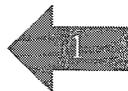




2023-1-32-274-564-405538

Bogotá D.C., marzo 22 de 2023

ENTREGA VIRTUAL



Señor

JUEZ SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE EXTINCION DE
DOMINIO DE BOGOTA.

AFECTADOS: BLUE FASHION SAS. NIT 800.135.548, PROYECTOS Y
DESORROLLOS SAS, INVERSIONES Y
CONSTRUCCIONES 79 S.A.S. NIT 860.353.450 Y OTROS.
RADICADO: 2017-031-2 ED

ASUNTO: Recurso de Apelación contra la Sentencia que no extingue el
derecho de dominio de fecha 3 de marzo de 2023, notificada por
Edicto virtual.

Cordial saludo,

DIANA VICTORIA GARCIA CELIS, identificada con la C.C 51.850.430 y con Tarjeta Profesional No. 62148 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTA, estando en la oportunidad procesal establecida en el artículo 67 de la Ley 1708 de 2014, respetuosamente me permito interponer y sustentar RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia proferida en el proceso de la referencia y en la que se declaró la improcedencia de la acción de extinción de dominio y no se accedió a las peticiones presentadas por la DIAN y relacionadas con la solicitud de ordenar el pago de las obligaciones fiscales adeudadas por los contribuyentes ALBERTO AROCH MUGRABI. CC 19.485.504, BLUE FASHION SAS. NIT 800.135.548, PROYECTOS Y DESORROLLOS SAS, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES 79 S.A.S. NIT 860.353.450, CONSTRUCTORA MOLINOS DEL CHICO S.A. NIT 860.045.57. MÓNICA AROCH AVELLANEDA, PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A., SALAZAR SALAMANCA S.A.S, PABLO SALAZAR DE HEREDIA, HUMBERTO ROJAS MELO Y VITAL JEANS S.A.S.

Sustento el recurso de Apelación en los siguientes términos:

1-INCONFORMIDAD FRENTE AL ACAPITE 1.1.2 DE OTRAS DETERMINACIONES.

En primer término, impugno la decisión tomada por el juez de primer instancia en el acápite 1.1.2 de OTRAS DETERMINACIONES de la sentencia y en el cual se determinó no acceder a las pretensiones presentadas por la DIAN y bajo el argumento de que el fallo de extinción de dominio "no puede exceder los límites" establecidos en el artículo 145 de la ley 1708 de 2014 e incluir "mandatos de cumplimiento exógeno" a la declaratoria de extinción de dominio o su improcedencia.

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Al respecto señalo, que contrario a lo antes expuesto lo que existe es un deber del juez de extinción de incluir en su fallo, el reconocimiento de los derechos que los **sujetos procesales afectados** presentan al trámite de extinción de dominio.

Es así que el numeral 2. del artículo 30 del Código de Extinción de Dominio-CED- , que indica :

“ARTÍCULO 30. Afectados. *Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción extinción de dominio:*

1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio.

2. Tratándose de los derechos personales o de crédito se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue estar legitimada para reclamar el cumplimiento de la respectiva obligación.

3. Respecto de los títulos valores se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser tenedor legítimo de esos bienes o beneficiario con derecho cierto.

4. Finalmente, con relación a los derechos de participación en el capital social de una sociedad, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de algún derecho real sobre una parte o la totalidad de las cuotas, partes, interés social o acciones que son objeto de extinción de dominio.” – Se resalta-

Legítima a la DIAN para intervenir en el proceso de Extinción y en calidad de afectados a título de **acreedores de las obligaciones fiscales** adeudadas por los contribuyentes – personas naturales y jurídicas afectados en el radicado penal de la referencia-, entendiéndose tal atributo en concordancia con el artículo 9° de la Ley 785 de 2005- actual artículo 54 de la ley 1849 de 2017 .

Dicho artículo establece:

“Artículo 9o. Régimen tributario. *Los impuestos sobre los bienes que se encuentran en administración o a favor del Frisco no causan intereses remuneratorios ni moratorios durante el proceso de extinción de dominio, y en ese lapso se suspenderá el término para iniciar o proseguir los procesos de jurisdicción coactiva. Declarada la extinción de dominio, y una vez enajenados los bienes, se cancelará el valor tributario pendiente por pagar con cargo al producto de la venta, incluyendo el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación del bien”. - se resalta-*

Al respecto, respetuosamente solicito se tenga en cuenta la decisión tomada por el Consejo de Estado en Sentencia No. 15042 de 2008 de la Sección Cuarta, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz, quien al declarar la nulidad del concepto DIAN No. 2186 de 2003, fijó los lineamientos para el cobro por

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

jurisdicción coactiva de las obligaciones fiscales que involucran bienes objeto de extinción de dominio, independientemente de la causal que se pruebe en desarrollo del proceso. En uno de sus extractos indica:

" (...)

Cabe anotar que mientras el proceso de extinción de dominio se encuentra en trámite, el afectado pierde las facultades de disposición y administración de los mismos, con el propósito de evitar que los enajene en el curso de la acción.

Sin embargo, a partir de la sentencia que decreta la extinción de dominio, los bienes pertenecen a la Nación, quien, en consecuencia, es la nueva propietaria. Por tanto, en virtud de dicha providencia se extingue el dominio para el dueño y adquiere este derecho la Nación. Así, el Estado puede disponer de los bienes a partir de la sentencia.

De otra parte, dentro del trámite de extinción de dominio se prevé el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios, según el certificado de registro correspondiente, y de las demás personas que se sientan con interés legítimo en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos sobre los bienes (artículo 13 [3] de la Ley 793 de 2002).

Dentro de las personas con interés legítimo, se encuentran los acreedores del afectado, quienes, en consecuencia, están legalmente facultados para hacerse parte en el proceso de extinción de dominio. "-Se resalta-

Es así que contrario a lo manifestado en el fallo de primera instancia, la DIAN tiene el derecho, en su calidad de **acreedor fiscal**, a que en la sentencia de extinción de dominio se ordene el pago de las obligaciones fiscales a cargo de los contribuyentes afectados en el presente trámite de extinción y que fueron informadas al fiscal de conocimiento y al juez del proceso en los oficios y alegatos de conclusión presentados en oportunidad, independientemente de que se declare la extinción de dominio o su improcedencia.

De ahí que las argumentaciones de falta de competencia del juez de primera instancia y de su imposibilidad de incluir en el fallo del trámite de extinción decisiones "exógenas" a la declaratoria de extinción o improcedencia, es contraria a derecho y violatoria al debido proceso en razón a que la decisión que se toma en la sentencia necesariamente impacta el patrimonio- bienes- de los afectados, el cual es la prenda general de los acreedores.

Además, no se entiende como el juez de primer instancia puede desconocer la intervención y los derechos que le asisten a la DIAN en su calidad de afectada, citada al proceso de extinción para hacer valer sus derechos/acreencias (artículo 140 y 141 de la ley 1708/14) y después decidir que no le asiste el derecho por falta de competencia legal para fallar sobre los mismos.

Consecuencia de lo anterior, solicito se tengan en cuenta las argumentaciones expuestas y se proceda a modificar el numeral 1.1.2 de OTRAS DETERMINACIONES dejando a salvo la competencia del Juez de extinción de dominio para decidir sobre las pretensiones presentadas por la DIAN y ante el evento de que se revoque el fallo de improcedencia y se ordene la extinción de los bienes involucrados en el presente trámite de extinción, se ordene a la SAE, en su calidad de administradora del fondo FRISCO, proceda a pagar las

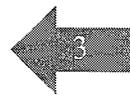
Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá.

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



Obligaciones fiscales adeudadas por los contribuyentes ALBERTO AROCH MUGRABI. CC 19.485.504, BLUE FASHION SAS. NIT 800.135.548, PROYECTOS Y DESARROLLOS SAS, INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES 79 S.A.S. NIT 860.353.450, CONSTRUCTORA MOLINOS DEL CHICO S.A. NIT 860.045.57. MÓNICA AROCH AVELLANEDA, PROYECTOS Y DESARROLLOS I S.A., SALAZAR SALAMANCA S.A.S, PABLO SALAZAR DE HEREDIA, HUMBERTO ROJAS MELO Y VITAL JEANS S.A.S, informadas al presente tramite.

2-INCONFORMIDAD FRENTE AL FALLO DE IMPROCEDENCIA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Es importante para esta apoderada poner de presente que la sentencia recurrida considera que no se han logrado configurar las diferentes causales para que proceda la extinción de dominio, lo que impide que se continúen los procedimientos para el reconocimiento de derechos a terceros, como lo es en el presente caso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, es por ello, que al verse perjudicada esta Entidad se encuentra la necesidad de pronunciarse sobre aspectos que versan sobre la fundamentación de la providencia y la valoración probatoria en la misma; para que una vez sean verificados los argumentos que aquí se expongan y si lo considera el Tribunal se revoque el fallo apelado y procedan las pretensiones de carácter económico presentadas por la entidad o de manera subsidiaria que estas apreciaciones sean tenidas en cuenta como el traslado de los no recurrentes en el caso en que se considere que la DIAN no se encuentra legitimada para interponer el recurso de apelación.

Dicho lo anterior, se presentan las siguientes consideraciones:

En el caso concreto el Juez de instancia considera que las causales 1°, 4° y 9° no se dan por sustentadas debido a que se considera que la actividad probatoria desplegada por el ente persecutor no fue suficiente para demostrar al menos en grado de inferencia la existencia de los delitos por los cuales se presentó el requerimiento de extinción de dominio y que al mismo tiempo los dictámenes periciales de la defensa lograron justificar de manera clara los incrementos patrimoniales y las cifras económicas de los requeridos. Lo anterior en el marco de independencia del proceso penal y del de extinción de dominio según lo indicado por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Por lo cual, lo primero será verificar el argumento del despacho según el cual no era posible afirmar la existencia de las conductas punibles endilgadas al menos con un estándar de conocimiento mínimo de conformidad con lo probado en el caso, segundo poner en evidencia la existencia de las causales y, en tercer lugar, la procedencia de la extinción de dominio y por ende el reconocimiento de las pretensiones realizadas por la DIAN.

1. De la existencia de las conductas punibles.

Vale la pena precisar que el fallo parte por lo menos de las siguientes premisas: I) No estamos en presencia de un contrabando, puesto que, no se tiene en cuenta la simulación frente al control aduanero dentro del delito de contrabando o a lo que se le conoce como contrabando técnico, II) no existe la posibilidad de afirmar la existencia de un contrabando

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

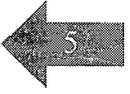
Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



abierto por deficiencias probatorias III) no existe evidencia de las exportaciones e importaciones ficticias IV) no existe un lavado de activos puesto que se cumplen y se justifican las operaciones de comercio exterior y finalmente, V) el enriquecimiento ilícito se encuentra justificado en las operaciones y en los testimonios presentados en el juicio.



Por lo anterior, se realizará un pronunciamiento sobre la existencia de los delitos de contrabando, exportación e importación ficticia, enriquecimiento ilícito y lavado de activos; teniendo en cuenta que se está frente a la existencia de conductas relacionadas con la utilización indebida de un programa de Plan Vallejo dando origen a contrabando técnico, la existencia de importaciones ficticias y la presunta legalización de dineros de origen desconocido a través de operaciones de comercio exterior bajo una modalidad altamente sofisticada que tenía como finalidad dar apariencia de legalidad y evitar los controles generados por el Estado colombiano y ejecutados por la DIAN.

1.1. Sobre la existencia de la conducta del Contrabando y las importaciones y exportaciones ficticias.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dentro del radicado No. 43007 del 6 de abril de 2016 indicó respecto de la configuración del delito de contrabando:

"(...)De acuerdo con el artículo 319, antes transcrito, para que se configure el contrabando se requiere que el sujeto activo (indeterminado) exporte o importe mercancías desde o hacia el territorio colombiano, cuyo valor supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que para ello acuda a una cualquiera de las siguientes modalidades:

(i) Ingrese o saque del país mercancías por lugares no habilitados; (ii) las oculte; (iii) las disimule o (iv) las sustraiga de la intervención y el control aduanero. Es decir, no es necesario que se ejecuten todas las conductas previstas en la norma, para que se configure el contrabando(...)"

Es decir, que tanto el que ingrese mercancías por una cuantía establecida, por lugares no habilitados para ello, se encuentra en la comisión del delito; ahora, también está en las mismas condiciones aquel que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en una cuantía determinada o las ingrese a zona primaria sin el cumplimiento de los requisitos para ello.

Continúa la sentencia indicando:

"A partir de la descripción de la figura del contrabando, la doctrina nacional ha distinguido dos clases:

Contrabando abierto: "Consiste en el ingreso de mercancías al territorio aduanero nacional sin ser presentadas o declaradas ante la autoridad aduanera (a través de playas, trochas, pasos de frontera, aeropuertos, puertos, depósitos" (Documento conjunto Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Administración Nacional de Impuestos y Aduanas –DIAN- y Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF- denominado "Tipologías de lavado de activos relacionadas con el delito de contrabando").

Contrabando técnico: "Se da a través del ingreso al territorio aduanero nacional de mercancías

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

presentadas y declaradas ante la autoridad aduanera, sin embargo, por una serie de maniobras fraudulentas se altera la información que se le presenta a la Aduana, con el fin de subfacturar, sobrefacturar, evadir el cumplimiento de requisitos legales, cambiar la posición arancelaria, obtener beneficios (triangulación de mercancías con certificados de origen), así como la falsificación de documentos, entre otros".¹

En otras palabras, la doctrina ha caracterizado el delito de contrabando en dos formas independientes y con figuras muy específicas para cada una de ellas, precisando el alcance de los tipos penales y caracterizándolos para facilitar su comprensión, con lo cual se tiene que el contrabando abierto estaría identificado en las conductas de introducción, extracción e ingreso al territorio nacional de mercancía por lugares no habilitados o sin el cumplimiento de requisitos legales, y las conductas relacionadas con el disimular, ocultar y sustraer de la intervención o el control aduanero se considerarían como un contrabando técnico, frente a este último se tiene que otras formas comúnmente utilizadas para esta modalidad son las siguientes:

*"*Pago en especie de actividades ilícitas con mercancías ingresadas de contrabando al territorio nacional.*

**Contrabando de insumos para redes de "piratería".*

**Transporte de dinero de origen ilícito a otro país para adquirir mercancías que ingresan al país local mediante contrabando técnico por subfacturación.*

**Exportación de mercancía sobre facturada y posterior reingreso de contrabando al territorio colombiano.*

**Cambio de destinación de materias primas que ingresan al país bajo la modalidad de Sistemas Especiales de Importación-Exportación Plan Vallejo.*

**Importaciones efectuadas por un intermediario aduanero suplantando a un importador reconocido y utilizando un programa aprobado al amparo de los Sistemas Especiales Importación-Exportación Plan Vallejo.*

**Contrabando y falsedad marcaría.*

**Contrabando técnico mediante sobrevaloración de mercancías"²*

Frente al marco anteriormente expuesto, relacionado con el tipo penal de contrabando se señala por parte del Juez de instancia lo siguiente:

"Visto lo anterior, el Despacho no comparte la perspectiva normativa empleada por la Fiscalía para acreditar la materialidad de la actividad delictiva de Contrabando, en tanto presupone que para su configuración son suficientes los meros «actos de ocultamiento o sustracción», cuando no toda incautación de mercancía importada o exportada significa, de facto, la materialidad de ese delito, puesto que corresponde a la autoridad judicial evaluar, en cada caso en concreto, la existencia de elementos de juicio que permitan evidenciar los presupuestos objetivos del tipo penal".³

Pese a las consideraciones del señor Juez de instancia, se tiene que la norma si establece que el ocultamiento, las acciones tendientes a disimular y la sustracción de la intervención y control aduanero de mercancías cuya cuantía supere los 50 salarios son tipificadas como contrabando, por lo cual el razonamiento del despacho al analizar el

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia radicado No. 43007 del 6 de abril de 2016.

² Ministerio de Hacienda "TIPOLOGÍAS DE LAVADO DE ACTIVOS RELACIONADAS CON CONTRABANDO" disponible chromeextension://efaidnbmnfnlbbbajpglcfndmckaj/https://www.legiscomex.com/bancomedios/archivos/tipologias_contrabando_enero_2006.pdf, consultado el día 12 de marzo de 2022 a las 16:00 horas.

³ Sentencia proceso extinción de dominio 11001 31 20 002 2017-031-2 del 3 de marzo de 2023 Juzgado Segundo del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Bogotá.

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

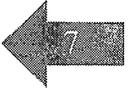
Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



delito de contrabando en su estructura típica y los requisitos para su configuración se muestran errados e incompletos, por no considerar los tipos de contrabando existentes. Ya que, el delito se materializa con todo acto de ocultamiento o sustracción del control aduanero de mercancías cuya cuantía supere los 50 salarios.



Con base en lo anterior, al simular un régimen de importación diferente al ordinario con la finalidad de ingresar mercancías sin el pago de los tributos aduaneros, como es el Plan Vallejo se logra dar apariencia de legalidad a unas mercancías que al no cancelar tributos aduaneros están de manera irregular en el territorio aduanero nacional, configurando ya no solo una sustracción del control aduanero, sino que con esta maniobra se disimula la verdadera finalidad de introducir mercancía al territorio sin el cumplimiento de los requisitos de ley, específicamente el pago de IVA y aranceles.

Desde este punto de vista se tiene entonces que la sentencia parte de un supuesto equivocado al analizar el alcance del delito de contrabando, sus elementos y su tipicidad, lo cual de entrada vicia la interpretación de las pruebas y los elementos centrales de la decisión, nótese como en este caso no estamos en presencia únicamente de un contrabando abierto sino de un contrabando técnico, motivo por el cual debía haberse tenido en cuenta esta forma para el análisis completo y probatorio del caso. De esta manera, las modalidades presentadas anteriormente también se convierten en formas de contrabando aplicadas al tipo penal y que necesariamente debían ser evaluadas por el juez al momento de su decisión.

Según los elementos materiales probatorios en este caso se tenían ingresos de mercancías al país, a través de un plan vallejo de terceros, mercancías que una vez transformadas debían haber salido hacia Venezuela para justificar la ventaja arancelaria que obtenían y así poder desarrollar o promover el mercado colombiano.

Para mayor claridad, se hace necesario precisar que es un plan vallejo, como se usa y como debe ser desarrollado en nuestro país. Así las cosas:

“El Plan Vallejo es el régimen que permite a personas naturales o jurídicas que tengan el carácter de empresarios productores, exportadores, o comercializadores, o entidades sin ánimo de lucro, importar temporalmente al territorio aduanero colombiano con exención total o parcial de derechos de aduana e impuestos; insumos, Materias Primas, bienes intermedios o Bienes de Capital y repuestos que se empleen en la producción de bienes de exportación o que se destinen a la prestación de servicios directamente vinculados a la producción o exportación de estos bienes”⁴.

Lo cual también está consagrado en el Decreto 444 de 1967 el cual señala lo siguiente:

“Artículo 172. *Las personas naturales o jurídicas que tengan el carácter de empresarios productores o de empresas exportadoras, podrán celebrar con el Gobierno contratos para introducir, exentos de depósito previo, de licencia y de derechos consulares y aduaneros, las materias primas y los demás insumos que hayan de utilizarse en la producción de artículos exclusivamente destinados a su venta en el extranjero”.*

⁴ <https://www.colombiaintrade.com.co/contacto/preguntas-frecuentes/que-es-el-plan-vallejo-para-bienes>

Tales contratos estarán sujetos a las condiciones siguientes:

- a) Comprobación de haber obtenido crédito externo para las referidas importaciones;
- b) Compromiso de prestar ante la aduana respectiva fianza bancaria, de una compañía de seguros u otra garantía satisfactoria, por el doble de los derechos que graven la importación;
- c) Garantía satisfactoria para asegurar la reexportación de la materia prima o de otros insumos que, siendo de prohibida importación, no se hayan utilizado para los fines estipulados. En estos casos la garantía equivaldrá por lo menos a cinco veces el valor de dichos elementos;
- d) Clara especificación de los productos que se proyecta exportar, con indicación de la parte que en ellos corresponda a insumos de producción nacional;
- f) Compromiso de absorber en la fabricación de los productos de exportación aquellos insumos de origen nacional que técnica y económicamente resulten utilizables, y
- g) Obligación de presentar informes a la Superintendencia de Comercio Exterior o a otras oficinas que indique el Gobierno sobre la manera como se está dando cumplimiento a las estipulaciones del contrato”.

Establecido este marco cobra especial relevancia en el caso concreto la primera de las pruebas relacionadas en la sentencia, las declaraciones juradas de Isaac Pérez Guberek Ravinovicz y Salomón Bendayán; en las cuales se describe lo siguiente:

“Qué significa introducir mercancías por PLAN VALLEJO: que está dejando de pagar al Gobierno derecho de aduanas y el impuesto a las ventas, o sea el IVA y si los impuestos que regían en esas épocas eran del orden de un 30% y el IVA como es tradicional es de 16%, estaría desfalcando al Gobierno y cuando digo desfalcando lo voy a explicar por qué. Por algo más de un cuarto de millón de dólares al año. Cuando hablo de desfalcar me refiero a que esas telas no fueron transformadas por instalaciones que él tuviera de confección, porque él nunca ha confeccionado una prenda y además no que se le conozca no tiene plantas de producción para transformar esas telas en producto de exportación. Entonces qué hace él para solucionar el problema? Porque cuando se utiliza un PLAN VALLEJO se hace un compromiso con el Gobierno para exportar la totalidad de esas materias primas importadas en producto ya confeccionado al exterior, yo creo que en una investigación que se haga profunda de estas operaciones creo que el señor ABI no va a poder demostrar cómo transformó esas materias primas, en qué plantas de su propiedad lo hizo, o cuáles contrató para hacerlo y entonces qué tenía él para demostrarle al Gobierno cómo exportó subsecuentemente esas telas ya transformadas en productos terminados: recurre a la exportación ficticia, al recurrir a la exportación ficticia pues yo recomiendo que dentro de las investigaciones que ustedes hagan pueda él aclarar a quién le exportó, a qué clientes le vendía en el exterior, en qué países y a través de qué aduanas exportaba, porque yo en esos tiempos no conocí sino que él pasaba a través de diferentes aduanas, en vez de mercancía, papeles: hacía licencias de exportación y todo el papeleo, yo tengo acá un pequeño ejemplo de algunas exportaciones ficticias donde tiene usted: fecha de exportación, número de solicitud, cuál es el importador, cuál de las compañías está exportando, las facturas con que está saliendo la mercancía, el monto en dólares, el operador cambiario en el país a donde se está exportando, que en este caso es VENEZUELA y la fecha en que se envían los cierres al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA para que se ordené su pago por sistema ALADI a COLOMBIA. Entonces, en efecto, estoy exportando algo que no estoy exportando y estoy trayendo dólares al país legalizados. Esto suma alrededor de unos 20 millones de dólares, pero es un ejemplo de esos días, yo tengo eso porque nosotros con mis empleados se lo manejábamos. (...)”

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



Tuvo usted conocimiento si el señor ALBERTO AROCH a través de sus empresas MODA SOFISTICADA y VITAL JEANS realizó exportaciones ficticias a Venezuela? En caso afirmativo ¿a qué empresas exportaba? ¿Algunas de dichas empresas pertenecían o eran controladas por SALOMÓN BENDAYÁN? ¿cuáles? describa las circunstancias de tiempo, modo y lugar, si las conoce. RESPUESTA. Si realizó exportaciones ficticias a VENEZUELA y el encargado del tránsito en VENEZUELA era SALOMÓN BENDAYÁN. Algunas de esas empresas que recuerde eran: TEXTILES CONTRERAS, COOPERATIVA LOS LEONES, DAYANTEX, entre otras, incluso algunas de estas están relacionadas en los folios que yo aporté. (...)"

...) PREGUNTA: Usted tiene alguna relación con el señor ALBERTO AROCH MUGRABI. RESPUESTA: amigo y comercial he tenido. PREGUNTA. Cómo conoció al señor ALBERTO AROCH MUGRABI. RESPUESTA. Me lo presentó el señor ISAAC GUBEREK, lo conocí más o menos en el 2007. Inicialmente cuando me lo presentó el señor ISAAC, me lo presentó como un hombre de negocios muy poderoso en el mundo textilero y el señor ISAAC me había explicado un poco el vínculo que tenían con él, hacían juntos lo que era el negocio PLAN VALLEJO, ISAAC me contaba que lo ayudaba a mover el efectivo. Respecto a lo del PLAN VALLEJO al principio no lo entendía muy bien y entendí después que el PLAN VALLEJO era una manera de beneficiarse de importar, sabían darle la vuelta de como beneficiarse del PLAN VALLEJO y lo que era el efectivo, el efectivo que ABI conseguía de sus ventas de telas, se lo daba a ISAAC para monetizarlo. La especialidad de ISAAC era como mover efectivo no declarado, según yo entendía llevaban haciendo negocios por esos años. Mi relación con GUBEREK creció a raíz de las operaciones de CADIVI porque en esa operación se necesitaba tanto la estructura en VENEZUELA como la estructura en el exterior, en este caso COLOMBIA. La operación de CADIVI: una de las maneras de obtener divisas oficialmente en el mercado venezolano después del control de cambios es mediante lo que se llamaba CADIVI, mediante el sistema de ALADI, COLOMBIA era interesante porque COLOMBIA participa en ese acuerdo que existe entre varios países, seis o siete SURAMERICANOS, en lo cual tienen aduana preferencial, entre los países, se paga menos aduana cuando uno lo hace de COLOMBIA a VENEZUELA, entonces primero uno le entrega a CADIVI una proforma, con esa proforma que me la entrega el exportador, que en este caso sería una de las empresas de la familia GUBEREK, ejemplo, un valor de CIEN MIL DÓLARES que equivalen a diez metros de tela, por decir, yo voy con eso y lo someto a CADIVI, al GOBIERNO VENEZOLANO, una vez que me lo aprueba me otorga un AAD -Autorización de adquisición de divisas- con esa autorización yo ya puedo importar la mercancía, entonces eso se lo mando a mi proveedor, que en este caso era, como ejemplo, que no era el único, CI DEL ISTMO, ellos me mandan un contenedor con la tela y una vez importado el contenedor, con todos los documentos de importación, yo meto una carpeta en CADIVI y CADIVI me paga, eso iba directamente a la carpeta al banco y ahí en ese momento el Gobierno Venezolano, paga, mediante mi empresa paga a CI DEL ISTMO el contenedor.

Esa es la operación en su forma natural. Donde estaba el beneficio grande: es que nosotros en VENEZUELA ese contenedor que valía CIEN MIL DÓLARES, en verdad no importábamos CIEN MIL DÓLARES de mercancía, entonces cuando se pagaba a COLOMBIA había un diferencial porque se pagaba por hasta los CIEN MIL DÓLARES de mercancía y a veces hasta no importábamos porque era todo en documentos, entonces se pagaba por debajo a los oficiales de la frontera para que nos dieran los documentos para poder entregarlos a CADIVI para que CADIVI pagara la operación. Entonces esa es la operación que yo hacía con GUBEREK y nos volvimos expertos en eso, se hacía con SEBASTIAN, CI DEL ISTMO, tengo todos los reportes de las operaciones, no los documentos oficiales, pero tengo reportes de las operaciones tengo mucha información, reporte de e-mails de toda la operación con estas empresas.

PREGUNTA. Cómo surge entonces la operación, si la hay, con el señor ALBERTO AROCH MUGRABI. RESPUESTA. Después de que el señor ISAAC me lo presenta tuvimos una buena química ABI y yo y ABI era una persona que le gustan mucho los negocios y ISAAC le había contado a ABI de todos los negocios de CADIVI que estábamos haciendo, entonces ABI quería meterse en la operación de CADIVI. Entonces empiezo a desarrollar una operación con ABI y entonces ABI le dice a GUBEREK yo puedo meter a mi empresa MODA SOFÍSTICADA para las

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

operaciones de CADIVI porque como él movía un volumen muy grande de telas, entonces se podía disfrazar las operaciones falsas de CADIVI, las exportaciones falsas y ahí empezamos a trabajar en el año 2008 para arriba y yo puedo suministrar un detalle de todas las operaciones que hicimos con ABI de CADIVI, puedo entregar un record de las operaciones y bastante de los movimientos financieros. Entonces empezamos a trabajar y de la manera en que era el negocio era de esta manera, GUBEREK se ocupaba de la documentación de la exportación y de toda la logística, ABI ponía la empresa que en este caso era MODA SOFÍSTICADA y nosotros en VENEZUELA nos ocupábamos de la importación y el CADIVI y también una de las fortalezas que teníamos nosotros era nuestra estructura financiera en el exterior que era en HONG KONG. Una vez que GUBEREK recibía los dólares en COLOMBIA por CADIVI ellos me lo enviaban, no siempre, pero en general, a las empresas nuestras en HONG KONG y desde allá, acuérdesse que para obtener los dólares había que tener bolívares, entonces una vez recibidos los dólares de la operación después de que GUBEREK los recibía yo los tenía que pagar para lo que era el fondeo de la operación en bolívares a los cambistas venezolanos y había la parte de reintegro de los gastos aduanales para importar a VENEZUELA y había también los beneficios de la operación. En el caso de ABI yo los beneficios se los enviaba a unas cuentas que él tenía en PANAMÁ para no declararlo en COLOMBIA y en PANAMÁ él me decía que compraba lotes de tela. La cuenta se llama SOLUTIONS FOR BUSINESS y tengo un historial de esos pagos y posiblemente tengo hasta copias de transferencias que se las haré llegar. Las empresas de HONG KONG era de financiamiento de importación y exportación, realmente esa era la fachada que yo le daba al banco para poder recibir el dinero, en realidad eran empresas que formamos para poder mover esas cantidades de dinero y no se viera raro. Las empresas en HONG KONG se llamaban GLOBEX CAPITAL, UNIVEX, TIMSON, entre las que recuerdo, pero yo le voy a enviar un reporte de todo el flujo del dinero y ahí aparecen todas. Entonces una vez que llegaba el dinero a HONG KONG de ahí se distribuía, una parte iba al cambista que proveía los bolívares, que era un venezolano, que eran varias entidades venezolanas, entre ellos, está el señor EDUARDO SOTO y MARTÍN LUSTGARTEN y era una operación de permuta, de financiamiento legal en VENEZUELA y la otra parte iba para pagar los beneficios de la operación. (...)"

Entonces según estas declaraciones nos encontramos en una estructura que estaba organizada de la siguiente forma, existían una serie de importaciones de telas al territorio colombiano a partir de las empresas de los investigados, empresas que no tenían un plan vallejo autorizado, y que al mismo tiempo ingresaban a territorio nacional mercancías si el pago de los correspondientes tributos, dejándolos en Colombia, y simulando importaciones a territorio venezolano sin real soporte de la operación económica⁵.

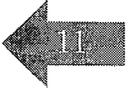
Para lo cual el Juez de instancia señaló:

"8.1.4.2.1. Sobre el contrabando. Una lectura integral de dicha declaración resulta suficiente para advertir, con absoluta claridad, que el testigo no relató hechos o hizo afirmaciones, explícitas o implícitas, relacionadas con la conducta de contrabando.

8.1.4.2.2. Sobre las exportaciones o importaciones ficticias. La declaración del testigo, en cambio, está relacionada, principalmente, con las supuestas operaciones mercantiles en el marco del PLAN VALLEJO, de las cuales obtenía el pago de divisas a través de la Comisión Nacional de Administración de Divisas CADIVI".

Por lo cual, no se tuvo en cuenta que estas declaraciones nos muestran la forma en la cual las empresas objeto de investigación utilizaban los Planes Vallejo de terceros para las finalidades delictivas, elemento que no fue valorado por el Juez en debida forma.

⁵ Informe 9-62984 del 25 de enero 2016. Pag 3 ss.



Por esta razón y contrario a lo afirmado en el fallo de instancia, el primer elemento relevante correspondía a las declaraciones de importación de la empresa, el uso de la información exógena presentada por terceros y sus relaciones con los diferentes importadores, en este punto es donde se hace vital la relación que los procesados tenían con la empresa CITITEX, puesto que, esto nos mostraría quienes eran los proveedores de la mercancía y la modalidad de importación utilizada.

En esta instancia, la sentencia desconoce los hechos que llevaron a la judicialización del representante legal de la empresa CITITEX DE COLOMBIA en el radicado 11001610000020150088600 y que llevaron a su condena por los delitos de lavado de activos, contrabando, enriquecimiento ilícito, concierto para delinquir, exportación ficticia, estafa agravada, fraude procesal, falsedad en documento público y falsedad en documento privado.

De acuerdo con lo probado en este proceso la sociedad CI CITITEX, como beneficiaria de un programa especial de importación y exportación denominado Plan Vallejo, no realizó las exportaciones de las materias primas transformadas, incumpliendo la normativa vigente a la fecha de los hechos y dejando la mercancía que había sido importada sin aranceles en el territorio nacional, incumpliendo de esta manera con lo normado en la legislación aduanera vigente.

No obstante, surgen las preguntas frente a ¿Cómo se demuestra un contrabando técnico en un plan vallejo? Para lo cual, lo primero es establecer los volúmenes de las importaciones, el proceso productivo y luego las exportaciones que se realizan, en este sentido si lo que se quería era demostrar el origen lícito de los bienes, en este caso se debía probar el proceso productivo y que las operaciones habían ocurrido, tema o elemento que acá no pasó. Y el segundo interrogante es ¿cuál es la relación que tienen las empresas de este proceso con el contrabando a través del Plan Vallejo de CI CITITEX?

Para dar respuesta a ello, se tiene que según el informe patrimonial de la empresa MODA SOFISTICADA, para el año 2011, se presentó compras a la EMPRESA CITITEX UAP S.A. por \$5.984.853.448 empresa que tenía a su cargo el PLAN VALLEJO MODALIDAD MAQUILA denominado MQ 2685, y que el valor de las operaciones correspondió al menos durante ese año al 45% de las compras operacionales realizadas por esta empresa.

Esta realidad económica concuerda con los testimonios rendidos en donde se describía la modalidad mediante la cual actuaba la organización criminal, aprovechando los cupos de Plan Vallejo de terceras empresas e ingresando de esta manera mercancía al Territorio sin el pago de aranceles.

Ahora bien, el haber tenido el 45% de los ingresos operacionales con una empresa que tenía un Plan Vallejo aprobado, demostrado por la misma información exógena presentada por ellos mismos y la reportada por el vendedor de la mercancía; más el testimonio y los soportes entregados pueden llevar a la inferencia razonable del tema sobre la existencia del contrabando técnico. Señala en este caso el mencionado informe lo siguiente:

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

“En el rubro de costos y gastos operacionales el proveedor que se destaca por las compras efectuadas por MODA SOFISTICADA durante el año 2011 es CITITEX UAP SA con \$5.984.853.448 cuyo valor representa el 45% de las compras operacionales, siguiéndole COMERCIALIZADORA MARVIA SAS con compras de \$1.502.609.300, equivalentes al 11% del total de costos o gastos operacionales cuyo monto asciende a \$13.317.080.486”⁶.

Adicional a ello, se tiene que la empresa COMERCIALIZADORA MARVIA, fue declarada proveedor ficticio por la Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales el 30 de septiembre de 2015 y vinculada al señor ENRIQUE MARTINEZ HERRERA judicializado como el mayor vendedor de costos en nuestro país dentro del proceso penal radicado 11001600096201600265, por lo cual no se puede descartar la existencia de un posible enriquecimiento ilícito derivado de la compra de costos ficticios.

Lo anterior, puesto que con esta figura se afectan las bases gravables de los impuestos de IVA y RENTA, puesto que al subir los costos en las declaraciones se afecta la base gravable de estos impuestos, generando un menor valor a cargo de la empresa, con base en un soporte ilícito, puesto que se comprueba que estas empresas no tienen capacidad operativa para soportar las operaciones que pretenden demostrar, elemento que no fue tenido en cuenta ni por el juez al momento de analizar la ilicitud de las conductas.

Así las cosas, se tiene que analizados los elementos en su conjunto se puede indicar la existencia de por lo menos una inferencia razonable de contrabando técnico frente a estas operaciones.

Frente al contrabando abierto relacionado con los decomisos presentados se observa lo siguiente: el despacho resta validez a los elementos materiales probatorios presentados y le da la razón a la defensa al indicar que en estos no se encuentra evidenciado el contrabando, puesto que, no cumplen con los requisitos de ley para su plena validez, no obstante lo anterior, el despacho se equivoca en la norma que debe tomar como referente para su apreciación, nótese como el Decreto 2685 de 1999 *“Por el cual se modifica la Legislación Aduanera”* norma de carácter obligatorio y de mayor jerarquía que la Resolución invocada por el Juez en su decisión, indicó respecto al tema:

“ARTICULO 505. RECONOCIMIENTO Y AVALÚO. <Artículo modificado por el artículo 13 del Decreto 4431 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El reconocimiento y avalúo definitivo se entenderá surtido dentro de la misma diligencia de aprehensión de las mercancías, salvo cuando se trate de mercancías que requieran conceptos o análisis especializados, caso en el cual, dentro de un plazo hasta de diez (10) días siguientes a la fecha de notificación del acta de aprehensión, se deberá efectuar la diligencia de reconocimiento y avalúo definitivo de la mercancía aprehendida.

El avalúo se deberá consignar en el documento de ingreso de la mercancía aprehendida, sin perjuicio de la facultad de la Aduana de determinar el valor en aduana de la misma cuando a ello hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1o. Si como resultado de la diligencia de aprehensión o de reconocimiento y avalúo de la mercancía aprehendida, según corresponda, se determina que puede haber lugar a los

⁶ Informe de policía judicial 9-56686 del 10 de diciembre de 2015.

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá
Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



delitos previstos en la Ley 788 de 2002, se deberá informar a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, enviando copia de las actuaciones adelantadas. La autoridad aduanera continuará con el proceso administrativo de que trata el presente Capítulo para definir la situación jurídica de la mercancía. Igual determinación deberá adoptarse en cualquier estado del proceso siempre que se establezca un hecho que pueda constituir delito.

PARÁGRAFO 2o. Cuando con ocasión de la diligencia de inspección en los procesos de importación, exportación o tránsito, se produzca la aprehensión de la mercancía declarada, se tomará como avalúo el valor de la mercancía señalado en la respectiva Declaración, para los efectos previstos en el inciso primero del presente artículo, salvo que existan precios de referencia. En consecuencia, en estos eventos, no será necesario el avalúo de la misma". (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte, señala el juez de instancia en su providencia:

"8.1.3.3. El proceso aduanero PF DM 2011 2011 00965.

Revisado el Documento de Ingreso, Inventario y Avalúo (DIIAM) No. 8700502 del 15 de julio de 2011, correspondiente al proceso aduanero de definición de la situación jurídica de las mercancías, DM 2011 2011 00965, se observa que el funcionario evaluador recibió 33.333 metros cuadrados de telas, mercancía descrita como «tejido plano de mezclilla denim, hilados de distintos colores», aprehendidas mediante acta No. 87-00502 del 15-07-2011, las cuales fueron evaluadas en \$55.632.777.

Al igual que los dos casos anteriores, se observa que el funcionario no siguió el procedimiento previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 6º de la Resolución 22012005 para el avalúo de las mercancías aprehendidas, puesto que allí solo se consignó **«Se avalúa la mercancía teniendo en cuenta los valores FOB declarados al momento de la importación, según Factura Internacional No. 0447 del 01-04 2011»**. Siendo igualmente clara la falencia acerca del acatamiento de los lineamientos normativos que debían seguirse para una debida estimación del valor de las mercancías aprehendidas.

Tampoco se advierte la existencia de algún documento anexo o explicativo que contenga la información que se echa de menos".

Continúa el despacho en su línea argumentativa:

"8.1.3.4. Hay un común denominador en los tres casos reseñados, esto es, la completa ausencia de anotaciones u observaciones a fin de advertir el procedimiento empleado por los Evaluadores para acreditar el cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 6º de la Resolución 2201 de 2005. Ese procedimiento, como se indica en la normatividad, no era optativo ni puede ser sustituido por el criterio subjetivo del funcionario de la DIAN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SP4129- 2016, Rad. 43007 del 06 de abril de 2016, al abordar un caso similar al presente, en el cual el funcionario evaluador de mercancías aprehendidas no siguió el procedimiento previsto en el artículo 6º de la Resolución 2201 de 2005, llegó a la conclusión de que, frente a esas circunstancias, no se había determinado, «de manera técnico-jurídica», el valor en aduanas de las mercancías, dado el peso probatorio del Documento de Ingreso, Inventario y Avalúo (DIIAM) para demostrar el valor, en aduanas de las mercancías, tal deficiencia conduce a la «duda sobre la tipicidad objetiva del delito de contrabando»."

En conclusión de conformidad con lo probado se demuestra completamente errónea y

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

equivocada en este caso la interpretación propuesta en la sentencia, puesto que no era necesaria la mentada constancia que tanto extraña el juez de primera instancia, no sin antes llamar la atención sobre cómo sin tener un conocimiento claro del proceso de decomiso de mercancías, se juzga la legalidad de un procedimiento administrativo que está en firme, el cual no fue discutido por las empresas interesadas y mucho menos por los procesados, lo cual por lo menos demuestra que en el presente caso se aceptó que estaban ingresando mercancías de contrabando.

El señor juez por falta de aplicación de la normatividad aduanera contenida en el Decreto 2685 de 1999, desconoce la existencia de eventos de contrabando abierto y al mismo tiempo, desconoce la evidencia de un contrabando técnico con lo cual contrario a lo afirmado en el fallo se demostraría en grado de inferencia de autoría la existencia del delito de contrabando.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que según la misma norma relacionada por el juez en su fallo a saber la Resolución 2201 de 2005, únicamente debe dejarse constancia de la realización de la consulta en la base de precios de referencia sin indicar o anexar documento soporte alguno, dejando claro que estos deberán ser presentados únicamente en aquellos casos en los cuales no se utilice la mencionada base de datos, con lo cual el juez de instancia crea requisitos que no se encuentran en la norma aplicable, vulnerando de esta forma el ordenamiento jurídico.

Finalmente, frente al contrabando técnico nada se dice por parte del señor juez de los informes donde se pudo evidenciar la ausencia de las empresas, la falta de planta necesaria para realizar las operaciones de transformación de las empresas, más si le da plena validez a declaraciones según las cuales existan bodegas o empresas sin tener en cuenta una verdadera capacidad logística o real para llevar a cabo las operaciones objeto de análisis en el caso concreto, elemento que se verá complementado más adelante.

Todo lo anterior nos lleva a afirmar con probabilidad de verdad que de los elementos materiales probatorios se desprende la existencia de un delito de contrabando en sus dos modalidades, contrario a lo señalado por el fallo de instancia.

1.2.Frente al delito de enriquecimiento ilícito

En lo relacionado con el delito de enriquecimiento ilícito el señor juez confunde de manera grave las metodologías de determinación de un impuesto, como lo es el contenido en el artículo 237 del Estatuto Tributario, con la forma para calcular el incremento patrimonial derivado de la comisión de una conducta punible.

Al respecto se tiene que el cálculo del incremento patrimonial derivado de la comisión de una conducta punible no exige formalidad alguna diferente a la necesidad que el mismo este soportado en lo que obre en el proceso.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por el despacho en su providencia, los dictámenes periciales deben verificar o no un fenómeno, para lo cual deben apoyarse en los elementos materiales probatorios del caso y con estos elementos y el principio de imparcialidad llegar a una conclusión sobre una hipótesis relevante, para lo cual, debió

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

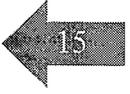
Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

aplicar la misma regla para los dictámenes aportados tanto por la Fiscalía como por la Defensa y no limitarse a precisar que existe un prejuicio latente por parte de los funcionarios que rinden los informes de la Fiscalía y no extender este mismo prejuicio a los dictámenes aportados por la contraparte.



Al mismo tiempo, considera el despacho que no puede existir incremento patrimonial al no existir un delito fuente, cosa que como ya se vio se encuentra plenamente desvirtuado, contrario a lo afirmado en el caso se tiene que los incrementos patrimoniales ubicados en los mentados dictámenes periciales si pueden corresponder a conductas punibles como se observó anteriormente.

Por lo cual, el incremento patrimonial se considera ajustado a lo probado, más aún cuando no se requerían elementos adicionales como lo señala el despacho.

Adicional a lo anterior, si llama la atención una cosa en el fallo y es la forma en la cual se desconoce que las operaciones de comercio exterior muestran que ingresan mercancías al territorio nacional que nunca son canceladas y que salen dineros o mercancías que tampoco son canceladas por las empresas que supuestamente las compran en el extranjero, siendo obligatoria su canalización y presentando dineros de origen desconocido como legales, que no hacen cosa diferente a aumentar el patrimonio de los investigados, puesto que si como reza en los informes contables los dineros de las personas provienen de estas operaciones de comercio exterior sin justificación alguna si se encuentra un incremento patrimonial no justificado que debía haber sido estudiado o al menos soportado por el despacho de instancia.

1.3. Frente al delito de lavado de activos y las exportaciones ficticias.

Para el delito de lavado de activos y en atención a los temas tratados en la sentencia se hace necesario analizar tres conceptos que pueden parecer iguales pero que sustancialmente se diferencian en materia aduanera:

VALOR DE LAS MERCANCÍAS: Corresponde al valor que una empresa pone a sus mercancías para la venta.

GIROS AL EXTERIOR: En materia de importaciones o exportaciones según la normatividad aplicable nos encontramos en presencia de un mercado regulado y de obligatoria canalización, de conformidad con lo señalado en la Resolución Externa No. 8 de 2000 del Banco de la República⁷, esto es que todo giro o pago realizado por operaciones de comercio exterior por regla general debe realizarse a través de los

⁷ Resolución Externa 8 de 2000, Artículo 7o. OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario: 1. Importación y exportación de bienes. 2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas. 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas. 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas. 5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario. 6. Avales y garantías en moneda extranjera. 7. Operaciones de derivados.

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

intermediarios del mercado cambiario y la traza de estas importaciones debe presentarse y reportarse a la DIAN y al Banco de la República.

PAGO DE FUTURAS IMPORTACIONES⁸: Dentro del comercio mundial se pueden presentar pagos anticipados sobre los productos que se pretenden comprar o importar, no obstante, de conformidad con el régimen cambiario colombiano en el caso en que esto ocurra y se permita la salida de divisas del territorio nacional, el importador tiene la obligación de reportar la realización de la operación de comercio exterior al Banco de la República con miras a justificar la salida de las divisas.

La hipótesis de la Fiscalía correspondía a la utilización de operaciones de comercio exterior, importaciones o exportaciones, para dar apariencia de legalidad a dineros de origen desconocido, por lo que se debía probar que mediante la simulación de operaciones de comercio exterior se estaban sacando divisas del territorio, generando que las importaciones ficticias sirvieran como soporte de legalidad a estos dineros.

En el caso de COLMETEX se tienen los siguientes valores de conformidad con lo señalado en los informes:

“EGRESOS EN DIVISAS”

De acuerdo a comunicación del Banco de la República UAO-22896, dicha entidad no posee información del formulario No. 1 – Importaciones presentado por la Sociedad COLMETEX.

Se observaron giros de divisas al exterior efectuados por COLMETEX, según información del Banco de la República, por valor de \$13.000.331.682 por concepto de egresos de divisas para el pago total o parcial del capital de créditos en moneda extranjera (incluyendo la financiación de importación de bienes y el arrendamiento financiero), el cual realizó en el año 2011.

Las cifras correspondientes a giros al exterior no corresponden con la información registrada por la Sociedad en las declaraciones de importación, arrojando una diferencia de \$207.440.534.271, desconociéndose la forma de pago de la mercancía importada por COLMETEX:

	DECLARACIONES DE IMPORTACION (DIAN)	GIROS AL EXTERIOR (NUMERAL CAMBIARIO 4020)	DIFERENCIA
VALOR COP	\$220.440.865.953	\$13.000.331.682	\$207.440.534.271

*Adicionalmente, se obtuvo información de **mensajes SWIFT** y sus soportes reportados por las entidades financieras intermediarias del mercado cambiario respecto a los reintegros por exportaciones efectuadas por COLMETEX, validando así el ingreso de divisas por \$16.675.481.635. En dicha información, se identifican como giradores del dinero desde el exterior a favor de COLMETEX para el periodo comprendido entre el año 2005 y 2012, las siguientes empresas ubicadas en Panamá La Dian Reporta en las declaraciones de **exportación de Cometex** de 2004 a 2015 204.568.867.287.00, mientras que el Banco de la República*

⁸ Resolución Externa 8 de 2000 artículo 14 Artículo 14o. PAGOS ANTICIPADOS. Los residentes podrán adquirir divisas en el mercado cambiario para pagar futuras importaciones de bienes. Los pagos anticipados podrán financiarse previa constitución del depósito de que trata el artículo 26 de esta resolución. El depósito no se exigirá en el caso de pagos anticipados de futuras importaciones de bienes de capital definidos en el artículo 84 de la presente resolución.

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

reporta en ingresos de divisas 40.895.244.320.00, esto significa que hay una diferencia faltante por ingresar al país de 163.673.622.967.00 por concepto de dichas exportaciones⁹.

En este caso se tiene que según lo que se reporta en las declaraciones de importación y en los informes contables, el valor de las mercancías presuntamente importadas correspondió a la suma de \$220.440.865.953 y valor cancelado por estas mercancías correspondió a \$13.000.331.682, generando una diferencia de \$207.440.534.271.

La pregunta que surge es de qué forma se cancelaron estos \$207.440.534.271 o si simplemente nos encontramos en un método para ingresar mercancías al país, pagadas con dineros de origen desconocido, o mejor aún cual es la forma en la cual se pueden justificar estas diferencias o los valores desconocidos por el despacho, más aún cuando todas las operaciones de comercio exterior de conformidad con la legislación cambiaria son de obligatoria canalización y obligatorio reporte.

Frente a las exportaciones los valores contenidos en las declaraciones suman los \$204.568.867.287, mientras que los pagos realizados a la empresa corresponden a \$40.895.244.320, esto significa que hay una diferencia faltante por ingresar al país de \$163.673.622.967 por concepto de dichas exportaciones.

Debe tenerse en cuenta que en la legislación cambiaria se encuentra prohibido por mandato legal la compensación de deudas entre las empresas que hacen parte de la operación de comercio exterior.

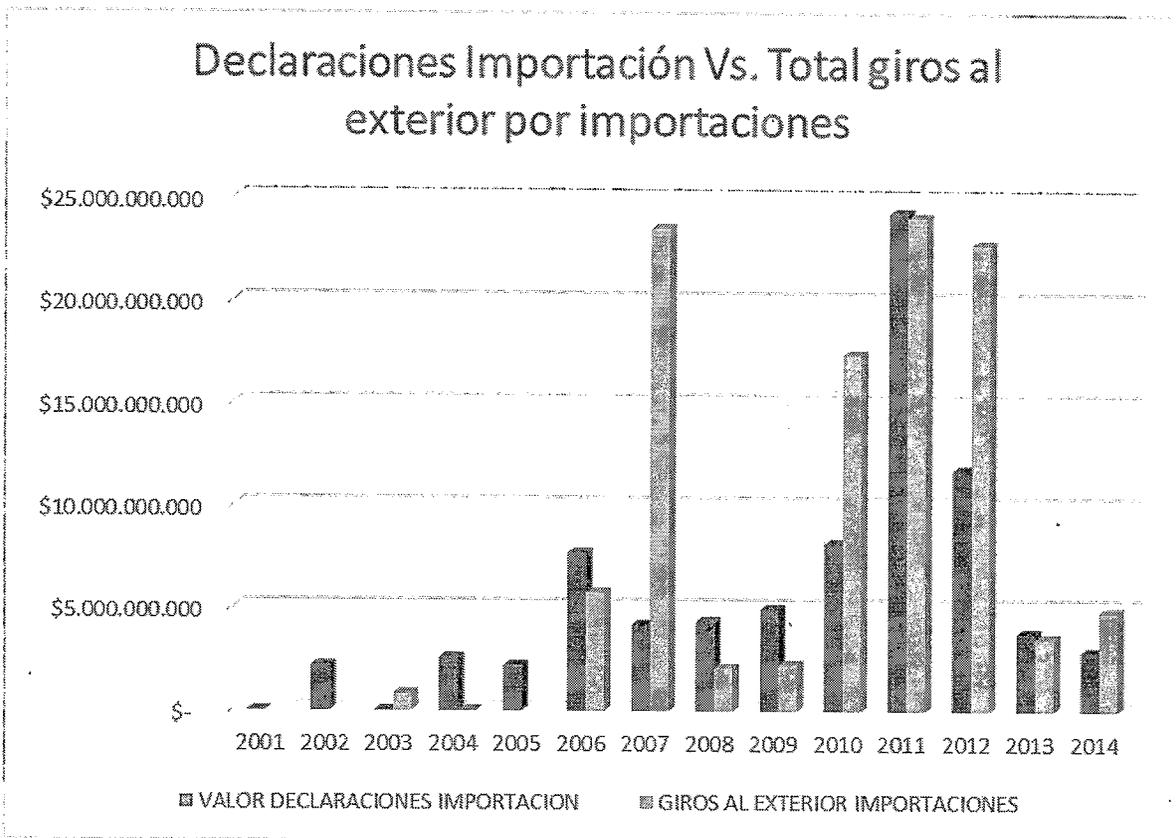
Surgen acá dos elementos adicionales que deberían ser tenidos en cuenta frente al lavado de activos, no se tiene conocimiento de qué forma se pagaron los \$207.440.534.271 que entraron al país en mercancía correspondientes a las importaciones, puesto que lo que sí se sabe era que la mercancía entraba al territorio nacional según el fallo de instancia. No obstante, lo anterior frente a las exportaciones surge la duda razonable de como empresas con las características contables referidas en el caso pudieron soportar una deuda superior a más del 300% de sus activos y sus acreedores no llevaron a cabo operaciones de cobro.

De la traza de las operaciones de exportación se tiene que las empresas que supuestamente compraban la mercancía pertenecían a los mismos socios de las empresas investigadas y ante estas dudas solo queda una respuesta plausible que no es otra que, nos encontramos ante operaciones ficticias, nótese como a pesar de tener unas diferencias tan elevadas entre valores cancelados y monto de las supuestas operaciones de comercio exterior no se presenta un solo elemento que justifique dichas diferencias.

Lo que queda claro es que esta empresa tenía un capital de \$900.000.000 y que operaba en el extranjero por más de 10 veces este capital y que al mismo tiempo supuestamente enviaba importaciones por más de 10 veces este valor, elementos estos que llevan a demostrar lejos de toda duda que para una operación de estas magnitudes era necesario la existencia de fondos de financiación externa de origen desconocido configurando de esta manera un lavado de activos.

⁹ Informe de Policía Judicial 9-58148 del 10 de diciembre 2015.

En el caso de la empresa Moda Sofisticada se tienen los siguientes datos:



10

Sin tener en cuenta los reintegros por devoluciones, en el primer gráfico se evidencian mayores diferencias para los años 2007, 2010 y 2012. El valor girado al exterior descontando las devoluciones de dinero, supera el valor declarado ante la DIAN por importación de mercancías, evidenciando giros al exterior sin aparente soporte por valor de \$28.022.430.200.

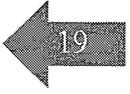
La pregunta en este caso sigue siendo la misma, de qué manera se pagaban las supuestas mercancías que ingresaban a Colombia, de qué forma eran canceladas en el extranjero o con que fondos eran pagadas, puesto que, del capital financiero y los valores reportados en su operación no se desprende la existencia de una forma de endeudamiento superior a más de 10 veces su capital.

Ahora bien, se tiene que el principal acreedor de la empresa es una empresa de su mismo dueño en razón que:

"El 81% del total de giros realizados por MODA SOFISITICADA reportados al Banco de la República, es decir \$86.217.625.169, fueron girados a la cuenta No. 4010125706 de la Sociedad



en SOLUTIONS FOR BUSINESS STRATEGIES INC de Panamá." Esta Empresa es de propiedad de ALBERTO AROCH MUGRABI¹¹



Por lo anterior, lo que se observa en el caso concreto es una maniobra de triangulación de dineros, que en poco o nada reflejan una realidad económica real que permita el funcionamiento de una empresa.

En el campo de exportaciones el panorama no es diferente puesto que:

"La información del dinero recibido por MODA SOFISTICADA a título de ingresos de divisas por exportaciones indica que la Sociedad obtuvo el pago de \$ 1.916.793.532 en el año 2009 y \$1.897.786.281 en el año 2010, para un total de \$3.814.579.813. En contraste con las declaraciones de exportación cuyo valor total asciende a \$7.653.166.825, correspondientes a declaraciones registradas en los años 2005, 2008, 2009, 2010 y 2012, como se indicó anteriormente. Situación que refleja envío de mercancía al exterior sin los correspondientes ingresos de divisas ya que hay una diferencia por valor de \$3.838.587.012¹².

Ahora bien, ¿De qué forma se justifican giros por más de 10 veces el valor de las operaciones internas realizadas por la empresa en el país?, nótese como en el caso de comparar los ingresos y el total operativo de la compañía no es viable señalar que la misma tuviera el capital financiero para el desarrollo de tales movimientos, tomando en cuenta que como se indicó al inicio del presente aparte las operaciones de comercio exterior son de obligatoria canalización y reporte ante la DIAN y el BANREP.

Muestra de todo lo anterior es como desde la fijación de la pretensión se tiene que las empresas objeto de análisis son sancionadas en múltiples ocasiones por la DIAN al no haber cumplido con la obligación de canalizar las divisas mediante el mercado cambiario, hecho que no fue tenido en cuenta por el juez en su decisión, es más consideró el señor Juez que las transacciones se muestran como reales desconociendo la legalidad de las múltiples sanciones por incumplir las obligaciones cambiarias.

Precisado el contexto del lavado de activos llama la atención en el análisis del caso la siguiente afirmación:

"En criterio del Despacho, les asiste razón a los memorialistas sobre el particular porque, si como lo afirma categóricamente el ente investigador, en este caso, la presunta exportación ficticia no fue «utilizada fundamentalmente para obtener un provecho oficial, como lo refiere el artículo 310 del C.P. sino para lavar activos», entonces, la conclusión es obvia, la fundamentación jurídica de cualquiera de las causales de extinción de dominio, con base en el delito de exportación o importación ficticia, desconocería el artículo 1º y el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 1708 de 2014, en los cuales se señala, con absoluta claridad, que la «actividad ilícita» debe estar «tipificada como delictiva».¹³

Dado que, la supuesta importación o exportación si tenían una finalidad de lucro por sí mismas, no siendo esta otra que la dar apariencia de legalidad a los dineros ingresados y extraídos del país, dejando claro que al aparentar un origen en movimientos de comercio

¹¹ Informe 9-62984 del 25 de enero 2016

¹² Informe de Policía Judicial 9-56686 del 10 de diciembre de 2015

¹³ SENTENCIA JUZGADO SEGUNDO DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BOGOTÁ

exterior los mismos eran lavados y sobre estos dineros cuyo origen es altamente desconocido, sobre los cuales no se presenta consistencia sobre sus operaciones y sobre los cuales ni siquiera es posible rastrear su destino u origen, ingresaban a los patrimonios de sus dueños aumentándolo y permitiendo la gran cantidad de operaciones, ya no solo en el sector textil sino en el sector de la construcción del señor Aroch la señora Aroch Avellaneda.

Por ultimo y en relación con los testigos indicados solo basta una valoración objetiva de las pruebas, los montos, la trazabilidad de las operaciones en el mercado cambiario para por lo menos obtener la certeza de la existencia de una fuente de financiamiento desconocida, soportada únicamente en documentos de papel como lo señalan los mismos testigos en los cuales se fundamenta el fallo, desconociendo la abundante prueba documental sobre las operaciones, el giro de dineros entre empresas del mismo señor en Colombia y Panamá y el ingreso de mercancías a nuestro país sin tener ningún soporte de pago alguno.

2. Sobre la existencia de las causales invocadas en el fallo.

Al analizar la existencia de las causales se presenta en el fallo objeto de ataque, el siguiente razonamiento:

"No resulta necesario, en este punto, repetir la valoración probatoria realizada por el Despacho, en el acápite anterior, sobre el análisis de la actividad delictiva, puesto que basta con recordar las principales conclusiones sobre el asunto. Por un lado, la Fiscalía sustentó la actividad ilícita de lavado de activos sobre la base de una estructura jurídica y fáctica que evidencia problemas de atipicidad de la conducta y, por otro, lo más importante, no acreditó, siquiera de forma indiciaria, la materialidad de los delitos de contrabando y exportación o importación ficticia, necesarios para estructurar la fuente ilícita del enriquecimiento supuestamente injustificado, el concierto para delinquir y las operaciones de lavado de activos".

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el despacho si se configuraban los delitos presentados en el caso concreto, motivo por el cual debía haberse decretado como probado todas y cada una de las causales demostradas en el proceso, siendo responsabilidad mínima de los procesados identificar de qué manera se soportaban las múltiples diferencias patrimoniales derivadas de las importaciones y exportaciones objeto de análisis, como y de qué manera se justificaban los pagos de las importaciones en el país, como sin ninguna base operativa y con apreciaciones como las señaladas por el señor juez sobre la existencia de bodegas contrarios a los informes de policía judicial se obtuvieron los incrementos patrimoniales sobre los cuales no se identificaba una base fáctica, precisando en todo caso que la información soportada en los documentos contables era precisamente la que se ponía en duda, no como lo indica el señor juez en su providencia según la cual toda la información y los dictámenes periciales basados en la información propia de la empresas de los procesados constituía prueba suficiente para el desarrollo o la justificación del crecimiento de las operaciones año a año por valores superiores a 10 veces su capital.

Así las cosas, siendo la fuente de los ingresos irregular, todos los bienes afectados o adquiridos con los dineros ingresados a las empresas estaban viciados y debían ser

Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá

Antiguo Edificio BCH Carrera 6 # 15-32. PBX 6017451390 - 3103158129

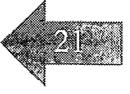
Código postal 110321

www.dian.gov.co

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN



objeto de extinción de dominio, dando lugar a demostrar la existencia de las causales invocadas en el fallo.



3. De la pretensión de la Entidad ante el fallo de improcedencia.

Demostrada entonces la existencia de las conductas punibles, las causales invocadas y los elementos necesarios para la procedencia de la extinción de dominio se solicita se revoque la declaratoria de improcedencia de la extinción de dominio sobre la totalidad de los bienes involucrados en el presente trámite de extinción y en su lugar se den por probadas las causales de extinción planteadas por el Fiscal de conocimiento.

Atentamente, **DIANA VICTORIA GARCIA CELIS**
Firmado digitalmente por
DIANA VICTORIA GARCIA CELIS
Fecha: 2023.03.22 15:08:05
-05'00'

DIANA VICTORIA GARCIA CELIS
Grupo Representación Externa
División de Cobranzas
Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá
DIAN

Dirección electrónica para notificaciones: dgarcia@dian.gov.co