

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2017-002
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	E.P.A.M., R.J.P.C. y K.E.E.N., servidores públicos de la Dian.
- CARGO:	E.P.A.M: Gestor IV Código 304 Grado 4. R.J.P.C: Analista IV Código 2014 Grado 04. K.E.E.N: Gestor I Código 301 Grado 01.
- ENTIDAD:	DIAN/ Dirección de Aduanas de Cartagena.
- CIUDAD:	Cartagena- Bolívar
- TEMA:	Falta Gravísima, Artículo 48 Numeral 50. Favorecimiento a terceros para evadir el régimen aduanero. Procedencia de la Medida Cautelar de Aprehesión a mercancía con condiciones especiales. Embarcación-Motonave.
2. HECHOS RELEVANTES	
La presente actuación tiene su origen por denuncia presentada por quejoso, por presuntos actos de corrupción de funcionarios de la DIAN – Cartagena, por el zarpe de la Motonave (de ahora en adelante M/N) de nombre María José, al haber sido sacado con carácter urgente por temor de ser decomisado, según se expuso en la queja. Indican los hechos, que el 7 de marzo de 2016 la M/N María José de bandera panameña ingresó al territorio colombiano por necesidad de combustible al puerto Mamonal, según se observa del informe de inspección realizado y consignado en el formato OMI M4-FOR-1131, sin embargo, para la fecha de los hechos, 8 de septiembre de 2016, la Motonave continuaba en el territorio colombiano, por tal razón en ejercicio de las facultades otorgadas a los disciplinados, mediante auto comisorio N° 286 del 8 de septiembre de 2016, realizaron inspección a la M/N María José, la cual se encontraba ubicada en el muelle Doña Bertha, para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, y según se observa en el acta de hechos correspondientes, adoptaron la medida de inmovilización de la M/N y le dieron un plazo de dos (2) días al capitán de la nave, para la entregar los documentos solicitados. El 12 de septiembre de 2016, el jefe del Git de Control de Carga y Tránsito, informó que la M/N María José no presentó aviso de arribo a la dicha seccional. Posteriormente, el 14 de septiembre de 2016, los investigados, fueron comisionados con auto N°. 290 del 13 de septiembre de 2016, por lo que se hicieron presentes en la DIMAR – Cartagena, con el fin de verificar	

la situación de legalidad en el territorio aduanero colombiano de la M/N María José, diligencia que quedo consignada en acta de hechos de acción de control No. 1299, siendo atendida la visita por el funcionario de la Capitanía de puertos de Cartagena, a quien informaron que la M/N María José se encontraba inmovilizada, de lo cual dejaron constancia en el acta de hechos No. 1299.

Mediante oficio N° 1-48-238-0412-0743 del 15 de septiembre de 2016, la jefe de la División de Gestión de Fiscalización, EPAM, solicitó al capitán de puerto de Cartagena, JULIO POVEDA, concepto técnico y navegabilidad de la M/N María José, debido a que dicha embarcación se encontraba en proceso de aprehensión.

Ateniendo a la comisión otorgada con auto N°. 320 de fecha 29 de septiembre de 2016, los funcionarios KEEN Y RJCP, se hicieron presentes en la M/N María José con el fin de "realizar peritaje y emitir un concepto técnico de la condición general y avalúo de la motonave", según se consignó en acta de hechos de acción de control N°. 1429 de 29 de septiembre de 2016. Como consecuencia de lo anterior, los funcionarios iniciaron las actuaciones para la contratación y posesión de un perito naval especializado, que realizara el avalúo definitivo de la motonave María José, con el fin de continuar con el proceso de aprehensión.

El 12 de octubre de 2016, a través de Auto No. 00496219, suscrito por EPAM, jefe de División de Gestión de Fiscalización de la Seccional Cartagena, se ordenó el avalúo de la M/N María José y la designación de perito Naval.

El día 28 de octubre de 2016, mediante radicado 03629821, el perito naval envió a la jefe División Gestión de Fiscalización Aduanera de la DIAN Seccional Cartagena el inventario e inspección de Condición de la M/N María José.

El 28 de octubre de 2016, EPAM, mediante oficio N°. 1-48-238-345-085722 solicitó al jefe del GIT de Comercialización unos servicios especializados para la recepción, conservación, almacenamiento, disposición y traslado de la M/N María José.

El 31 de octubre de 2016 la Agencia de Aduanas marítima, a través de radicado N° 03657826 y en el mismo sentido el capitán de la M/N María José, a través de radicado N°. 3726827 de 04 de noviembre de 2016, presentaron objeción al inventario de la M/N María José y solicitaron se anule el referido acto, por no haber intervenido en el peritaje y al no detallar los elementos integradores de un activo complejo como es la motonave situación que conforme a la Agencia no permitió ejercer el derecho al debido proceso y defensa, situación que pudo repercutir en las decisiones de la DIAN o justicia ordinaria.

El 21 de noviembre de 2016, mediante oficio radicado N°. 1-48-000-201-00022432 el Director de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, dio respuesta al capitán de la M/N María José, en la que reiteraron la respuesta dada a la Agencia marítima, indicando que la embarcación se encontraba en territorio nacional sin el cumplimiento de la Legislación aduanera, de ahí que procedía la medida cautelar de Aprehensión, diligencia que a la fecha se encontraba en proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías de competencia de la Autoridad Aduanera, por parte de la División de Gestión de Fiscalización.

El 17 de noviembre de 2016 la Agencia Marítima, solicitó a la Capitanía de Puerto de Cartagena el zarpe de la M/N María José, el cual fue autorizado mediante oficio N° 17168334 por el capitán de puerto.

Mediante auto comisorio N°. 005858 de 22 de noviembre de 2016, los funcionarios KEEN Y RJCP, fueron facultados para practicar diligencia de verificación de permanencia de la M/N de nombre María José,

diligencia en la cual los funcionarios constataron que la embarcación María José había zarpado el día sábado 19 de noviembre.

El 25 de noviembre de 2016, el perito presentó en original el informe del avalúo, en donde establecido que el valor promedio o valor comercial de la M/N María José, fue de \$ 484.220 USD.

El 29 de noviembre de 2016, con oficio N°. 1-48-000-201-00023338, el Director Sección de Aduanas de Cartagena, solicitó a la Capitanía de Puerto de Cartagena, la trazabilidad de la M/N María José, en atención a la autorización de zarpe dado por ellos, a pesar de que los funcionarios de la DIAN, había informado que la embarcación se encontraba en un proceso de aprehensión por incumplimiento de las normas aduaneras, según se evidencia en dicho oficio Mediante oficio N° DIGEFIS 1-48-238-345-002540 de fecha 17 de enero de 2017, KEEN, Coordinador Grupo no Formal Operativo de la DIAN Seccional Cartagena, remitió a la División Jurídica y Aduanera, informe a unidad penal junto con sus documentos soporte de los hechos ocurridos durante el proceso de la M/N María José, para que adelantara el trámite correspondiente.

➤ **ACTUACIONES PROCESALES.**

Mediante Auto no. 17403 – 00021 del 16 de enero de 2017, se ordenó la apertura de indagación preliminar, con el propósito de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, determinar si son constitutivos de falta disciplinaria y establecer si se ha actuado al amparo de una causa de exclusión de responsabilidad de conformidad a lo establecido en el Artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Mediante Auto No. 17404 0002442 del 11 de mayo de 2017, se ordenó la apertura de investigación disciplinaria, en contra de los servidores públicos KEEN Y RJCP y EPAM.

Con Auto No. 1741000031 del 20 de noviembre de 2018, se ordenó el cierre de la etapa de investigación disciplinaria, en atención a lo establecido en artículo 160 A de la Ley 734 de 2002.

Posteriormente mediante Auto No. 1740600008 de 05 de agosto de 2020, se formuló pliego de cargos en contra de los investigados y sus abogados de confianza.

Posteriormente mediante correo electrónico de fecha 17 de septiembre de 2020, la defensa de RJPC, presentó escrito mediante el cual solicitó “Declarar la nulidad de este proceso, a partir del auto que admitió la apertura de la investigación disciplinaria, respecto de las actuaciones en el ocurridas”, solicitud que fue resuelta negativamente mediante Auto No. 17421-00006 de 22 de setiembre de 2020.

Asimismo, mediante correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2020, la defensa de KEEN envió escrito con el que elevó “SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL de la diligencia de notificación personal del pliego de cargos llevada a cabo el día viernes 04 de septiembre de 2020”, el cual fue resuelto negativamente a través del Auto No. 17421-00007 de 24 de septiembre de 2020.

Con auto No. 17424-00012 de 07 de octubre de 2020 se resolvieron las solicitudes probatorias en descargos y se decretaron otras de oficio.

Mediante correo de 15 de octubre de 2020, la defensa, promovió recurso de reposición en contra del Auto No. 17421-00007 de 24 de septiembre de 2020, con el cual se resolvió una nulidad.

Con Auto No. 17414-00001 de 8 de febrero de 2021, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el abogado de la defensa.

Mediante Auto No. 17421-00005 de 19 de abril de 2021, se corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión.

3. CARGOS Y ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Por medio del Auto No. 1740600008 de 05 de agosto de 2020, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, formuló pliego de cargos a los investigados.

El cargo disciplinario formulado a RJPC resultó del siguiente tenor:

“CARGO UNICO: RJPC, en su condición de funcionario de División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, en el cargo de Analista IV Código 204 Grado 04, desde el 14 de abril hasta el 31 de diciembre de 2016, con ocasión del cargo al parecer incurrió en la omisión tendiente a violar el régimen aduanero, al no imponer medida cautelar de Aprehensión a la Motonave María José de bandera panameña con IMO 7116406, la cual ingresó al territorio Colombiano, el día 7 de marzo de 2016, sin el lleno de los requisitos establecidos en la legislación Aduanera, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 390 de 2016, al no dar aviso de arribo a la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, beneficiando que la motonave permaneciera ilegalmente en el país y posteriormente zarpara el día 18 de noviembre de 2016”.

El cargo disciplinario formulado a KEEN resultó del siguiente tenor:

“CARGO UNICO: KENN, en su condición de funcionario de División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, en el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01 desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, con ocasión del cargo al parecer incurrió en la omisión tendiente a violar el régimen aduanero, al no imponer medida cautelar de Aprehensión a la Motonave María José de bandera panameña con IMO 7116406, la cual ingresó al territorio Colombiano, el día 7 de marzo de 2016, sin el lleno de los requisitos establecidos en la legislación Aduanera, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 390 de 2016, al no dar aviso de arribo a la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, beneficiando que la motonave permaneciera ilegalmente en el país y posteriormente zarpara el día 18 de noviembre de 2016”

El cargo disciplinario formulado a EPAM resultó del siguiente tenor:

“CARGO UNICO: EPAM, en su calidad de Gestor IV Código 304 grado 4 de la División de Fiscalización y Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2016, al parecer OMITIÓ realizar control y seguimiento al proceso de fiscalización adelantado a la Motonave María José de bandera Panameña con IMO 7116406, la cual ingresó al territorio Aduanero Nacional Colombiano el día 7 de marzo de 2016, sin el lleno de los requisitos establecidos en la legislación Aduanera, al no verificar la correcta ejecución de la investigación adelantada por los funcionarios comisionados por ella, mediante auto 286 de 08 de septiembre de 2016; 320 de 29 de septiembre de 2016; auto no. 005858 de fecha 22 de noviembre de 2016; en el procedimiento administrativo aduanero para que se impusiera la medida cautelar de aprehensión a la motonave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 505 del Decreto 360 de 2016”

➤ ANALISIS DE LAS PRUEBAS.

Del análisis minucioso del abundante recaudo probatorio, se puede predicar lo siguiente:

En primer lugar, vale la pena recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Aduanero, (para la época de los hechos el Decreto 390 de 2016, hoy Decreto 1165 de 2019) la DIAN tiene competencia para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras, simultáneamente al desarrollo de las operaciones de comercio exterior, o mediante la fiscalización posterior que se puede llevar a cabo para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, o integralmente, para verificar también el cumplimiento de las obligaciones tributarias y cambiarias de competencia de la entidad.

Dentro de las facultades de fiscalización y control con que cuenta la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá, entre otras cosas, verificar la exactitud de las declaraciones, documentos soporte u otros informes, cuando lo considere necesario para establecer la ocurrencia de hechos que impliquen un menor monto de la obligación tributaria aduanera o la inobservancia de los procedimientos aduaneros. De tal manera, en ejercicio de esas facultades cuenta con herramientas para lograr sus objetivos, como lo son las medidas cautelares dirigidas a limitar o impedir temporalmente el ejercicio de los derechos de disposición o administración sobre mercancías, entre ellas se encuentra la medida cautelar de aprehensión. En el régimen aduanero, la aprehensión es una medida cautelar consistente en la retención de mercancías, medios de transporte o unidades de carga, mientras la autoridad aduanera verifica su legal introducción, permanencia y circulación dentro del país. Así, la medida de aprehensión y el decomiso de la mercancía se dan con ocasión de la intervención de la autoridad en el ejercicio del control aduanero cuando advierte un hecho o una omisión que constituye infracción administrativa. Por esta razón, la norma aduanera estableció un procedimiento, inicialmente denominado definición de situación jurídica en el Decreto 2685 de 1999 y posteriormente procedimiento administrativo en el Decreto 390 de 2016, ambos aplicable al presente caso en razón a la fecha en que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta que en el año 2016, fue expedida la nueva norma aduanera, es decir el Decreto 390 de 2016, pero en su artículo 674 se estableció una vigencia escalonada y condicionada a la regulación y desarrollo de varios temas por parte de la DIAN.

Dicho lo anterior, se retoma la situación fáctica del presente procedimiento de cara a la actividad probatoria y a la normatividad vigente para la época de los hechos, para adoptar la decisión en derecho corresponda.

La presente actuación tiene su origen por denuncia presentada por quejoso ante la DIAN, por el zarpe de la motonave – M/N de nombre María José, al haber sido sacada con carácter urgente por temor de ser decomisado, según se expone en la queja, por lo que se evidencio una presunta irregularidad en el procedimiento adelantado a la Motonave denominada María José, ya que al parecer se encontraba en un muelle no habilitado y no presentó los requisitos requeridos para su estancia en el territorio colombiano y a pesar de ello no se adoptó la medida cautelar de aprehensión correspondiente, por parte de los funcionarios comisionados para adelantar el proceso de fiscalización y de su jefe inmediata en ejercicio de sus facultades de control a las medidas, con lo que se favoreció a terceros permitiendo el zarpe de la M/V violando el régimen aduanero colombiano. Así entonces fue allegado al plenario las documentales que soportan las actuaciones adelantadas por los funcionarios de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de los cuales es posible evidenciar que efectivamente, el día 7 de marzo de 2016 la M/N María José de bandera panameña con IMO 7116406 ingresó al territorio colombiano por necesidad de

combustible al puerto Mamonal, según se observa del informe de inspección realizado y consignado en el formato OMI M4-FOR-11331.

Mediante auto N° 286 del 8 de septiembre de 2016³², fueron comisionados los funcionarios KEEN, RJPC y otro, de la Dirección Seccional de Aduanas Cartagena -DIAN-, y en ejercicio de las facultades conferidas realizaron inspección a la M/N María José, para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, de tal manera solicitaron los documentos de permanencia de la embarcación, sin obtener los mismos, actuación que quedó registrada en acta de hechos de acción de control No.1255 de 8 de septiembre de 2016, en donde se evidencia, que los funcionarios solicitaron al capitán de la embarcación los documentos para verificar el legal ingreso y permanencia en el territorio aduanero nacional de la Motonave, sin embargo, al no contar con los mismos, los funcionarios comisionados adoptaron la medida de “inmovilización” y otorgaron un plazo de dos(2) días para entregar la documentación correspondiente.

Seguidamente con auto N°. 290 del 13 de septiembre de 2016, los disciplinados fueron comisionados nuevamente, razón por la cual el día 14 de septiembre de 2016 se hicieron presentes en la DIMAR – Cartagena, con el fin de verificar la situación de legalidad en el territorio de aduanero colombiano de la M/N María José, diligencia que quedo consignada en acta de hechos de acción de control No. 1299. En el mismo sentido, se tiene que la embarcación tenía una medida cautelar previa a la aprehensión y fue la inmovilización.

La medida de inmovilización adoptada, según quedo consignado en el acta de hechos No. 1255 del 8 de septiembre de 2016, puede entenderse que la medida fue comunicada tanto a las personas responsables de la M/N María José como a la autoridad marítima. En efecto, se observa en el acta de hechos en mención, que el capitán y la abogada responsable del armador, se encontraban presentes al momento en que los comisionados adoptaron la medida y participaron en la diligencia. Ahora bien, esta última, en diligencia de testimonio refirió que no se le había comunicado ninguna actuación al respecto, sin embargo, es claro para el despacho la participación de esta persona en la diligencia adelantada por los funcionarios, a quien se le indicó que debía allegar la documentación solicitada. Si bien es cierto, no se informó mediante acto administrativo o comunicación expresa, es válido sostener que la autoridad marítima a través del acta de hechos fue informada que sobre la M/N María José recaía una medida cautelar, o por lo menos, se encontraba incurso en un proceso ante la DIAN.

También existen otras documentales que soportan el conocimiento de las actuaciones que adelantaba la DIAN respecto de la M/N María José, como el oficio No. 1-48-238-0412- 0743 fechado el 15 de septiembre del año 2016, con el que la jefe de la División de Gestión de Fiscalización, EPAM, solicito apoyo para emitir un concepto técnico de navegabilidad de la M/N María José, manifestando además que la misma se encontraba en proceso de aprehensión y de esta manera puso en conocimiento de la autoridad marítima la situación actual de María José.

Igualmente se encuentra el oficio N°. 1-48-000-201-0018644, de 14 de octubre de 2016, con el cual el Director Seccional de Aduanas de Cartagena, respondió la petición de la Agencia Marítima MULTIPORT, y les informó que no cumplían los requisitos legales establecidos en la normatividad aduanera, por tal razón no se autorizó la permanencia de la motonave, además, no recibieron los argumentos de fuerza mayor y caso fortuito, indicando que la M/N María José de Bandera Panameña se encontraba en territorio colombiano sin el cumplimiento de la Legislación Aduanera, procediendo la medida cautelar de aprehensión, asunto que se encontraba en la División de Gestión de Fiscalización dentro del proceso de investigación de tipo administrativo denominado Definición de Situación Jurídica de Mercancía, documento que efectivamente como lo ha puesto de presente la defensa, prueba que aunque no se envió una comunicación expresa a la Agencia responsable de la M/N, que informara sobre la medida adoptada

con la embarcación, con este oficio, se le esté explicando claramente las circunstancias en que se encuentra la Motonave, y ello fue puesto en conocimiento desde tiempo atrás.

También se encuentra el radicado 00466845 de 19 de septiembre de 2016, mediante el cual la Jefe División de Gestión de la Operación Aduanera, resolvió la solicitud de permanencia de la M/N a la Agencia Marítima, indicando que la misma no estaba soportada con los documentos idóneos para requerir la permanencia y prórroga de la M/N María José en el territorio aduanero nacional, por lo que también se infiere que desde este momento el agente marítimo tuvo conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba María José.

Posteriormente el 18 de noviembre de 2016, con oficio radicado N°. 1-48-000-201-00022146 , el Director Seccional de Aduanas de Cartagena, dio respuesta a las objeciones presentadas mediante radicados 036578 y 03268 de parte de la Agencia marítima, las cuales no fueron de recibo por la DIAN, porque demostraron que las diligencias adelantadas por la autoridad aduanera se dieron a conocer previamente al capitán de la motonave, quien participó en el peritaje, con lo cual también se demuestra el conocimiento de esta entidad del proceso en el que se encontraba la M/V María José.

se tiene la declaración del Director Seccional de Aduanas de Cartagena, quien manifestó que la embarcación María que José se encontraba en el territorio nacional sin el cumplimiento de unos requisitos, por tanto, la embarcación fue ubicada por los funcionarios de fiscalización, quienes hicieron los trámites para la aprehensión de la misma, pero que por la naturaleza de la mercancía, la formalización de dicha aprehensión no se podía realizar de la manera que ocasionalmente se hacía por el tipo de mercancía, que para estos casos, la legislación aduanera establecía un procedimiento especial, informó que como se trataba de una mercancía que no se encontraba amparada por una declaración de importación, ni se encontraba en la base de precios de la DIAN para las mercancías aprehendidas, se debía realizar un reconocimiento y avalúo especializado, razón por la cual se tuvo que conseguir un perito evaluador y mientras se realizaba dicho trámite, la motonave fue inmovilizada situación consignada en el acta de hechos respectiva, que fue comunicada al responsable de la embarcación y a la autoridad marítima Capitanía de Puerto, con el fin que ellos estuvieran advertidos del procedimiento que adelantaba la DIAN. Para la contratación del perito evaluador se tuvo que realizar una apropiación presupuestal debido que el perito naval que se requería en este caso, no se encontraba dentro de la lista de auxiliares de justicia de la Seccional, por tanto, se tuvo que agotar diferentes etapas, una vez contratado el perito naval este solicitó tiempo adicional para presentar un informe más completo, situaciones que conforme al declarante incidieron en el tiempo para poder llevar a cabo la aprehensión. Informó además que cuando el reconocimiento y el avalúo ya lo tenían y se iba a proceder a la aprehensión se encontraron que la dicha embarcación ya se le habían dado el zarpe por parte de la Capitanía de Puerto, pese a que dicha autoridad tenía conocimiento de la inmovilización por parte de la DIAN.

Avanzando en el tema y según se ha advertido, uno de los puntos centrales de reproche realizado a los disciplinados, hace referencia a que los funcionarios investigados, no adoptaron la medida de aprehensión, a pesar del conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba la embarcación M/N María José y procedencia de esta medida. Al respecto encuentra el Despacho, una serie de actuaciones encaminadas a justificar porque no se adoptó la medida de aprehensión inmediatamente, siendo preciso iniciar con el tema del avalúo que debía realizarse a la mercancía para proceder con la medida de aprehensión, para lo cual se adelantó el trámite presupuestal y administrativo para la contratación de un perito naval para que realizara el inventario y el avalúo correspondiente, lo cual se encuentra soportado en las diferentes comunicaciones enviadas por la disciplinada EPAM a las distintas

áreas, lo cual evidencio que los investigadores realizaron las labores necesarias para lograr la aprehensión de la M/N.

También se escucharon funcionarios de la Seccional de Aduanas de Cartagena, de algunos de ellos es preciso mencionar que contaban con una amplia experiencia en las actuaciones aduaneras, así entonces, los testigos indicaron cuales eran los requerimientos técnicos y legales establecidos para la adopción de la medida de aprehensión, que si bien es cierto la reglamentación en su momento indicaba que la misma debía realizarse de manera inmediata, también lo era que debían tenerse en cuenta las circunstancias que rodeaban cada situación.

Para el presente caso, los testigos coincidieron en manifestar que la M/N María José, tenía unas características especialísimas y una gran dimensión, indicaron que no es lo mismo hacer una aprehensión de una mercancía del común a una motonave, porque como funcionarios comisionados no es posible darle un valor o un avalúo a ese tipo de mercancía, porque no son peritos para dar ese tipo de precio o avalúo y plasmarlo en un acta de aprehensión, por lo que requería de un concepto técnico de un perito naval, sin embargo la Seccional no contaba con funcionarios capacitados para emitir dicho concepto, por lo que debía contratarse una persona externa.

También fue llamado a declaración jurada un funcionario con amplia experiencia en el tema, y al respecto de los procedimientos referidos a las medidas cautelares en la materia y relacionadas con los hechos manifestó que para valorar mercancías aprendidas se debe recurrir inicialmente a la base de precios de mercancías que tiene la entidad establecida, pero por tratarse de mercancías que son de difícil avalúo, mercancías especializadas, la norma establecía que debía recurrirse a un perito evaluador, porque pues como funcionarios de la DIAN no tenemos la experticia para entrar a valorar este clase de mercancías, las cuales pues para su valoración dependen de muchas circunstancias, entre ellas los equipos de navegación que le puedan traer estas motonaves, lo que hace que el valor dependa muchas veces de estos equipos, por lo que no funcionarios en la DIAN que sean expertos en valorar este tipo de mercancías, por lo que tocaba recurrir a un perito evaluador de esta clase de artefactos.

Además de ellos los testigos hicieron referencia a los trámites administrativos, para el caso, la designación del perito evaluador implicaba la contratación de una personas externa, y de acuerdo a las normas de contratación había que buscar tres cotizaciones, llamar a tres personas como mínimo para que vinieran a la administración luego que fueran a verificar la mercancía, a verla, a hacerle una inspección y después ellos pasaban ya las cotizaciones de cuál era el valor que iban a cobrar por el avalúo esa mercancía y después de eso continuar con el trámite administrativo y financiero, en donde se debían autorizar y aprovisionar los recursos para el pago de esta clase de peritazgo, proceso que requiere tiempo, no es un proceso expedito.

Dicho peritaje tenía una gran importancia, ya que con él se fijaba el valor de la mercancía, y con este se podía dar paso a la medida de aprehensión, que exigía como requisito que se tuviera el valor de la mercancía, para enviar al depósito correspondiente y la constitución de la garantía exigida para tal fin.

Quedo entonces claro para el Despacho, que el valor de reconocimiento y avalúo de las mercancías aprehendidas involucradas en una investigación administrativa se constituye en una parte fundamental del acta de aprehensión la cual impulsa el procedimiento de la definición de situación jurídica de mercancía y por es por tal razón que el funcionario responsable de la actuación debe propender por el correcto diligenciamiento de esta so pena de incumplimiento del deber funcional, por lo que para llevar a cabo la adopción de la medida de aprehensión para el caso de la M/N María José, era necesario iniciar unas actuaciones administrativas tendientes a lograr el avalúo definitivo de la misma. Como ya sabemos,

la M/N María José debido a sus características y naturaleza, es decir que se trataba de una embarcación muy grande y que si bien es cierto, la Resolución – DIAN 4240 de 2000, por el cual se reglamenta el Decreto 2685 de 1999, artículo 434, la Resolución –DIAN2201 de 2005, por el cual se adopta la base de precios para fijar el avalúo e ingreso a depósito de mercancías aprehendidas y abandonadas a favor de la Nación artículos 6, 8, 10,14, establecían un procedimiento para establecer un avalúo provisional, también lo es que la embarcación además de su uso, contaba con elementos propios de la navegación, lo cual exigía que un perito experto, verificara su valor y realizara un avalúo definitivo de la motonave, por ello se hacía necesario solicitar la cotización de tres expertos peritos navales, para llevar a cabo la contratación del mismo y todo el procedimiento que ello implicaba, ya que los funcionarios de la DIAN, no están capacitados para realizar un avalúo de este tipo.

Sumado a lo anterior, para la adopción de la medida de aprehensión debía contarse con un avalúo definitivo, ya que sin el mismo no era posible continuar con el proceso de traslado de la mercancía al depósito o bodega para almacenaje y demás requerimientos como la constitución de la póliza de almacenamiento. Por ello, si bien es cierto la ley ordenaba adelantar un avalúo provisional y adoptar la medida de aprehensión para tal bien, mal haría el Despacho en continuar con el reproche disciplinario a los investigados, ya que se ha dado claridad a los hechos a través de las distintas intervenciones de los funcionarios, de donde logra extraerse que se encontraba vigente una medida de inmovilización y teniendo en cuenta que los propietarios o quienes tenían la custodia de la M/N María José no atendieron el requerimiento documental de los disciplinados, estos funcionarios se vieron obligados a iniciar los trámites propios para lograr la aprehensión de la embarcación.

Asimismo se han puesto de presente, todas las dificultades que dicho proceso implicaba, más aún si se tiene en cuenta que efectivamente la M/N María José tenía, unas características especiales como se ha mencionado tantas veces, era una embarcación muy grande y puede leerse en el inventario y avalúo presentado, que contaba con varios elementos que solo una persona especializada podía determinar su valor o al menos tener el conocimiento de comparar y buscar similares que orientaran la determinación precisa de su precio, por lo que esta instancia reconoce las labores que realizaron los investigados y el Grupo de fiscalización para continuar con el trámite adelantado a la misma, trámite que por situaciones administrativas no llegaron a buen término, pero tal circunstancia no es reclamable a los disciplinados.

Igualmente, fue posible establecer, que los investigados, paralelamente a las actuaciones adelantadas para la consecución y designación de un perito especializado para realizar el avalúo de la M/N María José, realizaban las actividades propias, para el traslado y almacenamiento, cuya evidencia está en el oficio N°. 1-48-238-345-085769 , con el que la disciplinada en calidad de Jefe de División de Fiscalización, solicitó al jefe del GIT de Comercialización, servicios especializados para la recepción, conservación, almacenamiento, disposición y traslado de mercancías diferentes, para el caso una embarcación con características como escola 65.49 metros, de manga 15.32 metros y un peso bruto de 1.653 toneladas, profesional que en diligencia de testimonio indico que cuando existen mercancía especial, hay que hacer una orden de servicio extraordinario que es avalada exclusivamente por el delegado del supervisor general que en este caso es el director seccional, si ese aval para hacer ese procedimiento es imposible que ningún funcionario pueda iniciar el procedimiento de almacenamiento, para el caso de embarcaciones existen unos requisitos que debe autorizar el director seccional que son unos peritazgos y una cantidad de casos que hacen que la sean previa al almacenamiento de la mercancía, el peritazgo es importante porque con base en el peritazgo se hace la valoración de la mercancía, sin la valoración de la mercancía es imposible que se pueda determinar cuánto vale la aprehensión, además que con base en la valoración es que se pagan los costos de almacenamiento.

Además de los trámites para lograr la contratación y designación de un perito naval para el avalúo definitivo, se debía adelantar lo correspondiente por parte del contratista-Unión temporal 3 A-Almagrario (bodega de almacenaje), un trámite de tercerización del contrato, ya que, en el momento de los hechos, no se contaba con la capacidad física para recibir la motonave María José como mercancía y garantizar su custodia y conservación.

Respecto del trámite de tercerización el jefe de comercialización de la Seccional de Aduanas Cartagena indicó en su declaración que este debe adelantarse cuando la bodega de almacenamiento no cuenta con la capacidad para almacenar algún tipo de mercancías, por ejemplo, una embarcación como la M/N María José, pero que para ello debe dársele las herramientas, es decir se debe autorizar por parte del director Seccional, para que el contratista busque tres cotizaciones y escoja la más favorable. Así lo ratifico el Coordinador de bodega de Almagrario (Unión Temporal Alianza Logística Avanzada -Unión Temporal 3 A-), entidad con la cual la DIAN tenía contrato vigente para la época de los hechos, para el servicio de bodegaje y almacenamiento de mercancías, quien indicó que, el procedimiento y lo que contempla el contrato de la DIAN, es que toda mercancía, que iba a ser aprendida en las bodegas tenía que venir con un acta de aprehensión sin ese documento no se podía recibir la mercancía, la mercancía tiene que venir con su acta de aprehensión, luego de recibirla se hacía el inventario y se le daba ingreso. Los funcionarios de la DIAN ellos son lo que hacen su avalúo, nosotros para recibir mercancía acá en nuestras bodegas como lo estipula el contrato, es que la mercancía la recibimos con un acta de aprehensión, esa acta de aprehensión debía venir con el valor de la mercancía, me imagino que en su momento el aprehensor hace el avalúo.

En el contrato suscrito con la DIAN, hay una cláusula que permite conseguir un tercero cuando se cuenta con la logística para el bodegaje de mercancía, cuando se presentaban esos inconvenientes como era embarcaciones, mercancía sumamente grande, que por su tamaño no se podía movilizar, había que dejarla en el sitio de la aprehensión, en este caso si era embarcación había que buscar un astillero, buscar al supervisor del contrato y que ellos autorizaran si era viable o no.

Procedimiento que fue confirmado por la Subdirectora de Gestión Comercial de la DIAN, quien mediante correo electrónico informó que para el periodo comprendido entre el 8 de septiembre al 30 de noviembre de 2016, se encontraba vigente el contrato N° 100206217-206-2015 suscrito entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN- y la Unión Temporal de Servicios Logísticos 3 A, cuyo alcance era la prestación del servicio de operación logística integral a nivel nacional, aplicado sobre las mercancías aprehendidas decomisadas y abandonadas a favor de la nación y de los bienes recibidos por la DIAN en pago de obligaciones y de las demás mercancías que le corresponden administrar a la DIAN.

Dicho contrato incluye la logística de mercancías de diferentes tamaños o dimensiones, excepto aquellas mercancías indicadas en el numeral 12 del numeral 2.15.2 (obligaciones especiales del contratista) de los estudios previos del contrato arriba indicado. A su vez, respecto si se contaba con las condiciones para el almacenamiento y custodia de una mercancía como la M/N María José, mencionó en su oficio: "A través del contrato antes, mencionado la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena y las demás señaladas en el a nivel nacional en los estudios previos, contaban con los servicios logísticos definidos; el contratista se encontraba obligado a atender todos los requerimientos que las unidades aprehensoras frente al almacenamiento y custodia de mercancías aprehendidas, que para el caso de mercancías como las aquí nombradas, se contemplaban como servicios logísticos complementarios especializados que podían ser prestados directamente por el operador a través de un tercero (numeral 2.1.1.3) , previa realización del procedimiento para la consecución y aprobación de dicho servicio (numeral 2.4.3.1)"

De lo anterior, se llega a la conclusión, que era necesario adelantar además del avalúo, un trámite paralelo con la empresa contratada para el proceso de almacenaje en razón a que la M/N era demasiado grande y no se contaba con el espacio para su almacenamiento, empresa que debía adelantar a su vez un contrato para lograr dicho almacenamiento y custodia de la misma, en consecuencia se evidencia que las actuaciones desplegadas por los disciplinados, eran las propias de dicho procedimiento e iban encaminadas a llevar a buen término el proceso de aprehensión que se había iniciado con la medida de inmovilización de la Motonave.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

➤ KEEN:

VERSION LIBRE: El investigado, realizó un recuento de los hechos, e hizo énfasis en que él no se encontraba capacitado, ni la DIAN lo había capacitado para poder establecer un avalúo ni provisional ni definitivo de la embarcación María José. Indicó que posteriormente luego de hacer varias indicaciones y de un análisis de los documentos que existen en el procedimiento, es posible concluir que todas las partes involucradas tenían conocimiento del procedimiento que se adelantaba a la embarcación, sin embargo, solicitaron el zarpe de la M/N con la venia de la autoridad marítima, a pesar de que se estaba ejecutando una orden de aprehensión. Igualmente manifestó que cuando una embarcación viene en lastre no tiene la obligación de dar aviso de arribo, ni tampoco aviso de llegada, indico que la M/N María José venia vacía, que no venía para repartir mercancía, sino para aprovisionamiento. Ante la duda, acudió al Grupo de Carga y tránsito en donde encontró a través del sistema el aviso de arribo y aviso de llegada de la Motonave María José, sin embargo, para la época de los hechos dichos documentos no se encontraron, por lo que procedieron a adelantar el proceso de aprehensión, con todas las dificultades que ello conllevaba. Que los funcionarios no tenían las condiciones, ni las herramientas para atender inmediatamente ese procedimiento. Finalmente aclaró que dentro de sus funciones no tenía la de contratar, que no es de su competencia, por lo que no podía disponer de un lugar de bodegaje para la M/N María José.

DESCARGOS: En ejercicio de su derecho el investigado, a través de apoderado presento su escrito de descargos en el cual expresó las razones por las cuales sus actuaciones no dan lugar a responsabilidad disciplinaria y como argumentos centrales expuso los siguientes: Inicialmente menciona que la M/N María José de bandera panameña, si dio aviso de arribo a la autoridad aduanera, Con lo que concluye la defensa que la embarcación en cuestión, si cumplió con la obligación de dar aviso del arribo, circunstancia que deja sin piso cualquier actuación sancionatoria derivada del incumplimiento de dicho deber. Esta situación sin lugar a duda permea todo el panorama del proceso disciplinario que nos convoca, habida cuenta que los hechos que daban lugar a imponer la medida cautelar de aprehensión resultaron siendo inexistentes. Respecto a la medida de inmovilización mencionó que el procedimiento respecto de la M/N María José, no es la contenida en el Decreto 390 de 2016, sino en el Decreto 2685 de 1999, toda vez que esta última preceptiva era la que se encontraba vigente a la fecha de arribo de la embarcación (07 de marzo de 2016), razón por la cual la conducta se debe evaluar a partir de las disposiciones del referido acto administrativo de carácter general; que el reglamento no señala requisitos especiales para materializar la inmovilización como medida cautelar, ni ofrece una definición de dicho concepto. El Decreto 390 de 2016 tampoco trae reglas especiales sobre la inmovilización, en el sentido de definir su concepto ni señalar el procedimiento para su aplicación. Bajo este contexto, y en atención a que el Decreto 2685 de 1999 no señala requisitos especiales para materializar la inmovilización, bastaba con que

el funcionario encargado manifestara al interesado la aplicación de la medida y las causas que la generaron. En el caso concreto se observa que en el acta de hechos de control No. 1255 del 08 de septiembre de 2016, se dejó sentado que la M/N queda inmovilizada en las condiciones que fue encontrada en el muelle doña Berta, resaltando que si bien es cierto en el acta de hechos de control no se dejó expresado cuál era el plazo de duración de la inmovilización, no lo es menos que las mismas circunstancias de caso, y las que dieron origen a la medida cautelar, conllevan a concluir de manera forzosa que la medida de inmovilización se extendería hasta la superación de las razones de hecho que le dieron origen.

Finalmente, al respecto indicó que en la citada acta de hechos de control el señor VICTOR ALBERTO HART SOTO, al haberla suscrito y al haber estado presente en la diligencia en su condición de capitán de la motonave, tuvo pleno conocimiento de la imposición de la medida cautelar. En cuanto a la adopción de la medida cautelar de aprehensión expuso que la misma no se pudo materializar de forma inmediata en razón a que resultaba necesario determinar el valor de la mercancía, para lo cual era necesaria la intervención de un perito especializado, tal como quedó acreditado con el testimonio que en su momento rindiera el señor director Seccional de Aduanas, sin embargo, se procedió a adoptar la medida de inmovilización. En cuanto a que la medida no fue puesta en conocimiento de las autoridades marítimas ni de los terceros afectados, la defensa dijo que la máxima autoridad de la Motonave estaba enterada de dicha medida, al haber estado presente en la diligencia en que se adoptó, así mismo que la Capitanía de Puerto, tenía conocimiento de la medida adoptada ya que el día 14 de septiembre de 2016, en el acta de hechos de acción de control No. 1299. En igual sentido, obra en el expediente el oficio 1-48-238- 0412-0743 de fecha 15 de septiembre de 2016, recibido en la Capitanía de Puerto el día 19 de ese mismo mes y año, en el que la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena informó que la motonave María José se encuentra en proceso de aprehensión y que requiere de un perito naval urgente para proceder con su avalúo. Respecto del avalúo provisional, mencionó la defensa que dadas las condiciones del artefacto que se pretendía aprehender no era posible utilizar las bases de precios adoptadas por el reglamento, que las características particulares de la embarcación no permitían tomar como referente cotizaciones, o referentes de páginas web, en razón a que no se trataba de un bien de condiciones uniformes, sino de uno con características especiales que demandan una adecuada individualización. Igualmente ocurre con los criterios de antigüedad y uso de la motonave, Así las cosas, se podía dar aplicabilidad lo dispuesto en el artículo 33 de la Resolución 64 de 2016, según la cual las embarcaciones requieren de análisis especializado, atendiéndose por tal el avalúo por perito naval que fue practicado a la motonave María José. Finalmente, manifestó que no era competencia de los funcionarios investigados celebrar un contrato para disponer de la mercancía en un depósito especial, por cuanto la competencia para celebrar contratos a nombre de la DIAN está en cabeza, del señor director general, al ser el jefe de la entidad, o en cabeza de los funcionarios que este hubiere delegado.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Recurrió la defensa además de los argumentos ya expuestos en la parte de descargos, a la causal de exclusión de responsabilidad establecida en numeral 6° del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, referida a actuar con la convicción errada e invencible que su conducta no constituye falta disciplinaria, respaldando la misma en que la postura asumida por el disciplinado, es compartida por todos y cada uno de las personas que declararon en el proceso disciplinario, quienes manifestaron que las actuaciones del disciplinado fueron apegadas a los procedimientos legalmente establecidos, hecho que nos muestra que aun cuando el investigado hubiere desconocido los manuales de procedimiento, es claro que este se encontraba en la convicción plena de estar obrando conforme a derecho, prueba de ello es que personas con igual o mayor formación experiencia que la que él tiene hubieren procedido de la misma forma como este lo hizo, configurándose, la aludida causal de exclusión de la responsabilidad.

➤ **RJPC:**

DESCARGOS: En ejercicio de su derecho el investigado, a través de apoderado presento su escrito de descargos en el cual expresó las razones por las cuales sus actuaciones no dan lugar a responsabilidad disciplinaria y como argumentos centrales expuso los siguientes: Inicialmente menciona que la M/N María José de bandera panameña, si dio aviso de arribo a la autoridad aduanera, Con lo que concluye la defensa que la embarcación en cuestión, si cumplió con la obligación de dar aviso del arribo, circunstancia que deja sin piso cualquier actuación sancionatoria derivada del incumplimiento de dicho deber. Esta situación sin lugar a duda permea todo el panorama del proceso disciplinario que nos convoca, habida cuenta que los hechos que daban lugar a imponer la medida cautelar de aprehensión resultaron siendo inexistentes. Respecto a la medida de inmovilización mencionó que el procedimiento respecto de la M/N María José, no es la contenida en el Decreto 390 de 2016, sino en el Decreto 2685 de 1999, toda vez que esta última preceptiva era la que se encontraba vigente a la fecha de arribo de la embarcación (07 de marzo de 2016), razón por la cual la conducta se debe evaluar a partir de las disposiciones del referido acto administrativo de carácter general; que el reglamento no señala requisitos especiales para materializar la inmovilización como medida cautelar, ni ofrece una definición de dicho concepto. El Decreto 390 de 2016 tampoco trae reglas especiales sobre la inmovilización, en el sentido de definir su concepto ni señalar el procedimiento para su aplicación. Bajo este contexto, y en atención a que el Decreto 2685 de 1999 no señala requisitos especiales para materializar la inmovilización, bastaba con que el funcionario encargado manifestara al interesado la aplicación de la medida y las causas que la generaron. En el caso concreto se observa que en el acta de hechos de control No. 1255 del 08 de septiembre de 2016, se dejó sentado que la M/N queda inmovilizada en las condiciones que fue encontrada en el muelle doña Berta, resaltando que si bien es cierto en el acta de hechos de control no se dejó expresado cuál era el plazo de duración de la inmovilización, no lo es menos que las mismas circunstancias de caso, y las que dieron origen a la medida cautelar, conllevan a concluir de manera forzosa que la medida de inmovilización se extendería hasta la superación de las razones de hecho que le dieron origen.

Finalmente, al respecto indicó que en la citada acta de hechos de control el señor VICTOR ALBERTO HART SOTO, al haberla suscrito y al haber estado presente en la diligencia en su condición de capitán de la motonave, tuvo pleno conocimiento de la imposición de la medida cautelar. En cuanto a la adopción de la medida cautelar de aprehensión expuso que la misma no se pudo materializar de forma inmediata en razón a que resultaba necesario determinar el valor de la mercancía, para lo cual era necesaria la intervención de un perito especializado, tal como quedó acreditado con el testimonio que en su momento rindiera el señor director Seccional de Aduanas, sin embargo, se procedió a adoptar la medida de inmovilización. En cuanto a que la medida no fue puesta en conocimiento de las autoridades marítimas ni de los terceros afectados, la defensa dijo que la máxima autoridad de la Motonave estaba enterada de dicha medida, al haber estado presente en la diligencia en que se adoptó, así mismo que la Capitanía de Puerto, tenía conocimiento de la medida adoptada ya que el día 14 de septiembre de 2016, en el acta de hechos de acción de control No. 1299. En igual sentido, obra en el expediente el oficio 1-48-238- 0412-0743 de fecha 15 de septiembre de 2016, recibido en la Capitanía de Puerto el día 19 de ese mismo mes y año, en el que la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena informó que la motonave María José se encuentra en proceso de aprehensión y que requiere de un perito naval urgente para proceder con su avalúo. Respecto del avalúo provisional, mencionó la defensa que dadas las condiciones del artefacto que se pretendía aprehender no era posible utilizar las bases de precios adoptadas por el reglamento, que las características particulares de la embarcación no permitían tomar como referente cotizaciones, o referentes de páginas web, en razón a que no se trataba

de un bien de condiciones uniformes, sino de uno con características especiales que demandan una adecuada individualización. Igualmente ocurre con los criterios de antigüedad y uso de la motonave, Así las cosas, se podía dar aplicabilidad lo dispuesto en el artículo 33 de la Resolución 64 de 2016, según la cual las embarcaciones requieren de análisis especializado, atendiéndose por tal el avalúo por perito naval que fue practicado a la motonave María José. Finalmente, manifestó que no era competencia de los funcionarios investigados celebrar un contrato para disponer de la mercancía en un depósito especial, por cuanto la competencia para celebrar contratos a nombre de la DIAN está en cabeza, del señor director general, al ser el jefe de la entidad, o en cabeza de los funcionarios que este hubiere delegado.

ALEGATOS DE CONCLUSION: la defensa del disciplinado presentó su escrito de alegatos de conclusión, en el cual expone la misma línea argumentativa plasmada en los descargos, sin aportar ningún elemento nuevo, resaltando que es totalmente claro que el procedimiento aplicado para la aprehensión de mercancías como la motonave María José fue agotada de manera correcta por su representado y aun en la actualidad es difícil para la DIAN manejar una aprehensión de una embarcación como la referenciada en este proceso pues no existe actualmente ni en la época de los hechos que nos ocupa un lugar para poder dejar una embarcación con las características del María José aprehendida e inmovilizada, las actuaciones desplegadas por el disciplinado de cara al cumplimiento de sus funciones en la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena son irreprochables así como los métodos y criterios utilizados para el avalúo de mercancías como la motonave María José. Por lo anterior solicita que su defendido sea absuelto del cargo endilgado.

➤ **EPAM:**

DESCARGOS: A través de su abogada de confianza, la investigada remitió escrito de descargos en el cual tuvo como argumentos centrales los siguientes: Inicia la defensa manifestando que el Despacho dejó de lado uno de los principios rectores y pilares fundamentales de la responsabilidad disciplinaria, como para el caso lo es el de apreciación integral de las pruebas, que al desconocerse viola flagrantemente el debido proceso y el derecho a la defensa, por lo que considera que se adoptó una decisión contraria a la realidad probatoria que si hubiese sido evaluada en conjunto, claramente hubiese concluido en la terminación y archivo de la actuación disciplinaria. Para soportar sus conclusiones, realiza un relato de los hechos centrales del proceso de fiscalización; manifestó que de la medida de inmovilización fue informada por lo que no puede alegar el desconocimiento de que la M/N se encontraba en proceso de aprehensión. Sumado a que lo anterior, se tiene la comunicación No. 1 -48- 2380412-0743, con destino al Capitán de Navío y del Puerto de Cartagena de la Dirección Marítima (DIMAR), en la que acorde a lo establecido en el acta de hechos 1299 del 14 de septiembre de 2016, solicitaron concepto técnico de navegabilidad, seguridad y demás información pertinente respecto de la embarcación María José, que como se mencionó en la literalidad del oficio, se encontraba en proceso de aprehensión, con lo que se demuestra que nuevamente se pone en conocimiento de la DIMAR la situación acaecida con la Motonave, razón por la cual no entiende la defensa el motivo por el cual dio autorización de zarpe, máxime cuando en una tercera oportunidad y en curso de una reunión sostenida entre mi cliente, el Director Seccional de la época y la DIMAR, se le reiteró el proceso que se surtía.

De otra parte, también se indicó que debía acudir a trámites administrativos y presupuestales, cuyo procedimiento y los términos que acarrear los mismos, no son del resorte funcional de la disciplinada, y que conllevan a un término, que es ajeno a la responsabilidad de los investigados, por lo que no se puede imputar en contra de los mismos. Recalcó, que a su juicio la Agencia Marítima actuó de mala fe, toda vez que tuvo conocimiento de la médica cautelar de inmovilización, tan es así que el representante legal pese al haber querido ocultar la verdad, termino reconociendo haber conocido de la existencia del acta de hechos del 8 de septiembre y de la labor del perito, sin embargo, obvió la situación para solicitar el ZARPE.

Además de ello la Agencia marítima, a pesar de mencionar no conocer la medida de inmovilización por la DIAN, se opone y presenta objeciones respecto del informe de avalúo presentado por el perito evaluador. La defensa recurrió igualmente al testimonio del Director de la Seccional de Aduanas de Cartagena, para la época de los hechos, resaltando los apartes que coadyuvan sus argumentos defensivos. Finalmente argumentó las falencias del cargo de la investigada, soportadas en que se le atribuye responsabilidad disciplinaria por hechos anteriores a la fecha en la que a través del ejercicio de su deber funcional, tuvo conocimiento de la actuación, máxime cuando siempre ejerció su función de Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de manera célere y bajo la normativa que ampara la materia, por que ha de resaltarse que jamás cumplió funciones de liquidación, como erradamente se está mencionando.

De otra parte, ha de advertir la defensa que fueron situaciones externas a la voluntad de mi representada y ha de decirse de los encartados en este proceso, las que conllevaron a la demora en el trámite del avalúo, mencionadas por el perito naval en diligencia de testimonio.

ALEGATOS DE CONCLUSION: la defensa remitió sus alegaciones finales, y tuvo como argumentos que, tanto en la etapa de investigación, como en la etapa de juicio, el operador disciplinario ha desdibujado el análisis probatorio de cara a enrostrar responsabilidad disciplinaria a la investigada, cuando las probanzas arrojadas en ambas etapas procesales demuestran la existencia de sendos eximentes de responsabilidad que además desconfiguran la teoría de la culpabilidad presentada en su contra a lo largo de la imputación formulada. Indicó además que existe una confusión por parte del despacho instructor, respecto de los controles que ejerce la DIAN (previo, concurrente y posterior), y entre tanto reprocha de mi representada situaciones relacionadas con el ingreso de la motonave, que en nada tienen que ver con su función de jefe de la División de gestión de Fiscalización y desconoció además procedimientos que inexorablemente se requerían para llegar a la aprehensión, pues es errado pensar que el no haber realizado el avalúo e impuesto el acta de prehensión, nació de un capricho o un desconocimiento elemental de la norma, lo cierto es que se requería de un perito evaluador y experto en el área naval, y no como erradamente lo concluyó al afirmar que se debía realizar un avalúo provisional con base en la base de precios, cuando ni siquiera la mercancía se encontraba allí determinada. Manifestó que su representada como titular de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena, cumplió con sus obligaciones funcionales prueba de ellos es que libró el despacho comisorio No. 004137 del 8 de septiembre de 2016, para que en cumplimiento de lo contenido en los artículos 500; 501; 506; 507; 508; 557 Y 558 del Decreto 390 de 2016 y amparados en las amplias facultades de Control y Fiscalización realizaron Diligencia de control y verificación de la obligaciones aduaneras y sus documentos soportes respecto del legal ingreso de la motonave al territorio aduanero nacional y dispusieran de la imposición de medidas cautelares, así como para que se realizara el inventario y avalúo del bien. Igualmente reclamó que el procedimiento y los términos que acarrear los mismos, como el de la contratación de un perito experto para la práctica del avalúo definitivo y el trámite para el almacenamiento o bodegaje de la M/N María José, no son del resorte funcional de investigada y que conllevan un término, que es ajeno a la responsabilidad de los disciplinados y que no se puede imputar en contra de los mismos. Refirió que el Agente marítimo a cargo de la M/N María José, en todo momento tuvo conocimiento de la medida cautelar de inmovilización y en un acto desprovisto de buena fe, solicitó el Zarpe a la DIMAR, a sabiendas de la ilegalidad que cometía, por cuando conoció tanto del dictamen técnico, como de la existencia del dictamen pericial y de la medida cautelar. Finalmente indicó que la DIAN, no contaba con un lugar dispuesto para el bodegaje y almacenamiento de este tipo de mercancías y que todas estas situaciones no fueron tenidas en cuenta por el Despacho para exonerar de responsabilidad a su representada, por lo anterior, solicita que su defendida sea absuelta de todos los cargos.

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA	18 de mayo de 2021
De acuerdo con las conductas que se encuentran probadas en el plenario, se tiene que el servidor público investigado infringió las siguientes disposiciones normativas que se adecúan a la descripción típica de falta gravísima del Código Disciplinario Único, como se indica a continuación:	
ADECUACIÓN TÍPICA.	
El artículo 23 de la Ley 734 de 2002 establece que constituye falta disciplinaria “y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente”, la incursión en las conductas o comportamientos previstos en el régimen disciplinario que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del ordenamiento.	
A su turno, el artículo 27 señala que las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.	
Así, acorde con la situación fáctica informada y los medios de convicción expuestos en el pliego de cargos imputado a los funcionarios KEEN, RJPC y EPAM, se imputo a los mismos la trasgresión de las siguientes normas:	
• PARA RJPC: - LEY 734 de 2002. Por medio de la cual se establece el régimen disciplinario de los servidores públicos.	
“Artículo 23, Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, (...), sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.	
“Artículo 48 Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) numeral 50: Ejecutar por razón o con ocasión de cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes de la evasión del de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario”. –	
RESOLUCION 9 DE 2008. Por la cual se distribuyen funciones en las Divisiones de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. “ARTICULO4.División de Gestión de Fiscalización. Son funciones de la División de Gestión de Fiscalización, atendiendo a la naturaleza de la Dirección Seccional las siguientes: 12. Adoptar las medidas cautelares tales como la aprehensión, inmovilización, o custodia; sobre las mercancías que infrinjan el régimen de aduanas, con arreglo a la normatividad vigente”.	
MANUAL DE FUNCIONES- NIVEL TÉCNICO Analista IV 204 4: Funciones Esenciales. “6. Aprehender las mercancías que han ingresado al territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales, desarrollando las actividades señaladas en el procedimiento correspondiente, de acuerdo con la normativa vigente, las directrices institucionales y en el marco de su competencia y jurisdicción”.	

• **Para KEEN:**

LEY 734 de 2002. Por medio de la cual se establece el régimen disciplinario de los servidores públicos.

“Artículo 23, Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, (...), sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

“Artículo 48 Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) numeral 50: Ejecutar por razón o con ocasión de cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes de la evasión del de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario”.

RESOLUCION 9 DE 2008. Por la cual se distribuyen funciones en las Divisiones de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

“ARTICULO4.División de Gestión de Fiscalización. Son funciones de la División de Gestión de Fiscalización, atendiendo a la naturaleza de la Dirección Seccional las siguientes: 12. Adoptar las medidas cautelares tales como la aprehensión, inmovilización, o custodia; sobre las mercancías que infrinjan el régimen de aduanas, con arreglo a la normatividad vigente”.

MANUAL DE FUNCIONES- NIVEL PROFESIONAL Gestor I 301 1: Funciones Esenciales. “8. Aprehender las mercancías que han ingresado al territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de los requisitos legales, de acuerdo con la normativa vigente, las directrices institucionales y en el marco de su competencia y jurisdicción

• **PARA EPAM:**

LEY 734 de 2002. Por medio de la cual se establece el régimen disciplinario de los servidores públicos.

“Artículo 23, Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, (...), sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.”

Artículo 35, Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: numeral 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contendidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las Leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”.

RESOLUCION 9 DE 2008. Por la cual se distribuyen funciones en las Divisiones de las Direcciones Seccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

“ARTICULO4.División de Gestión de Fiscalización. Son funciones de la División de Gestión de Fiscalización, atendiendo a la naturaleza de la Dirección Seccional las siguientes: 12. Adoptar las medidas cautelares

tales como la aprehensión, inmovilización, o custodia; sobre las mercancías que infrinjan el régimen de aduanas, con arreglo a la normatividad vigente”.

MANUAL DE FUNCIONES- NIVEL PROFESIONAL Gestor IV 304: Funciones Esenciales. “17. Desarrollar acciones de autoevaluación y seguimiento, dentro del proceso de Fiscalización y Liquidación, verificando la correcta ejecución de las investigaciones, programas y acciones de control en materia tributaria, aduanera, y cambiaria, de acuerdo con la normativa vigente y los compromisos formulados en los planes institucionales”.

Del recuento factico y normativo arriba expuesto, se evidencia que la División de Fiscalización a través de sus funcionarios comisionados, desde el 12 de septiembre de 2016, conoció que la motonave María José de bandera panameña no contaba con los documentos que demostraran su legal ingreso y permanencia en el territorio aduanero nacional, causal que daba lugar a la medida cautelar de aprehensión, no obstante, las autoridades aduaneras, para el caso los señores KEEN y RJPC, optaron por inmovilizar la motonave, mientras se verificaba la situación de legalidad de la misma, sin embargo una vez cumplido el plazo otorgado por los comisionados para que se allegara la documentación, no se adoptó la medida cautelar de aprehensión, teniendo en cuenta que la M/N, se encontraba incurso en una causal de aprehensión, por no contar con los documentos que soportaran su legal estadía en el territorio nacional, no obstante, no se impuso la medida cautelar correspondiente, lo que causó que la motonave María José saliera del territorio nacional violando la normatividad aduanera, entonces, los KEEN y RJPC, incumplieron los deberes contenidos en las normas arriba transcritas. De ahí que, es posible concluir que existió un desconocimiento de norma vigente, al no imponer de manera oportuna y eficaz la medida cautelar de aprehensión, conllevando a que esta saliera del territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación aduanera pues no fue posible definir su situación jurídica.

En igual sentido, de acuerdo con la normativa vigente, la falta imputada a la señora EPAM tiene que ver con la presunta omisión de realizar el seguimiento a las labores que delegara y la ejecución de estas; en tal sentido, resultaba obligatorio para la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Seccional Aduanas, a través de los mecanismos que su cargo disponía, tomar los recaudos necesarios para evitar el zarpe de la embarcación marítima denominada MARÍA JOSÉ, adoptando la medida de aprehensión correspondiente. Por lo que, según el anterior razonamiento, el elemento de tipicidad se encuentra satisfecho, en el entendido en que la conducta desplegada por los funcionarios se adecua a la colocar porque hay tipicidad

ILICITUD SUSTANCIAL.

Continúa el Despacho con el estudio de la ilicitud sustancial, para cuyos efectos se dirá en primer término que conforme al artículo 5º de la Ley 734 de 2002, es principio rector del derecho disciplinario la concurrencia de la ilicitud sustancial para determinar la materialización de la falta disciplinaria.

“Artículo 5. Ilicitud Sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”. La ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública, es decir, a partir de las normas rectoras de su ejercicio.

La Constitución Política establece en el artículo 6º la cláusula general de responsabilidad de los particulares y servidores públicos, al indicar que sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y éstos últimos además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Aterrizado el concepto en el presente caso, esta instancia encuentra que del recaudo probatorio arriba relacionado, ha sido desvirtuada la ilicitud sustancial, en la medida en que ha quedado ampliamente demostrado, que los investigados KEEN, JRPC Y EPAM, dieron cabal cumplimiento a sus funciones, lo que se ve reflejado en el despliegue de actuaciones tendientes a lograr el procedimiento de definición de situación jurídica de la M/N María José, como claramente puede evidenciarse de las pruebas allegadas al procedimiento y fueron reseñadas en el acápite de análisis de las pruebas.

\Que los comisionados hicieron lo propio, mediante actas de hechos, oficios, desplazamientos, ubicación de perito, y demás actuaciones, lo que también se predica de la funcionaria EPAM, de quien se evidenció una serie de actuaciones como cabeza del Grupo, dirigidas a lograr que el procedimiento administrativo y adopción de medida de aprehensión concluyera positivamente, por ello solicitó a la DIMAR un concepto técnico respecto a la M/V María José, profirió un Auto que ordenó el avalúo de motonave y designó perito Naval responsable de realizar esta diligencia técnica, adelantó los trámites correspondientes para la designación y pago de dicho perito, adelantó lo necesario para la consecución de un almacenamiento especial en atención a las características de la M/N Maria Jose, entre otras actividades, por lo que no se puede hablar de un incumplimiento del deber funcional de los servidores públicos cuestionados.

No se debe olvidar que el derecho disciplinario no se inclina especialmente por valorar el resultado que deriva de la irregularidad disciplinaria, sino que atiende más por establecer la afectación que ha sufrido el servicio o la función encomendada, en tanto es deber, obligación y responsabilidad del Estado, garantizar que las funciones y los servicios públicos se presten de manera adecuada, eficiente, imparcial, objetiva, bajo parámetros de igualdad, sin favoritismo, con apego a la Constitución y a la Ley.

Dicho sea de paso, que la medida de inmovilización fue impuesta mientras se otorgaba un tiempo a los encargados de la M/N de allegar la documentación requerida, además que para adoptar la aprehensión era necesario el avalúo definitivo como requisito indispensable para proceder con la misma, al respecto ha quedado claro para el Despacho que era necesario la práctica de un avalúo definitivo por parte de un perito naval, que determinara claramente el valor de la M/N María José, requisito fundamental para la adopción de la medida porque la norma no establecía mecanismo o alternativa, en los eventos en que no era posible establecer el valor de la mercancía en razón a sus características especiales, como fue expuesto por el experto naval que realizó el avalúo, porque era necesario verificar las condiciones de navegabilidad de la Motonave para poder determinar su traslado a la bodega o lugar de almacenamiento que garantizara su custodia y conservación, tramites que como ha quedado demostrado requerían de tiempo y de la participación de terceros externos.

Nótese como la Seccional de Aduanas de Cartagena, fue puesta en movimiento por parte de los investigados KEEN, JRPC Y EPAM, para lograr la adopción de la medida de aprehensión, así se solicitó a las dependencias correspondientes iniciar las actuaciones necesarias para lograr la misma. En este orden de ideas, se puede razonar que no hubo lugar a un incumplimiento del deber funcional por parte de los servidores públicos aquí cuestionados, ya que, al adelantar todas las actuaciones tendientes a lograr la adopción de la medida y el proceso administrativo correspondiente, no puede afirmarse que se haya atentado contra el buen funcionamiento del Estado y sus fines, por lo que la conducta no puede considerarse antijurídica y, por lo mismo, no constituye falta disciplinaria.

En efecto, la vigencia del principio de ilicitud sustancial deja por fuera del ámbito disciplinario las conductas típicas pero inocuas, es decir, las que, aunque se encuentren descritas como faltas no causan efecto nocivo en la función pública, como ocurre en el presente caso, ya que no puede hablarse de afectación a los principios de MORALIDAD y EFICACIA, que el resultado negativo del procedimiento

adelantado fue consecuencia del actuar de terceros, para el caso el Agente Marítimo encargado de la M/N y la Capitanía de puerto que autorizo el zarpe, circunstancias externas a la voluntad y control de los servidores públicos implicados.

Resumiendo, no se produciría una ilicitud sustancial cuando a pesar de la inobservancia de un deber funcional, no existe trasgresión del contenido sustancial del mismo, esto es, no se vería afectada ninguna de las funciones sociales del Estado. Hecho al que se podría sumar que no es suficiente que KEEN, JRPC Y EPAM omitan el cumplimiento de sus funciones o las abusen, si esto no conlleva a perturbar la razón de su deber como funcionarios públicos, por consiguiente no puede hablarse de transgresión a los principios de MORALIDAD y EFICACIA, en razón a que se dio cumplimiento a los fines del Estado, a pesar del resultado negativo para la Entidad, el cual fue generado por un tercero; en consecuencia uno de los elementos de la responsabilidad disciplinaria se encuentra desvirtuado.

CULPABILIDAD:

Resta efectuar pronunciamiento sobre la culpabilidad como elemento necesario para la configuración de la falta disciplinaria, tarea que, pese a no ser necesaria, por substracción de materia, teniendo en cuenta la falta de ilicitud sustancial, quiere abordar el Despacho, para abundar en razones.

Analizada la conducta de los disciplinados KEEN, JRPC Y EPAM, en la secuencia en que sucedieron los hechos y con los elementos de prueba recaudados, el Despacho no advierte el dolo y la culpa respectivamente, que en el auto de cargos les fue imputado provisionalmente, como quiera que en el expediente no existe prueba que demuestre que en el actuar de los investigados confluyeran los elementos intelectual y volitivo, ni la representación del resultado, por el contrario, se evidencia que su actitud no estaba dirigida a quebrantar su deber funcional.

Se advierte por esta instancia que el resultado del proceso de aprehensión iniciado a la M/N María José, no fue consecuencia de una conducta dolosa o culpable de los disciplinados, que culminara con la solicitud y autorización de zarpe de la M/N María José, además que no podemos hablar de sanción disciplinaria en razón al resultado de la conducta, porque nos encontraríamos frente a una responsabilidad objetiva, la cual como bien se sabe, esta proscrita en materia disciplinaria, como lo establece el artículo 13 del CDU, de manera que para configurar falta disciplinaria se requiere demostrar la culpabilidad del disciplinado en la realización del ilícito disciplinario, esto es, establecer con certeza la comprensión de la conducta y la posibilidad de autodeterminarse para trasgredir la norma, lo que implica estudiar las condiciones concretas de orden personal y social en que se produjo la actuación del disciplinado.

Por lo que al momento de hacer el estudio de la responsabilidad disciplinaria no basta con establecer que la embarcación se encontraba en situación de ilegalidad en territorio colombiano y que debía adoptarse la medida de aprehensión inmediatamente y no se hizo, sino que es preciso valorar todas las circunstancias que rodearon la situación y las razones por las cuales no fue posible adoptar la medida cautelar en mención, no se puede negar que existieron falencias al momento de realizar el procedimiento de la adopción de la medida cautelar, si tiene en cuenta taxativamente la norma, pero las mismas no son óbice para mantener un reproche disciplinario a los investigados, porque con las pruebas obrantes en el plenario se demostró que los investigados KEEN, JRPC Y EPAM, atendieron el procedimiento que se tenía establecido en la DIAN, para los casos especiales como era la M/N María José, lo que demuestra que el actuar aquí cuestionado, no surgió a partir de un raciocinio volitivo de la trasgresión de la norma.

Por tal razón, el concepto de culpabilidad también ha quedado desvirtuado, por lo que este Despacho considera que no hay lugar a declarar responsabilidad disciplinaria a los señores KEEN, JRPC Y EPAM, por lo que así se procederá.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADOS LOS CARGOS elevados a los funcionarios KEEN, JRPC Y EPAM, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ABSUÉLVASE DE RESPONSABILIDAD disciplinaria por los cargos formulados los funcionarios KEEN, JRPC Y EPAM, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia a través de la Secretaría Técnica de este Despacho, en los términos de los artículos 103 y 107 de la Ley 734 de 2002, a los sujetos procesales

CUARTO: COMUNICAR al señor quejoso. Indíquesele que contra el fallo absolutorio procede el recurso de apelación, de conformidad con lo preceptuado en el párrafo del artículo 90 ibidem.

QUINTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN, de conformidad con el artículo 115 de la Ley 734 de 2002.

SEXTO: En firme, COMUNICAR esta decisión a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único.