

06 SET. 2013

144

Procede el Despacho a resolver en vía de consulta el fallo de primera instancia del 30 de julio de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, dentro de la investigación por siniestro marítimo de muerte de tripulante a bordo de la motonave "REDES 9", de bandera de Belice, ocurrido el 26 de diciembre de 2002, previos los siguientes:

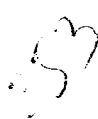
#### ANTECEDENTES

1. Mediante acta de protesta presentada el 27 de diciembre de 2002, ampliada en diligencia el 30 del mismo mes y año, el señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, capitán de la motonave "REDES 9", puso en conocimiento del Capitán de Puerto de Cartagena, que el 26 de diciembre de 2002, el tripulante EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO murió a causa de un accidente por la faena de pesca que se realizaba, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar.
2. Frente a lo anterior, se envió radiograma para que el Capitán de Puerto competente asumiera la investigación, así las cosas, el 20 de enero de 2003, se profirió auto de apertura de investigación por el siniestro marítimo reseñado, ordenando allegar y decretar las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de los hechos.
3. El 30 de julio de 2009, el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar emitió fallo de primera instancia, mediante el cual declaró la responsabilidad del señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, en solidaridad con la sociedad RACHIN KOREA CO LTDA y ASEMARES LTDA, armadora y agente marítimo, respectivamente, de la motonave "REDES 9". Frente a la violación de las normas de Marina Mercante, se procedió igual, hallando como infractor al capitán de la nave y por tanto el pago solidario de una multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes con la mencionadas sociedades.
4. Al no interponerse recurso en contra del citado fallo en el término establecido, el Capitán de Puerto envió el expediente a este Despacho en vía de consulta, conforme en el artículo 57 del decreto Ley 2324 de 1984.

#### ACTUACIÓN DEL CAPITÁN DE PUERTO DE PUERTO BOLÍVAR

#### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con los límites establecidos en la Resolución DIMAR No. 0825 de 1994, los hechos ocurrieron dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar.



Así mismo, en virtud del Título IV del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 8º, del artículo 8º, del Decreto 1561 de 2002, el Capitán de Puerto es competente para adelantar y fallar la presente investigación.

#### PRUEBAS

El Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, practicó y allegó las pruebas listadas del folio 122 a 124 del expediente, correspondientes al fallo de primera instancia.

#### DECISIÓN

El Capitán de Puerto de Puerto Bolívar en fallo de primera instancia del 30 de julio de 2009, declaró la responsabilidad solidaria en la muerte del tripulante EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO del señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, con la sociedad RACHIN KOREA CO LTDA y ASEMARES LTDA, armadora y agente marítimo, respectivamente, de la motonave "REDES 9".

A su vez encontró responsable de infringir las normas de Marina Mercante al primero y le impuso a título de sanción una multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos en solidaridad con la sociedad armadora y la agencia marítima.

### CONSIDERACIONES DEL DIRECTOR GENERAL MARÍTIMO

#### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 57 del Decreto Ley 2324 de 1984 y el numeral 6º, artículo 2, del Decreto 1561 de 2002, esta Dirección General es competente para conocer en consulta investigaciones por siniestros marítimos ocurridos dentro de la jurisdicción establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 2324 de 1984.

Debe aclararse a su vez, que las decisiones de la Autoridad Marítima dentro de investigaciones por siniestro marítimo son sentencias extrañas al control de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y prestan mérito ejecutivo, en virtud de las funciones jurisdiccionales consagradas en el Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con el artículo 116 constitucional.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en consulta No. 1605 del 4 de noviembre de 2004, indicó lo siguiente:

*"- El Capitán de Puerto, en primera y el Director Marítimo, en segunda instancia, tienen la calidad de jueces frente a las controversias cuyo conocimiento avoquen en razón de un siniestro o accidente marítimo, en la medida, en que la Carta permite, como ya se vio, el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales.*

*Si bien es cierto, en las investigaciones por siniestros marítimos la autoridad marítima debe analizar, en cada caso, si se trasgredió alguna norma de tráfico o de seguridad marítima, también lo es, que el fin de la investigación no es sólo determinar las normas trasgredidas y sancionar por ese hecho, sino declarar la culpabilidad y responsabilidad civil extracontractual que les cabe a quienes intervinieron en el accidente o tienen su tutela jurídica (armador, propietario, etc)." (Cursiva y negrilla fuera del texto)*

El citado criterio ha sido reiterado en pluralidad de decisiones adoptadas por la misma corporación como las siguientes: Auto del 12 de febrero de 1990, expediente No. 227, Actor: Sermar Ltda, Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez; Auto del 14 de febrero de 1990, expediente No. 209, Actora: Remolques Marítimos y Fluviales, Consejero Ponente: Luis Antonio Alvarado Pantoja; Auto del 14 de marzo de 1990, expediente No. 521, Consejero Ponente: Samuel Buitrago Hurtado; Auto de 9 de mayo de 1996, expediente No. 3207, Actora: Flota Mercante Gran Colombiana, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez; y sentencia del 26 de octubre de 2000, proferida por la Sección Primera, expediente No. 5844.

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

#### CASO CONCRETO

El 26 de diciembre de 2002, la motonave "REDES 9", al mando del señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, se encontraba en faena de pesca en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Puerto de Bolívar, específicamente recogiendo redes mientras navegaba.

En el desarrollo de dicha operación, el marinerero EDILBERTO ÁLVAREZ CONEJO, se enredó en el paso por el "winche" de prueba, tratando de guiar la guaya del winche principal, a petición de un compañero, resbaló y quedó enredado en la cadena de acople del primer winche, dando como resultado la muerte de aquél.

Frente a los hechos el capitán de la nave "REDES 9", manifestó en declaración rendida el 18 de agosto de 2005:

*"se iban a subir los equipos, la última changa él comenzó a contar los camarones, no lo terminó porque el ayudaba a adujar la guaya del winche, terminando de contar los camarones que habían el compañero que ayudaba en el winche que era Fernando Romero (maquinista) salió gritando: Dios mío porqué lo permitiste, esa fue la frase que él expresó, me sorprendí y miré que sucedía ya el compañero estaba presionado en el espacio que queda entre la changa y la cadena del winche, ese era el primer viaje que iba a hacer el señor Edilberto en esa compañía, así sucedieron los hechos, todo fue muy rápido, eso no duró ni dos minutos"*

En ampliación de su nota de protesta, el señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, el 30 de diciembre de 2002, dijo:

*"El fallecido iba a tomar su sitio junto al winche para enrollar la guaya, íbamos a subir las redes, en ese proceso fue cuando le ocurrió el accidente al compañero, el al entrar a coger su posición resbaló y el tornillo del acople de la changa lo tomó por el pantalón y lo enrolló dio tres vueltas, el cuerpo quedó dividido en dos, muriendo inmediatamente."*

Así las cosas, se observa que hubo un cambio de posición por parte del tripulante fallecido quien realizaba una función diferente, la cual era contar los camarones recogidos, no obstante se le pidió que colaborara en recoger las redes.

145

Sobre la experiencia de éste no se tiene mucha claridad, la representante legal de la sociedad armadora, RACHIN KOREA CO. LTDA, en declaración del 11 de abril de 2003, dijo que previo a que "el señor Edilberto Álvarez Coneo, subiera al buque Redes 9, recibió instrucciones generales acerca del método de la operación del buque y de sus equipos".

De la misma manera la representante legal de la agencia marítima ASEMARES LTDA., en audiencia del 15 de abril de 2003, con relación a la experiencia manifestó que "De acuerdo con las informaciones recibidas de la empresa armadora, se tiene conocimiento que hay una persona encargada en la empresa de efectuar entrenamiento a los nuevos tripulantes".

Y finalmente, respecto a este aspecto el capitán de la nave "REDES 9" en diligencia de ampliación de la protesta, del día 30 diciembre de 2002, al preguntársele por la experiencia del señor EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO, Q.E.P.D., dijo que "En Vikingos era la primera vez, el (sic) mostró su licencia y su record de haber estado en pesqueros en Panamá y (que) también manifestó tenía 8 años de no trabajar en pesqueros (...)".

En la misma diligencia el señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, cuando se le preguntó por las instrucciones recibidas antes de abordar, declaró que "Allá no se le dan instrucciones, el tripulante debe llegar con las instrucciones necesarias para dicha labor".

Ahora bien, dentro del expediente no obra ninguna prueba que dé certeza sobre lo dicho más allá de aquellas audiencias, es decir, la idoneidad no está probada, para este Despacho, en el entendido que la licencia manifestada por el capitán de la motonave "REDES 9" no se puede saber si era la precisa para la función que desempeñaba en el momento del accidente, puesto que la copia obrante a folio 29 del expediente señala que el difunto EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO, poseía licencia de marinero de cubierta, hecho que indica que no era apto para manejar máquinas, a diferencia del compañero que le pidió colaboración, FERNANDO ROMERO, quien poseía licencia de marinero de máquinas.

La norma que rige el licenciamiento del personal a bordo -Decreto 1597 de 1988-, establece los conocimientos y requisitos que debe tener la tripulación, así pues, basándonos en dicha disposición legal y la ausencia de documento que pruebe el entrenamiento del señor EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO, Q.E.P.D., en el manejo de máquinas, debemos necesariamente concluir que esta situación apunta al ámbito de responsabilidad del capitán y del armador, pues estando frente al desarrollo de la navegación como actividad peligrosa, consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, y que ha tenido un progreso jurisprudencial significativo, del cual se ha concluido que la valoración de ésta y la responsabilidad en el desempeño se hace sobre el riesgo que circunda la citada actividad, pues el objeto con que se concreta es *per se* peligroso y ponerlo en marcha crea o incrementa una amenaza directa para quienes están relacionados con ella o indirectamente con la comunidad, adicionalmente dentro de la navegación se ejecutaba otra labor -la pesca- que contiene a su vez otros riesgos, configurándose una responsabilidad del tipo objetivo<sup>1</sup>, consistente en que quien la practica conoce de antemano sus posibles consecuencias cuando haya una mala ejecución o una errada decisión y que en la generación de un probable daño le corresponde demostrar que la causa del hecho dañino fue ajena a su voluntad y a su dominio, teniendo el deber de probar los eximentes que lo liberarían de responsabilidad como lo es la causa extraña, la culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas. Sentencia del 24 de agosto de 2009. (Discutida en salas de 7 de octubre, 24 y 25 de noviembre de 2008, 17 de marzo de 2009 y aprobada en Sala de 4 de mayo de 2009).

Conforme a esto, en sentencia del 25 de mayo de 2011, de la Sala de Casación Civil, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, sintetizó los criterios de la responsabilidad objetiva unificados en sentencia de casación del 24 de agosto de 2009<sup>2</sup>, que alude a dicho artículo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

*"(...) a) que allí anida una verdadera responsabilidad objetiva, en donde la obligación de resarcir el daño surge no de la culpa presunta sino del riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás; b) no hay necesidad de que los actos dañinos reflejen alguna culpa o que ella se presuma, lisa y llanamente, requiere que la actividad sea potencialmente perjudicial; c) que cuando las partes involucradas ejercen actividades parecidas o similares, el juez debe examinar cuál de ellas tuvo mayor o menor incidencia en el daño para así definir quién debe asumir la reparación; d) teniendo presente lo dicho, a la víctima le basta acreditar el daño y el vínculo de causalidad, amén de la actividad desplegada por el demandado; e) a éste, por su parte, si pretende exonerarse del reclamo efectuado, le corresponde acreditar la existencia de una causa extraña que impida la imputación causal del daño a la conducta desplegada (fuerza mayor, caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero). (Cursiva y subrayado fuera de texto).*

Así las cosas, ante el vacío de material probatorio que compruebe la idoneidad con la que contaba el señor EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO, Q.E.P.D., para desempeñarse en dicha función, existe una evidente falla de parte de quienes tenían la responsabilidad de comprobar este elemento, esto se verifica revisando los deberes legales de cada uno de ellos.

Para el armador, como sujeto que percibe todas las utilidades de la nave y de igual forma asume las pérdidas -artículo 1473 del Código de Comercio-, el artículo 1477 de dicha norma establece que:

*"Son atribuciones del armador:*

- 1) Nombrar y remover libremente al capitán de la nave, salvo disposición legal en contrario;*
- 2) Prestar su concurso al capitán en la selección de la tripulación. El armador no podrá imponer ningún tripulante contra la negativa justificada del capitán;*

*(...)*

- 4) Impartir al capitán las instrucciones necesarias para el gobierno de la nave y para su administración durante el viaje.*

De estos preceptos se desprende que debe el armador nombrar al capitán, quien a su vez nombra la tripulación, así pues que la interpretación se dirige a que su responsabilidad radica en la escogencia la tripulación directa o indirectamente, puesto que persigue sin lugar a dudas la explotación de una actividad comercial, como es la pesca y para tal fin mal haría en contratar gente sin las capacidades, no obstante se presentó un falla por parte de aquél dado que no se observa la diligencia en la designación de funciones o instrucciones al capitán para el gobierno de la nave, simplemente se menciona, por parte de la representante legal de la sociedad RACHIN KOREA CO LTDA., que el señor EDILBERTO ÁLVAREZ CONEO, Q.E.P.D., "recibió instrucciones generales a cerca del método de operación del buque y sus equipos".

<sup>2</sup> Ibidem.

Lo anterior es yerro del armador en su ámbito de diligencia, ya que no puede esperarse una instrucción general a quien no posee la idoneidad avalada por la Autoridad Marítima para el desempeño como agente dentro de una actividad peligrosa.

Mientras tanto, los preceptos legales que rigen la actividad del capitán son:

El artículo 1495 Código de Comercio, establece que *"El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave"*.

El numeral 7 del artículo 40 del Decreto 1597 de 1988 señala que:

*"No aceptar a bordo como miembro de la tripulación a ninguna persona que no esté en posesión de una licencia de navegación, expedida o refrendada por la Autoridad Marítima colombiana, de la clase y categoría que lo faculte para desempeñar el cargo respectivo a bordo, o no tenga su correspondiente Libreta de Embarco, debidamente legalizada."*

En conjunto, este par de normas nos confirman la autoridad que tiene el capitán para el manejo del personal que conformará su tripulación, por lo tanto harían parte de su dominio, en el entendido que siendo director de la navegación y de la faena, como patrón de pesca regional, determina funciones e impone cargas de acuerdo a las competencias de cada una de las personas a bordo.

En este orden de ideas, y de acuerdo a los hechos y material probatorio, se presentó un suceso que dejó escapar de su órbita de cuidado y diligencia al permitir que una persona no apta para trabajar con máquinas lo hiciera, además de llevar ocho años sin ejercer la actividad, no por el hecho de colaborar, sino porque se infiere que ya lo había hecho varias veces, pues la representante legal de la sociedad RACHIN KOREA CO LTDA., manifestó que *"El accidente ocurrió luego de 13 días de faena de pesca por parte del Redes 9, lo cual hace presumir que durante ese tiempo manejó cada día muchísimas veces el equipo en el cual tuvo el accidente"*.

A su vez, el capitán en la diligencia de ampliación de su nota de protesta, fue claro al decir:

*"Las precauciones las debe tener la misma persona estando a bordo. En caso de él, al entrar a enrollar la guaya hay que tener en cuenta donde se va pisar y cómo se va a pisar, porque por inexperto puso el pie en el eje del winche de la changa"*.

Concomitante a lo anterior, considera este Despacho que se presentó una conducta por parte del capitán de la nave contraria a la seguridad de las personas a bordo, la cual fue manifestar que no se daban instrucciones y que estas iban por cuenta del tripulante, pero si se designa o acepta que personal realice una actividad para la que no está facultada, va contra toda lógica de la seguridad en la navegación, puesto que se pudo haber presentado otra muerte o lesionar alguien más.

Por lo tanto, existe plena responsabilidad del capitán de la nave "REDES 9", ABIGAIL CHICO FLÓREZ, como guardián de la actividad y de las personas a bordo, pues faltó a los deberes legales arriba expuestos.

147

Debe entenderse que existe la responsabilidad del hecho con la sociedad armadora de la nave, pues recae en ésta una culpa *in eligendo*, conforme al artículo 1477 del Código de Comercio que en el numeral primero establece que es su deber escoger al capitán de la nave.

En sentencia de 12 de mayo de 1939 de la Corte Suprema de Justicia, se fundó jurisprudencialmente la responsabilidad por los hechos de los dependientes -artículos 2344 y 2347 del Código Civil-, que sin lugar a dudas en el presente caso se da:

*"(...) pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete."*

En conclusión, acuerda este Despacho con la decisión tomada en primera instancia por el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, pues sin lugar a dudas armador y capitán son responsables en lo que concierne a cada uno de sus deberes que dieron ocasión a la ocurrencia de los hechos como se expuso con anterioridad, no obstante, es deber señalar que la solidaridad de la agencia marítima -Numeral 8 artículo 1492 del Código de Comercio- no radica en la comisión del hecho sino en el pago de los perjuicios que se ocasionen, por este motivo se procederá a modificar el artículo primero de la decisión del 30 de julio de 2009.

#### AVALÚO DE LOS DAÑOS

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

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

Frente a la violación de las normas de Marina Mercante, se tiene que el capitán incumplió las obligaciones establecidas en el artículo 1495 del Código de Comercio y del numeral 7 del artículo 40 del Decreto 1597 de 1988; a su vez el armador infringió los numerales 1, 2 y 4 del artículo 1477 del Código ibídem.

No obstante, no es posible sancionar a los infractores, en tanto que el fallo de primera instancia se profirió tres años después de la fecha de ocurrencia de los hechos, por lo tanto procederá revocarse el artículo tercero de dicha decisión, de conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

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

### RESUELVE

**ARTÍCULO 1º.- MODIFICAR** el artículo primero del fallo de primera instancia del 30 de julio de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, el cual quedará así:

**DECLARAR** responsable por siniestro marítimo de muerte de tripulante a bordo de la motonave "REDES 9" de bandera de Belice, ocurrido el 26 de diciembre de 2002, al señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 9.099.253 de Cartagena y a la sociedad RACHIN KOREA CO LTDA., en su calidad de capitán y armador.

**ARTÍCULO 2°.- REVOCAR** el artículo tercero del fallo de primera instancia del 30 de julio de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, de acuerdo a la parte motiva de la presente decisión.

**ARTÍCULO 3° CONFIRMAR** en su integridad los artículos restantes del fallo de primera instancia del 25 de febrero de 2009, proferido por el Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**ARTÍCULO 4°.- NOTIFICAR** personalmente por conducto de la Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar el contenido del presente fallo al señor ABIGAIL CHICO FLÓREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.099.253 de Cartagena, a la señora KEUN HWA KIM, identificada con la cédula de extranjería temporal No. 2.962.202, representante legal de la sociedad RACHIM KOREA CO LTDA., a la señora NELCY PUERTA COGOLLO, identificada con cédula de ciudadanía No. 45.742.334 de Clemencia, representante legal de la sociedad ASEMARES LTDA, a la doctora CARIME PUELLO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.772.732 de Turbaco y con tarjeta profesional No. 58709 del CS.J., capitán, armadora, agente marítimo y apoderada de las sociedades, respectivamente, de la motonave "REDES 9" y demás partes interesadas, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 46 y 62 del Decreto Ley 2324 de 1984.

**ARTÍCULO 5°.- COMISIONAR** al Capitán de Puerto de Puerto Bolívar, para que una vez quede en firme y ejecutoriado el presente fallo, remita copia del mismo al Grupo Legal Marítimo y a la División de Gente y Naves de la Dirección General Marítima.

Notifíquese y cúmplase.

06 SET. 2013



Contralmirante ERNESTO DURÁN GONZÁLEZ  
Director General Marítimo

353