

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00803-02

Actores: JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA

Demandados: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) Y AUTORIDAD NACIONAL DE ACUICULTURA Y PESCA (AUNAP).

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 CCA). Sentencia de segunda instancia.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor **JOSÉ MANUEL FALANTE OLIVEIRA**, por conducto de apoderado, presentó² demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER) y la AUTORIDAD NACIONAL DE ACUICULTURA Y PESCA (AUNAP), a efectos de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

¹ Folios 1-21 del cuaderno 1.

² El 31 de mayo de 2012 (fl. 19 del cuaderno 1).

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 01668 de 29 de junio de 2011, por la cual la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER sancionó a la sociedad COMEXTUN LIMITADA; al capitán del buque "MARÍA ISABEL C." señor José Manuel Falante y solidariamente a TUNA ATLANTIC LIMITADA, en su calidad de armador del buque, con el equivalente a 15.000 salarios mínimos legales diarios vigentes que corresponde a la suma de doscientos sesenta y siete millones setecientos noventa y nueve mil novecientos cincuenta pesos (\$267.799.950.00), moneda corriente, por presuntas violaciones al Estatuto General de Pesca, concretamente a la veda acordada para el año 2009.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2615 de 14 de Octubre de 2011, mediante la cual la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER confirmó en todas sus partes la Resolución No. 1668, en cuanto impuso al señor José Manuel Falante de Oliveira una sanción como Capitán del barco "MARÍA ISABEL C.”

3. Que, a título de restablecimiento del derecho, se exonere al señor José Manuel Falante de Oliveira de toda responsabilidad por las infracciones que le fueron imputadas y del pago de la sanción que le fue impuesta mediante los actos administrativos demandados.

4. Que se condene a la Nación – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER y/o a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca - AUNAP - a reintegrar al señor José Manuel Falante de Oliveira el valor correspondiente a la caución que llegue a prestarse como requisito para darle curso legal a la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o aquellas sumas que mi representado deba asumir y pagar para constituir y sostener la vigencia de esa caución por el tiempo que sea necesario.

5. Que se ordene que el mencionado reintegro, cualquiera que sea, se ajuste en su valor tomando como base el índice de Precios al Consumidor como lo indica expresamente el artículo 178 del C.C.A.”³.

Cabe anotar que, con fundamento en razones similares a las esbozadas en el concepto de violación solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos censurados.

1.2. HECHOS

En síntesis, como fundamento de sus pretensiones, narró lo siguiente:

1.2.1. Mediante Resolución No. 04706 de 23 de diciembre de 2009, la autoridad pesquera nacional, estableció una veda por el término de 49 días por buque individual (VBI) para embarcaciones atuneras de clase 6 y estableció medidas de conservación sobre poblaciones de túnidos y especies afines cuyas operaciones se

³ Folios 1-2 del cuaderno 1.

realizaban en aguas jurisdiccionales y zona exclusiva de Colombia.

1.2.2. La empresa **COMEXTUN LIMITADA**, mediante representante legal, comunicó que el buque “MARÍA ISABEL C.”, iniciaría su período de veda a partir del 9 de junio de 2009.

1.2.3. El 24 de septiembre de 2010, el Comité para la Revisión de las Medidas Adoptadas por la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT) presentó un informe en el cual hacía referencia a un presunto incumplimiento de la veda por parte del buque “MARIA ISABEL C.” según algunos formatos y registros suscritos por el observador del buque, durante el crucero No. 139800 cumplido entre el 9 de marzo y 12 de junio de 2009, período de la veda anunciada por la propietaria de la referida embarcación.

1.2.4. En consecuencia, la Subgerencia de Pesca y Agricultura del INCODER abrió la investigación administrativa No. 112010103, expediente No. 011 de 2010, de 21 de diciembre del mismo año, contra la motonave denominada “MARÍA ISABEL C.” con matrícula MC-05-551, la cual se encontraba autorizada por la flota dentro del permiso otorgado a la sociedad COMEXTUN LTDA, por la presunta infracción al Estatuto General de Pesca y otras disposiciones.

1.2.5. Mediante auto de 1º de febrero de 2011 la Subgerencia de Pesca y Acuicultura - INCODER, declaró de oficio la nulidad del expediente No. 011 de 2010 pues la investigación debió iniciarse en contra del capitán, el armador y el titular del permiso de pesca, no contra el buque “MARIA ISABEL C.”, investigación que asumió nuevamente a través de auto No. 18 de 2 de febrero de 2010, excluyendo al referido buque.

1.2.6. Mediante Resolución No. 01668 de 29 de junio de 2011, y una vez surtida la actuación administrativa correspondiente, la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER decidió sancionar a la sociedad COMEXTUN LIMITADA; al capitán del buque JOSÉ MANUEL FALANTE OLIVEIRA, y solidariamente a TUNA ATLANTIC LIMITADA en su condición de armador del buque, con 15.000 salarios mínimos legales diarios vigentes, es decir, en suma equivalente a doscientos sesenta y siete millones

setecientos noventa y nueve mil novecientos cincuenta pesos (\$267.799.950)

1.2.7. Por medio de la Resolución No. 02615 de 14 de octubre de 2011, la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER confirmó al decidir la Resolución No. 01668 de 29 de junio del mismo año el recurso de reposición señor FALANTE DE OLIVEIRA, en calidad del buque referido.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1.3.1. El apoderado del demandante invocó como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política, artículos 25, 29, 53 y 209.
- Ley 489 de 1998⁴
- Ley 13 de 1990.⁵
- Código Contencioso Administrativo (CCA), artículos 43 y 85.
- Código de Procedimiento Civil (CPC), artículo 4º.
- Código de Comercio (CCo), artículo 1495.
- Decreto 2256 de 1991.⁶

1.3.2. En su concepto, los actos administrativos acusados se encuentran viciados de ilegalidad por incurrir en lo siguiente:

- i. **Incompetencia del funcionario que los expidió.** La facultad del Gerente del INCODER⁷ para “imponer multas y sanciones”, fue delegada en la Subgerencia de Pesca y Agricultura a través de la Resolución No. 2851 de 2010, que surtiría efectos a partir de su publicación en el Diario Oficial (art. 119 Ley 489 de 1998), lo cual nunca ocurrió. Por tanto, esta última no tenía competencia para proferir los actos administrativos demandados.

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

⁵ “Por la cual se dicta el Estatuto General de Pesca”

⁶ “Por el cual se reglamenta la Ley 13 de 1990”

⁷ Cfr. Ley 13 de 1990 y artículo 4-24 del Decreto 3759 de 2009 por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder, y se dictan otras disposiciones..

- ii. **Violación al debido proceso.** A pesar de ser necesaria (art. 164 D. 2256/91) la vinculación del capitán del barco “MARÍA ISABEL C.” a la investigación administrativa, en su condición de “jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave” (art. 1946 CCo), esta no se realizó (más allá del envío de un cuestionario), impidiendo con ello el ejercicio del derecho de defensa del señor FALANTE DE OLIVEIRA.

Así mismo, la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 55 de la Ley 13 de 1990 se predica es del pago de la sanción. De ahí que *“... no puede hablarse de responsabilidad directa sino respecto del capitán del barco, para situar responsabilidad solidaria en cabeza de los titulares del permiso de pesca correspondiente y los armadores de la nave...”*⁸.

- iii. **Falsa motivación.** La Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER sustentó la presunta infracción, en las respuestas emitidas por el observador del buque al cuestionario enviado por dicha entidad, resultando ser simples apreciaciones personales, sin acudir a otros medios de prueba idóneos que corroboraran el incumplimiento de la veda y menos que este haya tratado de prevenir tal infracción.

Además, el “observador” tiene una función preventiva que busca evitar la mortalidad incidental de delfines durante la pesca de atunes, la cual debe atender de mutuo acuerdo con el capitán de la embarcación y el resto de la tripulación; empero, esto no ocurrió.

Finalmente, manifestó no entender por qué el INCODER derogó la norma⁹ que estableció la veda para el año 2009, para luego, en el año 2011, determinar sanciones con base en una norma que sacó del ordenamiento jurídico.

1.4. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

⁸ Folio 10 del cuaderno 1.

⁹ Folio 14 del cuaderno 1.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, en auto de fecha 19 de julio de 2012¹⁰ admitió la demanda, y dispuso las notificaciones y demás trámites de rigor, de acuerdo con los artículos 150 y 207 del CCA.

Igualmente, negó la pretendida medida de suspensión provisional por no advertirse violación en esa etapa de las normas invocadas, decisión que fue confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia de 31 de octubre de 2013¹¹.

Mediante auto de 9 de agosto de 2012¹², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” resolvió adicionar el numeral cuarto del auto admisorio en el sentido de oficiar a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca – AUNAP con el fin de que allegara copia de la totalidad de los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos acusados.

Esta providencia fue objeto de aclaración oficiosa, mediante auto de 30 de agosto de 2012¹³ en cuanto a la expedición de las copias del expediente, y de corrección frente a errores de transcripción, sin mayor incidencia en el fondo del asunto.

1.5. CONTESTACIÓN

1.5.1. DE LA AUNAP¹⁴

1.5.1.1. Actuando a través de representante judicial, explicó que no era cierto, como lo sostuvo el demandante, que mediante auto No. 11 de 21 de diciembre de 2010 se hubiera abierto investigación administrativa en contra de COMEXTUN LIMITADA, ni contra el capitán del buque “MARIA ISABEL C.”, ni tampoco contra el armador TUNA ATLANTIC LIMITADA. Se abrió contra el buque o motonave “MARIA ISABEL C.”, circunstancia que fue subsanada por la entidad mediante auto No. 1 de febrero de 2011.

Expresó que a través del auto No. 18 de 2 de febrero del mismo año se abrió investigación contra el titular del permiso de pesca

¹⁰ Folios 97-100 del cuaderno 1.

¹¹ Folios 9-16 del cuaderno 2 de la suspensión provisional.

¹² Folios 125-126 del cuaderno 1.

¹³ Folios 482-483 del cuaderno 1.

¹⁴ Folios 163-197 del cuaderno 1.

(COMEXTUN LIMITADA), el armador del buque (TUNA ATLANTIC LIMITADA) y el demandante en este asunto, Capitán JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA.

1.5.1.2. Argumentó que **el funcionario que expidió los actos demandados sí era competente**, pues, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵, los actos que asignan funciones al interior de la entidad no requiere de la publicación para ser eficaces, pues solo tienen incidencia en el ámbito interno de aquella y, por tanto, su personal está llamado a acatarlo desde el momento mismo de la expedición.

1.5.1.3. Descartó que se hubiera producido la alegada **violación al debido proceso**, señalando que estaba probada la vinculación formal del accionante, contra quien se decidió la investigación a través de la sanción contemplada en los actos cuestionados (Resoluciones Nos. 1668 y 2615)

Aclaró que, el mencionado comandante FALANTE DE OLIVEIRA, fue vinculado al trámite sancionatorio mediante reiteradas comunicaciones con las que se le remitió un cuestionario y se le dio la oportunidad, igual que a los demás implicados, de ejercer su derecho de defensa.

Indicó que el artículo 1495 del CCo, sobre la calidad de “jefe superior del gobierno y dirección de la nave” no tiene aplicación en el *sub examine*, que se rige por el Estatuto General de Pesca contenido en la Ley 13 de 1990 y el Decreto 2256 de 1991, que desarrollan la responsabilidad de las personas “naturales y jurídicas” (art. 55) en la materia; máxime cuando las empresas deben responder por la elección y vigilancia de su personal (capitán).

Puso de presente que, según lo decantado en la sentencia C-595 de 2010, el proceso sancionatorio tiene menor rigor formal que el penal. De ahí que la versión de los implicados, y concretamente la del capitán de la embarcación, dada la imposibilidad de que se surtiera de manera presencial, pudiera ser tomada por escrito mediante la respuesta a un cuestionario, que, valga aclarar, fue

¹⁵ Se refirió a la siguiente sentencia: Sección Cuarta, C. P. William Giraldo Giraldo, 3 de marzo de 2011, rad. 25000-23-24-000-2002-01061-01, actor: Giros y Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial S.A.

enviado a COMEXTUN LIMITADA, destacando que conocía el tipo de tecnología de sus embarcaciones para establecer el contacto necesario.

1.5.1.4. Aseguró que **no existe falsa motivación en los actos censurados**, pues la Ley 13 de 1990 castiga que en época de veda se realice la “extracción” que “tiene por objeto la aprehensión de recursos pesqueros”, para lo cual basta que se hagan “lances” que busquen la captura de peces, sin importar si tienen éxito o no, dado el enorme daño ambiental que estos generan.

Puntualizó que la sanción viene precedida de un informe de la CIAT, –a la que se adscribe el “observador” de dicha entidad–, a quien la Corte Constitucional, en la sentencia C-1710 de 2000, reconoció como una herramienta idónea para el cumplimiento de los fines ambientales del Estado, y que, pese a ello, en la demanda no se logran desvirtuar.

Advirtió que si bien es cierto la Resolución 4706 de 2008 fue derogada con la No. 1859 de 2010, también lo es que fue la primera la que estableció la veda para el año 2009 que es la que ocupa la atención de la Sala, y fue la infracción de ésta lo que motivó la investigación y posterior sanción; mientras que la segunda resolución estableció una nueva veda para el período subsiguiente. Por tanto, las decisiones atacadas estuvieron debidamente fundamentadas. Considerar lo contrario operaría en desmedro de la alta misión de conservación del medio ambiente que le fue conferida a las hoy accionadas.

1.5.2. INCODER

La referida entidad no contestó la demanda¹⁶.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

1.6.1. DE LA AUNAP¹⁷

1.6.1.2. Además de replicar los planteamientos señalados en el escrito de contestación de la demanda, expresó que como la

¹⁶ Folio 195 del cuaderno de copias.

¹⁷ Folios 285-337 del cuaderno de copias.

acción presentada por las sociedades COMEXTUN LTDA y TUNA ATLANTIC LIMITADA, en su calidad de titular de permiso de pesca industrial y de armador del buque respectivamente, dentro del proceso con radicado No. 2012-00607, había sido fallada favorablemente a sus intereses mediante providencia de 25 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, era necesario declararse la legalidad de las resoluciones cuestionadas con el propósito de guardar concordancia con lo decidido en dicho proceso.

Aseguró que la diferencia entre el mentado proceso No. 2012-00607 y el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala era de carácter fáctico, pues en dicho trámite los demandantes eran las empresas COMEXTUN LTDA y TUNA ATLANTIC, mientras que aquí el demandante era la persona natural, señor JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA; sin embargo, los hechos analizados y el buque que se encontraba en faena de pesca fueron los mismos, es decir, la pesca en época de veda en el buque bautizado "MARÍA ISABEL C.

1.6.1.3. Explicó asimismo que lo anterior obedecía a que en su momento se generaron dos procedimientos administrativos sancionatorios distintos con el fin de garantizar el debido proceso tanto del citado capitán del buque como de las sociedades implicadas en la violación de la veda.

Aunque más adelante llamó la atención por el hecho de que en la Subsección "B" de ese mismo colegiado se hubiera proferido una sentencia adversa en el proceso No. 2012-00796-00, adelantado por Manuel Jaime Rodríguez, a quien le prosperó la demanda bajo la tesis, equivocada a juicio de la entidad demandada¹⁸, de que no se le formuló un pliego de cargos.

1.6.1.4. Frente a la falta de publicación del acto mediante el cual delegó funciones, insistió en la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para descartar sus efectos nulitantes y transcribió apartes del auto por medio del cual la

¹⁸ En su criterio este es un "formalismo" propio del derecho disciplinario, no aplicable al trámite sancionatorio en cuestión (Cfr. C-595 de 2010), regulado por una norma especial, y que, ante un eventual vacío, permite acudir al CCA (Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", C. P. Enrique Gil, 22 de octubre de 2012, rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01), que en sus artículos 34 a 35 no precisa el "pliego de cargos".

Sección Primera del Consejo de Estado¹⁹ se pronunció en un asunto de contornos similares.

1.6.1.5. Detalló que en el “auto por el cual se asume una investigación” fueron debidamente vinculados todos los implicados para rendir descargos, tanto es así que interpusieron recursos y presentaron declaraciones, incluidos el representante legal de la empresa titular del permiso de pesca y el capitán del barco, por lo que bien puede tenersele notificado a este último, si se quiere, por conducta concluyente.

Por lo demás, reiteró su postura frente a la inaplicabilidad de las normas del Código de Comercio al asunto en cuestión, dada la existencia de la regulación especial contenida en la Ley 13 de 1990 y demás normas que la desarrollan.

1.6.2. DE LA PARTE DEMANDANTE²⁰

1.6.2.1. Insistió principalmente en los argumentos esbozados en el libelo genitor del presente trámite, y los complementó con razones para controvertir los argumentos de la parte demandada.

1.6.2.2. Destacó que la Resolución 2581 de 2010 no es de aquellas que refieren únicamente a labores y organización interna de la administración, pues a través de ella se delegan facultades, que por mandato legal²¹, son exclusivas del gerente del INCODER, a diferencia de lo que ocurre en otros casos, en que la propia norma señala los eventos en los que otros servidores, distintos del titular, pueden ejercer determinadas funciones propias de aquel.

De ahí que el *sub judice* difiere de los estudiados en la jurisprudencia invocada por la defensa²² y, más bien, debe consultar otros pronunciamientos del Consejo de Estado²³ que resaltan la publicidad como requisito de eficacia del acto

¹⁹ Providencia de 4 de octubre de 2012, rad. 2012-00796-01, actor: Manuel Jaime Rodríguez.

²⁰ Folios 338-358 del cuaderno de copias.

²¹ Según dijo: artículo 78 de la Ley 489 de 1998, artículo 10.2 del Decreto 1300 de 2003 y artículo 9.3 del Decreto 3759 de 2009.

²² Pronunciamiento de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, referenciado líneas atrás.

²³ Se refirió a las siguientes sentencias: Sección Cuarta, C. P. Ligia López Díaz, rad. 25000-23-24-000-2001-01148-01; Sección Quinta, C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad. 11001-03-28-000-2010-00006-00.

administrativo, que, desde luego era del interés de los demandantes, pues fue el sustento competencial que sirvió al funcionario que impuso una millonaria multa en su contra; máxime cuando *“... así lo determinó el propio delegante tal vez reconociendo clarísimos derechos de los administrados para conocer quiénes son los funcionarios competentes que vigilan, controlan, intervienen, supervisan y sancionan las actividades de las cuales tales administrados han acordado actuar y desenvolverse con arreglo a normas claras y con base en postulados de vigencia universal que informan el principio de la confianza legítima”*²⁴.

1.6.2.3. Señaló que el envío de un cuestionario al capitán del barco no era equiparable con la vinculación, por ende, no subsanaba el yerro en cuestión frente a un aspecto de tanta importancia por su posición privilegiada frente a los hechos sancionados, con lo cual, por contera, se pretermitió una etapa procesal (descargos) imprescindible. En términos puntuales cuestionó el libelista *“... de qué podrían en este caso defenderse mis representados sin los descargos del presunto responsable directo de la infracción...”*²⁵.

1.6.3. DEL INCODER²⁶

Aseguró ratificar las excepciones y fundamentos de derecho esbozados en su escrito de contestación de la demanda, pese a que, como se mencionó en precedencia, en auto de 7 de febrero de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se indicó que la mencionada entidad no la contestó²⁷, de acuerdo con el informe secretarial visto a folio 195 del expediente.

En vía de alegación, arguyó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no era la entidad que debía demandarse, conforme lo establecido en la Ley 1444 de 2011, por lo que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

1.6.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

²⁴ Folio 358 del cuaderno de copias

²⁵ Folio 317 del cuaderno 1.

²⁶ Folios 326-328 del cuaderno 1.

²⁷ Folio 195 del cuaderno de copias.

El Ministerio Público no conceptuó dentro de esta etapa procesal.

1.7. SENTENCIA APELADA²⁸

1.7.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, a través de fallo de 19 de septiembre de 2013 resolvió lo siguiente:

«Primero: Abstenerse de pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del INCODER, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declárase la nulidad de la resoluciones Nos. 01668 de junio veintinueve (29) de 2011 y 02615 de octubre catorce (14) del mismo año expedidas por la subgerencia de pesca y acuicultura del INCODER, únicamente en lo que corresponde a la sanción impuesta al actor, José Manuel Falante de Oliveira en condición de capitán del buque “María Isabel C”.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, declárase que el señor José Manuel Falante de Oliveira no está obligado al pago de la sanción impuesta a través de los citados actos. En caso de que la sanción se haya hecho efectiva, ordénase a la Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca el reintegro de la suma correspondiente al demandante.

Cuarto: Deniéganse las restantes pretensiones de la demanda.

Quinto: Sin costas en esta instancia.

Sexto: En firme esta providencia, archívese el expediente.»

1.7.2. Expresó que de lo observado en el expediente no se encontró probada la elaboración de un pliego de cargos por parte de la Subgerencia de Pesca y Acuicultura, siendo el auto No. 018 de 2011, el único documento mediante el cual se limitó a asumir la investigación administrativa, así como tampoco encontró acreditado que dicha entidad hubiera dictado una providencia que pusiera en conocimiento del capitán del buque las conductas que le endilgaban, o que hubiera sido notificado en debida forma de la apertura de la actuación que terminó con la sanción.

1.7.3. Descartó que con el envío del cuestionario al accionante, a través del representante legal de la sociedad COMEXTUN LTDA, este haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa adecuadamente o que haya rendido descargos, porque el oficio mediante el cual fue remitido no incluyó el cargo imputado ni

²⁸ Folios 365-381 del cuaderno de copias.

expresó las razones fácticas y jurídicas de la conducta investigada, ante lo cual concluyó que la administración pretermitió etapas importantes dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado en su contra, con lo cual le desconoció el debido proceso y particularmente los derechos de defensa y contradicción.

1.7.4. Finalmente, al advertir que la proposición del cargo frente a la vulneración del debido proceso prosperó, se relevó del estudio de los demás cargos, referidos a la falsa motivación de las resoluciones acusadas y a la falta de competencia del funcionario que las expidió.

1.8. RECURSO DE APELACIÓN

Los recursos de alzada fueron incoados por la AUNAP y el INCODER.

1.8.1. DE LA AUNAP²⁹

1.8.1.1. La mencionada entidad solicitó revocar la decisión adoptada en primera instancia y en su lugar se declare la legalidad de los actos enjuiciados, pues, a su juicio, y con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado³⁰, el fallador *a quo* confundió las formas propias del proceso disciplinario, regido por la Ley 734 de 2002, con el proceso administrativo sancionatorio de multa puesto que para este último la Ley 13 de 1990 y el Decreto 2256 de 1991 no exigen un pliego de cargos.

En ese sentido, expresó que la norma aplicable en el caso que se discute era la prevista en el inciso 2º del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo en cuanto a la regulación del procedimiento administrativo sancionatorio, y que el haber formulado un pliego de cargos cuya regulación solo aplica para los trámites de carácter disciplinario supondría una flagrante extralimitación de funciones por parte de los servidores públicos.

1.8.1.2. Respecto de la falta de notificación de las actuaciones de la que, según el Tribunal, fue objeto el demandante, puso de

²⁹ Folios 382-410 del cuaderno 1.

³⁰ Citó la Sentencia de fecha 22 de octubre de 2012. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera, Subsección "C". Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. Radicación No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738)

presente el artículo 48 del CCA³¹, para significar que el mencionado señor FALANTE DE OLIVEIRA no solo interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, sino que además contestó el cuestionario con las preguntas que se le formularon, de tal forma que en la sentencia de primera instancia se desconoció la notificación por conducta concluyente. Un argumento que, a su juicio, permite confirmar la legalidad de los actos acusados.

1.8.1.3. Posteriormente, señaló que no era cierto que la AUNAP omitiera señalar la posibilidad que tenía el actor de allegar pruebas, dentro de la investigación administrativa, pues el auto No. 018 de 2 de febrero de 2011 claramente dispuso en su artículo tercero la posibilidad de que el capitán podía aportar o solicitar pruebas, de conformidad con el artículo 34 del CCA³².

1.8.1.4. Desestimó los argumentos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dirigidos a cuestionar tanto el envío de los requerimientos al actor, a través del representante legal de COMEXTUN LTDA, como el cuestionario enviado porque no se garantizaba su derecho de defensa. Sostuvo que los citados oficios mediante los cuales se le requirió se enviaron a su domicilio laboral, considerando que se trataba de una persona con nacionalidad portuguesa cuya dirección no se tenía, y que además no se encontraba en Colombia, y que en los mismos se informó claramente su finalidad, que era justamente garantizarle el derecho de defensa y contradicción, circunstancia que en todo caso demostraba el conocimiento que tuvo al contestarlo, lo cual permitía inferir la materialización de tales garantías.

1.8.2. INCODER³³

1.8.2.1. Presentó escrito de apelación en el que insistió en su falta de legitimación en la causa por pasiva, circunstancia que relevaba

³¹ “ARTÍCULO 48. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.” (Subrayas que trajo el apelante)

³² “ARTÍCULO 34. Durante la actuación administrativa **se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.**” (Subrayas y negrillas que trajo el apelante)

³³ Folios 412-416 del cuaderno de copias.

a la entidad de responder por las obligaciones plasmadas en la acción que impetró el demandante.

1.9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

1.9.1. DE LA PARTE DEMANDANTE³⁴

En esta fase continuó la defensa de los planteamientos que presentó a lo largo del proceso, reforzando sus argumentos con base en lo expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de primera instancia, por lo que solicitó que fuera confirmada integralmente.

1.9.2. DEL INCODER

La citada entidad, en esta oportunidad, guardó silencio.³⁵

1.9.3. DE LA AUNAP³⁶

Reiteró los argumentos expuestos en el decurso de la primera instancia (demanda, recurso de apelación y alegaciones). De conformidad con tales razones, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

1.9.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO³⁷

Consideró que el fallo apelado debía confirmarse, en tanto el auto No. 018 de 2 de febrero de 2011 si bien ordenó abrir investigación en contra del demandante, en su contenido no se expuso cuáles eran las conductas que le endilgaban ni mucho menos las disposiciones violadas por aquellas, por lo que compartía los argumentos esgrimidos en sede de instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

Agregó que el citado auto tampoco mencionó la posibilidad de que los investigados aportaran y solicitaran pruebas dentro del trámite administrativo, además del hecho de que si bien en su artículo tercero se declaró abierta la etapa probatoria con base en el

³⁴ Folios 70-108 del cuaderno 2.

³⁵ Informe secretarial. Folio 151 del cuaderno 2.

³⁶ Folios 19-68 del cuaderno 2.

³⁷ Folios 143-150 del cuaderno 2.

artículo 34 del CCA, al analizarlo en armonía con el siguiente del mismo acto, fácil era afirmar que se restringió la práctica de las pruebas.

Consideró que esa violación al derecho de defensa del demandante no podía ser superada por el envío de un cuestionario, pues tal como lo señaló el juzgador de primera instancia, en dicho documento tampoco le informó los hechos que se le imputaban ni las normas jurídicas que fueron trasgredidas con la conducta desplegada, ni mucho menos la posibilidad que tenía de solicitar y aportar pruebas.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo establecido por el artículo 129 del CCA, en concordancia con el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2.2. CUESTIÓN PREVIA

El doctor Moreno Rubio manifestó impedimento³⁸ para resolver los recursos de apelación por haber participado en el trámite de instancia, al haber sido el ponente de la sentencia de 19 de septiembre de 2013.³⁹

El Consejero, entonces, consideró estar incurso en la causal 2ª del artículo 141 del Código General del Proceso -anteriormente contenida en el mismo numeral del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala acepta su impedimento y lo separa del conocimiento del caso al constatar la materialización de la causal, ya que, de conformidad con el alcance de la misma, esta se configura por **«Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente»**.

³⁸ Folio 278 del cuaderno N. 2.

³⁹ Folios 365-381 del cuaderno de copias.

2.3. ACTOS DEMANDADOS

Comoquiera que el presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones Nros. 01669 de 29 de junio de 2011** y **02515 de 14 de octubre de 2011**, expedidas por el Subgerente de Pesca y Acuicultura del **INCODER**, valga ilustrar su contenido en cuanto a los aspectos relevantes y su parte resolutive:

[...] INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-INCODER

RESOLUCIÓN No. 01668 DE 29 DE JUNIO DE 2011

“POR LA CUAL SE RESUELVE UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA CONTRA LA SOCIEDAD COMEXTUN LIMITADA, EN SU CALIDAD DE TITULAR DEL PERMISO DE PESCA AL CUAL SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE AFILIADO EL BUQUE “MARIA ISABEL C” DE BANDERA COLOMBIANA, SU CAPITÁN Y SOLIDARIAMENTE CONTRA EL ARMADOR, POR INFRACCIÓN AL ESTATUTO GENERAL DE PESCA Y DEMÁS NORMAS REGLAMENTARIAS SOBRE LA MATERIA”.

RESUELVE:

(...)

ARTÍCULO PRIMERO: SANCIONAR a la Sociedad **COMEXTUN LIMITADA**, identificada con N.I.T.: 900026265-2, con domicilio en la ciudad de Cartagena, en su calidad de titular del Permiso de Pesca Industrial al cual se encuentra debidamente vinculado el Buque “María Isabel C.”, matrícula MC-05-551 de bandera colombiana, su capitán señor JOSÉ OLIVEIRA FALANTE y solidariamente a la sociedad TUNA ATLANTIC LIMITADA, identificada con N.I.T.: No. 806031673-7, en su calidad de Armador del Buque “María Isabel C.”, con el equivalente a 15.000 salarios mínimos legales diarios vigentes, equivalentes a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES, SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL, NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE. (\$267.799.950).

ARTÍCULO SEGUNDO: Con el presente acto administrativo queda resuelta la investigación y se ordena notificar personalmente al representante legal de la sociedad COMEXTUN LIMITADA, y al señor JOSÉ OLIVEIRA FALANTE, en su calidad de capitán del Buque “María Isabel C.” de bandera colombiana, de conformidad con el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se entregará copia del mismo en forma íntegra y gratuita; de no surtirse la notificación personal se procederá de conformidad con el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, cualquiera que sea la forma de notificación de las antes enunciadas, se debe advertir al interesado que contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el cual deberá

interponerse por escrito ante el funcionario que emitió el acto administrativo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. Súrtanse los demás trámites de las anotaciones que correspondan [...]”.

[...] INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-INCODER

RESOLUCIÓN No. 02615 DE 14 DE OCTUBRE DE 2011

“POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 1668 DE 29 DE JUNIO DE 2011, ACTO ADMINISTRATIVO “POR EL CUAL SE RESUELVE UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA CONTRA LA SOCIEDAD COMEXTUN LIMITADA, EN SU CALIDAD DE TITULAR DEL PERMISO DE PESCA AL CUAL SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE AFILIADO EL BUQUE “MARÍA ISABEL C.” DE BANDERA COLOMBIANA, SU CAPITÁN Y SOLIDARIAMENTE CONTRA EL ARMADOR, POR INFRACCIÓN AL ESTATUTO GENERAL DE PESCA Y DEMÁS NORMAS REGLAMENTARIAS SOBRE LA MATERIA””.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala, de cara a los planteamientos esbozados en el escrito de apelación, determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia que: i) se abstuvo de pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del INCODER, (ii) declaró la nulidad de las resoluciones No. 1668 de 29 de junio de 2011 y 02615 de 14 de octubre del mismo año, únicamente en lo que corresponde a la sanción impuesta al señor Falante de Oliveira y; (iii) a título de restablecimiento de derecho, declaró que el actor no estaba obligado al pago de la sanción impuesta por los actos cuestionados.

2.5. CASO CONCRETO

2.5.1. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA ALEGADA POR EL INCODER

La Sección Quinta observa que el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se abstuvo de pronunciarse sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta como excepción por el INCODER en los alegatos de conclusión de primera instancia, pues en el expediente no obraba poder conferido en legal forma que le permitiera a la apoderada intervenir en el proceso al instante del traslado de contestación de la demanda, careciendo

en ese momento de la legitimación *ad processum* que le permitiera llevar la vocería y defensa de la entidad que decía representar.

Al respecto, la Sala estima que el hecho de que en etapas procesales posteriores esa personería adjetiva fuera acreditada con la documentación legal pertinente no podía retrotraer el descuido presentado en la postulación anterior y menos “convalidar” el ya finiquitado término de fijación en lista para contestar la demanda.

En efecto, el INCODER contó con la oportunidad procesal respectiva para proponer las excepciones que el ordenamiento jurídico puso a su disposición y no lo hizo, tal como se desprende de las actuaciones procesales surtidas a lo largo del presente proceso, como para que ahora, pretenda subsanar en sede de apelación, un término que ya feneció, y en el cual tuvo ocasión de controvertir y ejercer su derecho de contradicción, razón que impone a la Sala confirmar lo decidido por el *a quo* en primera instancia.

2.5.2. DE LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia encontró prosperidad en la censura sustentada en la violación del debido proceso del demandante, se relevó a dicho fallador del estudio de los demás cargos, relativos a la falta de competencia de los funcionarios que expidieron los actos acusados y la falsa motivación de los mismos, la Sala debe advertir que este será el marco de acción dentro del cual se analizará el presente asunto, esto es, el debido proceso, más aún cuando la parte demandada AUNAP focalizó el recurso de alzada en dicha transgresión.⁴⁰

Dicho lo anterior, la Sala se abstendrá también de pronunciarse sobre la excepción relativa a la falta de legitimación en la causa por pasiva del INCODER, comoquiera que el estadio de apelación no es la etapa procesal adecuada para controvertir lo que se decidió en sede de primera instancia por el Tribunal, pretendiendo con ello subsanar una oportunidad que no agotó al no allegar en

⁴⁰ Posición mayoritaria de la Sala, en cuanto a la limitación a la que se encuentra sometido el juez de segunda instancia, de acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación.

forma debida el poder que facultaba a la respectiva mandataria, para intervenir dentro del trámite de la referencia.

Visto este contexto de apelación, la Sala considera que el derecho al debido proceso debe entenderse como el conjunto de garantías dirigidas a proteger a las personas respecto de las actuaciones de las autoridades públicas con el fin de que se adopten las formas propias de cada juicio.

Al respecto, el artículo 29 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

“[...] El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará a preferencia de la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público, sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso [...].”

Tal como lo señala la norma superior, el debido proceso constituye una herramienta de protección para quienes intervienen en los procedimientos llevados a cabo por las autoridades públicas extendiendo su espectro al ámbito administrativo, en él se observara en todo momento que sus actuaciones estén conformes con el ordenamiento legal y con las disposiciones de orden constitucional, lo que permite inferir que como principio rector de la actuación administrativa desplegada por el Estado pretende legitimar su ejercicio.

Esto quiere decir que, quienes se hallen incurso en determinada actuación judicial o administrativa tienen el derecho de conocer todas y cada una de aquellas actuaciones, a solicitar la práctica y

controvertir las pruebas que al interior del mismo se ventilen, ejercer con plenitud su derecho de defensa, e impugnar las sentencias que resulten desfavorables a sus intereses.

En estos términos, el máximo órgano constitucional ha sido uniforme en cuanto al derecho de defensa, como un elemento que forma parte de las garantías que ofrece el debido proceso. Ha señalado puntualmente:

« [...] La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas⁴¹.[...]» (Subrayas fuera de texto)

Lo anterior permite arribar a la conclusión de que el debido proceso no comporta nada diferente al establecimiento de garantías hacía quienes intervienen en el curso de un trámite administrativo, y a la vez, se muestra como un límite a la misma

⁴¹ Sentencia C-341 de 2014. Corte Constitucional. M.P. Mauricio González Cuervo. Expediente D-9945.

administración, en tanto sus actuaciones deberán ceñirse a las reglas propias de cada juicio, de conformidad con la Ley y la Constitución.

Pues bien, con el fin de lograr claridad al caso, la Sala considera necesario y pertinente ahondar en las circunstancias que precedieron el trámite administrativo que terminó con las resoluciones cuestionadas, para luego realizar el estudio de las inconformidades que presentó la parte apelante frente a la decisión adoptada en primera instancia y que consideró violatorias del debido proceso.

El Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, por medio de la Resolución No. 4706 de 23 de diciembre de 2008 adoptó la siguiente medida, en virtud de la conservación de túnidos y especies afines en el océano Pacífico Oriental _ OPO:

*[...] ARTÍCULO PRIMERO.- Objeto. **Establecer para el año 2009 medidas de conservación sobre poblaciones de Túnidos y Especies Afines para las embarcaciones atuneras de bandera nacional que operan en el Océano Pacífico Oriental OPO y para las embarcaciones atuneras de bandera extranjera afiliadas a empresas colombianas que operan en aguas jurisdiccionales y en la Zona Económica Exclusiva (ZEE) de Colombia en el Océano Pacífico.***

*ARTÍCULO SEGUNDO.- **Establecer una veda por buque individual (VBI) para embarcaciones atuneras de cerco de bandera nacional.***

*Parágrafo 1.- **La VBI será por un período de cuarenta y nueve (49) días continuos para las embarcaciones atuneras de cerco Clase 6** y de treinta (30) días continuos para las embarcaciones atuneras de cerco Clases 1, 2, 3, 4 y 5, de acuerdo con la clasificación de embarcaciones atuneras establecida por la CIAT.*

Parágrafo 2.- Para las embarcaciones atuneras de cerco de bandera nacional, la veda se aplica en el Océano Pacífico Oriental – OPO, comprendido desde el litoral del continente americano hasta el meridiano 150° oeste y desde el paralelo 40° norte hasta el paralelo 40° sur.

(...)

*ARTÍCULO CUARTO.- Cumplimiento de la veda. **La empresa colombiana a la cual se encuentren afiliadas embarcaciones atuneras de cerco de bandera nacional, deberá informar al ICA en los primeros 15 días del año 2009 el cronograma de cumplimiento de la presente resolución, el cual no podrá ser modificado, donde se establezca el período de cuarenta y nueve (49) días** o de treinta días (sic) (30) días, dependiendo de la Clase, en que las embarcaciones de manera individual o en conjunto,*

cumplirán con la VBI, la cual se dará en el período comprendido entre las 00:00 horas del 16 de enero de 2009 hasta las 24:00 horas del 31 de diciembre de 2009.

(...)

ARTÍCULO DÉCIMO.- Prohíbese la descarga en puerto colombiano de Túnidos y Especies Afines capturadas en contravención con lo dispuesto en la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO.- La autoridad nacional competente implementará las medidas de control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución y podrá en cualquier momento solicitar y verificar la información que se requiera, además de las que considere convenientes en aras de ejercer su control.

(...)

*ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO.- **El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Resolución, será sancionado de acuerdo a lo previsto en el Artículo 55 de la Ley 13 de 1990** y su Decreto Reglamentario 2256 de 1991 [...].” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).*

En cumplimiento de la anterior Resolución ICA y con base en sus disposiciones, el representante legal de la empresa COMEXTUN LTDA, comunicó que el buque “MARÍA ISABEL C.”, de clase 6, iniciaría su período de veda a partir del 9 de junio de 2009⁴².

Posteriormente, y de acuerdo con la información que suministrara la CIAT (informes de los observadores) se identificaron unos buques, entre ellos “MARÍA ISABEL C.” con reportes de lances efectuados dentro de las fechas de vedas notificadas, incumpliendo la medida de conservación consagrada en la aludida Resolución No. 4706 de 23 de diciembre de 2008.

De conformidad con lo anterior, y con fundamento en ese informe sobre el no cumplimiento de la veda de atún en el año 2009, la subgerente de pesca y acuicultura del INCODER, expidió el Auto No. 112010103 de 21 de diciembre de 2010 que reposa a folios 1-4 del cuaderno respuesta oficio EM N° 12-1460, mediante el cual se abrió investigación administrativa contra la motonave “MARÍA ISABEL C.” Del mencionado auto se extrae lo siguiente:

[...] Según lo establecido en la resolución No. 4706 del 23 de diciembre de 2008, para cada atunero de cerco de pabellón colombiano, se estableció según notificación de la empresa, el período de cumplimiento de la veda por buque individual – VBI de 49 días para barcos clase 5 y 6 o de 30 días para barcos clase 4, indicando fecha de inicio y fin según el tipo de barco.

⁴² Folios 5-7 del cuaderno respuesta oficio EM N° 12-1460.

Teniendo como referencia el Documento COR-01-06 sobre Cumplimiento de las medidas de la CIAT en 2009, presentado en la pasada reunión anual de la CIAT realizada en septiembre de 2010 en Antigua, Guatemala, se demostró el número de días consecutivos en los que la flota colombiana de clase 6, no realizaron lances (Tabla 2.13). A partir de esta referencia e información adicional suministrada por la CIAT (informes de los observadores) durante el período de VBI observadas por las embarcaciones colombianas, se identificaron a los buques El Rey, **María Isabel C** y Martha Lucía R., **con reportes de lances efectuados dentro de las fechas de vedas notificadas, incumpliendo de esta manera con la medida de conservación establecida durante la resolución No. 4706 del 23 de diciembre de 2008.**

Caso 3. B/P María Isabel Crucero de Pesca No. 139800

Período de veda 09 de junio al 27 de julio de 2009

Durante el Crucero No. 139800 observado por la CIAT, en los informes del Panel Internacional de Revisión-PIR, el informe diario – ID y del Registro de Seguimiento de Atún – RSA elaborados por el observador a bordo, se registra el primer lance sobre mamíferos LANMAM a las 8:26AM el día 09 de junio de 2009, el primer día de veda, a las 14:59 pm; donde se capturan de 4 t. YFT.⁴³ [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Del texto citado, se desprende que de acuerdo con el informe rendido, se realizaron lances durante los días de veda dispuestos por la Resolución 4706 de 23 de diciembre de 2008 razón por la cual resolvió, mediante el mencionado Auto No. 112010103, declarar abierta la investigación administrativa por los hechos arriba anotados y el artículo tercero ordenó escuchar en descargos a los presuntos infractores, entre ellos al señor JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA, en calidad de capitán de la embarcación “MARÍA ISABEL C.”, además que ordenó recepcionar las pruebas que sean necesarias.

La anterior decisión fue comunicada al señor **JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA**, capitán de pesca de la motonave “MARÍAS ISABEL C.” afiliada a dicha sociedad, a través de **oficio 20112100036 de 11 de enero de 2011⁴⁴**, informándole además

⁴³ Fue así que quedó consignado en el “[...] INFORME SOBRE EL NO CUMPLIMIENTO DE LA VEDA DE ATÚN DEL AÑO 2009 [...]” (folios 5 a 7, cuaderno de antecedentes Nro.1), suscrito por la Bióloga Marina de la Dirección Técnica de Investigación y Ordenamiento de la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER, que el buque “EL REY”, en su crucero de pesca identificado con el Nro. 000096 del período de veda de 16 de mayo al 03 de julio de 2009, la incumplió el último día de veda.

⁴⁴ Folios 15 (cuaderno respuesta a oficio EM N° 12-1460).

que se le fijó fecha para ser escuchados en descargos **el 25 de enero de 2011**, a las 10:00 am, en las oficinas del **INCODER** en Cartagena de Indias, D.T. y C., conforme lo ordena el artículo 164 del Decreto 2256 de 1991.

Una vez conocido el expediente, por parte de la Oficina Asesora Jurídica, se detectó que la investigación administrativa se abrió en contra de buque "MARÍA ISABEL C." debiendo ser contra el capitán del buque, el armador y el titular del permiso de pesca, por lo que procedió, mediante auto de fecha primero de febrero de 2011, a declarar de oficio la nulidad de la actuación a partir del auto de apertura de la investigación administrativa.

Para subsanar el trámite inadecuado, mediante auto No. 018 de 2 de febrero de 2011 se **asumió la investigación administrativa en contra** de la sociedad COMEXTUN LTDA, en su calidad de titular del permiso de pesca al cual se encuentra debidamente afiliado el buque "MARIA ISABEL C." de bandera colombiana, **su capitán JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA**, y solidariamente contra el armador, por infracción al Estatuto General de Pesca y demás normas reglamentarias sobre la materia. Allí se resolvió:

*"[...] PRIMERO: **ASUMIR Investigación Administrativa contra** la sociedad COMEXTUN LIMITADA, identificada con NIT 900026265-2, con domicilio en la ciudad de Cartagena, en su calidad de titular de permiso de pesca industrial, al cual se encuentra debidamente vinculado el Buque "María Isabel C.", matrícula MC-05-551 de bandera colombiana, **su capitán señor JOSÉ OLIVEIRA FALANTE** y solidariamente contra el Armador, por la presunta infracción al Estatuto General de Pesca y demás normas reglamentarias sobre la materia.*

SEGUNDO: Téngase como pruebas dentro de la presente actuación administrativa los siguientes documentos:

(...)

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior **declárase abierta la etapa probatoria en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.**

CUARTO: Escuchar en descargos, de conformidad con el artículo 164 del decreto 2256 de 1991, a los presuntos infractores y recepcionar las demás pruebas que sean necesarias y procedentes para esclarecer los hechos investigados [...]"⁴⁵ (Subrayas y Negritillas fuera del texto)

⁴⁵ Folios 188-192 del cuaderno de copias.

De la lectura del texto arriba señalado, se evidencia que además de vincular al capitán FALANTE DE OLIVEIRA a la investigación administrativa, se dispuso declarar abierta la etapa probatoria, escucharlo en descargos y recepcionar las pruebas que fueran necesarias para esclarecer los hechos investigados.

Asimismo, se observa que la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER ofició⁴⁶ al señor DIEGO CANELOS VELASCO, en condición de representante legal de la empresa COMEXTUN LTDA, con el fin de citarlo a rendir descargos, actuación que tuvo lugar los días 2 y 15 de marzo de 2011⁴⁷.

Mediante oficio radicado con el No. 20112104240 de **24 de marzo de 2011**, el INCODER procedió a enviarle los cuestionarios al representante legal de COMEXTUN LTDA, señor Diego Canelos, a fin que fueran diligenciados por los capitanes de pesca de los cruceros Nros. 139291, 139800 y 000096, dentro de los cuales estaba relacionado el señor **JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA**, así:

*“[...] Dando alcance a las comunicaciones dirigidas a Pablo Sáez Pérez, capitán de pesca del crucero No. 139291 del barco Martha Lucía R, **al señor José Oliveira Falante, capitán de pesca del crucero No. 139800** del barco María Isabel C y al señor Manuel Jaime Rodríguez Goncalvez, capitán de pesca del crucero No. 000096 del barco El Rey, las cuales fueron enviadas a las oficinas de la empresa Comextun Limitada; **atinentes a las investigaciones administrativas que se adelantan contra los capitanes y armadores de los Buques Martha Lucía R, María Isabel C y El Rey, muy respetuosamente solicitamos su apoyo, en pro de impulsar las investigaciones administrativas y con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de contradicción que le asisten a los implicados por mandato legal, tal como lo preceptúa nuestra legislación Colombiana**; me permito anexarle a la presente los cuestionarios de preguntas que deben ser respondidos por los capitanes de pesca antes mencionados y debidamente firmados por los mismos, con el fin de allegarlos al proceso para que obren como prueba [...]”* (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

⁴⁶ Radicado No. 20112101799 de 16 de febrero de 2011. Folio 25 del cuaderno respuesta a oficio EM N° 12-1460.

⁴⁷ Folios 26-32 y 36-42 del cuaderno respuesta a oficio EM N° 12-1460.

Al no haberse obtenido una respuesta oportuna, el anterior requerimiento fue reiterado a través de oficio Nro. 20112112602 de **15 de junio de 2011**⁴⁸, señalando que:

*“[...] **Dando alcance a nuestra comunicación de fecha 24 de marzo de 2011, en virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, en la cual se anexaron los cuestionarios de preguntas para ser diligenciados por los señores capitanes de pesca, Pablo Sáez Pérez, capitán de pesca del crucero No. 139291 del buque Marta Lucía R., José Oliveira Falante, capitán de pesca del crucero No. 139800 del buque María Isabel C. y el señor Manuel Jaime Rodríguez Goncalvez, capitán de pesca del crucero No. 000096 del buque El Rey y siendo conocedores que estos buques cuentan con tecnología a bordo que permite la comunicación inmediata y acceso a medios para haber contestado dicho cuestionario, se hace necesario que se allegue a este despacho [INCODER] en el término de la distancia las respuestas pertinentes y/o se informe los motivos de hecho y de derecho que no han permitido el diligenciamiento y remisión por parte de los señores del asunto que nos ocupa, los cuales hacen parte integral del proceso de las investigaciones administrativas que se adelantan contra la Sociedad COMEXTÚN LIMITADA, en su calidad de titular del permiso de pesca al cual se encuentran debidamente vinculados los buques antes mencionados de bandera Colombiana, su capitán y solidariamente contra el Armador, por presunta infracción al Estatuto General de Pesca y demás normas reglamentarias sobre la materia. Por lo anterior, este despacho estará atento a recibir dicha documentación o a más tardar el día viernes 17 de junio, en atención a que debemos continuar con el proceso y el mismo no se puede dilatar, de no recibir respuesta procederemos a decidir de fondo las respectivas investigaciones administrativas con el acervo probatorio recaudado a la fecha [...]**”* (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Fue así, como la entonces Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER emitió la **Resolución Nro. 01668 de 29 de junio de 2011**⁴⁹, uno de los actos demandados, a través de la cual resolvió la investigación administrativa iniciada contra el capitán del buque "MARIA ISABEL C.", señor **JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA** y las sociedades COMEXTUN LTDA y TUNA ATLANTIC LIMITADA, demandante en el *sub examine*, con la imposición de sanción solidaria de multa en cuantía de \$267.799.950, por haber vulnerado la veda ordenada en la Resolución Nro. 004706 de 23 de diciembre de 2008 por el ICA, que para el caso del buque "MARIA ISABEL", iba del 9 de junio al 27 de julio de 2009, en tanto se constató lance sobre mamíferos - delfines- el propio 9 de junio de 2009, a las 14:59 pm, primer día de la referida veda de atún por buque individual (VBI), según los

⁴⁸ Folio 54 (cuaderno de antecedentes Nro. 1).

⁴⁹ Folios 57 a 75 (cuaderno de antecedentes Nro. 1).

informes del Panel Internacional de Revisión-PIR, el informe diario – ID y del Registro de Seguimiento de Atún – RSA elaborados por el observador a bordo

Contra esta decisión, el demandante **JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA** presentó recurso de reposición el cual fue resuelto a través de la **Resolución Nro. 02615 de 14 de octubre de 2011**⁵⁰, el segundo de los actos demandados, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

Pues bien, antes de entrar al análisis de fondo del presente asunto, con relación a los argumentos expuestos en el recurso de alzada por la parte demandada, la Sala considera relevante advertir que en recientes decisiones, esta colegiatura, ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre hechos análogos, incluso en los que el ahora demandante, hizo parte de los actos que terminaron por sancionarlo como capitán al mando del buque “MARÍA ISABEL C.” además de la empresa COMEXTUN LTDA y el armador, circunstancia que hace viable encontrar apoyo en aquellas, comoquiera que contienen categorías de análisis semejantes a las que en esta providencia se discuten.

En efecto, mediante sentencia de 12 de julio de 2018, radicado No. 25000-23-24-000-2012-00796-02, Consejero Ponente Doctor Alberto Yepes Barreiro, actor: MANUEL JAIME RODRÍGUEZ GONCALVES, se decidió en vía de apelación la nulidad y restablecimiento del derecho instaurada en contra de las Resoluciones Nos. 1669 de 29 de junio de 2011 y 02616 de 14 de octubre de la misma anualidad, expedidas por Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER, mediante las cuales se le sancionó como capitán del buque "EL REY", por la violación a una veda de pesca de atún y afines, tal como ocurrió en el presente caso.

En esa ocasión, dicha sentencia aclaró que frente a los argumentos expuestos por el *a quo* relacionados con la exigencia de formular y notificar un pliego de cargos que contenga las razones fácticas y jurídicas que sustentan la acusación elevada en contra del comandante del buque a fin de garantizar su ejercicio del derecho de defensa, se impuso un requisito ante el

⁵⁰ Folios 130 a 148 (cuaderno de antecedentes Nro. 1).

cual el operador sancionatorio no estaba avocado legalmente a realizar. Frente a este aspecto, señaló puntualmente:

*[...] “Pero además, **exigir como lo hace el a quo, la formulación y notificación de un pliego de cargos al actor, se constituye en la imposición de un requisito al que formalmente no estaba avocado el operador sancionatorio, pues ello no está contemplado en las normas especiales que regulan la materia de pesca, Ley 13 de 1990 y Decreto 2256 de 1991, así como tampoco en el Libro I del Decreto 01 de 1984, y más bien atiende a otro tipo de procesos con naturaleza distinta a la actual.***

Incluso, si bien le es dable interpretar a la Sala que la intención del Tribunal, al echar de menos un pliego de cargos en el procedimiento bajo estudio, es realmente la de verificar que se hubieren puesto en conocimiento del capitán del buque “EL REY”, oportunamente, aquellas conductas presuntamente irregulares y sus eventuales consecuencias sancionatorias, lo cierto es que ello, materialmente, pudo ser corroborado con el contenido del citado auto Nro. 16 de 2 de febrero de 2011, en donde se relatan los hechos investigados, sus posibles infracciones, los actores que participaron en los mismos, la entidad y funcionario competente para adelantar el procedimiento sancionatorio, los sujetos y documentos con la información que dio origen a las pesquisas y, en fin, los elementos probatorios pormenorizados que hacían posible preservarle la garantía constitucional del debido proceso al demandante⁵¹. [...].”

Este razonamiento es compartido por la Sala, en la medida que la exigencia de un pliego de cargos constituye una carga que la autoridad pública no está en el deber jurídico de soportar, en ejercicio de sus funciones de carácter sancionatorio, pues las normas llamadas a regular la actividad pesquera y el Código Contencioso Administrativo no lo contemplan como una condición sin la cual no es posible adelantar un procedimiento administrativo determinado y que sí es propia de trámites de otra índole.

Asimismo, la Sala se muestra de acuerdo con la posición decantada en dicha decisión, tendiente a demostrar que si el propósito de dicho pliego de cargos, como lo sostuvo el Tribunal, era poner en conocimiento de forma oportuna al capitán del buque de las presuntas infracciones cometidas y las normas que trasgredió con ellas, bastaba con remitirse al contenido del auto que dio apertura a la investigación administrativa, que al igual como ocurre en este caso, informó sobre los hechos investigados,

⁵¹ Consejo de Estado. Sentencia de 12 de julio de 2018. radicado No. 25000-23-24-000-2012-00796-02, Consejero Ponente Doctor Alberto Yepes Barreiro, actor: Manuel Jaime Rodríguez Goncalves.

las posibles infracciones, las conductas que dieron origen al procedimiento, y el material probatorio que se tendría en cuenta, condiciones que en suma, permitían garantizarle el debido proceso al accionante, tal como se ilustra a continuación:

*[...] INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER
AUTO No. 018 DE 2011
02 FEB 2011*

AUTO POR EL CUAL SE ASUME UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA CONTRA LA SOCIEDAD COMEXTUM LIMITADA, EN SU CALIDAD DE TITULAR DEL PERMISO DE PESCA AL CUAL SE ENCONTRABA DEBIDAMENTE AFILIADO EL BUQUE “MARIA ISABEL C.” DE BANDERA COLOMBIANA, SU CAPITÁN Y SOLIDARIAMENTE CONTRA EL ARMADOR, POR INFRACCIÓN AL ESTATUTO GENERAL DE PESCA Y DEMÁS NORMAS REGLAMENTARIAS SOBRE LA MATERIA

*El suscrito Subgerente de Pesca y Acuicultura del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL –INCODER-(e), en uso de las facultades que le confiere la Resolución No. 2851 del 06 de octubre de 2010, Ley 13 de 1990 y su Decreto Reglamentario 2256 de 1991, **procede a asumir Investigación Administrativa contra** la Sociedad COMEXTUN LIMITADA, identificada con N.I.T: 900026265-2, con domicilio en la ciudad de Cartagena, en su calidad de titular del Permiso de Pesca Industrial, **al cual se encuentra debidamente vinculado el Buque “María Isabel C.”, matrícula MC-05-551 de bandera colombiana, su capitán señor JOSE OLIVEIRA FALANTE** y solidariamente contra el Armador, por presunta infracción al Estatuto General de Pesca y demás normas reglamentarias sobre la materia teniendo en cuenta los siguientes:*

HECHOS:

*Que mediante el artículo 1º del Decreto 1300 de mayo de 2003, **se creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER- y en el numeral 5º, artículo 3º del Decreto 3759 del 2009 se estableció como uno de los objetivos institucionales, el contribuir al fortalecimiento de la actividad pesquera y acuícola mediante la investigación, ordenamiento, administración, control y regulación para el aprovechamiento y desarrollo sostenible de estos recursos, acorde con lo consagrado en el artículo 1º de la Ley 13 de 1990.***

Que mediante la ley 579 del 8 de mayo de 2000 se aprobó la “Convención entre los Estados Unidos de América y la Republica de Costa Rica para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical” hecha en Washington el treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949);

Que mediante Sentencia C-1710 de diciembre 12 de 2000, la Corte Constitucional en su control constitucional posterior, declaró exequible la Ley 579 del 8 de mayo de 2000 y la citada Convención.

Que el Gobierno Nacional el 10 de octubre de 2007, depositó ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América el instrumento de adhesión a la “Convención entre los Estados Unidos de América y la República de Costa Rica para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical”. Que la adhesión de Colombia a la Convención permite la realización de los fines esenciales del Estado consignados en la Carta Política de 1991, específicamente de los preceptos de la misma que se refieren a la protección del medio ambiente a través de mecanismos de cooperación internacional.

Que la autoridad pesquera nacional mediante Resolución No. 004706 de fecha 23 de diciembre de 2008, estableció una veda por buque individual (VBI) para embarcaciones atuneras de cerco de bandera nacional y estableció para el año 2009 medidas de conservación sobre poblaciones de Túnidos y Especies Afines en el océano Pacífico Oriental –OPO-, para las embarcaciones atuneras de bandera nacional y embarcaciones atuneras de bandera extranjera afiliadas a empresas colombianas que operan en aguas jurisdiccionales y en Zona Económica Exclusiva de Colombia y se establecen otras disposiciones.

Que el Comité para la Revisión de la Aplicación de Medidas Adoptadas por la Comisión Interamericana del Atún Tropical –CIAT-, en 1º reunión, Antigua, Guatemala celebrada el día 24 de septiembre de 2010, emitió el documento COR-01-06 “CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CIAT EN 2009”.

Que la Comisión Interamericana del Atún Tropical –CIAT-, puso en conocimiento de Colombia el documento “CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CIAT EN 2009” y el documento “Resumen del Equipo de Protección de Delfines y Datos de los Lances” elaborado por el observador del Buque “María Isabel C.” durante el crucero No.139800 comprendido entre el día 09 de marzo de 2009 y el 12 de junio de 2009.

Que el Buque “María Isabel C.” de bandera colombiana, se encuentra legalmente afiliado a la sociedad COMEXTUN LIMITADA, Identificada con N.I.T: 900026265-2, con domicilio en la ciudad de Cartagena.

Que la Subgerente de Pesca y Acuicultura debidamente facultada procedió a abrir investigación administrativa contra la motonave “María Isabel C.”, de matrícula MC-05-551 de bandera Colombiana, mediante Auto 011 del 21 de diciembre de 2010, por presunta infracción al Estatuto General de Pesca y otras disposiciones, teniendo en cuenta el documento COR-01-06 denominado “Cumplimiento de las medidas de la CIAT en 2009”.

Que mediante memorando No. 20113100875 de fecha 19 de enero de 2011, la Subgerencia de Pesca y Acuicultura, dio traslado del expediente No. 010/2010, a la Oficina Asesora Jurídica del INCODER, con el fin de que se preste todo el apoyo jurídico dentro de la etapa probatoria iniciada mediante Auto de Apertura de la investigación administrativa No. 011/2010.

Que revisado el expediente No. 011/2010, la Oficina Asesora Jurídica del INCODER, detectó que la investigación administrativa se inició contra el Buque “María Isabel C.”, de bandera Colombiana, pese a que debió iniciarse contra el capitán del buque, el armador y el titular del permiso de pesca, al cual se encuentra debidamente vinculado el buque, en cumplimiento del artículo 55 de la Ley 13 de 1990.

Que en cumplimiento a los objetivos que tiene instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER-, como es el fortalecimiento de la actividad pesquera y acuícola mediante el control y regulación para el aprovechamiento sostenible de los recursos pesqueros **y en atención a los hechos puestos en conocimiento de la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del INCODER, por parte de la Comisión Interamericana del Atún Tropical –CIAT-, le corresponde al INCODER investigar el presente caso a fin de determinar si hubo o no falta y sus posibles autores.**

Que con fundamento en lo expuesto y en uso de la competencia establecida en la Ley 13 de 1990 y su Decreto Reglamentario 2256 de 1991.

En mérito de lo expuesto:

DISPONE:

(...)

SEGUNDO: Téngase como pruebas dentro de la presente actuación administrativa, los siguientes documentos:

1.- Documento COR-01-06 “CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE LA CIAT EN 2009”, emitido por el Comité para la Revisión de la Aplicación de Medidas Adoptadas por la Comisión Interamericana de Atún Tropical – CIAT-.

2.- RESUMEN DEL EQUIPO DE PROTECCIÓN DE DELFINES Y DATOS DE LOS LANCES, elaborado por el Observador del Buque “Marta Lucia R” durante el Crucero 139291.

3.- DATOS DE LANCES Y MORTALIDAD DE DELFINES, emitido por el Observador del Buque “El Rey” durante el Crucero 000096.

4.- INFORME DIARIO del Crucero 138900 emitido por el observador.

5.- SEGUIMIENTO A LA VEDA DE ATUN POR BUQUE INDIVIDUAL –VBI)-

:

6.- Oficio de fecha 10 de junio de 2009, suscrito por el señor Diego Canelo Velasco, en su calidad de Gerente General de la Sociedad COMEXTUN LIMITADA.

7.- Oficio No. 20092119445 de fecha 18 de junio de 2009, emitido por la Dra. Martha lucía de la Pava Atehortúa, Subgerente de Pesca y Acuicultura del ICA.

8.- Resolución No. 004706 del 23 de diciembre de 2008 “Por la cual se adoptan para el año 2009 medidas de conservación sobre poblaciones de Túnidos y Especies Afines en el Océano Pacífico Oriental –OPO-, para las embarcaciones atuneras de bandera nacional y embarcaciones atuneras de bandera extranjera afiliadas a empresas colombianas que operan en aguas jurisdiccionales y en Zona Económica Exclusiva de Colombia y se establecen otras disposiciones”, debidamente publicada en el Diario Oficial No. 47217.

9.- INFORME SOBRE CUMPLIMIENTO DE LA VEDA DE ATUN AÑO 2009, emitido por la servidora pública LUISA FERNANDA MALDONADO, Bióloga Marina, Dirección Técnica de Registro y Control de la Subgerencia de Pesca y Acuicultura.

10.- CERTIFICADO DE PATENTE DE PESCA No. 00167 de fecha 04 de agosto de 2010, del Buque “El Rey”, expedida por autoridad competente.

11.- Resolución No. 1496 del 01 de agosto del 2005 “Por la cual se otorgó por el término de cinco (5) años un Permiso Integrado de Pesca Comercial Industrial a la Sociedad COMEXTUN LIMITADA”.

12.- Resolución 2181 del 03 de agosto de 2010 “Por la cual se prorroga el Permiso Integrado de Pesca Comercial Industrial otorgado a la Sociedad COMEXTUN LIMITADA”.

13.- Certificado de Existencia y Representación de la Sociedad COMEXTUM LTDA.

***TERCERO:* Como consecuencia de lo anterior declárese **abierta la etapa probatoria en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.** [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).**

Lo expuesto en precedencia, no solo permite afirmar que los elementos que forman parte del derecho fundamental del debido proceso (conducta imputada que incluye la actividad y el elemento cronológico, la regulación aplicable, pruebas y autoridad competente) fueron debidamente acreditados en el caso del capitán FALANTE DE OLIVEIRA por parte de la autoridad demandada, sino que daban cuenta de una investigación formal en curso, dentro de la cual puede constatarse la mención clara del demandante, así como la posibilidad que se le brindó de solicitar y aportar pruebas⁵², por lo que las afirmaciones realizadas por el Tribunal, para esta Sala, carecen de fundamento.

⁵² “ARTÍCULO 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”

Sin mencionar el hecho de que en el curso del trámite administrativo, a través de distintas actuaciones, como los reiterados oficios en los que se comunicó al demandante la necesidad de los cuestionarios, quedó demostrado su total desinterés en ejercitar la actividad probatoria y de defensa, pues poco se esmeró por controvertir los hechos que se le enrostraban, a cuya actitud puso remedio solo hasta la presentación del recurso de reposición, despachado por la Resolución No. 2615 de 14 de octubre de 2011 y la respuesta extemporánea al cuestionario enviado por la autoridad accionada; circunstancia que deja entre ver que sí ejerció con garantías su defensa; distinto es, que lo hizo con total inobservancia de la diligencia y oportunidad con la cual debía concurrir al trámite.

Aunado a esto, la Sala considera razonable el argumento de la parte apelante en cuanto al contenido del artículo 48 del CCA⁵³ claramente regulatorio de los casos en los cuales se produce una irregularidad en la notificación de la decisión, pues aun cuando esta se haya presentado, salta a la vista que dicha determinación produjo efectos legales con la utilización de los recursos que el demandante tenía a su alcance para controvertir los hechos, pruebas y decisiones que resultaren contrarias a sus intereses, tal como en efecto sucedió; razonamiento que por sí solo, desvirtúa lo señalado por el Tribunal en cuanto a la notificación indebida del comandante FALANTE DE OLIVEIRA.

Al respecto, la jurisprudencia que se trajo en cita párrafos arriba, contentiva de cargos y argumentos de análoga naturaleza, y que ilustran el alcance de la disertación en casos de investigación y sanción contra los capitanes de barco a quienes se les imputa la violación de la prohibición de pescar en época de veda:

*“[...] Sin perjuicio de lo anterior, es relevante advertir que dicho capitán fue requerido en varias oportunidades por el **INCODER**, por intermedio de la sociedad COMEXTUN LTDA., empresa a la cual estaba afiliado el buque “EL REY”, para que interviniera en el proceso, sin que hubiese cumplido con los respectivos requerimientos. La Sala resalta que la trasgresión al debido*

⁵³ “ARTÍCULO 48. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, **a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.**

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46.” (Subrayas y Negritas fuera de texto)

proceso se configura, entre otros eventos, cuando ha sido adelantada una actuación administrativa en contra de un particular, sin que éste haya sido vinculado a la misma, con lo que se cercena totalmente la posibilidad que dicho particular se defienda ante las posibles acusaciones o cargos que la administración eleva en su contra, lo que evidentemente no ocurrió en el sub lite. Para el presente caso, se tiene que el señor **MANUEL JAIME RODRÍGUEZ GONCALVES**, ejerció su derecho de defensa y contradicción, pues, intervino en la actuación administrativa con todas las garantías que el derecho constitucional fundamental al debido proceso abarca.

Dentro de este cargo de nulidad, la parte actora alega que los presuntos infractores debieron ser escuchados en descargos, refiriéndose específicamente a que el capitán no lo fue. Sin embargo, debido a la condición particular del capitán, es decir, que se encontraba embarcado y navegando, es indiscutible que no pueda acudir a una diligencia personal ante la autoridad demandada, **razón por la que, para esta Sala, resulta totalmente válido que se le haya remitido un cuestionario que diera cuenta de los hechos objeto de la investigación, sin que tal comportamiento implique una violación al debido proceso de él o de las demás partes en la actuación administrativa, sino que por el contrario, ello se evidencia como una forma materialmente efectiva de esbozar y sustentar sus descargos ante las especiales condiciones laborales del investigado, [...]**

En efecto, pretender una nulidad con base en la exigencia formal de acudir personalmente a una diligencia, resulta totalmente infundado. [...]"

En el caso concreto del capitán FALANTE DE OLIVEIRA, como se vio párrafos atrás, también se remitió cuestionario, que incluso fue reiterado y requerido en su respuesta en una segunda oportunidad, ante el silencio frente al primer oficio.

Así vistas las cosas, esta Sala no halla razones que lleven a pensar en la existencia de una violación al debido proceso del pluricitado capitán FALANTE DE OLIVEIRA ya que se respetaron las garantías propias del procedimiento administrativo por parte de la autoridad accionada.

De contera, en atención a que la censura analizada fue el sustento del Tribunal para declarar la nulidad de los actos demandados, se impone a la Sala, luego de quedar aquella desvirtuada como se explicó con antelación:

- Revocar el fallo en lo pertinente, esto es, respecto del cargo relativo al debido proceso y;

- Devolver al Tribunal de origen el expediente con relación a aquellos respecto de los cuales no emitió pronunciamiento.

Esto último, en cumplimiento de la tesis imperante al interior de la Sección Quinta de esta Corporación⁵⁴ en la que se explican las razones filosóficas y jurídicas de respeto a los principios de la doble instancia, el debido proceso y la limitación de la competencia, se remitirá⁵⁵, nuevamente, este expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se pronuncie respecto de las demás censuras que en su momento fueron objeto de demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 212 del C.C.A⁵⁶.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Aceptar el impedimento manifestado por el Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, de conformidad con las razones expuestas en la cuestión previa de esta providencia.

SEGUNDO: Revocar los Artículos Segundo, Tercero y Cuarto de la sentencia de 19 de septiembre de 2013, proferida por el

⁵⁴ En el mismo sentido Cfr. Sentencia del 24 de mayo de 2018 proferida por la Sección Primera de esta Corporación con Ponencia del Consejero de Estado Hernando Sánchez Sánchez, Rad. 250002324000200400684-01.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 12 de julio de 2018. Sección Quinta. C.P. Alberto Yepes Barreiro. *“Cabe insistir en que la decisión de no abordar los otros cargos de la demanda no fue impugnada por ninguna de las partes, pues el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se centró en el tema relativo a la ausencia de violación al debido proceso. Si es esto es así, y la competencia del ad quem está delimitada por el recurso de alzada, mal podría la Sala analizar tópicos que se encuentran por fuera de su competencia. Por supuesto, como ya lo ha concluido esta Sección, la imposibilidad de abordar censuras en segunda instancia que no fueron analizadas en primera, no constituyen una omisión, sino por el contrario, la garantía de los principios de limitación de la competencia del Juez superior, de la doble instancia y del debido proceso.”*

⁵⁶ “[...] **Artículo 212.** En el Consejo de Estado el recurso de apelación de las sentencias proferidas en primera instancia tendrá el siguiente procedimiento. [...] Vencido este término se enviará el expediente al ponente para que elabore el proyecto de sentencia. Este se debe registrar dentro del término de treinta (30) días y la Sala o sección tendrá quince (15) días para fallar. Se ordenará devolver el expediente al tribunal de origen para obediencia y cumplimiento.” [...]

* La ponente de este fallo presenta tesis minoritaria al respecto puede verse Aclaraciones de voto de 27 de junio de 2018, Exp. 2009-00287; 23 de julio de 2018, Exp. 2002-40336; de 30 de julio de 2018 dentro de los radicados 2012-00796, 2008-00608; de 3 de agosto de 2018 (Exp. 2008-90516)

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", en cuanto declararon la nulidad de las **Resoluciones Nros. 01668 de 29 de junio de 2011 y 02615 de 14 de octubre de 2011**, expedidas por la Subgerencia de Pesca y Acuicultura del **INCODER** -en lo relacionado con la sanción de multa impuesta al señor **JOSÉ MANUEL FALANTE DE OLIVEIRA** en su calidad de capitán del buque "MARÍA ISABEL C"-, ordenaron el restablecimiento de sus derechos y denegaron las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Remitir el expediente al Tribunal de origen, para lo de su cargo, según lo indicado en las consideraciones de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

