

AGENCIA OFICIOSA PROCESAL - Regulación legal / AGENCIA OFICIOSA PROCESAL - Objeto / AGENCIA OFICIOSA PROCESAL - Improcedente para contestar demanda o sustentar recursos / RECURSO DE APELACION - No procede su sustentación a través de agente oficioso

En razón de lo expuesto, resulta pertinente entrar a determinar si bajo los cánones de nuestro derecho procesal era o no viable jurídicamente que la representación del señor OVIEDO HERNANDEZ al momento de descorrer el traslado para la sustentación del recurso, fuese asumida por un AGENTE OFICIOSO, a pesar de contar con un apoderado debidamente constituido y reconocido en el proceso y quien, en tal condición, era realmente el llamado a sustentar la impugnación. Pues bien, para esclarecer la inquietud antes anotada, es preciso remitirnos a lo dispuesto en los artículos 47 del C. de P. C., en donde se regula dicho instituto jurídico en los siguientes términos. ARTÍCULO 47. AGENCIA OFICIOSA PROCESAL. Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquélla. El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si éste no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda. El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados por la ley. Como bien se puede apreciar, el artículo 47 del C. de P. C., aplicable a los procesos contencioso administrativos en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A. es claro en señalar que dicha figura procesal sólo se encuentra prevista “para promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder”, supuesto que no es en manera alguna el que se configura en el asunto sub examine, en el que se pretende hacer uso de la misma para sustentar el recurso de apelación oportunamente presentando por quien en realidad ostenta el carácter de apoderado de uno de los demandantes y quien a la postre era el llamado a argumentar las razones de su inconformidad frente a la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El tratadista Hernando Devis Echandía, al referirse a la figura de la Agencia Oficiosa Judicial, expresa que ella aparece contemplada en nuestro ordenamiento jurídico para “...promover demanda a nombre de otra que esté ausente o impedida para hacerlo, con el fin de evitar que pueda sufrir algún perjuicio”. Dicho de otra manera, la figura de la agencia oficiosa no se estableció entonces para contestar la demanda, interponer recursos o realizar otras actuaciones dentro de un proceso, tal como lo ha señalado la Sala en repetidas ocasiones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 267 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 47

NOTA DE RELATORIA: Sobre la improcedencia de la agencia oficiosa procesal para contesta demandas, sustentar recursos o realizar otras actuaciones procesales, autos, Sección Primera, Rad. 11001 0324 000 2001 00367 01, del 28 de abril de 2005, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, y Rad. 11001 0324 000 2005 00144 01, del 26 de abril de 2007, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

RECURSO DE APELACION - Interposición y sustentación. Requisitos / RECURSO DE APELACION - No es admisible su sustentación por agente oficioso / AGENCIA OFICIOSA - Reservada exclusivamente a presentación de demanda / SUSTITUCION DE PODER - No sana vicio de sustentación de

recurso por agente oficioso / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Al sustentar recurso quien no está legitimado / SENTENCIA INHIBITORIA - Por declararse probada falta de legitimación en la causa por activa

Ahora bien el hecho de que el abogado ALEJANDRO OSUNA GUTIÉRREZ, mediante escrito radicado el día 4 de abril de 2008, aparezca sustituyendo el poder que le fue otorgado, al Dr. JORGE ADAULFO ARIAS SERRATO, no tiene en realidad ninguna incidencia pues dicha sustitución de manera alguna sana la falta de legitimidad de quien como agente oficioso sustentó el recurso de apelación, el cual en su momento ha debido declararse desierto. De acuerdo con la normatividad procesal vigente, para poder interponer y sustentar un recurso de apelación en representación de una de las partes, es preciso contar con un mandato judicial debidamente conferido, no siendo de recibo la invocación de la figura de la agencia oficiosa procesal, por estar reservada única y exclusivamente a la presentación de la demanda, previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 47 del C:C:A:. Como quiera que en el sub lite el Dr. ARIAS SERRATO no acreditó su condición de apoderado y no siendo de recibo la invocación de la figura de la agencia oficiosa judicial para sustentar el recurso de alzada, habrá de concluirse que efectivamente no ha debido admitirse la apelación por que no fue sustentada por quien se encontraba legítimamente facultado para ello, configurándose de esa forma la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. Por lo expuesto, la sentencia a proferir tendrá un carácter inhibitorio, sin que sea necesario realizar el escrutinio de las razones de inconformidad expuestas por el recurrente.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 47

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C. veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00827-01

Actor: JOSE LUIS ROMERO GONZALEZ Y OTROS

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el abogado JORGE ADAULFO ARIAS SERRATO, invocando la condición de AGENTE OFICIOSO del señor IDALIDES DEL CÁRMEN OVIEDO HERNANDEZ, contra la sentencia

proferida el 15 de noviembre del 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa interpuesta por el apoderado de la entidad demandada y se denegaron las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La parte actora, compuesta por los señores JOSÉ LUIS ROMERO GONZÁLEZ, IDALIDES DEL CARMEN OVIEDO HERNÁNDEZ Y NANCY J. MORENO DE JIMÉNEZ, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – UAE-**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada por el artículo 85 del C.C.A., con el objeto de que se accediera a las siguientes

1. 1. PRETENSIONES

Se formulan como tales las que se relacionan a continuación:

- 1) Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones #s. 8312 del 19 de septiembre de 2001 y 1304 del 18 de febrero de 2002, proferidos por las Divisiones de Investigaciones Especiales Aduaneras y de Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN, respectivamente.
- 2) Que se condene a la Nación - DIAN – al restablecimiento de los derechos conculcados y a la devolución de la mercancía decomisada, o en el evento de haber sido objeto de venta, destrucción, pérdida, asignación definitiva o dación en pago, a la devolución de su valor en dinero colombiano y al pago de los daños y perjuicios materiales.
- 3) Que se reconozca en favor de cada uno de los demandantes la suma equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.

4.- Que se disponga la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A. y el reconocimiento de intereses moratorios “...desde la fecha de ocurrencia de la aprehensión y decomiso litigioso hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia debidamente ejecutoriada que le dé fin al proceso, a la tasa del doble de los intereses bancarios corrientes, de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio y según las tasas máximas autorizadas legalmente para dicho evento por la Superintendencia Bancaria.”

5 Que ordene el cumplimiento del fallo dentro de los plazos señalados por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1. 2. HECHOS

1) Sin mediar ninguna orden de allanamiento proferida por autoridad competente, el día 3 de marzo de 2001 funcionarios de la DIAN, con el apoyo de la Policía Fiscal Aduanera y del Cuerpo de Guardacostas de Puerto Bolívar, Guajira, adelantaron las diligencias de interceptación, abordaje, allanamiento, inspección y aprehensión de la motonave Arashi, en Bahía Portete, en momentos en que se encontraba navegando en alta mar.

2) El 6 de ese mismo mes y año y en virtud de acto comisorio, funcionarios de la DIAN abordaron e inspeccionaron la embarcación así como las mercancías en ella contenidas e incautaron documentos privados de la tripulación y los documentos de viaje de la motonave antes citada, sin levantar la respectiva acta oficial de registro e incautación de los documentos ni de su cadena de custodia.

3) La motonave en mención fue conducida al Puerto de Santa Marta, con el propósito de efectuar allí la inspección, descargue y almacenamiento de la mercancía incautada.

4) La aprehensión de las mercancías se formalizó en acta de aprehensión e inventario de mercancías No. 0062 de fecha 9 de marzo de 2001.

5) El reconocimiento y avalúo de la mercancía aprehendida, se llevó a cabo en las instalaciones del depósito Almagrario de la ciudad de Santa Marta, cuyo resultado fue la identificación y avalúo por la suma de \$404.402.000.

6) El 26 de abril de 2001, la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la DIAN formuló el requerimiento especial aduanero No. 0052 de 2001.

7) Mediante memorial No. PR-01397 de 7 de junio de 2001, radicado bajo el No. 041118 en la DIAN de Santa Marta, los actores rindieron los correspondientes descargos.

8) La División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la DIAN expidió la Resolución No. 8312 de fecha 19 de septiembre de 2001, ordenando el decomiso administrativo de la mercancía, siendo notificada el 26 de octubre del mismo año.

9) Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reconsideración ante la División de Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN, siendo resuelto desfavorablemente mediante resolución No. 1304 de 18 de febrero de 2002, la cual fue notificada el 19 de febrero de 2002.

10) Los actores intentaron sin suerte solucionar el presente conflicto ante la Procuraduría General de la Nación por la vía de la conciliación prejudicial,

1. 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora estima que los actos demandados son violatorios de las siguientes disposiciones:

- Constitución Política de Colombia, artículos 13, 29, 84, 122, 124, 150 numerales 1 y 10, 189 numerales 14 y 16, 209, 230 y 246.
- Código Contencioso Administrativo, artículos 3, 35 y 66 numeral 2°.
- Código Civil, artículo 27.
- Código de Procedimiento Civil, artículos 150 numerales 1 y 12, 237 numeral 6 y 238.
- Decreto 2685 de 1999, artículos 104, 470 literales e) y f), 471, 476, 509, 512, 515 y 520.
- Ley 17 de 1991, artículos 2.1 y 2.3.2.
- Decreto 1197 de 2000, artículos 2 parágrafo y 20

- Convención sobre abolición de legalización de documentos públicos extranjeros (ratificada por la ley 455 de 1998), artículos 1, 2 y 8.
- Ley 30 de 1986, artículos 16, 17, 18 y 54
- Decreto 1071 de 1991, artículo 4°.
- Decreto 1072 de 1999, artículo 1°.
- Decreto 2699 de 1991, artículo 47.
- Decreto 1355 de 1970, artículo 78.
- Decreto 1265 de 1999, artículo 26.

Al explicar el concepto de la violación de las disposiciones anteriormente relacionadas, la parte demandante formula los siguientes cargos

PRIMER CARGO: Violación de los artículos 104 del decreto 2685 de 1999; 2.1 y 2.3.2 de la ley 17 de 1991; párrafo artículo 2 del decreto 1197 de 2000; de las órdenes administrativas Nos. 001 de 1992 y 004 de 1998 y, del concepto jurídico No. 221 de 2000 de la Oficina de Normativa y Doctrina de la DIAN

La violación se presenta al invocarse como causal de la aprehensión y el decomiso el hecho de no haber presentado el transportista los registros sanitarios de la mercancía, cuando quien en realidad tenía la obligación de presentarlos era el importador, al momento de radicar la declaración de importación. Por consiguiente, mal puede predicarse que el hecho de no portar o presentar los registros sanitarios en el momento en que fueron requeridos, constituya una infracción a la ley. Además de ello y de acuerdo con lo previsto en el párrafo del artículo 2 del decreto 1197 de 2000, los registros sanitarios de las mercancías decomisadas debieron ser homologadas con los registros otorgadas en el del país de origen, tal cual se señala en el concepto jurídico No. 211 de 2000 expedido por la Oficina de Normativa y Doctrina de la DIAN, en donde se expresa que la presentación del certificado sanitario colombiano no es requisito para obtener el levante aduanero. Por lo mismo, se desconocieron en este caso las disposiciones de la Convención sobre abolición de legalización de documentos públicos extranjeros, ratificado por Colombia mediante la ley 455 de 1998, incurriendo con ello en una vía de hecho y en la violación del artículo 84 de la Carta, al privilegiarse lo sustancial sobre lo formal. Además de lo expuesto, la DIAN adoptó las decisiones recurridas como si la aprehensión de la mercancía hubiera ocurrido después del arribo de la motonave o estando en curso el propio proceso de nacionalización, cuando lo cierto es que la aprehensión se produjo en el desarrollo de un operativo de control marítimo, antes de la recalada del medio de transporte.

SEGUNDO CARGO: Violación de los artículos 16, 17, 18 y 54 de la ley 30 de 1986; 20 del decreto 1197 de 2000; 4 del decreto 1071 de 1999; 1 del decreto 1072 de 1999 y, 476 del Código de Aduanas

La decisión de la administración de decomisar la mercancía, representada por varias cajas de cigarrillos, cervezas y licores, se soportó en el hecho de que no poseían los avisos informativos y de prevención en español exigidos por la ley 30 de 1986. Con todo, en vez de imponer una sanción de multa, dispuso su aprehensión y decomiso, a pesar de que dicha causal no se encuentra tipificada en el Estatuto Aduanero. Así las cosas, los actos de la administración son contrarios a los principios de legalidad o tipicidad de la sanción, al convertir la omisión prevista en la ley 30 de 1986, en causal de aprehensión y decomiso. La decisiones impugnadas quebrantan el principio de congruencia previsto en los artículos 35 del C.C.A. y 305 del C.P.C., saltando a la vista la falta de concordancia entre los cargos formulados y las decisiones adoptadas. Por lo anterior, el decomiso de la mercancía por las razones anotadas, es constitutivo de una vía de hecho, de una desviación de poder y de una arbitrariedad administrativa, por falsa o errónea motivación.

TERCER CARGO: Violación de los artículos 237 numeral 6 y 238 del C.P.C.; 471 del decreto 2685 de 1999 y, 29 de la Constitución Política

La Administración no tuvo en cuenta la declaración juramentada del Capitán de la motonave, ni corrió traslado de los dictámenes periciales rendidos, coartando el derecho de controvertir sus afirmaciones y conclusiones. Se suma a lo anterior la falta de claridad, precisión y detalle de tales experticias y la falta de indicación de cuáles fueron los exámenes, experimentos e investigaciones practicados y cuales los fundamentos técnicos, científicos y artísticos de las conclusiones.

CUARTO CARGO: Violación de los artículos 470 literales e) y f) del decreto 2685 de 1999; 47 del decreto 2699 de 1991; 78 del decreto 1355 de 1970; 26 del decreto 1265 de 1999 y del oficio No. 171 de 18 de abril de 1997 expedido por la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la DIAN

Al momento de realizarse la diligencia de abordaje, registro, allanamiento y aprehensión de la motonave y de la mercancía, las autoridades aduaneras no contaban con ninguna orden judicial ni con un auto comisorio aduanero expreso. Por esa razón las pruebas recaudadas son nulas de pleno derecho y no era dable admitirlas como válidas. Tampoco puede hablarse de contrabando sino de uso

indebido de las facultades de fiscalización aduanera, por haber sido ejercidas antes de que la motonave llegara a puerto colombiano.

QUINTO CARGO: Violación de los artículos 35 del C.C.A.; 13, 29, 209 230 de la Constitución Política

Al interponerse el recurso de reconsideración contra la resolución No. 8312 de 19 de septiembre de 2001, se hizo referencia a las diferentes irregularidades cometidas por la administración, destacándose el desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa.

SEXTO CARGO: Ilegalidad de las causales de aprehensión y decomiso invocadas por la Administración y que son contrarias al Decreto 2685 de 1999 y al artículo 150 numeral 1 de la Constitución Política

Según el criterio de los demandantes, las decisiones administrativas censuradas violaron la Carta fundamental, al dar aplicación a unas causales de aprehensión y decomiso que no fueron consagradas por el legislador. La tipificación de esas causales no puede hacerse mediante acto administrativo general, sino por una ley aprobada por el Congreso de la República.

SÉPTIMO CARGO: Falta de competencia funcional de la División de Investigaciones Especiales por inexecutable sobreviviente del Decreto 1265 de 1999 y de la resolución No. 5632 de 1999, configurándose con ello una violación de los artículos 13, 29, 122, 124, 150 num. 10°, 189 núms 14° y 16°, 209, 230 y 243 de la Constitución Política; 66 núm. 2° del C.C.A. y, 10 literal b) de la Resolución No. 5634 de 1999 proferida por la DIAN

Al declararse inexecutable el decreto 1265 de 1999 (*Sentencia C-382 de 2000 proferida por la Corte Constitucional*), debe entenderse que la División de Investigaciones Especiales dejó de existir de manera automática. En tales circunstancias, no le era dable a la administración decretar ningún decomiso.

Al mismo tiempo y según el artículo 189 numerales 14 y 16 de la Constitución, es el Presidente de la República y no el Director de la DIAN, el competente para señalar las funciones y objetivos de la precitada División. Por lo anterior, el Director de la DIAN, al expedir la resolución No. 5236 de 1999, ejerció funciones que no eran suyas, lo cual determina la necesidad de retirar los actos

demandados de la vida jurídica. Además de lo expuesto, se configura en este caso la violación del principio de la cosa juzgada constitucional.

OCTAVO CARGO: Pérdida de competencia funcional de la División de Investigaciones Especiales al configurarse el silencio administrativo positivo. Violación de los artículos 13, 29, 84, 209 y 230 de la Constitución Política; 476, 509, 512, 515 y 520 del decreto 2685 de 1999 y, 27 del Código Civil

A juicio del actor, los actos administrativos demandados fueron proferidos de manera extemporánea, por fuera de los términos previstos en los artículos 509 y 512 del Código de Aduanas. Por lo anterior, ha debido aplicar oficiosamente el silencio administrativo positivo y entender resuelta la situación de la mercancía a favor de los demandantes.

En el presente asunto, la aprehensión de la mercancía, se produjo el 3 de marzo de 2001, como consta en el acta de aprehensión No. 062 y, por lo mismo, desde ese instante debe contabilizarse el término de treinta (30) días para formular y notificar el requerimiento, que el caso de autos no se cumplió.

NOVENO CARGO: Impedimento funcional de la División de Investigaciones Especiales y del Dr. Juan Carlos Ochoa Daza, jefe de la División de Normativa y Doctrina, por haber emitido previamente un concepto sobre el punto en discusión. Violación de los artículos 13, 29, 209 y 230 de la Constitución Política; 150 núm. 2 y 12 del C.P.C. y 3 del C.C.A.

En opinión de la parte actora, el Dr. Jonatan Cañón Martínez, quien a la sazón se desempeñaba como Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la DIAN, se encontraba impedido para seguir conociendo del trámite aduanero, pues a pesar de haber avocado el conocimiento del asunto hasta la expedición del requerimiento especial aduanero No. 052 de 2001, interviniendo como instructor y sustanciador en la actuación administrativa correspondiente, siguió participando en la etapa posterior al decomiso, con clara violación del artículo 150 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil y de los principios de transparencia, imparcialidad administrativa y debido proceso.

Paralelamente a ello, el Dr. Juan Carlos Ochoa Daza, Jefe de la División de Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN, se encontraba igualmente impedido para desatar el recurso de reconsideración, por cuanto previamente había

proferido el concepto jurídico N°. 53012-41920 de 2001, que trata de la aprehensión en aguas territoriales. En ese sentido, debe verse como un prejuzgamiento, en menoscabo de la imparcialidad y la transparencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y defendió la legalidad de los actos acusados, señalando que en los trámites de aprehensión y decomiso de las mercancías, se dio estricta aplicación a la normatividad vigente, al haberse demostrado la falta aduanera cometida. Además de ello, interpuso la excepción de *“falta de agotamiento de la vía gubernativa”*, pues varias de las normas citadas en la demanda no fueron invocadas en sede gubernativa, lo cual permite predicar que no se agotó en forma adecuada la vía gubernativa. Frente a los cargos expuestos, se plantearon las siguientes réplicas.

CONTESTACIÓN AL PRIMER CARGO: La mercancía transportada debía contar con el certificado de sanidad antes de ser introducida en la Zona de Régimen Aduanero Especial regulada por el régimen especial previsto en el decreto 2685 de 1999 (arts. 444 a 458) y en el decreto 1197 de 2000, por tratarse de productos destinados al consumo humano (*leche, licores, cigarrillos, champú, etc.*). El desconocimiento de dicha exigencia constituye causal de aprehensión y decomiso tal cual lo prevé el artículo 20 del decreto 1197 de 2000. Aunque el concepto N°. 232 de 2000 expedido por la Oficina Jurídica de la DIAN, señala que en tales eventos no procede el decomiso de las mercancías, debe tenerse en cuenta que el mismo no aplicaba en este caso particular, por no encontrarse vigente el artículo 20 del decreto 1706 de 1992, que le sirve de soporte. Según el artículo 2° del decreto en mención, la homologación de un certificado de sanidad proferido por autoridades extranjeras, sólo es posible cuando no se trate de alimentos. En cuanto al valor probatorio de los documentos otorgados en el extranjero, debe darse aplicación al artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, lo que permite entender la razón por la cual no se dio valor probatorio a las fotocopias simples de los documentos presentados por el transportador para acreditar la sanidad de los productos aprehendidos y decomisados.

Por otra parte, la administración considera que en este caso no se dio cumplimiento al artículo 7° del decreto 1197 de 2000, pues al ingresar las

mercancías a la zona de régimen aduanero especial, se dejó de presentar la declaración de importación con la anticipación exigida por dicho artículo. Por otro lado, el transportador no reportó la llegada de la mercancía ante el Grupo de Registro de Documentos de Viaje de la Aduana, desconociendo con ello lo previsto en el artículo 9 de ese mismo Decreto.

CONTESTACIÓN AL SEGUNDO CARGO: La única causal de decomiso invocada en la resolución No. 8312 de 19 de septiembre de 2001, fue precisamente la prevista en el literal d) del artículo 20 del decreto 1197 de 2000, esto es, haber ingresado las mercancías a la zona de régimen aduanero especial sin contar con el respectivo certificado de sanidad, aún a pesar de tratarse de productos alimenticios destinados al consumo humano.

CONTESTACIÓN AL TERCER CARGO: El testimonio rendido bajo la gravedad de juramento por el Capitán de la motonave, fue desvirtuado y perdió credibilidad, al determinarse pericialmente que los motores de la embarcación se encontraban en óptimas condiciones.

CONTESTACIÓN AL CUARTO CARGO: La diligencia de inspección realizada el 3 de marzo de 2001, tuvo por objeto verificar la información remitida por la Armada Nacional, referida a la presunta comisión del delito de contrabando. Por lo mismo, debe entenderse que la inspección efectuada en esa fecha, se verificó de acuerdo con las facultades de fiscalización y control otorgadas a esa dependencia por los artículos 469 y 470 del Estatuto Aduanero y el artículo 33 de la Convención sobre el Mar. De acuerdo con tales preceptos, las autoridades deben tomar las medidas de fiscalización que sean necesarias para prevenir la infracción de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial.

CONTESTACIÓN AL QUINTO CARGO: No puede aceptarse la censura propuesta, pues tal como se puede constatar, existe una conexión apropiada entre la parte motiva y la resolutive, lo cual determina que desde el punto de vista formal la decisión censurada cumpla con las exigencias de la debida motivación, la congruencia y la coherencia. Por contera, es del caso hacer prevalecer los aspectos sustanciales sobre los meramente formales.

CONTESTACIÓN AL SEXTO CARGO: La administración no puede adoptar en vía gubernativa decisiones referidas a la constitucionalidad de las normas aduaneras, por lo cual las disposiciones del decreto 2685 de 1999 mantienen su vigencia. Además de ello no puede aplicarse la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto las normas de dicho decreto no contienen violaciones flagrantes a la Carta Política.

CONTESTACIÓN AL SÉPTIMO CARGO: La resolución 8312 de 19 de septiembre de 2001 fue proferida por el Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la DIAN, en uso de las facultades legales conferidas por los artículos 26 del decreto 1265 de 1999; 52 de la resolución 5632 de 1999; 469 y 470 del decreto 2685 de 1999; 429 de la resolución 4240 de 2000 y demás normas concordantes y complementarias. El artículo 35 del Decreto 1265 de 1999, le confirió expresamente al Director de la DIAN la facultad de distribuir competencias entre las dependencias de dicha Unidad Administrativa Especial, lo cual reviste de legalidad el acto demandado.

CONTESTACIÓN AL OCTAVO CARGO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 519 del decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 23 del decreto 1198 de 2000, vigente desde el 10 de julio de ese mismo año, la Administración dispone de un término de 12 meses para decidir de fondo una actuación aduanera, contados a partir de su iniciación, esto es, desde la notificación del requerimiento especial aduanero, en el cual se pone de presente la infracción administrativa en la que posiblemente se encuentre incurso el administrado. Por lo anterior es equivocado entender que el término se cuenta a partir del día de la aprehensión de las mercancías, pues según las voces del artículo 504 del citado decreto, ese es un acto de mero trámite contra el cual no procede recurso alguno en la vía gubernativa, por tratarse de una medida cautelar al cual acuden las autoridades aduaneras para asegurar la prueba mediante la conducción de las mercancías a un depósito autorizado, al presumir que ellas ingresaron ilegalmente al país o, existir dudas acerca de su legal permanencia en el país, de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 502 *ibídem*. En suma, la notificación del acta de aprehensión no equivale a una vinculación formal del interesado al proceso administrativo aduanero.

CONTESTACIÓN AL NOVENO CARGO: En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 10 del decreto 1265 de 1999, los conceptos jurídicos

emitidos por la División de Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN, tienen un carácter general. Sin embargo, la emisión de un concepto como el que se acaba de mencionar, no constituye sin embargo un obstáculo para la adopción de decisiones de mérito que deban adoptarse en casos particulares y concretos en virtud de la interposición de un recurso de reconsideración, por tratarse de una función que se encuentra consagrada en el artículo 11 numeral 13 de dicho decreto. *Así las cosas y de conformidad con las normas del Decreto 1909 de 1992, las irregularidades que se cometan en la presentación de la mercancía, afecta directamente al importador, por ser él el principal responsable de la obligación aduanera y por ser la mercancía la principal prenda de garantía con que cuenta la DIAN para garantizar el cumplimiento y la exigibilidad de las obligaciones aduaneras. A este respecto, no puede perderse de vista que cuando la mercancía no aparezca relacionada en el manifiesto de carga, se entenderá que la misma no fue presentada ante la autoridad aduanera, siendo procedente su aprehensión y decomiso, tal cual se establece en el artículo 72 del Decreto en mención.*

A partir de los argumentos que quedan expuestos, el apoderado de la DIAN solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se denegaran las pretensiones de la parte demandante.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de relacionar en su sentencia los aspectos más relevantes de la actuación aduanera surtida y que desembocó en la adopción de las decisiones que se impugnan en este proceso, el Tribunal de origen desestimó la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, por considerar que la circunstancia de que se hayan invocado como violadas unas normas adicionales a las consignadas en el recurso de reconsideración, no significa que se estén planteando “*hechos nuevos*” ni que se haya desconocido el derecho de defensa de la Administración.

Frente a los cargos endilgados, el a quo expuso las siguientes consideraciones:

PRIMER CARGO: Según el artículo 20 literal d) del decreto 1197 de 2000, el ingreso de mercancías a la zona de régimen aduanero especial, sin contar con el respectivo certificado de sanidad, constituye causal de aprehensión y decomiso. El

artículo 2° de ese decreto establece que la presentación del certificado de sanidad reviste carácter obligatorio, cuando se trate de la importación de alimentos, que en este caso no puede suplirse con los certificados de sanidad expedidos por el país de origen: Al mismo tiempo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, los documentos presentados en fotocopia simple por el transportador no tienen valor probatorio.

Además de ello, el artículo 470 del decreto 2685 de 1999, radica en cabeza de la DIAN, la función de *“Adelantar las políticas preventivas tendientes a mejorar el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras”*; *“Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones aduaneras, no declaradas.”*; *“Solicitar el apoyo de las autoridades del Estado y de la fuerza pública para la práctica de las diligencias en que así lo requieran.”*; *“Tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de la prueba, incluyendo la aprehensión de la mercancía.”* y *“En general, efectuar todas las diligencias y practicar las pruebas necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos aduaneros y la aplicación de las sanciones a que haya lugar.”*, concluyendo que la actuación aduanera se ajustó por entero a la normatividad vigente.

Frente a la presunta violación de los artículos 2.1 y 2.3.2 de la ley 17 de 1991, que consagra la obligación de las autoridades portuarias y aduaneras de exigir sólo lo mínimo en materia de documentos, el Tribunal estimó que lo allí dispuesto no impide la adopción de medidas encaminadas a garantizar el cumplimiento de las demás normas legales vigentes y por ello no es válido predicar que las decisiones censuradas sean contrarias al ordenamiento jurídico. La actuación de las autoridades tuvo por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras a cargo del transportador y no puede afirmarse que ello sea violatorio del artículo 104 del decreto 2685 de 1999.

SEGUNDO CARGO: En este caso no se configura la violación de los principios de legalidad o tipicidad de la sanción y de congruencia, por cuanto la causal invocada al disponer la aprehensión y el posterior decomiso de las mercancías, se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 20 literal d) del decreto 1197 de 2000, según el cual, *“ingresar mercancías a la Zona de Régimen Aduanero Especial sin haber obtenido previamente el certificado de sanidad, cuando se requiera”*, constituye causal de aprehensión y decomiso. Por lo mismo, no es de

recibo la acusación según la cual se incurrió en una trasgresión del artículo 476 del decreto 2685 de 1999 y de los artículos 16, 17, 18 y 54 de la ley 30 de 1986, pues tales normas, mencionadas en la Resolución 8312 de 2001, sólo sirvieron para comprobar la ilegalidad de la importación que se pretendía realizar. En suma la causal de decomiso que se tuvo en cuenta fue la atinente a la no presentación de las licencias de sanidad.

TERCER CARGO: Con respecto a la supuesta violación del debido proceso (Art. 29 C. P.), el *a quo* admitió que la entidad aduanera omitió el traslado de los dictámenes practicados, lo cual incide en la validez de dicha prueba, debiendo tenerse como nula, de pleno derecho. Ciertamente, el artículo 471 del decreto 2685 de 1999 y el 238 del Código de Procedimiento Civil, ordenan dar traslado de los dictámenes periciales practicados, lo cual se pretermitió en el trámite de la actuación aduanera censurada.

Cosa distinta sucedió con la declaración juramentada rendida por el Capitán del navío Arashi, la cual sí fue valorada aunque no en el sentido pretendido por la parte actora. Si bien la administración tuvo por desvirtuado su valor probatorio al conocer el resultado del dictamen pericial, los demás medios de convicción allegados permiten apreciar que los ilícitos aduaneros si existieron, lo cual justifica el sentido de las decisiones acusadas:

CUARTO CARGO: Tal como se expresó la DIAN es competente, en desarrollo de sus facultades de fiscalización y control, para adelantar investigaciones y desarrollar los operativos necesarios para asegurar el cumplimiento de las normas aduaneras y garantizar el cumplimiento de la legalidad de las importaciones que se realicen. En el caso *sub examine* no hubo ninguna violación al ordenamiento jurídico ni se configuró una extralimitación de funciones, pues se imponía la verificación física y documental de los hechos, a partir de la información suministrada por la Armada Nacional, .

QUINTO CARGO: Según el criterio del *a quo*, el hecho de que el recurso de reconsideración no haya tenido ninguna prosperidad y la circunstancia de que la valoración probatoria no haya sido favorable a los intereses de la parte actora, no constituyen razón de mérito para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, con los cuales concluyó la actuación gubernativa, en cuyo trámite se brindó a los interesados la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia y de

defensa. A juicio del Tribunal la determinación cuestionada se encuentra debidamente motivada y se soporta en los cargos formulados, en los descargos y argumentos de la defensa y en los medios de prueba allegados al expediente, lo cual permite afirmar que la misma se encuentra ajustada a derecho.

SEXTO CARGO: El Tribunal puso de presente que el decreto 2685 de 1999 fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el numeral 25 del artículo 186 de la Constitución Política y con sujeción a las disposiciones contenidas en los artículos 3 de la ley 6 de 1971 y 2 de la ley 7 de 1991, que le atribuyen la competencia para *“modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”*.. Dicho Decreto goza de plena aplicación, en razón de no haber sido suspendido ni declarado inconstitucional. Por lo anterior, no hay ningún fundamento para decretar su anulación.

SÉPTIMO CARGO: Mediante la sentencia C-382 de 2000, dictada por la H. Corte Constitucional, se declaró la inexecuibilidad del artículo 43 del decreto 1071 de 1999, que dispuso que el Gobierno Nacional debía definir, antes del 2 de agosto de 1999, la organización interna de la DIAN.

El decreto 1265 de 1999, por el que se organiza internamente y se distribuyen las funciones de la DIAN, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 189 numeral 16 de la Constitución, que lo facultan para *“modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley”*. El artículo 35 de este Decreto, faculta de manera expresa al Director Ejecutivo de la precitada Unidad Administrativa Especial, para distribuir entre las divisiones creadas en ese decreto, las funciones asignadas a las oficinas, subdirecciones, subsecretarías, direcciones regionales, administraciones regionales y administraciones locales de esa entidad; lo cual se realizó con la expedición de la Resolución 5632 de 19 de julio de 1999.

En razón de lo anterior, queda en claro que la inexecuibilidad del artículo 43 del Decreto 1071 de 1999, no afecta ni podría extenderse en sus efectos al Decreto 1265 de 1999, como tampoco a la resolución 5632 de 1999, por tener un

fundamento jurídico distinto. Por lo anterior, no hay razón para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

OCTAVO CARGO: En el caso de autos el silencio administrativo positivo no tiene aplicación, al no ser procedente la legalización de las mercancías aprehendidas, por razón de lo establecido en el artículo 238 del Decreto 2685 de 1999, en donde se prescribe que *“No procederá la declaración de legalización, respecto de las mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, salvo que se acredite el cumplimiento del respectivo requisito.* Según lo destaca el Tribunal, en el asunto bajo examen, además de no haber sido anunciada la llegada de la Motonave Arashi, las mercancías aprehendidas estaban sujetas la restricción legal y administrativa para su importación, dada la prohibición de importar mercancías que carezcan de registro sanitario. En ese orden de ideas y si bien hubo incumplimiento de algunos términos, el mismo no genera el silencio administrativo positivo invocado por los actores, pues el silencio administrativo positivo no opera cuando se trate de mercancías respecto de las cuales no sea procedente la legalización, o de mercancías cuya importación se encuentre sujeta a restricciones legales o administrativas. En tales circunstancias, la División de Investigaciones Especiales, adscrita a la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la DIAN, no había perdido la competencia funcional para expedir los actos administrativos acusados. Adicionalmente, el Tribunal estimó que tampoco se configura en este caso la vulneración del derecho a la igualdad, ni del debido proceso, ni se presenta ninguna extralimitación de funciones..

NOVENO CARGO: Según las voces del artículo 52 de la resolución 5632 de 1999, le corresponde a la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera, *“adelantar investigaciones, avocar el conocimiento y proferir actos administrativos preparatorios o definitivos para la determinación de las obligaciones aduaneras, inclusive ordenar el decomiso de mercancías, así como la aplicación y liquidación de sanciones conforme a los procedimientos legales vigentes previa autorización del Director de Aduanas”*¹. Por lo tanto, ha de entenderse que dicha repartición administrativa es competente para actuar desde la ocurrencia del hecho que determina la iniciación del trámite aduanero y hasta el

¹ Literal d) del artículo 52 de la resolución No. 5632 de 19 de julio de 1999, por la cual se distribuyen funciones en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, proferida por el Director General de esa entidad.

momento en que se profiera el acto administrativo mediante el cual se ponga fin a la actuación administrativa.

Además de lo anterior, también es de su resorte *“resolver los recursos en materia tributaria, aduanera y cambiaria, en lo de competencia de la entidad, interpuestos contra actos proferidos por las direcciones y subdirecciones, cuya competencia no se encuentre expresamente asignada a otra dependencia”*², y *“absolver en forma general, las consultas que se formulen en relación con la interpretación y aplicación general de las normas en materia aduanera, de comercio exterior y de control de cambios en lo de competencia de la entidad”*³, tal cual lo establece el artículo 11 del decreto 1265 de 1999. En tratándose entonces de dos funciones asignadas por el ordenamiento jurídico, no puede predicarse que el ejercicio de una de ellas le genere a su titular algún impedimento para el cumplimiento de la otra función.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

En el escrito de sustentación del recurso, el AGENTE OFICIOSO formula las siguientes objeciones al fallo de primera instancia:

1.- Según afirma el recurrente, en el momento de realizarse el abordaje de la motonave, no se había incurrido aún en ninguna infracción aduanera, ni se había configurado causal alguna de aprehensión y decomiso, remitiéndose a las definiciones establecidas en el artículo 1° del Estatuto Aduanero.

Se alega además en la apelación que la mercancía decomisada (*licores, cervezas, champú y cigarrillos*), no puede ser catalogada dentro del concepto de *“alimentos”*, y en tal virtud, aplica en su caso lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 1197 del 2000, a cuyas voces, la exigencia de presentar el certificado sanitario expedido en el país como condición para obtener el levante aduanero, opera básicamente cuando se trata de alimentos.

² Numeral 13 del artículo 11 del decreto 1265 de 1999, por el cual se organiza internamente y se distribuyen las funciones de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, expedido por el Presidente de la República.

³ Literal b) del artículo 11 de la resolución No. 5632 de 19 de julio de 1999, por la cual se distribuyen funciones en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, proferida por el Director General de esa entidad.

Por otra parte, estima el recurrente que la División de Investigaciones Especiales de la DIAN era incompetente para proferir los actos acusados, pues no contaba con el poder, atribución o facultad para decretar la aprehensión y decomiso de las mercancías, al no configurarse ninguna de las causales estatuidas por el artículo 20 del Decreto 1197 del 2000. Además de lo expuesto, los actos administrativos censurados fueron proferidos por la Administración de Aduanas de Santa Marta y por la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales incurriendo con ello en una falta absoluta de competencia, ya que los hechos infractores acontecieron en el territorio jurisdicionado a la Administración de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure en el Departamento de la Guajira.

Por otra parte, en el artículo 20 del Decreto 1197 del 2000, la no presentación del registro sanitario de este tipo de mercancías no se encuentra tipificada como infracción aduanera y por lo mismo, la no presentación del ya mencionado registro sanitario no constituye causal de aprehensión y decomiso. Por lo mismo, el fallador de primera instancia incurrió en un error sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental, al fundarse en una causal inexistente.

Señala además el recurrente, que el *a quo* dejó de aplicar en este caso la Ley 45 de 1998, por medio de la cual se aprobó la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1991, al soslayar el valor probatorio de los documentos sin legalizar obrantes en el proceso. El Tribunal de primera instancia, dio aplicación al artículo 259 del Código de Procedimiento Ovil, sin tener en cuenta en cuenta que dicho precepto fue reformado por la Ley 45 de 1998, incurriendo de esa forma en una equivocación. En este aspecto la Sentencia es incompatible con el artículo 29 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, debe ser retirada del Ordenamiento Jurídico.

El fallo cuestionado, viola además los artículos 2.1 y 2.32 de la Ley 17 de 1991, en virtud a que los documentos ya mencionados solamente podían exigirse en el momento de arribar la embarcación al puesto de destino.

Siendo en su opinión evidente que los actos censurados fueron proferidos con manifiesta vulneración del Ordenamiento Jurídico, debe declararse su nulidad y disponerse el restablecimiento de los derechos afectados.

2.- Se insiste en la violación del debido proceso, ya que la causal invocada por la administración y que sirvió de fundamento a la expedición de los actos censurados, no constituye causal de aprehensión y decomiso, pues la mercancía no cabe dentro de la categoría de “*alimentos*”.

Según el criterio del recurrente, se está violando el principio de legalidad de las sanciones, pues no hay una ley preexistente que califique el acto o hecho como infracción. El hecho de que las cervezas y licores no cuenten con las leyendas que exige la Ley 30 de 1986, no significa que los funcionarios aduaneros puedan colegir que su producción y fabricación carece de certificación de sanidad o que no son actos para el consumo humano.

A la luz de lo previsto en el artículo 711 del Estatuto Tributario, el apelante pone de presente que el fallo recurrido no tuvo en cuenta la correspondencia que debe existir entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión. Esta última debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial o en su ampliación si la hubiere. En esas circunstancias, la falta de correspondencia antes aludida debe dar lugar a la anulación deprecada.

3.- En opinión de los demandantes, debe declararse la nulidad de los actos acusados, por haber sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, en forma irregular, y con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, al estar probado en el proceso que la entidad aduanera no corrió traslado de los dictámenes practicados, lo cual por sí sólo resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución.

4.- En el escrito que sustenta la apelación se afirma que la diligencia de inspección de las mercancías debió realizarse al arribo de la embarcación al puerto de destino.

5.- Se insiste por parte del recurrente que los actos demandados dejaron de resolver y atender todas las cuestiones que fueron planteadas en sede gubernativa, lo cual implica un desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

6.- En este punto se reitera por parte del recurrente que la administración

desconoció el término consagrado en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, en el cual se establece que una vez establecida la presunta comisión de una infracción aduanera, o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de una mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales; *“...la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento; relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, causal de aprehensión y avalúo de la mercancía; las pruebas practicadas, las normas presuntamente infringidas, término para dar respuesta al Requerimiento y sanción que se propone, si procede.”*. Por razón de lo anterior y habiendo sido admitido por el a quo que los actos acusados fueron proferidos por fuera del término antes mencionado, se ha de concluir que se configura en este caso su expedición irregular, con falta de competencia, con violación del derecho de defensa o audiencia y con abuso de poder por extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas en esa norma.

Aparte de lo expuesto, quedó establecido en el curso de la primera instancia que la administración le desconoció a los demandantes el derecho a legalizar la mercancía, por no haber incurrido en infracción aduanera alguna y por no darse la causal para la aprehensión y decomiso de la mercancía alegada en el Requerimiento Especial Aduanero formulado extemporáneamente.

Dada la presencia de los defectos sustantivos y fácticos que se acaban de señalar, resulta procedente la revocatoria del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; la declaratoria de nulidad de los actos acusados y el consecuente resarcimiento de los perjuicios por ellos ocasionados.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante escrito obrante a folios 42 a 44 del cuaderno número 2, el apelante ratificó los mismos argumentos de la apelación, insistiendo en la necesidad de determinar pericialmente el valor de las mercancías sobre las cuales recayó la orden de aprehensión y decomiso.

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito que aparece a folios 33 y siguientes del cuaderno número 2, pone de presente que el agente oficioso que

sustentó el recurso de apelación no estaba legitimado para ello, toda vez que el señor IDALIDES DEL CÁRMEN OVIEDO HERNANDEZ, venía siendo representado por un apoderado que ya había sido reconocido como tal por el Despacho. Además de ello, insistió en defender la legalidad de los actos acusados y la juridicidad de la decisión apelada, argumentando que las funciones de inspección y control asignadas a la DIAN, pueden ser ejercidas en el territorio aduanero nacional, comprendiendo dentro del mismo las aguas que forman parte de nuestro mar territorial. Por otra parte, destaca el memorialista que los productos aprehendidos están destinados a consumo humano y en tal virtud deben contar con las respectivas licencias de sanidad. Sobre el particular, expresó que el artículo 20 literal d) del Decreto 1197 de 2000, adicionó las causales de aprehensión y decomiso señaladas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, al incluir dentro de ellas el ingreso de mercancías en la Zona de Régimen Aduanero Especial, de mercancías que no han obtenido el certificado de sanidad, cuando se requiera, siendo precisamente el caso de los productos destinados al consumo humano.

Desmiente además el apoderado de la DIAN el cargo de incompetencia, señalando que según los artículos 30 y 50 del Decreto 1071 de 1999, en concordancia con lo previsto en la Resolución 5634 del mismo año, las labores de fiscalización para la prevención y represión del contrabando y demás infracciones aduaneras, se encuentra atribuida a la Subdirección de Fiscalización Aduanera, de la cual depende la División de Investigaciones Especiales, cuya jurisdicción es del alcance nacional. Se agrega a lo anterior, que según el artículo 20 de la Ley 383 de 1997, la definición de la situación jurídica de las mercancías, corresponde a la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales. Por otra parte, es claro que el transportador ingresó las mercancías al territorio aduanero nacional, sin dar aviso a las autoridades de la llegada de las mercancías, hecho que según lo previsto en el artículo en el artículo 20 literal d) del Decreto 1197 de 2000, constituye causal de aprehensión y decomiso.

En cuanto se refiere al supuesto cercenamiento por parte de las DIAN de la oportunidad de legalizar las mercancías, el apoderado de la demandada puso de relieve que ello no procede cuando la importación no esté sujeta a restricciones, tal como lo establece la misma ley aduanera.

En lo relativo a la violación de los términos, se expresa en este escrito que en el expediente no aparece acreditado que las decisiones hayan sido proferidas de manera extemporánea y en lo que atañe a la presunta violación de las ritualidades procesales, se menciona que dicha objeción contradice el carácter especial de las normas que regulan el procedimiento aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Antes de abordar el análisis de las decisiones administrativas acusadas, mediante las cuales se dispuso la aprehensión y el posterior decomiso de las mercancías mencionadas en esta providencia y teniendo en cuenta los argumentos consignados en el alegato de conclusión radicado por el apoderado de la DIAN con respecto a la falta de legitimación del Dr. JORGE ADAULFO ARIAS SERRATO, para sustentar el recurso de alzada como AGENTE OFICIOSO de uno de los demandantes, la Sala entrará a dilucidar este punto de derecho, por considerarlo de gran relevancia en el debate procesal.

Tal como se puede constatar en el expediente, el señor IDALIDES DEL CÁRMEN OVIEDO HERNANDEZ, desde el mismo momento de la presentación de la demanda y de su posterior adición estuvo representado por el Dr. CARLOS NAHÚN PÉREZ ARÉVALO, quien en el curso de la primera instancia actuó también como apoderado de los otros dos actores, señores JOSÉ LUIS ROMERO GONZÁLEZ y NANCY J. MORENO DE JIMÉNEZ. No obstante lo anterior, el mencionado profesional del derecho dejó de actuar como apoderado del señor OVIEDO HERNÁNDEZ a partir del día 28 de noviembre de 2007, al asumir su

representación en esa fecha el abogado ALEJANDRO OSUNA GUTIÉRREZ. (folios. 408 y 409 del cuaderno principal).

En esa fecha, el nuevo apoderado judicial del señor OVIEDO HERNÁNDEZ, interpuso de manera oportuna recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y al momento de disponerse el traslado para su sustentación, el referido profesional conservaba aún la condición antes indicada. El apoderado de JOSÉ LUIS ROMERO GONZÁLEZ y NANCY J. MORENO DE JIMÉNEZ, por su parte, se abstuvo de impugnar la providencia.

En razón de lo expuesto, resulta pertinente entrar a determinar si bajo los cánones de nuestro derecho procesal era o no viable jurídicamente que la representación del señor OVIEDO HERNANDEZ al momento de descorrer el traslado para la sustentación del recurso, fuese asumida por un AGENTE OFICIOSO, a pesar de contar con un apoderado debidamente constituido y reconocido en el proceso y quien, en tal condición, era realmente el llamado a sustentar la impugnación.

Pues bien, para esclarecer la inquietud antes anotada, es preciso remitirnos a lo dispuesto en los artículos 47 del C. de P. C., en donde se regula dicho instituto jurídico en los siguientes términos.

ARTÍCULO 47. AGENCIA OFICIOSA PROCESAL. *Se podrá promover demanda a nombre de persona de quién no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquélla.*

El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si éste no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado.

La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados por la ley.

Como bien se puede apreciar, el artículo 47 del C. de P. C., aplicable a los procesos contencioso administrativos en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A. es claro en señalar que dicha figura procesal sólo se

encuentra prevista “*para promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder*”, supuesto que no es en manera alguna el que se configura en el asunto *sub examine*, en el que se pretende hacer uso de la misma para sustentar el recurso de apelación oportunamente presentando por quien en realidad ostenta el carácter de apoderado de uno de los demandantes y quien a la postre era el llamado a argumentar las razones de su inconformidad frente a la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El tratadista Hernando Devis Echandía, al referirse a la figura de la Agencia Oficiosa Judicial, expresa que ella aparece contemplada en nuestro ordenamiento jurídico para “*...promover demanda a nombre de otra que esté ausente o impedida para hacerlo, con el fin de evitar' que pueda sufrir algún perjuicio*”. Dicho de otra manera, la figura de la agencia oficiosa no se estableció entonces para contestar la demanda, interponer recursos o realizar otras actuaciones dentro de un proceso, tal como lo ha señalado la Sala en repetidas ocasiones.⁴

Ahora bien el hecho de que el abogado ALEJANDRO OSUNA GUTIÉRREZ, mediante escrito radicado el día 4 de abril de 2008, aparezca sustituyendo el poder que le fue otorgado, al Dr. JORGE ADAULFO ARIAS SERRATO, no tiene en realidad ninguna incidencia pues dicha sustitución de manera alguna sana la falta de legitimidad de quien como agente oficioso sustentó el recurso de apelación, el cual en su momento ha debido declararse desierto.

De acuerdo con la normatividad procesal vigente, para poder interponer y sustentar un recurso de apelación en representación de una de las partes, es preciso contar con un mandato judicial debidamente conferido, no siendo de recibo la invocación de la figura de la agencia oficiosa procesal, por estar reservada única y exclusivamente a la presentación de la demanda, previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 47 del C:C:A:. Como quiera que en el *sub lite* el Dr. ARIAS SERRATO no acreditó su condición de apoderado y no siendo de recibo la invocación de la figura de la agencia oficiosa judicial para sustentar el recurso de alzada, habrá de concluirse que efectivamente no ha debido admitirse la apelación por que no fue sustentada por quien se encontraba legítimamente

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 28 de abril de 2005, Exp. Núm. 11001-03-24-000-2001-00367-01, Actor: PRODUCTOS FAMILIA S.A. Consejero Ponente: Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE y Auto de 26 de abril de 2007, Exp. Núm. 11001-03-24-000-2005-00144-01, Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Consejero ponente: Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

facultado para ello, configurándose de esa forma la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. Por lo expuesto, la sentencia a proferir tendrá un carácter inhibitorio, sin que sea necesario realizar el escrutinio de las razones de inconformidad expuestas por el recurrente.

Como quiera que la parte agenciada ni siquiera ratificó la actuación de quien de manera oficiosa actuó en su nombre, no podrá ser condenada al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLA:

Primero.- **INHÍBESE** de proferir pronunciamiento de fondo respecto del recurso de apelación interpuesto por el abogado del señor IDALIDES DEL CÁRMEN OVIEDO HERNANDEZ, y sustentado por el Doctor JORGE ADAULFO ARIAS SERRATO, invocando la condición de AGENTE OFICIOSO contra la sentencia proferida el 15 de noviembre del 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con las consideraciones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidente

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO