

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-31-010-2007-00082-01
Demandante:	Naviera Fluvial Colombiana S.A.
Demandado:	UAE DIAN
Asunto	Sanción administrativa aduanera (OTM) por faltantes de mercancía
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a) Pretensiones

La Sociedad Naviera Fluvial Colombiana S.A., por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la DIAN, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que es nula la Resolución No. 002068 del 30 de agosto de 2006, expedida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

2. Que es nula la Resolución No. 000226 del 7 de febrero de 2007, proferida por la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho lesionado, se decrete el resarcimiento de los siguientes perjuicios ocasionados por los actos ilegales y arbitrarios:

1. Se condene a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, a pagar a favor de la demandante, los perjuicios materiales sufridos por causa y razón de los Actos Administrativos proferidos por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, con dolo y culpa grave, teniendo en cuenta los valores y las siguientes bases de liquidación:

a. El valor de los daños y lesiones patrimoniales ocasionados por los actos administrativos...los cuales asciende a la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS M/L., (\$4.000.000,00).

b. El monto de los intereses y rendimientos financieros liquidados sobre la cantidad de CUATRO MILLONES DE PESOS M/L., (\$4.000.000,00), a la tasa del 2.45% vigente en el día de hoy, por el período correspondiente a la fecha de radicación de esta demanda y la fecha en que en cumplimiento de sentencia definitiva se realice efectiva y materialmente el pago de la indemnización.

2. Se condene a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - ...DIAN, a pagar a favor de la demandante, perjuicios materiales en la cantidad de CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$57.936.000,00), valor actual de los gastos de alojamiento, alimentación, desplazamientos, y tiquetes aéreos, sufridos por causa y razón de los actos administrativos proferidos por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena con dolo y culpa grave.

3. Que consecuencialmente no existe ninguna causa que le confiere atributo a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, para imponer multa a la sociedad actora, en la cantidad de VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/L., (\$28.560.000,00).

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones la demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El Gobierno Nacional adquirió el compromiso de la seguridad del Río Magdalena como medio para facilitar y hacer posible su navegabilidad, hecho del cual se dejó constancia en el acta levantada por la Armada Nacional de las Fuerzas Militares de Colombia el 17 de enero de 2006, en la cual se señaló; "1. El señor comandante de la Brigada Fluvial de I.M. No. 1, efectúa un resumen de los hechos y pone en conocimiento de los participantes la importancia de la seguridad física a bordo de los remolcadores, describiendo la trascendencia del sostenimiento de las comunicaciones, para dar cumplimiento a lo acordado en el suministro de dicha seguridad."

Por lo anterior, se comprometió a transportar toda la carga de SOFASA en el trayecto Cartagena - Bucaramanga a bordo de sus unidades de mayor capacidad, además de efectuar los correspondientes transbordos a remolcadores de menor capacidad en el trayecto Barrancabermeja - Puerto Berrío, e informar a la Brigada Fluvial sobre la situación de sus operaciones.

Para ello era necesario suministrar un Escolta fluvial, mientras se le efectuaba las adecuaciones al remolcador Guadalupe, las cuales debían hacerse a más tardar el 15 de mayo de 2006.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



Las mercancías fueron entregadas con menos cantidad que las autorizadas, no por conducta, hecho u omisión de la sociedad transportadora fluvial, sino por omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus deberes contractuales y constitucionales. Es por ello, que la pérdida de la mercancía por los actos violentos causados por la protesta del 7 de enero de 2006, no es causa o efecto de la intervención de la sociedad transportadora fluvial, sino de la falla del servicio del Estado en cumplimiento de sus obligaciones.

Agregó que en el requerimiento especial aduanero y en los actos administrativos acusados se calificó el procedimiento como especial, cuando la operación era normal, lo cual constituye materialización de dolo por desviación de poder y conducta gravemente culposa, violando el debido proceso, toda vez que dicho requerimiento fue formulado por fuera de la oportunidad establecida por el artículo 509 del Estatuto Aduanero.

Agregó que dio respuesta al requerimiento especial aduanero No 000084 formulado el 29 de junio de 2006, pero dicha respuesta que no fue satisfactoria, según concepto de la Administración y por ello, se expidió la Resolución 002068 del 30 de agosto de 2006 para imponerle la sanción por la suma de \$ 28.560.000.00, la cual fue confirmada a través de la Resolución 000226 del 7 de febrero de 2007, pese a que por mandato expreso del parágrafo del artículo 375-1 del Decreto 2685 de 1999, la sanción únicamente debe ser impuesta a los transportadores marítimos o a sus agentes.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 83, 90, 95, 228, 230 y 363 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 4, 35, 36, 77, 84, 135 y 136 del Código Contencioso Administrativo; 4, 27, 28, 30, 31 y 32 del Código Civil; 1, 2, 3, 4, 353, 354, 355, 356, 359, 365, 366, 367, 369, 375, 375-1, 376, 377, 378, 379, 380, 389, 390, 497, 507, 508, 509, 510, 511 y 512 del Decreto 2685 de 1999; 313, 316, 318, 319, 321, 324, 325, 331, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 360 y 362 de la Resolución 4240 de 2000; 174, 175, 177 y 320 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 149 del artículo 1° del Decreto Especial 2282 de 1889; 5° y 6° de la Ley 678 de 2001; y 29 de la Resolución 5644 de 2000. Y al explicar el concepto de la violación formuló los siguientes cargos contra los actos acusados:

i). Se vulnera el principio de imputabilidad: puesto que el régimen sancionatorio previsto en el numeral 3 del artículo 3 del artículo 497 del Decreto 2685 /99,

solamente puede ser aplicado a empresas de transporte marítimo, y no es transportador marítimo ni agente marítimo, por lo que es evidente la vulneración de dicho principio, y consecuentemente la violación del artículo 29 de la Constitución Política que garantiza el debido proceso, disponiendo que el acto infractor sea imputable y exista ley preexistente que lo tipifique como infracción.

Agregó que el transportador y el agente marítimo son responsables de las obligaciones aduaneras, porque son los únicos legitimados para ejecutar la operación de cabotaje especial y solicitar autorización para realizarla a la aduana de partida, cuya única obligación es finalizar el tránsito aduanero especial en el término autorizado por la Aduana de partida, no existiendo de esta forma infracción aduanera diferente a ésta.

Por lo anterior, los actos administrativos adolecen de defectos sustantivos toda vez que se fundan en una norma inaplicable; y en defecto factico, ya que carecen de sustento probatorio.

Así mismo, están incurso en falsa motivación, abuso y desviación de poder y violación manifiesta de las normas de derecho, toda vez que, en primer lugar, la Aduana de partida no autorizó cabotaje especial; en segundo lugar, porque la sociedad actora no es transportadora ni agente marítimo; y, por último, ya que se impone sanción con base en un hecho que la ley no tipifica como infracción administrativa aduanera del transportador y su agente.

ii). Violación del debido proceso: agregó que no le es imputable ninguna responsabilidad, ni obligación aduanera en la operación que arbitrariamente fue calificada como cabotaje especial, toda vez que no cumplen los presupuestos para que la operación se considere como tal. Por ende, la vulneración del debido proceso salta a la vista, por cuanto a). el transportador marítimo, ni su agente solicitaron de manera directa autorización para la operación de cabotaje especial; b) Ni el transportador marítimo o su agente marítimo constituyeron la garantía global para amparar la finalización del cabotaje especial en el término preceptuado por la Ley; c) La Aduana de Partida, esto es, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena no autorizó la operación de cabotaje especial y por tanto, no se surtió el procedimiento consistente en la realización de la autorización sobre el documento de transporte.

(iii) Principio de eficacia: El artículo 2º del CCA señala las actuaciones administrativas persiguen el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la

ley. Luego, es evidente que la demandada omitió el procedimiento establecido en la norma transcrita, en virtud a que los actos violentos produjeron como resultado pérdida de la mercancía, siendo errada la calificación de hurto dada en los actos administrativos cuya nulidad se impetra, por lo que debió procederse a la realización de la inspección e inventario de las mercancías en ella ordenadas.

Por lo tanto, se vulneró el derecho constitucional de defensa y el principio de la seguridad jurídica y en aplicación del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, la debió autorizar la finalización de la modalidad de tránsito aduanero autorizado con el número 0600405C007478 el 29 de diciembre de 2005.

iv). Ejecución de la operación de cabotaje ordinario: Reiteró que existe un defecto procedimental, por cuanto en los actos administrativos enjuiciados fue calificada la operación de tránsito aduanero como cabotaje especial, cuando realmente se trataba de cabotaje ordinario.

Señaló que la División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Cartagena de Indias no era competente para proferir el acto administrativo sancionatorio, bien porque si la sociedad hubiera incurrido en sanción, esta no tuvo ocurrencia en su jurisdicción, toda vez que el municipio de Puerto Berrío pertenece a la jurisdicción de Medellín.

Al respecto aduce que: *"el artículo 29 de la Resolución 5644 de 2000, dispone que la competencia para adelantar el procedimiento administrativo para imposición de sanciones por la comisión de infracciones administrativas aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, de que trata el Capítulo XIV del Título XC del Decreto 2685 de 1999, corresponde a la Administración de Impuestos y Aduanas o de Aduanas con jurisdicción en el lugar del domicilio fiscal del presunto infractor o usuario. Lo anterior, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras dependencias de Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Cuando el procedimiento administrativo se adelante para la definición de la situación jurídica de mercancías aprehendidas, la Administración competente será la que ejerce jurisdicción en el lugar donde se produjo la aprehensión".*

(vi). Fuerza mayor y caso fortuito: El actor considera que el hurto realizado por grupos al margen de la Ley, que dio origen a la pérdida de una parte de la mercancía que se transportaba, es constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que fue imprevisible e irresistible.

Señaló que, si solo puede calificarse como fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple el carácter de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia es totalmente razonable configurar a los actos de la guerrilla, el terrorismo, la piratería terrestre o el hurto como actos de fuerza mayor o caso fortuito para efectos de exonerar de responsabilidad en el régimen de tránsito aduanero.

Señaló que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, establece que los hechos notorios no requieren prueba y de acuerdo con los artículos 251, 252 siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil el documento público es plena prueba, por lo que en el acuerdo que conoce todo el País suscrito entre el Gobierno Nacional, los representantes de los transportadores de carga por carretera y los usuarios del servicio de transporte, el Estado Colombiano se comprometió y garantizó la seguridad en el Rio Magdalena, porque es un requisito fundamental y esencial para su navegabilidad.

Por consiguiente, es abuso de poder presumir y conceptuar que no tomó las medidas de precaución, cuidado y prevención determinante para la garantía de esa navegabilidad.

La inferencia con extralimitación en el ejercicio de la función pública desborda la magnitud de los hechos acaecidos en la noche del 6 de enero de 2006, como quiera que, son demostrativos del incumplimiento de la seguridad que garantizó el Estado Colombiano en el convenio mencionado, como pieza fundamental de la recuperación del Rio Magdalena, y prueban de manera fehaciente que ante el accionar de los violentos y su forma desalmada de nada servían las medidas aconsejadas por la División Jurídica Tributaria de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, las cuales según se desprende del acta levantada por la Armada Nacional, son tomadas por todos los navieros del Rio Magdalena, y entre ellos la sociedad actora.

Agregó que la demandada se convirtió en experta navegante del Rio Magdalena y le dan cátedra al señor Marión Madero Sierra, Capitán del Remolque autorizado para navegar por el Rio Magdalena y sus afluentes, ya que, a juicio de sus funcionarios debió tomar las "previsiones" de "...no transitar cerca de la orilla del rio...", abrogándose la facultad de presumir que la nave se encontraba transitando cerca de la orilla del rio, cuando en realidad de verdad, por tratarse de corriente fluvial y por razones de la sedimentación, la navegación

debe hacerse por los sitios o lugares del río que lo permitan, no siendo su orilla el lugar más apto para navegarlo.

(vii) Resarcimiento de perjuicios por acto ilegal: Los funcionarios de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, incurrieron en culpa grave que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, y lo obliga al resarcimiento de los perjuicios o daños ocasionados por la conducta antijurídica de esos servidores públicos. Dicha conducta de los funcionarios que expidieron los actos administrativos acusados, hace que la sociedad actora no esté en la obligación de soportar la lesión que esta ocasionó, y se encuentra respaldado y garantizado por el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 58 de la Constitución Política. Estos funcionarios actuaron con desviación de poder, expidieron los actos administrativos con vicios de motivación, por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada, toda vez que la sociedad no incurrió en infracción administrativa aduanera.

3.2. Contestación (fs. 124-141 Cuaderno N° 1).

La apoderada de la entidad demandada - **UAE DIAN**, manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, porque considera que la sanción por ella impuesta a la parte demandante se ajusta a la legalidad.

Luego de transcribir las normas que regulan la modalidad de cabotaje y el régimen de tránsito de dicha modalidad, agregó que no hacen ninguna distinción en cuanto a qué tipo de empresas transportadoras son las encargadas de realizar las operaciones de cabotaje, pues la única condición es la inscripción y autorización por parte de la DIAN. Por lo anterior, no existe la vulneración al principio de imputabilidad ni al debido proceso alegado por el actor, al decir que el mencionado régimen de cabotaje es propio de los transportadores marítimos.

En relación con el principio de eficacia, considera que el cargo relacionado con la falta de inspección a la mercancía cuando hay pérdida o destrucción, y la falta de competencia que alega la sociedad demandante, son hechos nuevos que no se debatieron en vía gubernativa y por ende no los aceptan.

Agregó que, en todo caso, el artículo 29 de la Resolución 5644 de 2000, norma en la que se apoya la demandante para alegar la falta de competencia, no estaba vigente en la época de los hechos, toda vez que el artículo 5 de la Resolución 2200 del 25 de marzo de 2003, especialmente derogó el artículo 29 de la Resolución 5644 de 2000 y el artículo 15 de la Resolución 5634 de 1999.

Por lo tanto, es la Aduana de partida la encargada imponer sanciones por la comisión de infracciones aduaneras

Para el presente caso la Declaración de Tránsito Aduanero en su modalidad de Cabotaje No. 00000020 del 3 de mayo de 2004 fue presentada para su aceptación y autorización en la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, debiendo tener en cuenta que el control en la Aduana de destino es simultáneo y no posterior, por eso se aplica la excepción a la regla de competencia, razón suficiente para que iniciará, desarrollara y finalizará la investigación cuya resolución fue objeto de impugnación.

Otro aspecto a tener en cuenta para determinar la competencia, es lo dispuesto en el artículo 325 de la Resolución 4240 de 2000, reglamentaria del Decreto 2685 de 1999, el cual establece que: *"Cuando el declarante o el transportador informen que no fue posible concluir una operación, que arribó por fuera del término establecido, o que de alguna manera se incumplió la modalidad, por circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, siempre se deberá iniciar la investigación por parte de la Aduana de Partida, debiéndose acreditar tales circunstancias por parte del declarante o el transportador"*. Luego, la competencia para adelantar el proceso sancionatorio es la Aduana de partida.

Frente a la pretensión de exoneración de responsabilidad por causa fuerza mayor y caso fortuito, manifestó que el TRANSPORTADOR que actúe en una operación de tránsito aduanero, en este caso en la modalidad de cabotaje, tiene a su cargo el cumplimiento de una obligación legal de resultado. Es decir, en concreto la Sociedad Naviera Fluvial De Colombia debía producir un resultado preciso: Finalizar el régimen dentro del término autorizado por la aduana de Cartagena y en las mismas condiciones a las autorizadas.

En segundo lugar, cuando se presenta incumplimiento por parte del deudor, se presume el nexo causal entre el resultado negativo y la conducta del agente comprometido a satisfacer la obligación. Lo anterior coloca al deudor en la posición activa de entrar a desvirtuar esa presunción y, por consiguiente, si alega una causa extraña, debe asumir la carga de la prueba. Por eso quien alegue fuerza mayor tendrá que probarla.

Agregó que, si bien el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 establecen que dichas circunstancias (caso fortuito y fuerza mayor) se aceptan como causales eximentes de responsabilidad, las mismas deben ser probadas dentro del trámite administrativo de declaratoria de incumplimiento. Sin



embargo, en este caso en concreto, la demandante solo se limitó a demostrar el hurto que, si bien puede ser un caso de fuerza mayor o caso fortuito, por sí solo no configura una eximente de responsabilidad, pues deben probarse los demás elementos que configuran la misma, es decir, la irresistibilidad e imprevisibilidad.

Afirma, que la fuerza mayor o el caso fortuito consisten en la imposibilidad de cumplir una obligación derivada de la presencia de un obstáculo insuperable, unido a la ausencia de culpa del agente, cuya responsabilidad se pretende comprometer.

Como prueba de la ocurrencia de la fuerza mayor y el caso fortuito, la recurrente aportó copia autenticada de la protesta presentada por el capitán de la nave, así como la denuncia presentada en Puerto Berrío, documentos mediante el cual se prueba la ocurrencia del hurto, pero no de la fuerza mayor o el caso fortuito, ni tampoco los elementos de la irresistibilidad e imprevisibilidad.

El transportador tiene unas normas de seguridad, para el resguardo y protección de las mercancías que no se cumplieron, por lo tanto, no se puede considerar al transportador como un tercero y deslindarlo de su responsabilidad.

Luego, las pruebas aportadas sólo demuestran que la mercancía no llegó completa, pero lo esencial era demostrar los hechos y circunstancias por los cuales no llegó tal como se declaró en la Aduana de Partida (exonerativos - hechos imprevisibles e irresistibles). Es decir, probó el hurto de parte de la mercancía, pero no las causas eximentes de responsabilidad.

Finalmente, frente al resarcimiento de perjuicios por acto ilegal, manifestó que es un hecho nuevo no alegado en vía gubernativa y además para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica se requiere que haya cometido una culpa y que de esta sobrevengan perjuicios al reclamante *"O sea la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y éste."*, circunstancia que no procede en el presente caso.

- La Compañía Mundial de Seguros, fue vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesaria, pero no contestó la demanda.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 282 -296 Cuaderno N° 2).

Mediante sentencia del 23 de enero de 2017 el Juez Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Frente a la presunta violación del principio de imputabilidad alegado por la accionante, manifestó que contrario a lo afirmado por la demandante, en parte alguna de la actuación administrativa se hace alusión a que sea un cabotaje especial; no obstante, sea especial u ordinario, les son aplicables las sanciones previstas para el Tránsito Aduanero, conforme a lo establecido en el artículo 389 del Decreto 2685/99.

Así mismo, el hecho de que la sociedad demandante fue autorizada para realizar cabotaje No. 0300405C007478, hace que responda por el incumplimiento de cualquier obligación aduanera, por lo cual si se le podía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.3.1. del artículo 497 del Estatuto Aduanero.

En relación con la presunta violación al debido proceso, señaló el juzgado que si bien el artículo 509 ibídem señala que se cuenta con 30 días a partir del momento en que se haya establecido la supuesta comisión de la infracción aduanera para expedir el requerimiento, y en el presente caso dicho requerimiento se expidió 3 meses después, dicha norma no establece en parte alguna la posibilidad de que la DIAN pierda la facultad o competencia de imponer la respectiva sanción, luego, es un mero acto de trámite, cuya expedición extemporánea no afecta el proceso sancionatorio como tal, como sí lo haría una decisión de fondo, tal y como la imposición de una sanción.

Frente a la falta de competencia alegada en la demanda señaló, en primer lugar, que el artículo 29 de la Resolución N° 5644 de 14 de julio de 2000, reglamenta el Decreto 1197 del 29 de junio de 2000, el cual regula la Zona del Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure. Por consiguiente, el artículo citado es aplicable solamente cuando se trate de la importación de mercancías a dicha zona.

Adicional a ello, la norma aplicable al caso, vigente en la fecha en que se inició el proceso sancionatorio, era la contenida en el numeral 2.1 del artículo 1° de la Resolución 2200 del 25 de marzo de 2003, la cual establece que corresponde a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de Aduanas en la que se haya presentado la declaración de importación, exportación y tránsito aduanero, los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que en desarrollo del control previo o simultáneo a las operaciones de comercio exterior, deban adelantarse por situaciones advertidas en una inspección física o

documental dentro del proceso de importación, exportación y tránsito aduanero.

Por lo anterior, era competente la Administración de Aduanas de Cartagena de Indias para proferir los actos enjuiciados.

Finalmente, frente a la fuerza mayor y caso fortuito alegados por la parte actora, señaló el juzgado que el hurto alegado por el actor, que se encuentra respaldado con la correspondiente denuncia, no tipifica por sí solo la fuerza mayor, pues, para aceptarse tal hecho deben también probarse las circunstancias excluyentes de culpa, demostrando que no obstante haber tomado las previsiones del caso, para la guarda y conservación de la mercancía, fue imposible evitar el suceso.

3.4. Recurso de apelación (fs. 336 – 341 Cuaderno N° 2).

- **La parte demandante** señaló, en relación con el principio de imputabilidad que considera vulnerado, que el A-quo incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico. El primero, porque contrario a lo afirmado en la sentencia, la distinción entre cabotaje ordinario y especial, es definitiva, pues la sanción prescrita en el numeral 3 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 únicamente puede ser aplicada al transportador o agente marítimo y, por consiguiente, la sanción impuesta a la demandante con aplicación de esta norma es contraria a derecho, configurándose vía de hecho judicial por defecto sustantivo, teniendo en cuenta que la demandante no es transportador marítimo ni agente marítimo.

El defecto fáctico, por su parte, está probado por la autorización No. 0600405C007478 del 28 de diciembre del 2005, porque en este documento no se autoriza cabotaje especial como lo dispone el inciso 2° del citado artículo 375 - 1 del Decreto 2685 de 1999.

Agregó el apelante que, *“Empero, la causa extraña es desechada, porque a juicio del Juzgado no se demostró, por parte de la sociedad actora, las diligencias para la prevención de riesgos. Este pronunciamiento no se compadece con la prueba constituida por los hechos narrados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la demanda contencioso administrativa, como tampoco en el concepto de violación resumido en la mitad de la página 28 de la siguiente manera: “En el acuerdo que conoce todo el país, entre el Gobierno Nacional, los representantes de los transportadores de carga por carretera y los usuarios del servicio de transporte, el Estado colombiano se comprometió...y garantizó la*

seguridad en el río Magdalena, porque es un requisito fundamental y esencial para su navegabilidad.". Si el Estado colombiano se comprometió y aseguró la navegabilidad en el río Magdalena, lo cual está plenamente probado en el Plenario, no es admisible que el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, niegue la fuerza extraña, porque en su concepto, la demandante no probó las medidas de prevención "de riesgos que son usuales ..." en la actividad del transporte en el río Magdalena, pronunciamiento que es contrario a la prueba constituida por el acta levantada el 17 de enero del 2006, que obra en el plenario, toda vez que ese documento prueba lo que en ella se dice en los siguientes términos: "... que en los últimos cuatro (04) años se han transportado 100, 100, 600 y 1.000 contenedores respectivamente sin haber sucedido ni el más mínimo hecho de inseguridad durante dicho transporte".

Reiteró que está demostrada la responsabilidad del Estado Colombiano en el ataque de que fue víctima la embarcación de la compañía Naviera Fluvial S.A., y por ende la falla del servicio, la fuerza mayor y caso fortuito.

Finalmente, manifestó que el Aquo no se pronunció sobre los cargos de nulidad propuestos en la demanda.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 25 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 358 Cuaderno N° 2), y por providencia de 16 de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 362 ibídem).

La DIAN presentó alegatos de conclusión y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fs. 365 – 368 ibídem).

La parte demandante no presentó alegatos, la Compañía de Seguros Mundial tampoco presentó alegatos y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito, sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala, establecer si los hechos que impidieron finalizar el tránsito aduanero de la mercancía transportada (hurto), constituyen o no fuerza mayor o caso fortuito - hurto -, como causa extraña que lo exonera del pago del tributo y de la sanción impuestos al importador.

Así mismo deberá establecer si el tipo de cabotaje autorizado era ordinario o especial y si la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, podía ser aplicada a la demandante.

Finalmente, se deberá establecer el Juez A-quo estudió o no todos los cargos de nulidad propuestos por la demandante.

5.3. Tesis de la Sala

La Sala estima que los hechos que impidieron finalizar el tránsito aduanero de la mercancía transportada, no constituyen fuerza mayor o caso fortuito, y por ello no se probó causa extraña que lo exonere del pago del tributo y de la sanción impuestos al importador. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

Así mismo deberá establecer si el tipo de cabotaje autorizado era ordinario o especial y si la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, podía ser aplicada a la demandante.

Finalmente, se deberá establecer el Juez A-quo estudió o no todos los cargos de nulidad propuestos por la demandante.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

5.4.1. Tránsito aduanero.

Las normas que tratan sobre el régimen de tránsito en la modalidad de cabotaje y demás temas relevantes para decidir el recurso en estudio son las previstas en el Decreto 2685 de 1999 “Por el cual se modifica la Legislación Aduanera, con las modificaciones introducidas, entre otras disposiciones, por el Decreto 2101 de 2008.



Las disposiciones más relevantes de dicho decreto, para el caso, son las siguientes:

ARTÍCULO 1. DEFINICIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTE DECRETO. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina:

(...) TRANSITO ADUANERO

Es el régimen aduanero que permite el transporte de mercancías nacionales o de procedencia extranjera, bajo control aduanero, de una Aduana a otra situadas en el territorio aduanero nacional.

En este régimen se pueden dar las modalidades de tránsito, **cabotaje** y transbordo.

Capítulo III

CABOTAJE

Artículo 375. Definición de Cabotaje. Es la modalidad del régimen de tránsito aduanero que regula el transporte de mercancías bajo control aduanero, cuya circulación esté restringida -por agua o por aire- entre dos (2) puertos o aeropuertos habilitados dentro del territorio aduanero nacional.

Prevía autorización del Administrador de la Aduana de partida, cuando se trate de carga consolidada, podrá presentarse la Declaración de Cabotaje que ampare la totalidad de la carga consolidada, con base en la información contenida en el documento de transporte consolidador, siempre y cuando las mercancías lleguen al país debidamente paletizadas o unitarizadas".

Vigente desde: 20/06/2001 y hasta el: 05/07/2007.

Artículo 375-1. Cabotaje especial. Es la modalidad del régimen de tránsito aduanero, que regula el traslado de mercancías bajo control aduanero entre dos (2) puertos marítimos o fluviales, las cuales, después de ingresadas al territorio aduanero nacional, se trasladarán, previo cambio del medio de transporte, al puerto nacional de destino, debiendo tener la embarcación como ruta final un país extranjero.

El transportador o su agente marítimo, podrá de manera directa solicitar la autorización de esta operación previa la constitución de una garantía global por un valor equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que ampare la finalización de esta modalidad en el término autorizado por la aduana de partida.

La autorización de esta operación se surtirá en el mismo documento de transporte dentro del término señalado en el artículo 113 del presente decreto, sin que para el efecto se requiera de otro documento. La autorización que se otorgue sobre el documento de transporte hará las veces de Declaración de Tránsito Aduanero y/o Cabotaje.



Parágrafo. A los transportadores o los agentes marítimos, según se trate, se les aplicarán las sanciones previstas en el numeral 3 del artículo 497 del presente decreto.

Artículo 376. Empresas inscritas para realizar cabotajes. Las operaciones de cabotaje deberán realizarse por las empresas transportadoras que se encuentren debidamente inscritas y autorizadas para realizar este tipo de operaciones por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Las naves y aeronaves destinadas por los transportadores debidamente inscritos ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para realizar este tipo de operaciones, deberán tener autorizada su operación.

Artículo 377. Término para solicitar el cabotaje. El cabotaje deberá solicitarse dentro de los términos establecidos en el artículo 113° de este Decreto.

ARTICULO 378. Garantía en el cabotaje. El transportador deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que ampare la finalización de la modalidad en el término autorizado por la Aduana de Partida y los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la importación de la mercancía extranjera al territorio aduanero nacional. En caso de pérdida o deterioro de la mercancía, la garantía se hará efectiva total o parcialmente, según corresponda.

El monto de la garantía global a que se refiere el inciso anterior, será equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando se trate de empresas de transporte que pretendan realizar operaciones de cabotaje, exclusivamente con destino a las jurisdicciones aduaneras de Bucaramanga, Leticia y/o San Andrés.

Artículo 379. Finalización del cabotaje. El cabotaje finalizará con la entrega de la Declaración de Cabotaje junto con los documentos soporte en la Aduana de Destino y la entrega de la mercancía al depósito habilitado al cual vaya consignada o al Usuario Operador de Zona Franca.

Para efectos del traslado de mercancías a un depósito habilitado o a una Zona Franca, el transportador deberá expedir una planilla de envío que relacione la mercancía transportada que será objeto de almacenamiento, antes de la salida de la mercancía del lugar de arribo.

El depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca, según corresponda, recibirá del transportador la planilla de envío, ordenará el descargue y confrontará la cantidad, el peso y el estado de los bultos con lo consignado en dicho documento. Si existiere conformidad registrará la información en el sistema informático de la Aduana.

Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la planilla de envío y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá el acta correspondiente a la Aduana, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero.



(...) Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

En primer lugar, se tiene que la sanción aduanera impuesta a la sociedad demandante a través de las resoluciones demandadas, tuvo como uno de sus fundamentos legales, el artículo 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999 que reza:

(...) Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

3. En el Régimen de Tránsito Aduanero:

3.1 Gravísimas:

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero.

Vigente desde: 12/10/2005 y hasta el: 30/06/2008

5.4.2. Fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad.

Respecto a la fuerza mayor o caso fortuito, contemplado como eximente de responsabilidad, y alegado por la sociedad actora, resulta conveniente analizar, lo que sobre este asunto ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero), precisó que:

"[...]alegar el hecho de la naturaleza como factor exonerarte de la obligación del transportador, impone a este probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, en cuanto a causa del incumplimiento, pues como lo ha puesto de relieve esta misma Sala, precisamente a propósito de la responsabilidad del transportador que aduce el hecho de un tercero como causal de fuerza mayor, "... para exonerarse de responsabilidad, el transportador debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente, le compete demostrar que el hecho que ocasiona el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

"[...] En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador [...]"

La misma Sección Cuarta, en providencia de 5 de mayo de 2016, proferida dentro del proceso radicado con el número 250002337000201200072-01 (20329), señaló:

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





“Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito, son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel “imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público.” La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado.... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad”. Y la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, “el hecho [...] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieves esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontestable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”. En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos. Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible”

Con apoyo en las normas y jurisprudencia comentadas la Sala decidirá el recurso bajo estudio.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos probados.

- Copia de la Declaración de Tránsito Aduanero y/o Cabotaje No. 0600405C007478 del 28 de diciembre de 2005, en la cual se describe la mercancía que transportó la demandante (fs. 45-46 Cuaderno N° 1).
- Copia de la protesta de 7 de enero de 2006, suscrita por el Capitán, 2 Pilotos, 2 Maquinistas, Maestre y 3 Marineros pertenecientes a la embarcación que transportaba la mercancía por el Río Magdalena y sus afluentes, dirigida al inspector fluvial de Puerto Berrío, mediante el cual le informan que “el viernes 6 de enero de 2006 a las 23:00 hrs., en el Km 683 pernoctábamos cuando apareció

un grupo armado de 20 hombres fuertemente con armas de fusil y pistolas, intimidándonos y presentándose como FARC (...)” (f. 47 Cuaderno N° 1).

- Copia de la constancia suscrita por la Policía Nacional - Unidad Investigativa de Puerto Berrío - Antioquia, en la que consta que la protesta fue radicada como denuncia penal bajo el No. 002 (f. 48 Cuaderno N° 1).

- Copia del Oficio de 7 de enero de 2006-01-08, mediante el cual el Gerente de la R/R Guadalupe, manifiesta que en la operación de descargue del 7 de enero se recibieron del bote 174 de la Empresa SOFASA S.A., los siguientes contenedores abiertos con oxicorte y con faltantes en su interior – INKU252340-3 y ECMU952541-9 (f. 49 Cuaderno N° 1).

- Copia del Acta de inspección N° 8311 de 12 de enero de 2006 (f. 50 Cuaderno N° 1).

- Oficio de 7 de enero de 2006, mediante el cual el Subgerente de Operaciones de la demandante, informa a la DIAN la existencia de 2 contenedores violentados (f. 53 ibídem).

- Oficio de 7 de enero de 2006, mediante el cual el Subgerente de Operaciones de la demandante, informa a la DIAN que “el 6 de enero a las 23.00 hrs., aproximadamente en el kilómetro 683 (Permambuco), fue asaltado por un grupo no identificado nuestro remolcador “Guadalupe” en su viaje N° 431 con los Botes Naviera N° 171 y 174, cargados con contenedores de la empresa SOFASA S.A., de los cuales fueron violados algunos sellos, sustrayendo parte de la mercancía sin tener hasta el momento dato exacto de la cantidad robada. También les hacemos saber que estamos incomunicados con el capitán de la embarcación, debido al robo de elementos de comunicación (radió teléfonos y celulares), como así parte de las pertenencias y provisiones de la tripulación a bordo. (f. 54 ibídem).

- Copia del Requerimiento Especial Aduanero No. 000084 de 29 de junio de 2006, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 44 de Decreto 1232 de 2001, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (fs. 55 – 62 ibídem).

- Copia de la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero No. 000084 de fecha 29 de junio de 2006 (fs. 63 – 67 ibídem).

- Copia de la Resolución No. 002068 del 30 de agosto de 2006, por medio de la cual se impone una sanción a la demandante por valor de 70 salarios mínimos (\$ 28.560.000) (fs. 70 - 76 ibídem).
- Copia del recurso de reconsideración presentado contra la resolución anterior (fs. 78 – 84 ibídem).
- Copia del Acta N° 001 – CBRIFLIM1 – EMIM4 – de 17 de enero de 2006, “que trata sobre la reunión para conocer y tomar acciones sobre el hurto de material y equipo de la firma SOFASA sobre el río Magdalena” (fs. 85-87 ibídem).
- Copia de la Resolución No. 000226 del 17 de febrero de 2007, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración (fs. 88 - 98 ibídem).
- Copia del Expediente Administrativo No. CU 0606-50179, correspondiente a la NAVIERA FLUVIAL COLOMBIANA S.A. (cuaderno de pruebas).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

5.5.2.1. La apelante afirmó que la sentencia de primera instancia se debe revocar porque la sanción prescrita en el numeral 3 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, únicamente puede ser aplicada al transportador o agente marítimo y, teniendo en cuenta que no es ni transportador ni agente marítimo, la sanción impuesta es contraria a derecho. Así mismo, reiteró que la demandante no autorizó el cabotaje especial por lo que tampoco se puede aplicar la sanción.

- Los argumentos del apelante no son de recibo, porque no es cierto que la sanción impuesta solo procede para cabotaje especial, y que tenga únicamente como destinatarios a transportadores y agentes marítimos.

De acuerdo con el artículos 375 del Decreto 2685/99, antes transcrito, el **cabotaje**, es una modalidad del régimen de tránsito aduanero que regula el transporte de mercancías bajo control aduanero, cuya circulación esté restringida -por agua o por aire- entre dos (2) puertos o aeropuertos habilitados dentro del territorio aduanero nacional y solo se encuentran autorizadas para realizar esta operación, las empresas transportadoras que se encuentren debidamente inscritas y autorizadas para realizar este tipo de operaciones por la DIAN, con las naves y aeronaves destinadas por ellos y debidamente inscritos.

El artículo 375-1 ibídem regula el **cabotaje especial**, el cual señala que se trata de una modalidad del régimen de tránsito aduanero, que regula el traslado

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9



de mercancías bajo control aduanero entre dos (2) puertos marítimos o fluviales, las cuales, después de ingresadas al territorio aduanero nacional, se trasladarán, previo cambio del medio de transporte, al puerto nacional de destino, debiendo tener la embarcación como ruta final un país extranjero...", disposición que en su parágrafo dispone que "los transportadores o los agentes marítimos, según se trate, se les aplicarán las sanciones previstas en el numeral 3 del artículo 497 del presente decreto."

Aunque el Estatuto Aduanero regula la modalidad de cabotaje en el artículo 375 y el cabotaje especial en el artículo 375-1, y en los actos acusados se citan ambas disposiciones como parte del conjunto de disposiciones que regulan dicho instituto, lo cierto es que del contenido de los documentos que conforman la actuación administrativa que concluyó con la expedición de dichos actos, se infiere que la sociedad demandada es una empresa transportadora debidamente autorizada por la DIAN para realizar operaciones de cabotaje con sus naves y utilizaba el río Magdalena para movilizar mercancías entre Cartagena y Puerto Berrío, puertos habilitados dentro del territorio aduanero nacional (ver especialmente la declaración de tránsito aduanero y/o cabotaje obrante a folio 8 del cuaderno de pruebas, relacionada con el transporte de mercancía de que trata este proceso). Luego la operación descrita se rige por el artículo 275 y no por el 275-1 del Estatuto Tributario.

Conviene resaltar que los actos acusados hacen igualmente mención a regulaciones comunes de las dos modalidades de cabotaje citadas, entre ellas las contenidas en los artículos subsiguientes, referidos a las empresas autorizadas para realizar cabotaje (artículo 176 ibídem), garantías para el cabotaje (artículo 378 ibídem), y finalización del cabotaje (artículo 379 ibídem).

Ahora, el hecho de que la sociedad demandante no realizara una operación de cabotaje especial, en cuyo marco el artículo 375-1 establece que "a los transportadores o los agentes marítimos, según se trate, se les aplicarán las sanciones previstas en el numeral 3 del artículo 497 del presente decreto", no significa que a los transportadores que realicen el cabotaje descrito en el artículo 275 no se les apliquen las mismas sanciones.

De hecho, tanto el cabotaje en los términos definidos en el artículo 375 como en el 375-1 constituyen una modalidad del Régimen de Tránsito Aduanero, y por ello les son aplicables las sanciones previstas para el Tránsito Aduanero, conforme a lo establecido en el artículo 389 ibídem, que sobre los aspectos no

regulados en dicho estatuto establece expresamente que “A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”¹

Ahora bien, el solo hecho de que la sociedad demandante fuera autorizada por la DIAN para realizar el cabotaje, permite a la Sala concluir que debe responder por el cumplimiento de las obligaciones, dentro de las cuales se encuentra finalizar el cabotaje de conformidad con el artículo 379 ibídem, y debe responder por el incumplimiento de cualquier obligación aduanera de conformidad con el artículo 497 del E.A.

Así las cosas, la entidad demandante, en su calidad de operador de transporte de cabotaje, y como responsable del transporte de la carga autorizada, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó, so pena de responder por el pago de tributos de la mercancía perdida, y por la no entrega de la misma en la aduana de destino, incurriendo así en la sanción tipificada en el artículo 479 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999, que establece entre las faltas gravísimas en que pueden incurrir los transportadores.

Por lo anterior, tal y como lo afirmó el A-quo la demandada, sí podía aplicar a la Sociedad Naviera Fluvial la sanción contenida en el numeral 3.3.1 del artículo 497 del Estatuto Aduanero. Por ello, no es de recibo el argumento planteado por la sociedad actora.

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo o legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar, de conformidad con lo probado, si se dieron o no los supuestos fácticos para que la administración aduanera impusiera a la Sociedad Naviera Fluvial S.A., la sanción contemplada en la norma antes citada, teniendo en cuenta la causal eximente de responsabilidad que esta última alega.

- De la eximente de responsabilidad. Fuerza mayor y caso fortuito.

De acuerdo con la sociedad demandante, la sanción impuesta se originó por un hurto del que fue objeto por parte de un grupo al margen de la ley, que saqueó dos de los contenedores de la empresa SOFASA S.A que transportaba.

¹ **Artículo 389. Aspectos no regulados.** A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

Para probar el hurto la sociedad accionante aportó copia de la denuncia presentada ante la SIJIN el 7 de enero de 2006 a las 9.30 a.m., suscrita por el Capitán, 2 Pilotos, 2 Maquinistas, Maestre y 3 Marineros pertenecientes a la embarcación que transportaba la mercancía por el Río Magdalena y sus afluentes, dirigida al inspector fluvial de Puerto Berrío, mediante el cual le informan que “el viernes 6 de enero de 2006 a las 23:00 hrs., en el Km 683 pernoctábamos cuando apareció un grupo armado de 20 hombres fuertemente con armas de fusil y pistolas, intimidándonos y presentándose como FARC (...)” (f. 47 Cuaderno N° 1); documento en el cual manifiestan que le fueron hurtados herramientas del cuarto de máquinas, provisiones de la cocina, motobomba, el televisor del remolcador, un tanque de 15 litros de agua, el ventilador del remolcador, radio de comunicación con su fuente, pertenencias de los tripulantes, una nevera y dinero en efectivo; y agregó que abrieron dos huecos a dos contenedores de los cuales se llevaron parte de la carga.

Si bien en principio puede considerarse demostrado el hurto de parte de la mercancía contenida en los dos contenedores que se individualizan, lo cierto es que el documento comentado no da cuenta de cuál es la parte de la mercancía que fue hurtada.

Adicionalmente, el carácter de imprevisibilidad e irresistibilidad queda desvirtuado por el acta levantada de la reunión sostenida el 17 de enero de 2006 entre el comandante de la Infantería de Marina y otros oficiales de dicha institución con funcionarios de la sociedad demandante y de Transporte SOFASA, en la que los asistentes dejaron constancia de que si bien durante los últimos años existía una sensación de seguridad por el hecho de que la sociedad demandante no había sido víctima de hurtos, y se había incrementado el volumen de carga, reconocieron que la Sociedad Naviera Fluvial S.A., había sido objeto de hostigamientos y que sus embarcaciones estaban blindadas y habían sido acondicionadas para alojamiento de tropa a bordo, lo cual no ocurrió con el remolcador en el que se produjo el hurto, pues no había sido blindado por sus características.

No obstante, se suscribieron compromisos para mejorar la seguridad, entre ellos el adquirido por la sociedad demandante de transportar toda la carga de SOFASA en el trayecto Cartagena – Barrancabermeja a bordo de sus unidades de mayor capacidad, las cuales cuentan con facilidades para el alojamiento de tropas y blindaje, así como a efectuar los transbordos a remolcadores de capacidad en el trayecto Barrancabermeja Puerto Berrío, e informar a la brigada fluvial de I.M No. 1 Batallón Fluvial I.M. No. 30 sobre la situación de sus operaciones para facilitar el aislamiento y oportunidad de las tropas, sin causar retardo en el transporte de

la carga. Igualmente, a efectuar las adecuaciones del blindaje y alojamiento de tropas al remolcador Guadalupe a más tardar el 15 de mayo de 2006.

Para ello era necesario suministrar un Escolta fluvial, mientras se le efectuaba las adecuaciones al remolcador Guadalupe.

De acuerdo con las pruebas antes descritas, es claro que la empresa transportadora, aunque afirma que no se había concretado hurtos en su contra, sí se encontraba prevenida dado los hostigamientos sufridos, conocimiento del cual da fe el blindaje de las embarcaciones, y riesgo que se pretendía amparar desde antes del hurto de mercancías examinado en este proceso, puesto que las embarcaciones de mayor capacidad fueron acondicionadas para el alojamiento de las tropas que las acompañaban.

Luego, era previsible que las embarcaciones y remolcadores que no contaban con blindaje ni acompañamiento de tropas, en una zona con presencia de grupos armados, corría el riesgo de ser hurtada o dañada, y a dicho riesgo era posible resistir efectuando la necesaria coordinación con la fuerza pública u la contratación de otros servicios de seguridad privada legalmente autorizados.

El acta descrita demuestra que la sociedad demandante contaba con información que aconsejaba resguardar la mercancía transportada, sea mediante el blindaje de las embarcaciones de menor capacidad y el acondicionamiento de éstas para el acompañamiento de tropas; o también, mediante la decisión de transportar la mercancía en naves de mayor capacidad que ya estaban blindadas y acondicionadas.

Luego, el hurto demostrado no constituye por sí solo una causal exonerativa de responsabilidad, respecto de la demandante, pues se debe tener especial cuidado en demostrar que el hurto fue irresistible e imprevisible de conformidad con el artículo 64 del Código Civil,² y no lo probó, pues no tuvo especial cuidado al tomar las medidas de seguridad suficientes para evitar la ocurrencia del hurto.

En el sub lite, la accionante insiste en que el hecho de que existiera un faltante en la mercancía se debió a un caso de fuerza mayor o caso fortuito y que la responsabilidad es del Estado Colombiano, pues de conformidad con un acuerdo suscrito con los representantes de los transportadores de carga por carretera y los usuarios del servicio de transporte, estaba obligada a garantizar la seguridad en el río Magdalena, y no lo hizo, además de “...que en los últimos

² **La fuerza mayor o caso fortuito:** “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

cuatro (04) años se han transportado 100, 100, 600 y 1.000 contenedores respectivamente, sin haber sucedido ni el más mínimo hecho de inseguridad durante dicho transporte"

En primer lugar, es evidente que el hecho de que el Estado tenga el deber de asegurar y/o garantizar la seguridad de todas las personas residentes en Colombia, no eximía a la demandante de la obligación de establecer medidas de seguridad, para custodiar la carga que se transportaba; y, se reitera, en el proceso no existe prueba alguna de que se hayan adoptado esas medidas necesarias para la guarda de la mercancía,

Para la Sala, tal y como lo consideró el a-quo, no se encuentra demostrado en este caso que el hurto hubiera sido un hecho imprevisible a la demandante, como responsable de la mercancía, pues el sólo hecho de ejercer la actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional exige que se tomen todas las medidas de seguridad del caso.

Por todo lo expuesto, esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por injustos ni desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición que consagró la conducta sancionable (Artículo 497 3.1.1. D. 2685/99) y, por consiguiente, debió sancionar.

- Finalmente, no sobra advertir que contrario a lo manifestado por la accionante el Juez –Aquo, sí estudió uno a uno los cargos propuestos con la demanda, los cuales despachó desfavorablemente con argumentos que no fueron controvertidos por la apelante y, por lo tanto, tampoco serán objeto de estudio por esta Sala.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se configura la violación de las normas invocados para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, ni se demostró la causal eximente de responsabilidad alegada. Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada

Costas en segunda instancia.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del C.P.A.C.A que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, resulta procedente la condena



en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

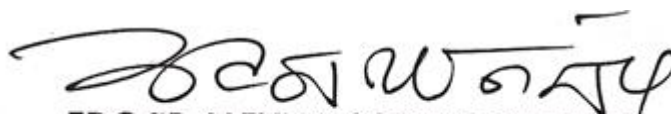
VI.- FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenase en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remitir al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ