

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2017-113
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	- J.J.A.H. - J.E.A.R.
- CARGO:	Gestor I Nivel 301 Grado 01 Gestor III Nivel 303 Grado 03
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Montería
- TEMA:	J.J.A.H.- Falsedad ideológica de documento público. J.E.A.R. - Concusión.
2. HECHOS RELEVANTES	
Mediante oficio con radicado No. XXXXXXXX del 14 de junio de 2017, la Coordinación de la Secretaría Técnica de la Subdirección de Gestión Control Interno Disciplinario de la U.A.E. DIAN, remite por competencia copia de queja disciplinaria suscrita por la Directora Seccional de Impuestos y Adunas de Montería (A), en la cual manifiesta la presunta falsedad en documento público, realizada por parte del señor J.J.A.H. Gestor I adscrito a la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, en el comunicado XXXXX del 17 de mayo de 2017 que ordena a Bancolombia el desembargo de las cuentas del contribuyente XXXXX S.A.S., NIT. XXXXXX, documento que no fue suscrito por el funcionario competente, esto es, el Jefe de División, doctor J.L.A.L. Menciona en su escrito, que el 18 de mayo de 2017 se informó a Bancolombia, que hiciera caso omiso de este comunicado manteniendo en firme los embargos impuestos a las cuentas del contribuyente. Refiere a su vez que el día 26 de mayo de 2017, el señor J.J.A.H. le manifestó a la Directora Seccional y al Jefe de Recaudo y Cobranzas, que fue él quien elaboró el documento falso y que dicha conducta la llevó a cabo por amenazas contra su vida, sin determinar con claridad de quién provenían, pues en principio señaló haber sido abordado por el representante legal de XXXXXX S.A.S., NIT XXXXXX, quien le habría ofrecido una suma de dinero para hacer el documento falso con el fin de levantar la medida cautelar, pero éste le expresó que esto no era legal y no accedió al ofrecimiento; posteriormente declaró que luego de eso lo abordaron unos sujetos y mediante intimidación lo forzaron a realizar la falsificación del documento, razón por la cual accedió a dicha conducta. En consecuencia, esa Dirección Seccional presentó denuncia por el presunto delito de falsedad ideológica de documento público en contra del señor J.J.A.H.	

En declaración del representante legal de XXXXX S.A.S., empresa vinculada en el proceso de cobro coactivo mencionado, el señor Y.F.M.L. señaló que el funcionario **J.E.A.R.** lo abordó en el ascensor del edificio de la DIAN de esa seccional, le solicitó la suma de cinco millones de pesos (\$5´000.000) para ayudarlo con el desembargo de las cuentas a nombre de su empresa; posteriormente le realizó varias llamadas telefónicas y le envió mensajes de WhatsApp para reiterar la solicitud dineraria, enviándole el titular y número de la cuenta de ahorros en la cual debía consignarle el dinero requerido.

ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

Mediante Auto 17403-00092 del 22 de junio de 2017, esta Unidad Administrativa ordenó la apertura de la indagación preliminar en contra de José Jairo Alvis Hernández, decretando la práctica de pruebas. (F.I. 6 y 7).

Mediante Auto 17416-00020 del 24 de octubre de 2017 se vinculó a la investigación disciplinaria al señor Jhan Eduardo Ávila Reyes. (F.I. 218 a 219).

Mediante Auto 17412000145 del 13 de diciembre de 2017 el Despacho profirió decisión de citación a audiencia en contra de los investigados. (F.I. 392 a 403).

Mediante Auto No. 11 del 21 de marzo de 2019, proferido en segunda instancia por la doctora Marcela Moncada Barrera, Directora General (e) de esta Unidad Administrativa Especial para la época, se decretó la nulidad de la actuación disciplinaria a partir del auto que calificó el procedimiento y citó a audiencia el 13 de diciembre de 2017. (F.I. 974 a 977).

Mediante Auto 1741200003 del 24 de julio de 2019 se procedió a citar a audiencia a los implicados.

J.E.A.R

La audiencia se realizó en sesiones del 26 y 27 de agosto, 2, 23 y 24 de septiembre, 22 de octubre, 19 de noviembre, 19 de diciembre de 2019, 23 de enero y 27 de febrero de 2020.

3. CARGOS

Por medio del Auto No. XXXX de fecha 24 de julio de 2019 el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la U.A.E. ITRC, formuló pliego de cargos a los presuntos disciplinados así:

En relación con el señor **J.J.A.H.**

“CARGO ÚNICO: El señor **J.J.A.H.**, en su condición de funcionario de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, en el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01 y ubicado en la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, al parecer incurrió en la falta disciplinaria gravísima descrita en la Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 1º, al realizar objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, concretamente en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal **“El que falsifique documento público que pueda servir de prueba”**, al presuntamente haber falsificado materialmente el documento público

"COMUNICADO DE DESEMBARGO No. 20170232001918 de fecha 17 de mayo de 2017", mediante el cual se pretendía el desembargo de las sumas de dinero del contribuyente FRIGOCOL S.A.S consignadas en las cuentas bancarias de la entidad Bancolombia dado que, abusando del cargo por él ejercido, elaboró y suscribió el referido documento, que radicó personalmente ante la sucursal bancaria".

En relación con el señor **J.E.A.R.**

"CARGO ÚNICO: el señor **J.E.A.R.**, en su condición de funcionario de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la DIAN- Montería, en el cargo Gestor I Código 301 Grado 01, pudo incurrir en la falta disciplinaria gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, cuando abusando de su cargo, al parecer realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como **concusión** consagrado en el artículo 404 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que se concretó en cuanto al parecer en los primeros días del mes de mayo de 2017, le solicitó al señor Y.F.M.L. la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) como contraprestación por facilitarle el desembargo de las cuentas a nombre de su empresa, que la DIAN había embargado como medida cautelar dentro del expediente No. 201501726".

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

Versión Libre de J.E.A.R

22 de noviembre 2017 (F.I. 326 - 327).

(...)

En relación con los mensajes presuntamente enviados desde su teléfono vía WhatsApp al señor Marín Lizarazo el 17 de mayo, aclara que éste miente, dado que el 16 de mayo estaba en permiso sindical previo al paro estatal, en las instalaciones del Paseo Real. Adicionalmente el número de teléfono 3016293049 es de su hija J.M.A.B., de la empresa TIGO.

Indica que el 16 y 17 de mayo estaba igualmente de permiso sindical, por lo cual instauró denuncia por injuria y calumnia en contra del señor Y.F.M.

Versión Libre de J.J.A.H.

22 de noviembre 2017 (F.I. 328 a 329).

(...)

En ampliación de versión libre del 22 de enero de 2018, señaló que para ese año se le inició un proceso coactivo al contribuyente XXXXX por adeudar aproximadamente cuarenta y cinco millones de pesos a la DIAN, por lo cual expidieron oficios de embargo; el 16 de mayo el señor Y.F.M. se hizo

presente en la DIAN a fin de abonar veinte millones de pesos a la deuda, y si era posible obtener el desembargo de las cuentas o una reunión con las directivas; señaló que delante de sus compañeros de oficina le indicó que para proceder al desembargo debía cancelar la totalidad de la deuda. Preciso que nunca más volvió a tener comunicación con él.

Mencionó que se enteró de la existencia del documento dubitado cuando su jefe el señor L.A. los reunió a la semana siguiente para indagar sobre lo sucedido con el desembargo de una cuenta de XXXXXXX, que al parecer fue expedido irregularmente. El servidor A.L. a partir de ese momento se hizo cargo del expediente.

(...)

Finalizó su relato mencionando que tenían una relación cordial con A.L., pero como era vicepresidente del sindicato SINTRADIAN había presentado una demanda o denuncia por la forma irregular en que lo habían nombrado, por lo cual como a mediados de marzo la directora encargada M.F. lo llamó a su Despacho y le mostró la denuncia que existía por el documento que en su dicho Almanza le había mandado radicar y le decía que la retiraba si él a su vez retiraba la denuncia del sindicato.

Indicó: *«Le dije que eso no era solamente mi voluntad, sino que debía consultarlo con la junta pero que no me parecía que esa fuera la forma, como siguió la denuncia contra J.L. ellos presentaron la denuncia ante la ITRC, incluso con afirmaciones del señor Y.F. que indicaban que ellos le habían sugerido presentar la denuncia ante la Fiscalía. El señor A. empezó a perseguirme a mí incluso con los contribuyentes».*

Manifestó que tenía una prueba grafológica que arrojaba resultados diferentes a los obrantes en la actuación, pues para él era claro que existía un compañerismo entre los funcionarios de la ITRC y la Procuraduría.

Al preguntarle por la contradicción en sus afirmaciones según las cuales la reunión con la Directora y su jefe nunca existió y esta última según la cual si se llevó a cabo, manifestó que ellos hablan de una reunión en la que él se habría inculcado, reunión que no existió; la que existió fue la que señaló en la que le pidieron retirar la demanda del sindicato, indica que el señor A. no fue claro al precisar la forma en la que adquirió conocimiento del supuesto fraude que se cometió, reitera que Almanza se contradice.

ALEGACION DE CONCLUSION

Presentados en audiencia de fecha 27 de febrero de 2020, por el apoderado J.L.G.T.

(...)

Como conclusión dijo:

"..., Haciendo uso de la palabra que me dan en traslado para presentar alegatos de conclusión si bien es cierto que el debate probatorio fue cerrado unilateralmente por el ITRC aún hay pruebas

que practicar. En audiencia anterior apenas se dieron a conocer los documentos solicitados a la Procuraduría, donde se allegaron documentos de la empresa TIGO y no han sido estudiados por la defensa, no porque la defensa haya sido negligente, sino porque no han sido asequibles, fueron puestos de presente en la audiencia del mes de diciembre 2019, sin tener mayor tiempo para su análisis.

Es difícil ejercer la defensa plena y material de sus defendidos pues las pruebas no han sido asequibles, todavía no se conoce el video sobre el ingreso de su defendido a Bancolombia, también dicen que se hicieron extracción de imágenes de un celular sobre mensajes, que no he podido ver ni se ha corrido traslado del celular del cual se obtuvieron las conversaciones, para poder tomar una decisión. Esto debió haberse hecho en presencia de un juez de control de garantías y de su apoderado, pero no se nos dio traslado. El señor J.F. aportó las imágenes, pero el celular no les fue puesto a disposición, la defensa no ha tenido en sus manos el celular del cual se extrajeron las imágenes.

En relación con los documentos presentados en audiencia pasada, que provienen de la Procuraduría, fueron presentados sorpresivamente, esos hacen parte del acervo probatorio y requieren un tratamiento especial por parte de la defensa, que debe constatar que los documentos y su contenido sea verídico o no.

No ha sido claro desde cuándo se inició el acervo probatorio ni hasta cuándo llegó, pues si bien después del fallo anterior, se decretó la nulidad parcial de lo actuado, no se mencionó exactamente cuáles pruebas debían considerarse en esta nueva etapa, ni desde qué tiempo. Nunca se dijo con cuáles pruebas se contaría en este nuevo proceso. De allí en adelante todo debía ser con base en un nuevo acervo o detallarse cuáles pruebas eran las incluidas en la nueva investigación. La defensa debe hacer un análisis juicioso de esos documentos. Estamos hablando de dos personas investigadas y por ejemplo una condena de inhabilidad de 12 años los dejaría por fuera del campo laboral, es una decisión muy delicada. Si bien los alegatos se parecen a los inicialmente dados se deben incluir los nuevos hechos. (...)”

(...)

él manifestó que fue el director quien le entregó los documentos para llevarlos al banco, él no los elaboró, fue al banco, pero para hacerle un favor al director, por lo que ya existe una duda frente a ese caso y se debió iniciar una investigación en contra de A.L. para conocer la verdad real de lo sucedido, pues existió un montaje para enlodar el nombre de mi cliente. Se debería esperar la decisión de la Fiscalía General de la Nación sobre los procesos que están en curso pues este proceso depende de lo resuelto en ellos.

No conozco el oficio de TIGO enviado a la ITRC. No se estuvo presente ante el juez de control de garantías pues las pruebas practicadas tocan la intimidad de una persona. Habla de delitos por los cuales se investiga a sus defendidos, de pena, variación de delito, precisa que al señor J. no se le debería considerar la concusión plena sino en la modalidad de tentativa pues nunca existió una condición de inferioridad del sujeto pasivo, si se le requirió dinero, se rehusó, no accedió a entregarlo, no se intimidó.

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA

02 de marzo de 2020

5.1. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS EN QUE SE BASA LA PRESENTE DECISIÓN

5.1.1. DEL CASO EN CONCRETO

Conforme al artículo 42 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias son gravísimas, graves y leves; las primeras se encuentran taxativamente descritas en el artículo 48 de la misma norma, mientras que las demás se estructuran por razón del incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución y la ley, siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único para determinar la gravedad o levedad de la falta.

Conforme a lo anterior, dado que la conducta de los disciplinados **J.J.A.H., J.E.A.R** se ajusta a la descripción disciplinaria numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, puede configurarse una falta disciplinaria gravísima.

(...)

En Auto de Citación a Audiencia 1741200003 (folios 1007 a 1020) del 24 de julio de 2019, se atribuyeron cargos a los disciplinados, imputando provisionalmente la comisión de la falta como gravísima, en cuanto constituía la realización de una conducta contemplada en el numeral 1 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Luego de agotadas las etapas del proceso disciplinario adelantado y del recaudo probatorio, concluye este Despacho que las conductas reprochadas a los inculpados **J.J.A.H. y J.E.A.R** realmente fueron por ellos cometidas y en efecto, como se calificó en la precitada providencia, corresponde a la tipología de las faltas que por expresa disposición legal fueron consagradas como gravísimas.

5.1.2. PRUEBAS ALLEGADAS A LA ACTUACIÓN

Es de precisar que dentro del expediente reposan pruebas documentales, testimoniales (50 en total).

5.1.3. DE LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

Teniendo en cuenta el comportamiento realizado por los servidores públicos investigados, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, se ha presentado la vulneración de las normas que a continuación se relacionan:

DEL SEÑOR J.J.A.H.

(...)

En el caso particular, la conducta endilgada al funcionario José Jairo Alvis Hernández, se adecua desde la perspectiva objetiva a una modalidad comportamental de falta de correspondencia entre el autor real del documento y el aparente, es decir la descripción típica del estatuto penal consagrada en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, así:

"Artículo 287. Falsedad material en documento público. *El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses."*

Para el estudio de la categoría dogmática de la tipicidad, particularmente el tipo objetivo, se tiene que la conducta **falsificar** (un documento) consiste en alterar su contenido material (contrahechura, supresión, etc.) **o elaborarlo íntegramente**. Por lo tanto, se puede considerar que la falsedad material consiste en un hecho punible por una acción dolosa tomando en cuenta las siguientes circunstancias: **a) Hacer un documento total o parcial, es decir falsificando o imitando los signos de autenticidad y, b) alterar uno verdadero, significa aprovecharse de los signos de autenticidad para referirlos a otro contenido distinto del original.**

El delito de falsedad material se puede cometer tanto sobre documento público como privado. Se pueden distinguir entonces varios supuestos de hecho, como el de "hacer en todo un documento falso", "hacer en parte un documento falso" y "adulterar un documento".

(...)

Se constata que en efecto el documento fue elaborado y radicado por el disciplinado, abusando de condiciones que el ejercicio del cargo le permitían, es decir conocimiento pleno del tema, acceso a las particularidades de la actuación pues el expediente de cobro coactivo del contribuyente XXXXX S.A.S., fue asignado al servidor investigado para su trámite, pero no para que elaborara un documento cuyo contenido se sustrae de la realidad sino para que lograra el recaudo de unas sumas de dinero que pertenecen al estado como consecuencia del no pago de unos impuestos por parte del contribuyente, no podría esperarse que el funcionario abusando de su función ideara y fabricara un documento que pretendía engañar no solo al sistema financiero para el levantamiento de una medida cautelar sin cumplir los requisitos legales para ello, sino defraudar a la propia entidad en la que labora al menguar la posibilidad de recuperación de las sumas adeudadas por el contribuyente.

Es claro que el documento tiene la categoría de público pues si bien no fue emitido por el funcionario competente para ello, fue elaborado por un servidor en ejercicio, con su directa intervención, para darle apariencia de legalidad; si bien no coloca su nombre en él, sí imita en todos sus rasgos y contenido a los documentos legítimos emitidos por la DIAN en esos eventos, utiliza

los formatos asumidos por la Entidad, y le da el trámite que siempre se otorga a esta clase de comunicados.

El servidor crea e idea el contenido falaz del escrito.

El carácter probatorio del documento, se evidencia con su presentación en Bancolombia para lograr el levantamiento de la medida cautelar que había sido impuesta al interior del proceso de cobro coactivo, pues se internó en el tráfico jurídico con aptitud probatoria dado que presentaba las mismas características de los documentos legítimos que profiere la DIAN; la cancelación de la medida solo se vio interrumpida por la confirmación que del oficio hizo la entidad bancaria ante la DIAN para validar su contenido, recibiendo respuesta negativa al respecto.

Así igualmente quedan verificados los **elementos normativos** «abusando» del cargo o la función, «documento público» y «que pueda servir de prueba».

En virtud de lo anterior, es claro que señor **J.J.A.H.**, incurrió en la conducta descrita como falta gravísima del artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, con remisión al artículo 287 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), al fabricar el documento espurio comunicado de desembargo número de acto 2017023200347 de fecha 17 de mayo de 2017.

DEL SEÑOR J.E.A.R.

(...)

En el caso particular, la conducta del funcionario **J.E.A.R.**, se adecua desde la perspectiva objetiva a la descripción típica del estatuto penal consagrada en el artículo 404, que establece:

“Artículo 404. Concusión. *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión [...]*”

Como puede advertirse, debe realizarse una valoración en conjunto, objetiva y crítica de las pruebas practicadas, con el fin de determinar si se cumplen los requisitos del tipo objetivo.

Se tiene que el tipo penal de la concusión exige un **sujeto activo** cualificado singular, esto es, la conducta debe ser cometida por un servidor público que abusa de su cargo o función. Sobre este punto, existen pruebas suficientes para determinar que el señor **J.E.A.R.** se desempeñó como servidor público para la fecha de los hechos, concretamente adscrito a Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, como consta en la certificación laboral aportada por la Subdirección de Gestión de Personal (E) de la DIAN – Nivel Central (Fl. 216 y 217).

Probado que el sujeto activo es cualificado es necesario demostrar si actuó en abuso de su cargo, y si se conjugó alguno de los verbos rectores -constreñir, inducir o solicitar-, habida cuenta el tipo penal presente es de aquellos punibles de verbo alternativo.

(...)

A partir de las conversaciones realizadas vía WhatsApp, de las cuales se destaca: «Desembargo», «J.M.A.V. cta. XXXXXXXXXX Bancolombia» «Cta ahorro», «Consignaste?», «CONSIGNARON?», el Despacho arriba a la conclusión que en este caso el verbo conjugado es **solicitar**, concretándose en el momento exacto en el que el disciplinado, abusó de su cargo para solicitar la utilidad indebida, consistente en la suma de cinco millones de pesos (\$5.0000.000) que debía consignarle el contribuyente XXXXXXXX S.A.S., a cambio de radicar en la entidad bancaria el comunicado de desembargo.

De conformidad con los planteamientos esbozados, la conducta del señor **J.E.A.R.**, corresponde con la realización objetiva de la descripción típica penal de concusión, y por esta vía, se le atribuye la falta disciplinaria consagrada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

5.2. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

El artículo 5 de la Ley 734 de 2002, señala que será antijurídica la conducta cuando afecte el deber funcional de manera sustancial y sin justificación alguna, lo cual indica que de manera infundada se contraríen los fundamentos primarios del servicio público en menoscabo de los fines perseguidos por el Estado y su funcionamiento.

La infracción al deber funcional se sustenta en el juicio de reproche que se hace al servidor público de quien se esperaba un comportamiento diferente.

(...)

Así las cosas, para el caso objeto de estudio, es evidente que el disciplinado **J.J.A.H.**, infringió sus deberes desde el momento en que fabricó, suscribió y radicó el documento "*COMUNICADO DE DESEMBARGO No. 2017023200347 de fecha 17 de mayo de 2017*", indicando que mediante autos No. 20170231000129 y 2017023100130 de fecha 15/05/2017 se había levantado la medida cautelar impuesta al contribuyente XXXXXXX S.A.S., información espuria, puesto que el contribuyente no se encontraba a paz y salvo con sus obligaciones tributarias.

En otros términos, el disciplinado a sabiendas que como servidor público le era propia la función certificadora de los hechos que le correspondían en el ejercicio de su labor, era imperativo que se ciñera a la verdad, consignando datos verídicos en la proyección del comunicado de desembargo No. 2017023200347, por tanto, al actuar de manera disímil al elaborar íntegramente el documento, incluyendo su contenido pues las afirmaciones son contrarias a la verdad, configura el elemento de ilicitud sustancial que demanda la estructuración de la falta disciplinaria.

Adicionalmente, es claro que el señor **J.J.A.H.**, tenía una posición privilegiada pues tenía bajo su responsabilidad el expediente de cobro No. 201501726 adelantado al contribuyente XXXXXXX S.A.S, con lo cual poseía total acceso a la información tributaria, situación que utilizó a su favor para la elaboración del documento plasmando datos contrarios a la verdad y aprovechó en su favor el conocimiento de la situación del contribuyente XXXXXXX S.A.S; consecuentemente y ante las

afirmaciones del representante legal de la empresa XXXXXXXX se tuvo que el día que se encontraba en las instalaciones de la Dirección Seccional Montería, en el ascensor observó que el funcionario **J.J.A.H.**, se encontraba hablando con otra persona, que resulta siendo el otro implicado **J.E.A.R.**, quien subsiguientemente lo abordó y le realizó la exigencia monetaria como contraprestación de la expedición del comunicado de desembargo.

Respecto del implicado **J.E.A.R** también infringió el deber funcional desde el mismo instante en el que le solicitó al señor Y.F.M.L., una suma de dinero correspondiente a cinco millones de pesos (\$5.000.000) a cambio de conseguirle el desembargo de las cuentas embargadas por la DIAN ante la entidad financiera Bancolombia; máxime cuando la conducta que se reprocha proviene de servidores públicos, quienes de acuerdo a lo referido en párrafos anteriores, tienen el deber de dar ejemplo de rectitud y honestidad, no solo por ostentar esta calidad, sino también por servir a una institución que se encarga de administrar y controlar el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, y cambiarias; por lo que resulta paradójico que teniendo el deber de velar por el correcto recaudo de tributos, en condiciones de transparencia, resquebrajen la prohibición del incumplimiento de sus deberes como servidores públicos al falsificar materialmente un documento público de un lado y exigir una contraprestación monetaria a cambio del comunicado de desembargo, del otro.

Actuaciones que quebrantan la transparencia, honradez y rectitud con la que deben obrar los funcionarios en ejercicio de la administración de justicia, sembrando desconfianza en los ciudadanos quienes en su afán de cumplir con las obligaciones tributarias y teniendo la mejor disponibilidad para acceder a un pago a plazos de la deuda, terminaron siendo víctimas de una exigencia de dinero por parte de los hoy vinculados, quienes contrario a los cargos y funciones otorgadas, buscaron su beneficio personal, transgrediendo con ello el fin último del servicio público que es servir a los demás y no servirse a sí mismo.

Por tanto, con su actuar, los disciplinados contravinieron los principios de moralidad pública, transparencia y honradez, que regulan y garantizan la función pública y el deber de no usar el empleo para presionar a fin de obtener dinero u otras dádivas, alejándose con sus comportamientos de los fines estatales que buscan la garantía de los principios, derechos y deberes y la procura de una convivencia pacífica, derivándose de ello que la conducta imputada en los cargos a cada uno de los investigados es sustancialmente ilícita y por consiguiente comprometen sus responsabilidades disciplinarias.

Es entonces, a manera de conclusión, como se entiende que la infracción presuntamente ejecutada por los aquí vinculados cumple con la cualidad de sustancialidad, al tener un efecto directo en las bases de la institucionalidad como lo son la transparencia y probidad que debe revestir cada una de las actuaciones de los empleados al servicio del Estado, así como el contacto con la ciudadanía en general, eje y destinatario principal de sus actuaciones.

Conforme a lo anterior, es válido declarar abastecido el presupuesto de antijuridicidad de las conductas al tenor de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, ya que hubo falta al deber funcional sin justificación alguna conocida.

Si bien, el servidor **A.H.** arguyó ante sus superiores jerárquicos haber elaborado y radicado el documento dubitado bajo presuntas amenazas contra su vida, esta afirmación fue desvirtuada mediante acta de conciliación realizada al interior de la actuación penal en la que el señor Y.M. denunciaba a este servidor por el presunto ilícito de calumnia y por las mismas afirmaciones del disciplinado quien posteriormente señaló nunca haber recibido amenazas y no haber realizado el oficio tantas veces mencionado.

5.3. CULPABILIDAD

La Ley 734 de 2002 al referirse al tema de la culpabilidad, señala en su artículo 13 que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por lo tanto, las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Por lo anterior debe valorarse el aspecto subjetivo de la falta a fin de determinar el grado de culpabilidad, para ello la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷⁶ describe el dolo atendiendo lo dispuesto en el Código Penal -por remisión expresa del artículo 21 CDU y la culpa acorde con el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 en el cual se definen los conceptos que integran la culpa gravísima -ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento- y la culpa grave - inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones-.

Así, se tienen dentro los fundamentos teóricos del dolo, los elementos cognitivo y volitivo. El aspecto cognitivo hace referencia al conocimiento de antijuridicidad de la conducta, es decir, sobre los hechos constitutivos de la infracción, ya sea que ésta se materialice por acción u omisión. El elemento volitivo, es la voluntad libre del agente en dirigir su comportamiento a determinada conducta.

(...)”

Así se tiene que el actuar de los disciplinados fue doloso como se explica a continuación, pues no podía encajar su conducta dentro del concepto jurídico de culpa grave entendida como “inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”, pues sus acciones no fueron simplemente negligentes sino voluntarias y consientes, siendo evidente que, otros funcionarios en su misma situación - circunstancias de tiempo modo y lugar- fácilmente habrían actuado de manera distinta, sin que para estos efectos –como se indicó en el acápite previo de esta providencia- sea relevante la causación o no de daño.

En ese sentido, a partir de las pruebas recaudadas y los análisis fácticos y jurídicos estudiados en párrafos anteriores, se concluye que el funcionario **J.J.A.H.** cumplió las condiciones de aptitud, actitud y comprensión valorativa, pues conocía cuáles eran sus funciones debido a su experiencia en el servicio público, al menos desde su ingreso a la DIAN el 7 de enero de 2009, esto es más de ocho años; tenía la formación profesional suficiente para comprender los procedimientos adelantados por él al interior de la entidad, fue capacitado en los mismos; conocía las repercusiones de un actuar contrario al ordenamiento jurídico como lo expresó en sus declaraciones, y por lo tanto, era consciente de la ilegalidad de ejercer sus funciones con intereses particulares o

personales, como lo hizo cuando consignó información contraria a la verdad en el documento "COMUNICADO DE DESEMBARGO No. 2017023200347" ordenando el desembargo de sumas de dinero del contribuyente XXXXXXX S.A.S, el cual no era posible, toda vez que el contribuyente no había cancelado la totalidad de sus obligaciones tributarias.

El servidor no solo suscribió el documento espurio como está probado al interior del plenario con la prueba técnica grafológica, sino que además lo llevó personalmente a la entidad bancaria, esto demuestra su planeación detallada y determinación encaminada a la realización de la conducta que le ha sido endilgada. Posteriormente dio versiones contrarias entre sí a fin de ocultar la realización de la conducta y su responsabilidad, intentando generar confusión al Despacho en el análisis.

Por su parte el funcionario **J.E.A.R.**, realizó a título de dolo la descripción típica objetiva consagrada en la ley como "*concusión*", como quiera que acorde con las condiciones de aptitud, actitud y conocimiento valorativo sabía cuáles eran sus funciones debido a su experiencia en el servicio público, al menos desde su ingreso a la DIAN desde el 25 de agosto de 1992, esto es veinticinco años; tenía la formación profesional suficiente para comprender los procedimientos adelantados por él al interior de la entidad, fue capacitado en los mismos; conocía las repercusiones de un actuar contrario al ordenamiento jurídico, y por lo tanto, era consciente de la ilegalidad de ejercer sus actuaciones al margen de este; y si bien en su calidad de presidente del sindicato no ejercía labores de oficina en estricto sentido, esto no lo desligaba de la obligación de cumplir sus deberes y ejercer sus derechos en procura de alcanzar los cometidos estatales.

No obstante, lo anterior, abordó ilegítimamente al contribuyente en las instalaciones de la DIAN para solicitarle dinero a cambio de la realización de un trámite ilegal, le envió fotografía del documento de desembargo dubitado, le solicitó el pago de la suma de cinco millones de pesos por el levantamiento de las medidas cautelares, le envió desde el celular que figura a nombre de una de sus hijas el número de la cuenta de ahorros de su otra hija, el nombre de la titular de la misma y le requirió en varias oportunidades el pago señalado por él; abusando de su investidura, calidad y cargo como funcionario de la DIAN.

Por lo tanto, tampoco puede predicarse que estas actuaciones obedecieron al azar, a la negligencia, impericia o ignorancia sino al actuar consciente y determinado del autor **J.E.A.R.**

5.4. ANALISIS DE LAS PRUEBAS QUE SOPORTAN LA DECISION

A riesgo de ser repetitivos, es preciso en este acápite analizar las pruebas allegadas a la actuación y que condujeron a este Despacho a tener certeza sobre la ocurrencia de las conductas endilgadas a los disciplinados y su responsabilidad.

Frente a J.J.A.H

Se tiene que las pruebas que confirman que **J.J.A.H.** ejecutó dolosamente la conducta atribuida en el cargo son:

- Testimonio del 9 de agosto de 2017 del funcionario **J.L.A.L.**, Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas (A) de la Seccional de Montería.
- Testimonio de la servidora **M.M.F.**, en calidad de Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, el día 9 de agosto de 2017, que coincide plenamente con el señor A.L.
- Testimonio del 11 de agosto de 2017 del funcionario **E.S.C.D.**, adscrito a la División de Liquidación de la Seccional de Montería.
- **Oficio de Bancolombia** No. 77909857 del 6 de septiembre de 2017, suscrito por la Gerencia de Requerimientos Legales e Institucionales, mediante el cual remiten las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio Enlaces Operativos en la ciudad de Montería, del 17 de mayo de 2017 donde funciona la sede del Banco Bancolombia y **las grabaciones** en sí mismas.
- **Videos de cámaras de seguridad** de la entidad bancaria Bancolombia del día 17 de mayo de 2017 remitidos a la investigación directamente por la entidad financiera, donde se observa entre los minutos 3:12:22 y 3:14:50, al señor J.J.A.H ingresar y salir de la institución bancaria con un sobre de manila en la mano. La Directora Seccional de Montería, en diligencia del 23 de noviembre de 2017, bajo la gravedad del juramento reconoce al investigado J.J.A.H ingresando a dicho establecimiento con un sobre de manila en la mano.
- El **Informe Técnico Grafológico**, realizado por la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, radicado IUS PGN E-2018-192503 de fecha 10 de mayo de 2018 suscrito por J.J.T.M.

De tal manera el informe técnico grafológico es determinante para concluir que la autoría del documento dubitado corresponde al disciplinado **J.J.A.H.**

Frente a Frente a J.E.A.R.

En relación con la conducta endilgada a **J.E.A.R.**, se tiene que la misma se encuentra comprobada mediante varios medios de prueba, así:

- Testimonio del 14 de septiembre de 2017 del señor **Y.F.M.L.**, en calidad de representante legal de la empresa XXXXXXXX S.A.S.

(...)

Así, se tiene que el señor **Y.F.M.L.**, es coherente en su relato, pues en las cuatro oportunidades en que acudió al Despacho a declarar tuvo una estructuración lógica, consistente, sin contradicciones en los hechos denunciados y en las circunstancias de tiempo modo y lugar. Describió el entorno en el que se encontraba, las personas con las que habló y los lugares que visitó. Sus afirmaciones fueron corroboradas con las imágenes guardadas en su teléfono móvil en la aplicación de WhatsApp y posteriormente reafirmadas con las certificaciones de las llamadas telefónicas entre él y el disciplinado **J.E.A.R.**

- EL **Formulario Único Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada Persona Natural** de fecha 31 de mayo de 2017, suscrito por el funcionario **J.E.A.R.**, donde consignó bajo la gravedad del juramento que el abonado

telefónico 3016293049 le pertenecía a él reportándolo como suyo; y en el acápite de parientes dentro del primer grado de consanguinidad incluyó a sus hijas.

- De las **Conversaciones de WhatsApp**, (Fl. 306 a 313).
- El **Informe Técnico Científico** emitido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales del Procuraduría General de la Nación, allegado físicamente a la Agencia con todos sus anexos el día 19 de diciembre de 2019 radicado con número 1-2019-011260.

La cuenta bancaria aportada para la consignación de la suma de dinero y la línea telefónica desde la cual se hicieron las solicitudes de dinero sean de las hijas del servidor público **J.E.A.R.**, no lo exoneran de responsabilidad, por el contrario, aumentan los niveles de reproche al utilizar el nombre y prestigio de sus propias hijas en sus actividades ilícitas. Demuestra una preparación previa y una actividad dirigida inequívocamente a la obtención de un resultado claramente definido.

DE LA SANCION POR IMPONER

Como corolario de la investigación adelantada, se tiene que acorde con la prueba allegada a la actuación, escuchados y desvirtuados los argumentos de la defensa, se tiene demostrado que los funcionarios **J.J.A.H. y J.E.A.R.** son responsables de cometer la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Por lo anterior, configurados los presupuestos legales exigidos por el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, al obrar en el proceso prueba acerca de la certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad de los involucrados, es procedente determinar la sanción a imponer, para lo cual se partirá de los siguientes presupuestos:

La conducta cometida por los disciplinados fue determinada como **falta gravísima dolosa**, cuya sanción está establecida en el artículo 44 del Código Disciplinario Único, así:

«**Artículo 44.** Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1.Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. (...)»

Respecto al término de inhabilidad general, el artículo 46 ídem establece que debe graduarse dentro de unos rangos preestablecidos de la siguiente manera:

«**Artículo 46.** Límite de las sanciones. La inhabilidad general será **de diez a veinte años**, pero cuando afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será **permanente**

(...)»

De la misma manera, el artículo 47 ibidem establece los criterios para la graduación de la Sanción.

“Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

6. OTRAS DETERMINACIONES

Remitir copias ante la Fiscalía General de la Nación en contra de **J.J.A.H.** identificado con cédula de ciudadanía No. 78.303.161 para que se investigue el punible de falsedad material en documento público, y en contra de **J.E.A.R** identificado con cédula de ciudadanía No. 78.689.225 para que se investigue el delito de concusión.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de **J.J.A.H.**, identificado con cédula de ciudadanía XXXXXX, en su condición de funcionario de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, en el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01 ubicado en la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, como autor de la falta disciplinaria gravísima descrita en la Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 1º, al realizar objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, concretamente en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal "El que falsifique documento público que pueda servir de prueba".

SEGUNDO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de **J.E.A.R**, identificado con cédula de ciudadanía 78.689.225, en su condición de funcionario de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la DIAN- Montería, en el cargo Gestor I Código 301 Grado 01, como autor de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, al realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, concretamente la consagrada en el artículo 404 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

TERCERO: IMPONER a J.J.A.H., la sanción de **destitución e inhabilidad general** para ejercer funciones públicas por el término de **quince (15) años**, y a **J.E.A.R**, la sanción de **destitución e inhabilidad general** para ejercer funciones públicas por el término de **catorce (14) años**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva precedente.

Extracto tomado de la Resolución **1704-00-2017-113** de fecha 02 de marzo de 2020 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.