

DELITO DE CONTRABANDO - Conversión a infracción de contrabando: Decreto Ley 1750 de 1991 / INFRACCION DE CONTRABANDO - Competencia de la DIAN y no de la Justicia Penal Aduanera a partir del 1° de noviembre de 1991

La Sala se pronunciará en primer término sobre la alegada incompetencia de la Aduana para decidir sobre el decomiso de mercancía por operación de contrabando, pues, a juicio del actor, para la fecha de ocurrencia de los hechos ello era competencia de la Justicia Penal Aduanera. Teniendo en cuenta que el 20 de diciembre de 1991 ocurrieron los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos acusados, la Sala pone de presente que para dicha fecha se encontraba vigente el artículo 1° del Decreto Ley 1750 de 1991, que a partir del 1° de noviembre de ese año eliminó la calificación de delito a la operación de contrabando y la convirtió en simple infracción administrativa: “Artículo 1°.- A partir del 1°. de noviembre de 1991, eliminase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero. A partir de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones administrativas aduaneras: “a) Contrabando: incurrirá en infracción administrativa de contrabando quien realice una cualquiera de las siguientes conductas: “2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas o declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados”. En consecuencia, es claro que carece de prosperidad la censura referente a la falta de competencia de la Aduana para conocer del contrabando de la mercancía, ya que para la fecha de los hechos el contrabando no tipificaba un delito, como sí lo tipifica ahora la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificada por la Ley 788 de 2002 (artículo 69).

ARRIBADA FORZOSA LEGITIMA - Competencia de la DIMAR y no de la DIAN; la descarga de mercancía para reparar la nave requiere autorización de la Capitanía de Puerto / CAPITANIA DE PUERTO - Competencia en arribada forzosa marítima

En cuanto a que el Tribunal no tuvo en cuenta que la motonave arribó forzosamente al territorio colombiano, situación que, a su juicio, constituyó fuerza mayor o caso fortuito, cabe destacar que si bien es cierto que mediante providencia de 15 de julio de 1992 la Capitanía de Puerto Bolívar calificó de “Arribada Forzosa Legítima” la llegada de la motonave JOSE LUIS IV al Puerto de Bahía Portete, también lo es que dicha decisión fue revocada por el Director General Marítimo de la DIMAR para, en su lugar, declarar ilegítima dicha arribada forzosa, lo cual descarta de plano la afirmación del apelante respecto de que fue la autoridad aduanera quien la calificó de ilegítima, máxime cuando en la Resolución 123 de 7 de abril de 1992 dentro de los considerandos se dejó expresamente dicho que “... estimando la nave como una universalidad mueble de hecho sujeta al régimen de excepción del Código de Comercio, art. 1435, es lo jurídico poner la M/N JOSE LUIS IV, de Bandera Hondureña, a disposición de la Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar (Guajira) para efectos de la competente investigación y calificación de la ARRIBADA FORZOSA que alegan los peticionarios con remisión de copias del presente trámite administrativo”, puesta a disposición que en efecto se hizo en el artículo 2° de su parte resolutive. El apelante sostiene que su situación encuadra dentro del numeral 2 del anterior precepto, esto es, que la mercancía se descargó para reparar la nave, situación que no puede ser aceptada, pues la norma en comento expresamente exige que en tal evento se obtenga la autorización del capitán de puerto, autorización que la Sala echa de menos y que el mismo actor reconoció a la Corregidora de Irapa (Guajira) no haber obtenido “... por la imposibilidad física de dirigir esta protesta e información a autoridad diferente”. En cuanto a que no pudo ser controvertido por el actor el

informe rendido por el Comandante de la ARC "Quitasueño" que da cuenta de que en la motonave JOSE LUIS IV se encontró mercancía sin la documentación correspondiente que la respaldara y la cual estaba siendo descargada en un camión, y de que algunos instrumentos de la embarcación fueron saboteados a propósito, la Sala insiste en que bastaba a la parte actora haber demostrado que con ocasión de su arribada forzosa obtuvo el permiso de la Capitanía de Puerto para descargar la mercancía con el fin de reparar la nave, cuestión que no hizo ni en la etapa gubernativa ni ante esta instancia judicial, sin que pueda, por tanto, alegar falsa motivación de los actos acusados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto del dos mil siete (2007)

Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08490-01

Actor: IVAN JOSE DAZA PERALTA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por IVAN JOSÉ DAZA PERALTA contra la sentencia de 29 de junio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

IVÁN JOSÉ DAZA PERALTA, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita la declaración de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 123 de 7 de abril de 1992, por medio de la cual la Dirección General de Aduanas, Jefatura Regional Aduana de Cartagena, decomisó una

mercancía por valor de \$556'512.500.00; puso a disposición de la autoridad marítima la motonave JOSÉ LUIS IV; y reconoció como aprehensores a unos funcionarios del Resguardo de Aduanas de Cartagena y a otros de la Armada Nacional para efectos del porcentaje de participación establecido en el Decreto 1750 de 1991.

- Resolución 2030 del 4 de septiembre de 1992, mediante la cual la Dirección General de Aduanas al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 123 de 7 de abril de 1992 la modificó en cuanto reconoció como aprehensores a la tripulación del ARC "Quitásueño" y a los funcionarios de la Aduana que participaron en la operación, y en lo demás la confirmó.

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolverle al actor la mercancía decomisada mediante los actos acusados; que por concepto de daño emergente se condene a la demandada a pagarle la suma de \$984'248.297.41 que corresponde al valor actualizado de la mercancía, que para la fecha de los hechos era de \$556'512.500.00; y por concepto de lucro cesante la suma de \$30'216.422.00 mensuales, desde el 20 de diciembre de 1991, fecha de aprehensión de la mercancía, y hasta cuando quede ejecutoriado el fallo de segunda instancia.

De igual manera solicita que la liquidación de los perjuicios se haga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.; que sobre las sumas liquidadas se reconozca el interés técnico o legal de que trata el artículo 6117 del C.C.; y que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

b.- Los hechos de la demanda

La parte actora expone como fundamento de su acción, los siguientes hechos:

IVÁN JOSÉ DAZA PERALTA es el propietario de la motonave JOSÉ LUIS IV que zarpó el 19 de noviembre de 1991 del Puerto de la Isla de Aruba con destino a Panamá, transportando una mercancía evaluada aproximadamente en \$600.000.000.00.

El 20 de diciembre de 1991, cuando la motonave navegaba en altamar se le presentó una avería en el sistema eléctrico que obligó al capitán a desviar su rumbo original hacia el puerto más próximo (Bahía Portete - Departamento de la Guajira) con el fin de proteger la vida de sus tripulantes, la mercancía y la misma embarcación, situación que constituye fuerza mayor a la luz del artículo 254 del CNA.

El capitán de la embarcación se dirigió a la corregidora de Irapa para denunciar la arribada forzosa de la nave, y solicitó el correspondiente permiso para proceder a reparar los desperfectos y daños sufridos por la embarcación, hechos corroborados por el electricista Víctor Mendoza ante la misma dependencia, y posteriormente comprobados durante la diligencia de inspección judicial efectuada a la nave por el capitán de Puerto Bolívar y su secretario, en cuyo punto sexto se expresó que *“...No se pudo hacer ninguna maniobrabilidad por las malas condiciones en que estaba el buque. Su estado general es lamentable, sus condiciones no prestan ninguna seguridad para realizar ninguna maniobra”*.

En el momento mismo en que la tripulación de la motonave removía la mercancía para localizar el daño en el sector eléctrico que determinó la arribada forzosa ya mencionada se presentó en el Puerto de Bahía Portete la fragata de la Armada Nacional *“Quitasueño”* y mediante disparos intimidó a la tripulación, quien atemorizada abandonó la embarcación que estaba reparando; posteriormente, una parte de la fragata abordó otra embarcación, se dirigió a la motonave que se encontraba atracada en el puerto y después de ahuyentar al resto de la tripulación procedió a confiscar la motonave y la mercancía.

El mismo 20 de diciembre los miembros de la tripulación de la fragata utilizaron la motonave *“Erika Beatriz”* y sin cumplir procedimiento legal alguno se llevaron la carga de la motonave JOSE LUIS IV y a esta la remolcaron hasta Cartagena.

El 22 de enero de 1992 el Jefe de la División de Investigación y Vigilancia Aduanera puso a disposición de la Oficina Regional de la Aduana de Cartagena tanto la nave como la mercancía, y mediante oficio de 30 de enero siguiente el mismo funcionario puso a disposición del Jefe Regional de la Aduana de Cartagena la motonave retenida.

Una vez en Cartagena la Oficina Regional de la Aduana profirió la Resolución 123 de 7 de abril de 1992 mediante la cual decomisó la mercancía; puso a disposición de la Capitanía de Puerto Bolívar (Guajira) la motonave JOSE LUIS IV; y reconoció el porcentaje de participación establecido en el Decreto 1750 de 1991 a los aprehensores de la mercancía, decisión confirmada mediante la Resolución 2030 del 4 de septiembre del mismo año.

Mediante auto 50 del 6 de marzo de 1992 se ordenó el aforo de la mercancía aprehendida.

El 15 de julio de 1992 en Riohacha (Guajira) el actor pagó al propietario de la mercancía aprehendida Gilberto Javier Castillo Ríos la suma de \$556'512.500, razón por la cual se suscribió un acuerdo de voluntades en el que el segundo de los citados declaró a paz y salvo por todo concepto a IVÁN JOSÉ DAZA PERALTA.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 2º, 6º, 29, 58 y 90 de la Constitución Política; 1430, 1435, 1501, numerales 8 y 10, literal h), 1540 y 1541 del C. de Co.; 8º del Decreto 1750 de 1991; los Decretos 2324 y 2666 de 1984; 2274 y 2352 de 1989; y 1644 de 1991, por las razones que, bajo la forma de cargos, se resumen a continuación:

Primer cargo.- El artículo 2º de la Constitución Política establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, así como para garantizar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en relación con todos los individuos, precepto que fue desconocido mediante los actos acusados, pues la tripulación de la fragata “*Quitasueño*” no tuvo en cuenta que la motonave JOSÉ LUIS IV se encontraba atracada en el muelle de madera en la playa sur-oriental de Bahía Portete, frente al sitio denominado Portete, con todos sus equipos apagados debido a que no funcionaban, es decir, que la motonave en cuestión no fue interceptada en altamar o encontrada transitando de aguas internacionales a nacionales, pues arribó forzosamente al citado muelle por el desperfecto mecánico y eléctrico sufridos,

arribo forzoso que es definido por el artículo 1540 del C. de Co. y que de conformidad con el artículo 1541, ibídem, constituye fuerza mayor.

Solicita que se tenga en cuenta la constancia expedida por la Corregidora de Irraipa (Guajira) en los siguientes términos:

“... Es de observar en esta prueba que aunque el memorial fue presentado ante la Comisaría de Irraipa el día 20 de diciembre, la suscrita funcionaria sólo presentó su escrito dando traslado correspondiente el día 8 de febrero del mismo año (sic) y lo cual se entiende habida consideración del escaso tráfico y la falta de comunicación en este semi-abandonado territorio”.

Pone de presente que la Corregidora de Irraipa (Guajira) el 20 de diciembre de 1991 rindió un informe recibido el 8 de febrero de 1992 por el Capitán del Puerto de Bolívar (Guajira), en el que le comunicó:

“Por medio de la presente certifico a Ud. que hoy 20 de diciembre de 1991 se presentó a este despacho el señor John Figueroa Capitán del M/N JOSE LUIS IV, con Cédula de Ciudadanía No. 73'100.059 de Cartagena para informarme que su nave venía de Aruba con destino a Colón Panamá y se vio en la imperiosa necesidad de llegar a este Puerto en arribada Forzosa, por las serias averías y daños en el sistema eléctrico y sin radio como comunicarse con sus Armadores y Propietarios y ninguna Autoridad Portuaria o Capitanía, por tal motivo ha llegado a este despacho para denunciar el hecho ya que no podía dejar su nave ni la carga y la tripulación que traía abandonada y me ha pedido que dé aviso a la Autoridad Portuaria o capitanía más cercana de lo acontecido a su nave, motivo por el que me permito hacerle esta comunicación”.

Sostiene que la actuación del capitán de la motonave JOSE LUIS IV ante la autoridad nacional, representada en este caso por la Corregidora de Irraipa (Guajira), y el respectivo permiso de ésta impedían que en los actos acusados se aplicara lo establecido en los Decretos 2274 y 2352 de 1989 sobre decomiso de mercancía y eximían al actor de la obligación de arribar en el medio de transporte por sitios donde existiera Aduana y en días y horas hábiles.

Señala que el Jefe de la División Investigación y Vigilancia de la Dirección General de Aduanas de Cartagena dirigió el 22 de enero de 1992 un oficio al Jefe Oficina Regional de la Aduana de Cartagena junto con la copia del formato de aprehensión 1947 en el que se relacionó la mercancía que fue aprehendida a bordo de la motonave JOSE LUIS IV, y en el que se resalta que dicha aprehensión se efectuó en el Puerto de Bahía Portete Guajira el 20 de diciembre de 1992, cuando se disponían a descargarla.

Se refiere al fallo proferido el 15 de julio de 1992 por la Dirección General Marítima, Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar, que en su parte resolutive dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Calificar, como en efecto se califica, de Arribada Forzosa Legítima la llegada de la motonave ‘JOSE LUIS IV’ al Puerto de Bahía Portete el día 20 de diciembre de 1991, en jurisdicción de esta Capitanía de Puerto....

“ARTÍCULO TERCERO.- Ordénase la devolución y entrega de la motonave JOSE LUIS IV a su propietario señor Ivan José Daza Peralta o en su defecto a su apoderado en este proceso...”.

Se remite al informe que el perito naval clase A rindió el 9 de junio de 1992 al Capitán de Puerto Bolívar sobre el dictamen pericial practicado a la motonave JOSE LUIS IV en Cartagena el 25 y 26 de mayo de 1992, que arrojó el siguiente resultado:

“a- se verificó el Puente de mando.

“b- sin equipos de comunicaciones.

“c. sin cartas de navegación.

“d. falta la unidad sellada del aire acondicionado.

“e. sin radar.

“f. los camarotes desmantelados.

“g. sin energía eléctrica.

“h- sin libros de Bitácora ni de máquinas.

“i- En las Bodegas y el entrepuente se encontraron muestras de entrada de agua en las setinas de la bodega”.

En resumen, se dijo:

“Las averías en el sistema eléctrico y de aire a presión que se alcanzan a apreciar en la actualidad podrían haber ocasionado en su momento una grave falla en el sistema de propulsión y de equipos auxiliares de la M/N. De todas maneras el arribo forzoso lo calificará la Capitanía de Puerto Bolívar...”.

Trascribe el artículo 28 del Decreto 2666 de 1984 y considera que con la aplicación a la situación del actor de lo allí normado se desconoció el principio constitucional de la vigencia de la ley y su aplicación en el tiempo y en el espacio en todo el territorio nacional, pues es una norma que deja por fuera situaciones fortuitas o de fuerza mayor como la consagrada en el artículo 1540 del C. de Co., referente a la arribada forzosa de motonaves, al igual que se desconoció el principio de la soberanía nacional.

Segundo cargo.- Considera que toda la actuación adelantada por la Aduana Regional de Cartagena y por la Dirección General de Aduanas adolece de falta de competencia para resolver la situación de la mercancía transportada en la motonave JOSE LUIS IV.

Tercer cargo.- Señala que se violaron los artículos 8º del Decreto 1750 de 1991, según el cual dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que dispuso el respectivo decomiso se citará al presunto infractor para que concurra dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación a rendir descargos y presentar las pruebas que considere necesarias, pudiendo participar en la práctica de las pruebas, y 29 de la Constitución Política, que consagra el debido proceso, pues los funcionarios que aprehendieron la mercancía obraron orientados a obtener un lucro personal, como lo demuestra el artículo 3º de la Resolución 2030 de 4 de septiembre de 1992:

“... En relación con el reconocimiento de aprehensores considera este Despacho que debe hacerse al personal de la tripulación del ARC QUITASUEÑO y de los funcionarios de la Aduana que participaron en esta operación, previa certificación del Jefe Regional de Aduana de Cartagena y del comandante del ARC QUITASUEÑO, para los efectos previstos en el artículo 16 del Decreto 1750 de 1991”.

d.- Las razones de la defensa

La demanda fue notificada a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, quien a través de apoderado contestó así la demanda:

Que en este caso se trató del arribo de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional por un lugar no habilitado para el efecto por el Director General de Aduanas, y de su desembarque sin autorización y sin respaldo documental.

Anota que de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2274 de 1989 los anteriores hechos configuran infracción al régimen aduanero, y constituyen infracción administrativa de contrabando al tenor del artículo 1º, literal a), numeral 2, del Decreto 1750 de 1991.

Pone de presente que las normas aplicables a la situación del actor son el artículo 10 y siguientes del Decreto 2352 de 1989, y que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 9º del Decreto 2666 de 1984 la competencia para definir la introducción de mercancía extranjera por lugar no habilitado radica única y exclusivamente en el Director General de Aduanas.

Agrega que el artículo 1625, numerales 2 y 3 del C. de Co. prevé la arribada forzosa, caso en el cual el capitán de puerto, previa solicitud del capitán de la nave y una vez determinada la veracidad de los supuestos de hecho contemplados en la norma, autoriza el descargue de la mercancía sólo para los efectos allí señalados.

Manifiesta que la evidencia recaudada en la actuación administrativa que culminó con los actos administrativos acusados indica que la motonave JOSE LUIS IV fue encontrada con carga de mercancía sin la documentación que la respaldara y en el momento en que se desembarcaba hacía un camión frente a ella estacionado, lo que dio lugar a su decomiso por parte de la autoridad aduanera.

Excepciones

El apoderado de la DIAN propone las siguientes excepciones:

- *“Falta de derecho del actor”*, pues éste pretendió introducir la mercancía por lugar no habilitado y, por tanto, no puede ser restablecido en un derecho que no tiene.
- *“Falta de legitimación por activa”*, ya que el actor no demostró la propiedad sobre la mercancía.
- *“Inepta demanda por indebida corrección”*, pues la demanda inicial fue presentada el 4 de noviembre de 1992 y el 7 de mayo de 1993 se presentó escrito de corrección, luego la corrección presentada el 26 de septiembre de 1994 no puede ser tenida en cuenta por expresa disposición del artículo 208 del C.C.A., que dispone que del derecho a aclarar o corregir la demanda sólo podrá hacerse uso una sola vez.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar denegó las pretensiones de la demanda, no sin antes considerar que las excepciones propuestas no prosperan, pues la denominada "*falta de derecho del actor*" es sustentada con argumentos que envuelven la defensa de los actos acusados y, por tanto, no constituye una excepción; la de falta de legitimación por activa, porque si bien es cierto que la mercancía decomisada carecía de documentación que demostrara su propietario, también lo es que de conformidad con el artículo 762 del C.C. su poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, lo cual no se probó dentro del proceso; y la de "*inepta demanda por indebida corrección*" porque lo presentado el 7 de mayo de 1993 no se puede tomar como corrección sino como parte de la demanda inicial por cuanto se llevó a cabo antes de su admisión y lo dispuesto en el artículo 208 del C.C.A. tiene aplicación después de que la demanda es admitida.

Frente al fondo del asunto, el Tribunal se remite a lo dispuesto en los artículos 1540 y 1541 del C. de Co., el primero de los cuales define la arribada forzosa como la entrada necesaria a puerto distinto del autorizado en el permiso de zarpe y el segundo clasifica la arribada forzosa en legítima e ilegítima, la primera procede por caso fortuito inevitable y la segunda por dolo o culpa del capitán de la nave.

Anota que mediante auto de 15 de julio de 1992 la Capitanía de Puerto Bolívar calificó la arribada de la nave como legítima por los daños eléctricos y fallas mecánicas sufridas y que le imposibilitaban su curso de navegación; y que en el mismo auto impuso una multa por encontrar que la motonave en cuestión carecía de certificados de navegabilidad y el capitán del buque de la licencia de navegación.

Pone de presente que el actor no probó tener el correspondiente permiso emitido por autoridad competente en el que se le permitiera a la motonave JOSE LUIS IV zarpar de Araba y que tampoco allegó los documentos que soportan la legalidad de la mercancía, oportunidad que brinda el artículo 10º del Decreto 2352 de 1989.

Concluye que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados y, por tanto, deniega las pretensiones de la demanda.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Para desvirtuar las razones que tuvo el Tribunal para denegar las súplicas de la demanda, el actor presenta los siguientes argumentos:

Que si bien es cierto que la Capitanía de Puerto Bolívar impuso una multa al capitán de la motonave por no haber aportado el certificado de navegabilidad y la licencia de navegación, también lo es que declaró legítima la arribada forzosa que la autoridad aduanera, con extralimitación de funciones, calificó como ilegítima.

En cuanto a la falta de autorización del zarpe de Aruba y de la documentación que acreditara la propiedad de la mercancía sostiene que tal falencia no tiene relación alguna con la medida adoptada por la Jefatura Regional de la Aduana de Cartagena, en razón a que la competencia para la imposición de multas cuando se presentan tales situaciones es de las capitanías de puerto; sin embargo, anota que los documentos referentes a la motonave fueron posteriormente aportados a la investigación adelantada por la Dirección General Marítima.

A su juicio, el *a quo* no tuvo en cuenta que el arribo forzoso de la motonave a territorio colombiano se debió a una necesidad apremiante que constituyó caso fortuito y que tuvo como finalidad la de salvaguardar y proteger la vida de los tripulantes y que demostró en la investigación administrativa que la mercancía tenía como destino Panamá y no Colombia.

Considera que la actuación adelantada por la Aduana pasó por alto lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1750 de 1991, pues no se observó el derecho del actor a intervenir, aportar pruebas y controvertir las allegadas, lo que violó el debido proceso.

Sostiene que en el procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de los actos acusados se pasó por alto que el artículo 29 de la Constitución Política establece que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida*

con violación del debido proceso"; y trae a colación la prueba presentada por el Comandante del buque ARC *"Quitasueño"*, mediante la cual dio aviso de la captura de la motonave JOSE LUIS IV, prueba que dice no fue obtenida legalmente y la cual no tuvo oportunidad de controvertir.

Añade que dentro de la actuación administrativa adelantada también se violó el debido proceso, pues no se profirió auto que ordenara la instancia probatoria; no se corrió traslado a las partes respecto de las diferentes pruebas allegadas a efectos de que fueran controvertidas; y no se dio oportuna respuesta a las constantes peticiones del actor, todo lo cual demuestra, a su juicio, que los actos acusados fueron expedidos con desconocimiento del derecho de defensa, con falsa motivación y con desviación de poder.

Según su parecer, el Tribunal en su fallo elucubró en torno a la legalidad del zarpe de Aruba de la motonave JOSE LUIS IV y de los documentos que soportaban la legalidad de la mercancía, puntos estos de derecho no discutidos ni alegados jurídicamente por la Dirección General de Aduanas, razón por la cual no podía sustentar la negativa de las pretensiones en normas y razonamientos jurídicos no esgrimidos en la demanda.

Señala que el fallador de primera instancia guardó silencio frente a la declaratoria de arribo forzoso de la motonave, al desembarque de la mercancía con el único fin de reparar la nave (artículo 1625 del C. de Co.), a la circunstancia de no haber sido vinculado dentro del proceso penal aduanero el personal de la motonave, y a la entrega de la Armada de la República de Colombia de la motonave a sus legítimos dueños ante la inexistencia del delito de contrabando.

Sostiene que en la actuación administrativa no se verificó la autenticidad del informe de la tripulación de la fragata ARC *"Quitasueño"* y, por el contrario, se tuvo como fundamento de la expedición de los actos acusados, lo que constituye una falsa motivación.

Agrega que dicho informe no merece veracidad pues no pudo ser controvertido, ya que el actor lo conoció cuando se notificó de la Resolución 123 de 7 de abril de 1992.

Insiste en que tanto la Jefatura Regional de Aduanas de Cartagena y la Dirección General de Aduanas carecían de competencia para decomisar la

mercancía por considerarla de contrabando, pues ello es del resorte de la Justicia Penal Aduanera, autoridad que para la fecha de los hechos era la encargada de calificar si determinada conducta constituía delito de contrabando.

Anota que no hubo una legal introducción de la mercancía al territorio nacional, ya que el artículo 1625 del C. de Co. permite que tratándose de arribada forzosa se descargue la mercancía para reparar la nave, como ocurrió en este caso, lo cual significa que los actos realizados por la tripulación de la embarcación JOSE LUIS IV encuadran dentro de la figura de la fuerza mayor.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala precisa que no hará pronunciamiento alguno respecto de los nuevos cargos formulados por el actor en su recurso de apelación, a saber, que dentro de la apertura de tal actuación no se profirió auto que ordenara la instancia probatoria; que no se corrió traslado a las partes respecto de las diferentes pruebas allegadas a efectos de que fueran controvertidas; y que no se dio oportuna respuesta a las constantes peticiones del actor, por cuanto sabido es que la demanda y su adición o corrección son las oportunidades para citar las normas violadas y explicar el respectivo concepto de violación, pues aceptar que en el recurso se endilguen nuevos cargos es sorprender a la parte demandada, con clara violación de su derecho de defensa.

La Sala se pronunciará en primer término sobre la alegada incompetencia de la Aduana para decidir sobre el decomiso de mercancía por operación de contrabando, pues, a juicio del actor, para la fecha de ocurrencia de los hechos ello era competencia de la Justicia Penal Aduanera.

Teniendo en cuenta que el 20 de diciembre de 1991 ocurrieron los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos acusados, la Sala pone de presente que para dicha fecha se encontraba vigente el artículo 1º del Decreto Ley 1750 de 1991, que a partir del 1º de noviembre de ese año eliminó la calificación de delito a la operación de contrabando y la convirtió en simple infracción administrativa:

“Artículo 1º.- A partir del 1º. de noviembre de 1991, eliminase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero. A partir de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones administrativas aduaneras:

“a) Contrabando: *incurrirá en infracción administrativa de contrabando quien realice una cualquiera de las siguientes conductas:*

“1. ...

“2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas o declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados”.

En consecuencia, es claro que carece de prosperidad la censura referente a la falta de competencia de la Aduana para conocer del contrabando de la mercancía, ya que para la fecha de los hechos el contrabando no tipificaba un delito, como sí lo tipifica ahora la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificada por la Ley 788 de 2002 (artículo 69).

En cuanto a que el Tribunal no tuvo en cuenta que la motonave arribó forzosamente al territorio colombiano, situación que, a su juicio, constituyó fuerza mayor o caso fortuito, cabe destacar que si bien es cierto que mediante providencia de 15 de julio de 1992 la Capitanía de Puerto Bolívar calificó de *“Arribada Forzosa Legítima”* la llegada de la motonave JOSE LUIS IV al Puerto de Bahía Portete, también lo es que dicha decisión fue revocada por el Director General Marítimo de la DIMAR para, en su lugar, declarar ilegítima dicha arribada forzosa, lo cual descarta de plano la afirmación del apelante respecto de que fue la autoridad aduanera quien la calificó de ilegítima, máxime cuando en la Resolución 123 de 7 de abril de 1992 dentro de los considerandos se dejó expresamente dicho que *“... estimando la nave como una universalidad mueble de hecho sujeta al régimen de excepción del Código de Comercio, art. 1435, es lo jurídico poner la M/N JOSE LUIS IV, de Bandera Hondureña, a disposición de la Capitanía de Puerto de Puerto Bolívar (Guajira) para efectos de la competente investigación y calificación de la ARRIBADA FORZOSA que alegan los peticionarios con remisión de copias del presente trámite administrativo”*, puesta a disposición que en efecto se hizo en el artículo 2º de su parte resolutive.

Resta entonces determinar si el decomiso ordenado mediante los actos acusados se encuentra ajustado a derecho, para lo cual la Sala se remite a las normas en que la Aduana fundamentó su decisión:

Decreto 2666 de 1984:

“Artículo 28. Lugar de arribo. *Salvo excepciones legales, todo medio de transporte procedente del exterior que arribe a la República deberá hacerlo por los lugares habilitados en donde se encuentre establecida una aduana, si es del caso, por las rutas señaladas al efecto.*

“El administrador de aduana, dentro de su respectiva jurisdicción, podrá autorizar la entrada o salida de medio de transporte por lugares en donde no existan aduanas o en días y horas no laborables”.

Decreto 2274 de 1989:

*“**Artículo 1º.** Toda mercancía que sea introducida al territorio nacional deberá ser presentada o declarada ante las autoridades aduaneras. La mercancía importada que sea sorprendida en lugares no habilitados por la Aduana para el ingreso y permanencia de la mercancía que se introduzca al país, será decomisada si con relación a ella no se acredita el cumplimiento previo de los trámites correspondientes a su presentación, declaración o despacho, en los términos previstos en el régimen aduanero. Tal mercancía será propiedad de la Nación, en virtud del acto de decomiso que así lo disponga. La expedición de dicho acto será de competencia de la Dirección General de Aduanas...”.*

Código de Comercio:

*“**Artículo 1625.** El capitán no podrá descargar las cosas en el puerto de arribada forzosa, sino en los casos siguientes:*

*“**1º** Si los cargadores lo exigen para prevenir el daño de las cosas;*

*“**2º** Si la descarga es indispensable para hacer la reparación de la nave, y*

*“**3º** Si se reconoce que el cargamento ha sufrido avería.*

“En los dos últimos casos, el capitán solicitará la competente autorización del capitán de puerto y si el de arribada fuere extranjero, del cónsul colombiano o, en su defecto, de la autoridad competente en asuntos comerciales”.

El apelante sostiene que su situación encuadra dentro del numeral 2 del anterior precepto, esto es, que la mercancía se descargó para reparar la nave, situación que no puede ser aceptada, pues la norma en comento expresamente exige que en tal evento se obtenga la autorización del capitán de puerto, autorización que la Sala echa de menos y que el mismo actor reconoció a la Corregidora de Irapa (Guajira) no haber obtenido *“... por la imposibilidad física de dirigir esta protesta e información a autoridad diferente”.*

En cuanto a que no pudo ser controvertido por el actor el informe rendido por el Comandante de la ARC *“Quitassueño”* que da cuenta de que en la motonave JOSE LUIS IV se encontró mercancía sin la documentación correspondiente que la respaldara y la cual estaba siendo descargada en un camión, y de que algunos instrumentos de la embarcación fueron saboteados a propósito, la Sala insiste en que bastaba a la parte actora haber demostrado que con ocasión de su arribada forzosa obtuvo el permiso de la Capitanía de Puerto para descargar la mercancía

con el fin de reparar la nave, cuestión que no hizo ni en la etapa gubernativa ni ante esta instancia judicial, sin que pueda, por tanto, alegar falsa motivación de los actos acusados.

A juicio del actor en la actuación que culminó con los actos acusados le fue violado el debido proceso, por cuanto no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1750 de 1991, que preceptúa:

“ARTICULO 8o. Inicio. Dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que dispuso el decomiso de una mercancía, se citará al presunto infractor para que concurra, en los cinco (5) días siguientes a la citación, a rendir descargos y presentar las pruebas que considere necesarias. Vencido este último término, el funcionario competente dispondrá de ocho (8) días para practicar las pruebas que sean necesarias.

“Cuando se trate de las infracciones previstas en el literal b) del artículo primero, el término de iniciación se contará a partir de la fecha en la cual la Dirección General de Aduanas tenga conocimiento de la infracción”.

De la norma transcrita claramente se desprende que su aplicación es posterior a la actuación que define la situación jurídica de la mercancía, esto es, a la que culmina con su decomiso, pues se aplica en la actuación subsiguiente a dicho decomiso, cuyo objetivo es imponer al presunto infractor la sanción principal de multa y como sanciones accesorias la prohibición de ejercer el comercio, clausurar y cerrar el establecimiento comercial, prohibición de ejercer profesión u oficio relacionado con el comercio exterior o la pérdida de empleo o cargo público (artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 1750 de 1991).

Finalmente, frente a la inconformidad del recurrente en cuanto el *a quo* nada dijo sobre la no vinculación del personal de la nave al proceso penal aduanero y sobre la entrega de la embarcación a su legítimo dueño ante la inexistencia del delito de contrabando, esta Corporación pone de presente que al haber desaparecido el delito de contrabando para convertirse en una simple infracción administrativa la jurisdicción penal aduanera perdió competencia sobre la materia y, por tanto, sobre el particular nada correspondía decir al *a quo*.

Concluye la Sala que los actos acusados se encuentran ajustados a derecho, en tanto el actor no demostró que el ingreso de la nave JOSE LUIS IV al territorio nacional por lugar no habilitado y el descargue de la mercancía se llevaron a cabo previo cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

CONFÍRMASE el fallo proferido el 29 de junio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en la sesión de la fecha.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO