texto)

De acuerdo a la anterior declaración, se puede concluir que en efecto el siniestro marítimo a que tuvo lugar fue el naufragio del remolcador "WHALE CAY" y que esta se presentó en la ejecución de una actividad peligrosa como lo es la navegación marítima.

De la misma manera 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 causal².

Acorde a la anterior jurisprudencia, la orientación actualmente predominante, por regla general que 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.

De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella³.

De lo expuesto anteriormente 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.

Ahora bien, continuando con la declaración del Capitán del remolcador "WHALE CAY", al explicar la razón por la cual venía remolcado al puerto de Cartagena, manifestó:

"El barco fue comprado para trabajar en el puerto de Cartagena, entonces deberían agradecer que no paso en Cartagena, el motor principal tenia fuga de agua y por eso era que venía siendo arrastrado por el STIRRUP CAY." (Cursiva fuera de texto)

Con respecto a la instrucción que recibió por parte del Armador con respecto al viaje:

"La instrucción fue: Capitán aquí está el barco hay que llevarlo a Cartagena, otro capitán, el capitán del STIRRUP CAY y yo recibimos instrucciones de como traerlo, es decir la ruta del viaje consistente en tomar el canal viejo en las Bahamas al sur del mar caribe rumbo a Cartagena y esa fue básicamente la instrucción y contábamos con una bomba auxiliar de emergencia para ambas embarcaciones y fue algo que el otro capitán y yo solicitamos y también pedimos cabos de remolque en caso de que se necesitara porque era un viaje conjunto de las dos embarcaciones." (Cursiva fuera de texto)

Al relatar detalladamente la navegación desde Freeport - Bahamas hasta el momento del incidente:

"Más o menos a las 11:30 horas una media hora después que el STIRRUP CAY arrancamos las maquinas a velocidad para tratar de alcanzar el STIRRUP CAY recibimos una alarma de alta temperatura de una de las máquinas, entonces el STIRRUP CAY nos acompañó a superar el problema es decir, se devolvieron arreglado el problema, continuamos el viaje al día siguiente el ingeniero me reportó que los motores principales estaban consumiendo agua dulce para seguir operando las máquinas, entonces en ese momento con el capitán de la otra embarcación el capitán BRUGGE de la otra embarcación del STIRRUP CAY decidimos que la mejor acción era apagar las máquinas y proceder a remolcar mi embarcación en ese

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 7676 del 12 de julio de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01 del 24 de agosto de 2009, M.P. William Namen Vargas

145

momento estábamos entre CUBA y JAMAICA y analizamos la posibilidad de desviarnos hacia JAMAICA pero con la velocidad a la que veníamos y ayudado con el buen tiempo decidimos que era mejor continuar a Cartagena, fue la decisión del otro capitán porque era el quien nos estaba remolcando y eso nos lleva a la noche del incidente. En esa tarde se nos reventó el cabo de remolque entonces llamamos para que nos mandaran otro remolcador OTM se llama SERVIPORT UNO y en esa espera es que ocurre el incidente." (Cursiva fuera de texto)

De la anterior declaración se concluye que las motonaves "WHALE CAY" y "STIRRUP CAY" zarparon de Freeport - Bahamas con destino Cartagena, ya que fueron comprados para trabajar en el puerto de Cartagena, al estar navegando al remolcador "WHALE CAY" se encendió una alarma de alta temperatura por una de las máquinas, por lo que decidieron devolverse y así solucionar el problema y al haber resuelto dicho inconveniente continuaron con el viaje. Posteriormente el ingeniero reportó que los motores principales estaban consumiendo agua dulce para seguir operando, por lo tanto fue tomada la determinación de apagar máquinas y ser remolcados por la motonave "STIRRUP CAY". Tiempo después, se reventó el cabo por el cual estaba siendo remolcado, por lo que la empresa armadora envió al remolcador "SERVIPORT UNO" para auxiliarlo y en la espera de éste, el remolcador "WHALE CAY" se escoró y seguidamente se hundió.

Así las cosas, cabe señalar que dicho siniestro fue declarado en fallo de primera instancia como hundimiento, por ello se hace necesario que el Despacho especifique que se trata del siniestro marítimo de naufragio, tal como está consagrado en el Código de Investigación de Siniestros Marítimos y en el Decreto Ley 2324 de 1984. Por lo tanto, la expresión hundimiento utilizada incorrectamente ya que no está catalogada como un tipo siniestro marítimo, y por ende no está contemplado en la normatividad, mas sin embargo es utilizada como sinónimo en la definición de naufragio, por lo que hay lugar a precisar este aspecto en la parte resolutive de la presente decisión.

Ahora bien, uno de los aspectos a analizar por el Despacho, se relaciona con las condiciones meteorológicas presentes al momento de lo sucedido, toda vez que en las declaraciones rendidas por los señores CHARLES CLARY RICHARD, HERNANDO MARTÍNEZ BUSTAMANTE Y FRITZ BRUGGE, Capitán del remolcador "WHALE CAY", tripulante del remolcador "WHALE CAY" y Capitán del remolcador "STIRRUP CAY" respectivamente, al momento de referirse a dicho factor, coinciden en afirmar que las condiciones eran totalmente adversas debido a los fuertes vientos que oscilaban entre 20 o 25 nudos y olas de 3 a 4 metros de altura.

Dicho lo anterior, obra informe suscrito por el perito RAFAEL IGNACIO GIL GALINDO, en el cual anexa pronósticos de las condiciones meteorológicas y oceanográficas para el día 21 de julio de 2011, así:

"Área Noroeste del Mar Caribe, el viento será de dirección este, con velocidades entre 16 y 19 nudos (fuerza 5), la altura del oleaje fluctuará entre 1,0 y 2,0 metros. (Marejada a fuerte marejada).

Área suroeste del Mar Caribe, el viento variable, con velocidades de 8 a 10 nudos (fuerza 3), la altura del oleaje oscilara entre 1,0 y 1,4 metros. (Marejada a fuerte marejada).

Al noreste del Mar Caribe, el viento será de dirección este, con velocidades de 17 a 20 nudos (fuerza 5), la altura del oleaje fluctuará entre 1,0 y 2,0 metros (marejada a fuerte marejada).

12

Se recomienda extremar las medidas de seguridad para el flujo de bañistas y el tránsito de embarcaciones menores en general.

Para el sureste del Mar Caribe, el viento será de dirección este, con velocidades entre 20 y 15 nudos (fuerza 5-6), la altura de ola oscilará entre 1,0 y 2,0 metros. (Marejada a fuerte marejada). Se recomienda extremar las medidas de seguridad para el flujo de bañistas y el tránsito de embarcaciones menores en general." (Cursiva fuera de texto)

Considerando lo anterior, se evidencia una discrepancia entre lo declarado por las personas involucradas en el siniestro y los pronósticos de las condiciones meteorológicas y oceanográficas con respecto al tamaño de las olas presentes en el momento del siniestro, dado que los primeros sostienen que habían olas de 3 a 4 metros de altura, mientras que según los pronósticos, la altura máxima de las olas para ese día era de 2 metros como máximo. Dicha situación, pone entredicho lo obrante en las declaraciones.

Por otra parte, con respecto a las causas por las cuales se produjo el siniestro marítimo, reposan en el expediente las siguientes pruebas:

-Declaración rendida por el señor HERNANDO MARTÍNEZ BUSTAMANTE, tripulante del remolcador "WHALE CAY", en la cual señaló lo siguiente:

"(...) El segundo día de navegación todo transcurrió normal hasta que se presentó un goteo fuerte de agua dulce por uno de los empaques de la cabeza del motor, lo cual obligó a que estos fueran asegurados, debido a que estos son refrigerados con agua dulce (...)"

"Según lo que yo pude observar se debió a la ruptura de una línea de enfriamiento que provocó la entrada de agua al cuarto de máquinas"

"Cuando sucedió el incidente en el cuarto de máquinas observamos que la entrada de agua provenía de la línea de refrigeración del sistema del aire acondicionado que es enfriado por agua dulce." (Cursiva fuera de texto)

-Declaración del señor FRITZ BRUGGE, Capitán del remolcador "STIRRUP CAY", en la cual indicó:

"Avería en tubería por agua de mar. Cuando las embarcaciones navegan en este recorrido entre HAITÍ y CARTAGENA son remolcadores que no habían estado navegando en aguas abiertas en este recorrido el mar muy agitado golpea el lado donde están las tuberías y pudo haber causado su rotura." (Cursiva fuera de texto)

-Declaración del Capitán del remolcador "WHALE CAY" en la cual se refirió a la posible casusa del naufragio de la siguiente manera:

"Puede haber sido la rotura del sistema de aire acondicionado o de las máquinas principales porque la bomba de emergencia era de dos pulgadas y no fue capaz de controlar la inundación y el agua entraba demasiado rápido" (Cursiva fuera de texto)

Muy