

FICHA TECNICA

1. PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-01-2017-085
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADO:	- J.A.A.B.
- CARGO:	Facilitador III Código 103 Grado 03
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Bogotá
- TEMA:	HURTO

2. HECHOS RELEVANTES

"Mediante radicado XXX del 11/05/2017, el señor **M.O.O.R**, en calidad de Coordinador Secretaría Técnica de la Subdirección de Gestión Control Disciplinario Interno de la DIAN, coloco en conocimiento de este Despacho copia del Auto No. XXX del 28/04/2017, emitido por la doctora **C.N.S.P** Subdirectora de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

El Auto enunciado ordena remitir la Queja No. XXX a la Agencia ITRC, teniendo presente que el contenido de la misma hace referencia a un correo electrónico enviado por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá el día 19/04/2017, en donde mencionaban una presunta irregularidad relacionada con la sustracción de mercancía que estaba bajo control aduanero en la bodega XXX del Aeropuerto El Dorado.

Así mismo, indica que el correo electrónico señala que el día 12 de febrero de 2017 fue inmovilizada mediante Acta de Hechos No. XXX una carga amparada con documento de transporte No. XX expedida por F.A. en calidad de Agente de Carga Internacional, cuyo consignatario es la sociedad XXX, la cual presuntamente no existe, por lo que en el mes de marzo se efectuó reparto a la funcionaria **D.M.U** para la correspondiente aprehensión de la mercancía por la causal de inexistencia del importador; la enunciada funcionaria **U**, en el desarrollo del inventario, evidencia irregularidades entre las que se encuentra la falta de 1 teléfono celular marca iPhone, e indica inconsistencias en las cantidades de algunas referencias.

Señala la Dra. **S.P** que tal situación podría acomodarse a la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, siempre que haya relación con la condición de servidor público, en el entendido que tales situaciones encuadrarían, entre otros, en la descripción de un tipo penal. Al revisar el contenido de los documentos que se adjunta el informe presentado por el señor **L.C.Q.C**, Director Seccional de Aduanas de Bogotá el día 19/04/2017, del cual es posible resumir lo reportado, de la siguiente manera:

Al revisar el contenido de los documentos que se adjunta el informe presentado por el señor **L.C.Q.C**, Director Seccional de Aduanas de Bogotá el día 19/04/2017, del cual es posible resumir lo reportado, de la siguiente manera:

*"(...) me permito informar la situación presentada en el mes de febrero de 2017 en la División de Gestión Control Carga de esta Seccional y reportada por la Jefe de la División asignada, Doctora **C.B.S**:*
- Febrero 12 de 2017: mediante Acta de Hechos No.XXX (anexo #1) fue inmovilizada la carga amparada en documento de transporte No. XXX expedida por XX en calidad de Agente de Carga Internacional (anexo #2) y transportada por la empresa XXX y Manifiesto de Carga No. XXX del 10 de febrero de 2017 (anexo #3), mercancía ubicada en la bodega XXX situada dentro de las instalaciones del Aeropuerto Eldorado. (...)

- Febrero 14 de 2017: la Jefe de la División de Gestión Control Carga solicita a la División de Fiscalización Aduanera la verificación de la existencia de la sociedad XXX, cuya respuesta dada en febrero 14/17 señalaba la inexistencia de la citada sociedad (anexo #4).

En consideración al perfilamiento y la naturaleza de la mercancía, se solicitó por parte de la Jefe de la División de Gestión Control Carga un reconocimiento de la misma (anexo #5).

Para efectos de dicho procedimiento, se informó al transportador que procedía la medida cautelar de inmovilización y aseguramiento de la mercancía, con fundamento en lo establecido en el parágrafo del artículo 73-1 de la Resolución 4240/00, es decir que el usuario (transportador o consignatario) debía allegar los documentos soporte de la operación comercial, o en su defecto, procede la aprehensión de la mercancía. La documentación requerida nunca fue suministrada ni por el transportador ni por el consignatario.

- Febrero 21 y 22/17: Atendiendo las instrucciones de la Jefe de la División de Gestión Control Carga, se adelantó el inventario por parte de los siguientes funcionarios:

1. J.A.A.B

(...)

El inventario de la mercancía quedó registrado en el formato "HOJA INVENTARIO DE MERCANCIAS), así:

*<0000> Caja 1 y 2 (anexo #6, folios 1 y 2), realizado por los funcionarios **J.A.A.B** y **E.S.F.S***

▪ *Caja 3 (anexo #6, folios 3 y 4), realizado por la funcionaria **D.N.R.H***

▪ *Caja 4 (anexo #6, folios 5 y 6), realizado por los funcionarios **J.A.A.B** y **J.C.M.A***

▪ *Caja 5 (anexo #6, folio 7), realizado por la funcionaria **E.S.F.S***

▪ *Caja 6 (anexo #6, folio 8), realizado por la funcionaria **E.S.F.S***

- Marzo 9/17: El caso fue entregado en reparto a la funcionaria **D.M.U**, para efectos de adelantar la aprehensión con fundamento en el numeral 19 del artículo 550 del Decreto 390 del 20016 (inexistencia del importador).

Dicha funcionaria procede a verificar el inventario efectuado el 21 y 22 de febrero de 2017, para efectos de diligenciar el Acta de Aprehensión respectiva.

- Marzo 10/17 11:30 am: La funcionaria **D.M.U** informa a la Jefe de la División de Gestión Control Carga, que en desarrollo del inventario se evidencia irregularidades como la falta de un (1) teléfono Iphone que aparecía registrado en el inventario e indica inconsistencias en las cantidades de algunas referencias.

De inmediato, la Jefe de la División de Gestión Control Carga procedió a contactar a los funcionarios que participaron del inventario mediante correo solicitando explicación al respecto.

- Marzo 10/17 11:50 am: El funcionario **J.A.A.B**, se presenta a la oficina de la Jefe de la División de Gestión Control Carga, quien en presencia de **D.M.U**, se ofrece a realizar un acompañamiento a la verificación del inventario con la funcionaria aprehensora. Manifestó que el inventario ha sido efectuado por varias personas y que era complicado responder por los demás compañeros.

- Marzo 10/17 3:20 pm: El funcionario **J.A.A.B**, le informa a la Jefe de la División de Gestión Control Carga que él sustrajo el celular Iphone para entregárselo a "un coordinador de la bodega XXX". Al indagar el nombre del "coordinador", el funcionario **Á** se niega a informarlo. Idéntica información fue dada verbalmente en mi Despacho por parte del Señor **Á.B.**, de manera voluntaria.

Los funcionarios que elaboraron el inventario (**J.A.K**, **E.S.F.S**, **D.N.R.H** y **J.C.M.A**) dieron respuesta por escrito, excepto el señor **Á.B** (anexo #7).

La Jefe de la División de Gestión Control Carga remite vía correo electrónico el oficio No. 01-03-201-246-157 dirigido a XXX y XX, en el que solicita:

".... el registro y/o videos de cámaras, en donde se obsérvela mercancía amparada bajo el documento de transporte No. XX manifiesto de Carga No. XXX del 11 de febrero de 2017, mientras la mercancía citada permanecido (sic) en sus instalaciones" (anexo #8).

- Marzo 13/17: La Jefe de la División de Gestión Control Carga se presenta personalmente en la Empresa XXX, para verificar los videos, evidenciándose que las imágenes, además de ilegibles, los tiempos de grabación son demasiado cortos e intermitentes y se presentan cambios permanentes de imagen a otras cámaras.

- Marzo 14/17: La Jefe de la División de Gestión Control Carga nuevamente hace presencia en la Bodega TAESCOL, donde el jefe de seguridad, Señor **L.M**, informa que los videos del 21 de febrero presentan inconvenientes.

- Marzo 21/17: La Jefe de la División de Gestión Control Carga recibe un correo electrónico del señor **J.A.S**, en calidad de Administrador General de TAESCOL, informando mantenimientos al sistema CCVT y que una vez obtuviera los videos, se informaría para su revisión por parte de la Aduana (anexo #9).

- Marzo 23/17: En la comprobación de la carga por parte de la funcionaria a cargo de la aprehensión (**D.M.U.**), se evidencian diferencias sustanciales respecto de la carga inventariada inicialmente y como producto de dicha verificación, se encontró lo siguiente:

a) Estiba 2:

Item o caja No. 25, Tarjetas microSD HC O GIGAS:

Inventario: setenta y cinco (75)

Verificación para aprehensión SESENTA Y NUEVE (69)

Diferencias: SEIS (6) TARJETAS microSD HC 8 GIGAS

▪ Item o caja No. 9: Tarjetas regalo play station (aparentemente crédito en dólares de varios valores).

Inventario: doscientas cincuenta (250)

Verificación para aprehensión: CIENTO OCHENTA (180)

Diferencia: SETENTA (70) TARJETAS regalo play station.

b) Estiba 4:

▪ Ítem o caja No. 35: Tarjetas microSD de 64 gigas

Inventario: ciento setenta (170)

Verificación para aprehensión. Veinte (20)

Diferencia: CIENTO CINCUENTA (150) TARJETAS microSD de 64 gigas.

▪ Ítem o caja No. 33 Consolas de videojuegos PS4

Inventario: cien (100)

Verificación posterior para aprehensión: TRES (3)

Diferencia: NOVENTA Y SIETE (97) CONSOLAS DE VIDEOJUEGO PS4

c) ESTIBA 5:

▪ *Ítem o caja No. 11: Tarjetas microSD 32 GIGAS*

Inventario: cuatro mil ochocientos (4.800)

Verificación posterior para aprehensión: CUATRO MIL (4.000)

Diferencia: OCHOCIENTAS (800) TARJETAS microSD 324 gigas

▪ *Ítem o caja No. 26: teléfono celular iPhone 7 marca Apple de 128 gigas*

Inventario: dos (2)

Verificación para aprehensión: uno (1)

Diferencia: UN (1) CELULAR iPhone 7 marca Apple de 128 gigas

d) Estiba 6:

▪ *Ítem o caja No. 4: consolas Xbox One*

Inventario: veinticinco (25)

Verificación para aprehensión: dos (2)

Diferencia: VEINTITRES (23) CONSOLAS Xbox One

- Marzo 28/17: La Jefe de la División de Gestión Control Carga recibe un correo electrónico del señor .J.A.S. en calidad de Administrador General de TAESCOL (ver anexo #10), informando lo siguiente:

“Adjunto encontrarás el informe técnico de nuestro proveedor de CCTV donde fue imposible recuperar la información requerida por ustedes en su totalidad, inclusive llevando los DVR donde los proveedores de estos.

Con el mayor gusto les podemos entregar (sic) lo que nuestro Director de Seguridad tiene de los días requeridos. Cabe aclarar que estas cámaras funcionan por detección de movimientos y es posible que también por esto no esté el total de las horas con imágenes en horas continuas.

Cuando deseen pueden pasar a recoger lo que se tiene grabado de estos días requeridos” (subrayado fuera del texto).

Se anexa al correo oficio S/N de marzo 21 de 2017 expedido por Inversiones CODE 9 dirigido al Jefe de Seguridad de TAESCOL, relativo al informe sobre los videos requeridos.

- Marzo 29/17: Se expide el Acta de Aprehensión No. 3201700462 y se traslada la mercancía a la almacenadora ALMAGRARIO- FONTIBON (anexo #11), en donde se encuentra actualmente en custodia”

3. CARGOS

*“CARGO ÚNICO: Se endilga provisionalmente al servidor público **J.A.A.B**, en su condición de Facilitador III, Código 103, Grado 03, ubicado actualmente en la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, quien para la época de los hechos se encontraba ubicado en la División de Gestión de Carga, al presuntamente haber realizado objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, falta descrita en el artículo 48 numeral 1 de la ley 734 de 2002, con remisión al delito de HURTO, el cual está tipificado en el artículo 239 del Código Penal Colombiano de la siguiente forma:*

“El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro...”, ello por cuanto en ejercicio de sus funciones realizó inventario el día 21 de febrero de 2017 a

la mercancía amparada bajo la guía aérea no XXX con número de manifiesto de carga XXX y al parecer se apoderó de un teléfono celular marca Apple referencia iPhone 7 de 128 GB el cual se encontraba en la caja no. 2."

Como normas vulneradas se le citó al investigado el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, complementado por el artículo 239 de la Ley 599 de 2000. En cuanto a la responsabilidad, en su aspecto objetivo, la falta fue considerada de manera provisional como GRAVÍSIMA; por su parte, en el aspecto subjetivo, la modalidad de la conducta se le atribuyó, también de manera provisional, a título de DOLO.

El Despacho analiza los testimonios de **D.M.U**, **C.B.S.** y **L.C.Q**, quienes afirman que el investigado reconoció el haber sustraído el teléfono celular para entregárselo a un coordinador de la bodega XXX. Así mismos, el Despacho considera que, a pesar de haber pasado por controles de seguridad, el investigado pudo haber llevado consigo el celular sin levantar sospecha alguna.

Es de precisar que dentro del expediente reposan pruebas documentales, testimoniales.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

(...)

DESCARGOS

Así mismo, por medio de los radicados No. XXX del 11/11/2019 y No. XXX del 12/09/2019, el investigado **J.A.A.B**, presenta escrito de Descargos, en el cual solicito la práctica de pruebas (folios 601 – 612).

En el enunciado escrito, además de rendir explicaciones frente a los hechos investigados, se destacan los siguientes argumentos:

o Ausencia de material probatorio certero que soporte las aseveraciones de la conducta que se endilga como dolosa.

o Falta de determinación en los elementos básicos para establecer la supuesta ocurrencia de los hechos, tales como: certeza en el día, hora, año y lugar de la presunta comisión del hecho punible, así como la individualización del elemento y la comprobación del cómo se llevó a cabo la conducta, toda vez que no se ha demostrado la pre existencia del elemento sustraído.

o Ausencia de motivación o razones para la comisión del hecho punible, así como se demuestra el provecho para el investigado o a favor de un tercero.

o Se atiende únicamente la pérdida de un teléfono celular, cuando existen faltantes de una gran cantidad de mercancía de la carga inventariada del depósito de XXX.

o El cargo formulado se soporta únicamente en testimonios de oídas, sin valorar los testimonios directos de los implicados o testigos presenciales de la actuación con ocasión del inventario.

o Se logra demostrar en el expediente la ausencia de investigaciones disciplinarias y ha sido calificado de buena manera por parte de quien, incluso, reporta la situación.

o Está demostrado que sólo reviso las Cajas 1 y 2, junto a la funcionaria **E.S.F.S**, inventario en el cual no se evidenció la pérdida de ningún celular.

o No reposa la firma del investigado en el inventario de las estibas 5 y 6, en las cuales se reseña la pérdida del teléfono celular.

o Resalta que la custodia de la mercancía recae en el depósito, y que una vez culminado el inventario, el mismo se entrega y no se vuelve a tener contacto con dicha mercancía, siendo únicamente el depósito y sus funcionarios quienes lo manipulan, y posteriormente la funcionaria que realiza la aprehensión, siendo ilógico afirmar que la sustracción se realizó durante la diligencia de inventario.

o Resalta que no es competencia de quienes realizan el inventario, el entrar a verificar naturaleza y funcionamiento del producto, razón por la cual no se vulneran los empaques individuales para realizar un inventario, toda vez que se hace es una verificación de cantidades y cajas de embalaje de los productos, no del contenido del empaque.

o Invoca una duda razonable a su favor, por la ausencia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho.

o Señala que nunca ha aceptado ante los funcionarios **L.C.Q., D.M.U.A. y C.B.S.**, el haber hurtado el teléfono celular.

o Aún lo anterior, establece que, de haberse dado tal confesión, la misma de valor probatorio, toda vez que no se garantizó la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política, el no auto incriminarse.

o Finaliza señalando que no tiene, ni tenía motivos para apoderarse de algún elemento de las mercancías que tenía a su cargo, más cuando ha estado por 20 años al servicio de la DIAN, sin tener reproche alguno.

En ese orden, mediante Auto No. XX del 02/10/2019 se resuelven pruebas en Descargos, decretando unas y denegando otras; tal decisión fue notificada por medio de Estado del día 15/10/2019. Ante tal decisión, por medio de los radicados 1-2019-009367 del 18/10/2019 y No. 1-2019-009374 del 21/10/2019, el investigado **J.A.A.B.**, presenta Recurso de Reposición, y en subsidio de apelación; el primero se resuelve por medio del Auto No. 17414-00005 del 07/11/2019 donde no repone la decisión, y el segundo se resuelve por medio del Auto No. 001 del 11/02/2020 el cual confirma la decisión de primera instancia.

Alegatos de Conclusión

Finalmente, mediante Auto No. XXX del 21/09/2020 se corre traslado para Alegatos de Conclusión, el cual se notifica por Estado el día 09/10/2020; por inconvenientes de acceso al expediente, se hizo necesario correr nuevamente traslado para Alegatos de Conclusión, decisión que se materializó en el Auto No. XXX del 23/10/2020, notificado por Estado el día 29/10/2020. Así, el investigado presente Alegatos de Conclusión por medio de los radicados No. XX del 13/11/2020 y No. XXX- de la misma fecha.

En esa oportunidad, el investigado presentó escrito de Alegatos de Conclusión, a través del cual expuso las razones por las cuales debía ser absuelto del cargo disciplinario que se le imputa. De esta manera, sus argumentos se resumen de la siguiente manera:

o El investigado separa sus alegatos en cuatro (4) aspectos: objeto material, la acción, el sujeto activo y el sujeto pasivo, del tipo penal, sobre los cuales manifiesta que no se configuran, por lo cual no es posible que exista sanción disciplinaria alguna.

o Inició su exposición del objeto material manifestando que no está probado en el expediente el arribo real y efectivo del presunto celular al país, teniendo presente que la diligencia de inventario sólo verifica peso, número de bultos y estado de los mismos, sin que procedan a aperturar los

empaques individuales, según lo contempla el artículo 3 del Decreto 390 de 2016, toda vez que no son competentes para validar calidad y funcionamiento del producto.

Aún lo anterior, indicó que si a pesar de establecer la llegada del teléfono celular al país, no se ha individualizado, es decir, no se sabe realmente si corresponde a un modelo iPhone 6 o 7, ni cuál es su IMEI, color o autenticidad.

o Señaló que la señora **C.B.S.** indica en su informe que el teléfono celular se extravió de la Caja No. 5, sin embargo, está probado en el expediente que él efectuó inventario sobre las Cajas No. 1 y No. 2, según consta en el folio 153, y que en tal documento se indican dos (2) teléfonos celulares y no se reporta pérdida o sustracción de algún elemento.

o Tales situaciones no permiten que se conjure el primer elemento esencial del tipo penal, como lo es la pérdida del objeto material.

o Así mismo, en relación a la mercancía que fue inventariada, expresó que para la misma no existía un dueño o persona que ostentara la propiedad de la misma, bajo el entendido que la sociedad importadora fue catalogada como "*inexistente*" por la autoridad aduanera, al punto de llevar al decomiso de la totalidad de la misma.

o Señaló que a pesar de ser inexistencia el propietario de la mercancía, aquel que ejercía la tenencia de la cosa mueble o la tenga en el ámbito de su custodia, la bodega XXX, no ha manifestado la pérdida de algún elemento de lo referenciado en el expediente, ni ha ejercido acción o verificación al respecto, situación igualmente corroborada con el testimonio de los Coordinadores de la bodega XXX, quienes señalaron no tener conocimiento de ninguna pérdida de un celular para la época de los hechos.

o Continúa su exposición con la acción, reseñando el verbo rector del delito de Hurto, "apoderamiento", hecho que no fue probado en el expediente. Indica que los testimonios de **L.C.Q.C.**, **C.B.S.** y **D.M.U** son incongruentes por indicar que él hizo entrega del celular a un Coordinador de la bodega XXX, más los testimonios de los Coordinadores, testigos directos, desvirtúan tal situación.

o Pasa a señalar lo referente al sujeto activo, reiterando que no está probado en el expediente que hubiera sido él quien se habría apoderado del teléfono celular, más aún cuando no hay certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

o Culmina su explicación con lo relacionado al sujeto pasivo, indicando que el Director de Operaciones de la bodega XXX quien tenía a su cargo la custodia de la mercancía, no ha señalado ninguna actuación irregular, hecho que manifiesta se corrobora con los testimonios de los Coordinadores de la bodega."

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA

22 de diciembre de 2020

Este Despacho es competente para proferir el fallo de primera instancia dentro de la presente investigación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 76 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con las previsiones del Decreto 4173 del 3 de noviembre de 2011.

En atención a lo ordenado en el Artículo 142 de la Ley 734 de 2002, no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, cuya apreciación debe corresponder a las reglas de la sana crítica, según lo establece el Artículo 141 ibídem.

De igual manera, deben reunirse de manera conjunta los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, reglados en los artículos 4, 5 y 13 de la Ley 734 de 2002, los cuales es menester se encuentren debidamente acreditados dentro del sumario a partir de elementos de prueba legalmente allegados al proceso.

Se precisa que en el expediente reposan pruebas documentales, testimoniales, informe de visitas.

Análisis de las Pruebas:

" Es necesario resaltar que la finalidad del proceso disciplinario es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que intervienen.

Igualmente, que la decisión que toma el operador disciplinario debe estar fundamentada en las pruebas legal y válidamente incorporadas al proceso, las cuales han sido objeto de análisis para el logro de la motivación de la decisión disciplinaria. Por esta razón, se hace necesario valorar en conjunto las pruebas referidas en el caso particular.

Para iniciar, se debe indicar que la Agencia ITRC tuvo conocimiento de las irregularidades en las que estaría involucrado el funcionario **J.A.A.B** por cuenta del Oficio radicado No. XXX del 11/05/2017 a través del cual el doctor **M.O.O.R**, jefe de la Coordinación de Secretaria Técnica de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN envió la queja disciplinaria No. XXX, cuyo contenido correspondía al Auto No. XX del 28 de abril de 2017, por el cual la Subdirectora de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN ordenó remitir la queja disciplinaria No. XXX a la UAE Agencia ITRC, al considerar que los hechos relatados, a saber, inmovilización de mercancía mediante Acta de Hechos No. XXX, cuyo consignatario es la sociedad XXX, la cual presuntamente no existe, podría acomodarse a la falta disciplinaria gravísima prevista en el No. 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Concretamente, el relato se centra en el Oficio No. XXX del 19/04/2017, emitido por el señor Director Seccional de Aduanas de Bogotá, doctor **L.C.Q.C**, cuyo asunto es la remisión de posible irregularidad de la División de Gestión Control Carga, la cual relataba lo ocurrido durante el mes de febrero de 2017, en donde mediante Acta de Hechos No. XXX (anexo #1) fue inmovilizada la carga amparada en documento de transporte No. XXX expedida por XXXX en calidad de Agente de Carga Internacional (anexo #2) y transportada por la empresa XXXX y Manifiesto de Carga No. 116575007610577 del 10 de febrero de 2017 (anexo #3), mercancía ubicada en la bodega XXX situada dentro de las instalaciones del Aeropuerto Eldorado.

El relato establece que debido a la posible inexistencia de la sociedad XXX, se informó al transportador que procedía la medida cautelar de inmovilización y aseguramiento de la mercancía, con fundamento en lo establecido en el parágrafo del artículo 73-1 de la Resolución 4240/00, es

decir que el usuario (transportador o consignatario) debía allegar los documentos soporte de la operación comercial, o en su defecto, procede la aprehensión de la mercancía.

Así, se adelantó el inventario de la mercancía los días 21 y 22 de febrero de 2017, por parte de los funcionarios **J.A.A.B** identificado con cédula de ciudadanía no. XXX, identificado con cédula de ciudadanía no. XX, **E.S.F.S** identificada con cédula de ciudadanía no. 51.650.633, **D.N.R.H** identificada con cédula de ciudadanía no. XXX y **J.C.M.A** identificado con cédula de ciudadanía no. XXX, funcionarios de la División de Gestión Control Carga de la DIAN perteneciente a la Seccional Bogotá, para la época de los hechos.

En fecha posterior, la funcionaria **D.M.U** informó a la Jefe de la División de Gestión Control Carga, que en desarrollo del inventario se evidencia irregularidades como la falta de un (1) teléfono iPhone que aparecía registrado en el inventario e indicó inconsistencias en las cantidades de algunas referencias. De estos faltantes, se generan una serie de actuaciones que llevan al reporte de la situación a las instancias investigativas correspondientes.

En ese orden, y una vez iniciada la actuación disciplinaria de competencia de la Agencia ITRC, se procede con la aplicación del procedimiento disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002, así como la normatividad que la desarrolla y complementa. De esta manera, y una vez culminado el término probatorio contenido en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002, se continua con el análisis del contenido de los elementos de prueba debidamente allegados al proceso disciplinario, procediendo el Despacho a tomar la decisión correspondiente.

Es pertinente iniciar señalando que, del material probatorio recaudado, se pudo constatar que efectivamente el señor **J.A.A.B**, ostenta la condición de funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, al iniciar su vínculo como Supernumerario desde el día 18/02/1998 y hasta el día 02/01/2012, pasando el día 03/01/2012 como empleado de planta temporal y el día 01/07/2016 en calidad de Provisional, hasta la fecha, desempeñando el cargo de Facilitador III Código 103 Grado 03, ubicado en la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la UAE DIAN, según lo certifica el señor **J.R.S.P**, Subdirector de Gestión de Personal (e).

Lo anterior quiere decir, que para la época de los hechos denunciados (febrero 21 y 22 de 2017), el investigado se desempeñaba como servidor público de la DIAN. No obstante, para determinar la existencia de posibles irregularidades con relevancia disciplinaria se requiere analizar cada caso en concreto, cotejarlo con lo indicado inicialmente y determinar si se encuentran los elementos estructurales de la falta o que por lo menos esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado.

En ese orden de ideas, en atención a las situaciones descritas en el informe (folios 1 a 12), este Despacho procedió a practicar las pruebas necesarias para cumplir con los fines de la actuación disciplinaria, logrando establecer que el investigado **J.A.A.B** se encontraba cumpliendo el turno B, con el horario de 14:00 horas hasta las 22:00 horas, para la fecha de los hechos. Igualmente está demostrado que el investigado **J.A.A.B**, junto con la funcionaria Elsa Stella Fonseca Sánchez, realizó el día 21 de febrero de 2017 inventario a las cajas 1 y 2 de la mercancía identificada con guía aérea No. XXX y número de manifiesto de carga XX, ubicada en la empresa transportadora XXX, con peso de 2544 kilogramos, conforme lo dispuesto en el Acta de Reconocimiento de Carga No. XXX del 12 de febrero de 2017.

Así mismo, se determinó que el Acta de Aprehensión e Ingreso de mercancías al recinto de Almacenamiento No. XXX del 29 de marzo de 2017, elaborada por la funcionaria **D.M.U.**, se

relacionó el faltante del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb, el cual dentro del inventario inicial del día 21 de febrero de 2017 se relacionaron dos (2) unidades.

Es importante resaltar que en el Oficio No. XXX del 19/04/2017, emitido por el señor Director Seccional de Aduanas de Bogotá, doctor **L.C.Q.C**, se relata una serie de faltantes en la mercancía aprehendida, sin embargo la formulación del cargo para el investigado **J.A.A.B** se centra en la presunta sustracción de un teléfono celular iPhone 7 marca Apple referencia iPhone 7 de 128 Gb.

Una vez establecido el contexto del caso concreto, para este Despacho es procedente estructurar su decisión, de la siguiente manera: la primera conclusión a la que podemos llegar es que está probado el faltante de un (1) teléfono celular, el cual se relacionó por quienes realizaron el inventario inicial los días 21 y 22 de febrero de 2017, a saber, los funcionarios **J.A.A.B** y **E.S.F.S**, cuya pérdida se reportó producto del inventario posterior realizado por la funcionaria **D.M.U.A** el día 29 de marzo de 2017, quien señala que el faltante del teléfono celular se refleja en la Estiba No. 05.

En ese orden de ideas, la segunda conclusión a la que podemos llegar es que el teléfono celular desapareció en el lapso de tiempo ocurrido entre el inventario inicial, febrero 21 y 22 de 2017, y la posterior verificación realizada por la funcionaria **D.M.U.A** el día 29 de marzo de 2017, transcurriendo un tiempo de treinta y ocho (38) días calendario entre uno y otro evento, lapso de espacio temporal que, por su larga duración, impidió que se pudiera generar una trazabilidad confiable sobre la mercancía aprehendida.

Ahora bien, resulta necesario establecer, si en efecto, el funcionario **J.A.A.B**, fue la persona que sustrajo dicho elemento, el teléfono celular, de la mercancía aprehendida, y de ser así, si ello constituye falta disciplinaria de acuerdo con la Ley 734 de 2002 (aspectos de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad).

Para una mayor claridad, este Despacho considera pertinente centrar sus argumentos en tres (3) aspectos que nos permitirán llegar a una decisión en derecho:

- a. Desarrollo diligencia de inventario y custodia de la mercancía aprehendida durante el lapso de tiempo transcurrido entre el día 21 de febrero y 29 de marzo de 2017.
- b. Circunstancias de tiempo, modo y lugar que materializaron la sustracción del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb.
- c. Legalidad del acto de confesión reportado por los funcionarios **L.C.Q.C**, **C.B.S.** y **D.M.U.**

a. Desarrollo diligencia de inventario y custodia de la mercancía aprehendida durante el lapso de tiempo transcurrido entre el día 21 de febrero y 29 de marzo de 2017.

Es importante establecer las circunstancias de modo en que se efectuó la diligencia de inventario durante los días 21 y 22 de febrero de 2017; al respecto, ya está probado que la misma fue ejecutada por los funcionarios **J.A.A.B** identificado con cédula de ciudadanía no. XXX, identificado con cédula de ciudadanía no. XX, **E.S.F.S** identificada con cédula de ciudadanía no. 51.650.633, **D.N.R.H** identificada con cédula de ciudadanía no. XX y **J.C.M.A** identificado con cédula de ciudadanía no. XXX, funcionarios de la División de Gestión Control Carga de la DIAN perteneciente a la Seccional Bogotá, para la época de los hechos.

Igualmente, está probado en el expediente que el funcionario **J.A.A.B** estaba acompañado durante el desarrollo del inventario, por la señora Patrullera A.M.N.C., funcionaria vinculada a la Policía Fiscal y Aduanera – POLFA, asignada a la sección de Carga del Aeropuerto El Dorado, de la ciudad de Bogotá, D.C., para el momento de los hechos, según se desprende del testimonio por ella rendido el día 04 de septiembre de 2020 (folio 807 y 808), así como de la minuta que relaciona el personal de la Policía Nacional asignado a diferentes labores en el Aeropuerto El Dorado (folios 645 a 647).

La Patrullera **N.C** relata el proceder durante la ejecución de la diligencia de inventario que apoyó, del cual ella resaltó que el mismo se efectuó dentro de los parámetros legales correspondientes para ese tipo de diligencias, quedando consignada tal situación en el Libro de Anotaciones que ella diligenció para los días en cuestión, afirmando: *"A esta hora y fecha dejo constancia que se realizó inventario de la Aerolínea Transportadora XXX en compañía de los funcionarios de la DIAN **E.F, A.A.**, de aparatos de tecnología, Sin novedad"* (folios 780 y 781).

De esta manera, el testimonio de la Patrullera **N.C.** permite establecer, para el Despacho, que el desarrollo de la diligencia de inventario aconteció de manera correcta; a esta conclusión se llega, inclusive, contemplando el contenido del video de seguridad del momento del inventario, en el cual se visualiza la presencia de los funcionarios de la DIAN, acompañados de los funcionarios de la Policía Nacional.

Ahora bien, frente a la custodia de la mercancía aprehendida, está demostrado en el expediente que la misma, durante el tiempo comprendido entre el día 21 de febrero de 2017 (fecha inventario inicial) y el 29 de marzo de 2017 (fecha verificación inventario), la misma estuvo a cargo de la bodega TAESCOL, pues no se encuentra referencia, testimonio y/o documento que señale que dicha mercancía abandono la bodega durante este periodo, por lo cual es posible concluir que los elementos estuvieron bajo la responsabilidad de esta bodega.

Igualmente, al revisar el material probatorio, este Despacho no encuentra documento alguno y/o testimonio que refiera el ingreso del funcionario **A.B.** a las instalaciones de la Bodega XXX, durante el periodo comprendido entre el día 23 de febrero de 2017 (fecha posterior al inventario inicial) y el 29 de marzo de 2017 (fecha verificación inventario).

De esta manera, la tercera conclusión a la que podemos llegar es que no existe prueba en el expediente que demuestre que, en fecha posterior a la realización del inventario efectuado durante los días 21 y 22 de febrero de 2017, el investigado **J.A.A.B** haya ingresado a la bodega donde reposaba la mercancía aprehendida, que permita pensar que contó con la oportunidad de retirar el teléfono celular de la misma, teniendo establecido que durante el desarrollo del inventario todo aconteció debidamente, según lo certifica la Patrullera **N.C.**

b. Circunstancias de tiempo, modo y lugar que materializaron la sustracción del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb.

partiendo de las premisas que está probada la sustracción del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb, y que la misma ocurrió en la bodega XXX es necesario determinar las circunstancias de tiempo y modo en las cuales ocurrió tal situación.

Al revisar el material recaudado que denote los hechos acontecidos desde el inicio del inventario el día 21 de febrero de 2017 y la realización del inventario de verificación, marzo 29 de 2017, tales como los videos de seguridad de los días 21 y 22 de febrero de 2017 (folios 154 y 155), los testimonios de los Coordinadores de Seguridad **M.B.M** (folios 815 y 816), **J.R.J** (folios 817 y 818), **A.M** (folios 809 y 810), **G.S.M** (folios 817 y 818) y **G.R.F** (folios 817 y 818), así como lo expresado por el Jefe de Seguridad de la bodega XXX, señor **L.M** (folios 815 y 816), se establece que el personal de seguridad a cargo no denoto algún hecho irregular durante el periodo señalado que les permitiera presumir alguna situación ilegal. Igualmente, al indagar de manera directa con cada uno de los Coordinadores de la Bodega señalados, todos afirman que no recuerdan la pérdida de algún celular durante el turno que tuvieron a cargo, para la fecha de los hechos.

Así mismo, cuando se indaga al Jefe de Seguridad sobre las medidas de seguridad de la bodega, en relación al caso en cuestión, el señor **L.M.** (folios 815 y 816) indicó que cuando se realizan revisiones por parte de funcionarios DIAN, ellos deben registrarse al ingreso de la bodega con el

personal de seguridad y que es el personal operativo de la empresa el que pone a disposición la mercancía que van a revisar, una vez han verificado el auto comisario que presentan los funcionarios de la DIAN; igualmente expresó que a él se le solicitó que se verificara los videos para los días 21 y 22 de febrero de 2017, con el fin de revisar si algún funcionario de la DIAN le hacía entrega a algún funcionario de XXX de alguna mercancía, ante lo cual encontró que tal situación no aconteció (minuto 11, testimonio 28/08/2020, folio 815 y 816).

Es importante señalar que tanto los cinco (5) Coordinadores de Bodega como el Jefe de Seguridad de la empresa XXX coinciden en afirmar que no han tenido trato comercial u otro con el funcionario **J.A.A.B.** Mayor fuerza cobra este argumento cuando se pregunta de manera directa a los entrevistados si reconocen o recuerdan el rostro del investigado **J.A.A.B.**, presente en los testimonios, a lo que todos manifiestan no recordar o recordar vagamente.

Por otro lado, frente a lo acontecido durante el periodo comprendido entre el 23 de febrero y el 29 de marzo de 2017, al solicitar los videos para estas fechas, la bodega XXX informa que los mismos no es posible recuperarlos, toda vez que sus equipos (DVR) cuentan con una capacidad de almacenamiento de 90 días y que el Reglamento Aeronáutico Colombiano – RAC 160, punto 2.9 CCTV indica que las grabaciones no deben ser menor a 30 días (folio 493).

En ese orden de ideas, la cuarta conclusión a la que podemos llegar es que no fue posible establecer en el expediente las circunstancias de tiempo y modo que materializaron la sustracción del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb de la mercancía aprehendida. En consecuencia, NO es posible para este Despacho afirmar que fue el investigado **J.A.A.B.** quien se apropió de dicho elemento.

c. Legalidad del acto de confesión reportado por los funcionarios L.C.Q.C, C.B.S Y D.M.U.

Un aspecto que se expresa durante el desarrollo de la investigación disciplinaria es lo reseñado por los funcionarios **L.C.Q.C, C.B.S Y D.M.U.**, en lo relacionado a un hecho que catalogan como confesión por parte del investigado **J.A.A.B.**

Teniendo presente que la confesión en un medio de prueba, es importante tener presente las condiciones en que debe efectuarse, para que la misma cobre validez dentro del proceso en que se presenta. Uno de los requisitos principales es que la confesión debe ser un acto acontecido de manera voluntaria, libre y espontánea, tanto en los procesos penales, como en los demás procesos, como quiera que ella se encuentra destinada a obrar como prueba en contra de la parte que confiesa.

De esta manera, traemos a colación la Ley 600 de 2000, que en su artículo 280 contempla los requisitos de la confesión:

- “1. Que sea hecha ante funcionario judicial.*
- 2. Que la persona esté asistida por defensor.*
- 3. Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.*
- 4. Que se haga en forma consciente y libre”.*

Al revisar el material probatorio del expediente, y existiendo también esa necesidad de que la confesión debe ser corroborada con otros medios probatorios, se encuentra en los testimonios de quienes afirman que el investigado **J.A.A.B.**, confesó la comisión de un hecho catalogado como delito, tal aspecto aconteció, según como se relató, careciendo de los requisitos del artículo 280 de la Ley 600 de 2000. Ahora bien, si bien el investigado manifiesta no haber efectuado tal afirmación, y son tres (3) los funcionarios

que aseveran que esta ocurrió, la ejecución de dicha actuación es carente de requisitos legales que permitan hacer uso de la misma para generar un reproche disciplinario al investigado **J.A.A.B.**,

En ese sentido, aunado a todo lo expuesto, no existe certeza para el Despacho acerca de la responsabilidad del señor **J.A.A.B**, en la sustracción del teléfono celular iPhone 7 marca Apple, con capacidad de 128 Gb.

Así las cosas, como quiera que no se configuran los presupuestos exigidos por el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 para proferir fallo sancionatorio en contra del funcionario **J.A.A.B**, se deberá dar aplicación al principio in dubio pro disciplinado de que trata el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, y en consecuencia, se declarará no probado el cargo único proferido en el Auto No. 17406-00007 del 16/08/2019; por lo tanto, este Despacho procede a ABSOLVER de responsabilidad disciplinaria al funcionario **J.A.A.B**.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADO EL CARGO elevado al señor **J.A.A.B**, , identificado con la cédula de ciudadanía número XXX, quien al momento de ocurrir los hechos investigados se desempeñaba como Facilitador III Código 103 Grado 03 ubicado en la División de Gestión de Carga de Aduanas Bogotá de la UAE DIAN, por la conducta consignada como cargo único en el Auto número XXXX del 16/08/2019, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSUÉLVASE DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA** por el cargo único formulado al señor **J.A.A.B**,, identificado con la cédula de ciudadanía número XXX, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia."

Extracto tomado de la Resolución 17317-00015 de fecha 21 de diciembre de 2020 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.