

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-102
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	- O.A.
- CARGO:	Analista V Nivel 205 Grado 05
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Buenaventura
- TEMA:	PRESUNTO INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO
2. HECHOS RELEVANTES	
A través del Oficio No. ITRC XXX de fecha 24 de mayo de 2018, se remitió copia de la actuación disciplinaria adelantada bajo el radicado XXX, para que, por cuerda procesal diferente se adelantarán las pesquisas necesarias sobre la documentación tributaria y financiera del señor O.A. y otros. (Fl.01 C.P.1) Con ocasión a lo anterior, se conformó el presente proceso disciplinario, dentro del cual se profirió el Auto No. XXX del 31 de mayo de 2018, mediante el cual se ordenó iniciar indagación preliminar en contra de O.A. con el fin de investigar sus adquisiciones patrimoniales e ingresos dentro del período comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2017. (Fls.4 a 6 C.P.1) Posteriormente, por medio del Auto No. XXX de fecha 07 de diciembre de 2018, se ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de O.A. adscrito al G.I.T. de la DIAN por presunto incremento patrimonial no justificado dentro del período comprendido entre el 01 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2017. (Fls.613 a 619 C.P.4) Con ocasión a lo anterior, mediante Oficio No. XXX de fecha 27 de febrero de 2015, el doctor E.S.S. jefe G.I.T. Facilidades de Pago de la División de Gestión de Cobranzas de la dirección Seccional de Impuestos de Bogotá de la U.A.E. DIAN, dio cumplimiento a lo ordenado por la doctora L.A.R.G., jefe de la referida división, anexando lo dicho en 36 folios. (Fls. 37 y 38 C.P.1)	
3. CARGOS	
El día 11 de febrero de 2020, mediante el Auto No. XXX se profirió pliego de cargos en contra del señor O.A. por presunto incremento patrimonial no justificado, dentro del período comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2017, lapso en el cual, se desempeñó como servidor público de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante U.A.E. DIAN), ejerciendo funciones en el Grupo Interno de Trabajo (entiéndase G.I.T.) de Control Carga y Tránsitos de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN. (Fls.1134 a 1159 C.P.6).	

Mediante acto administrativo fue notificado personalmente al presunto disciplinado al igual que su apoderada de confianza, doctora L.Y.V.A. T.P. XXX del Consejo S. de la J. Dicha diligencia se llevó a cabo el 24 de febrero de 2020. (Fl.1174 C.P.) Ahora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” el señor O.A. personalmente o a través de su defensa técnica tenían hasta el 09 de marzo de 2020 para presentar su escrito, a través del cual podían presentar pruebas, solicitar la práctica de ellas y dar respuesta a la imputación provisional, realizada el 11 de febrero de 2020. Situación que se llevó a cabo, toda vez, que la apoderada del disciplinado el señor O.A. presentó el día 09 de marzo de 2020 “RESPUESTA AL AUTO DE FORMULACIÓN DE CARGOS No. XXX DEL 11 DE FEBRERO DE 2020 NOTIFICADO EL 24 DE FEBRERO DE 2020” y el día 16 de marzo de 2020 allegó pruebas documentales complementando el escrito radicado el 09 de marzo de 2020.

Por otra parte, y al observar la información reportada por la señorita J.L.A.C, (hija del presunto disciplinado) en su declaración de renta presentada para el año gravable 2016, se establece que para el periodo objeto de investigación reportó un patrimonio bruto de \$180.000.000 con unos pasivos de \$11.588.000.00, presentando unos ingresos por honorarios y comisiones de \$32.500.000. Sin embargo, verificada la información exógena reportada a la DIAN y solicitada por este despacho para los años objeto de investigación, la misma señala que no existen datos disponibles para ese mismo lapso que den cuenta de la procedencia de los recursos con los cuales obtuvo el patrimonio declarado.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la conducta descrita como gravísima en el inciso 2º del numeral 3º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Incrementar injustificadamente el patrimonio, directamente o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”, se concluye una vez realizado el estudio patrimonial y financiero del señor O.A., identificado con No. XXXXX no se encuentra justificada para el periodo investigado 1 enero de 2013 al 31 de diciembre de 2017:

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

En relación a las diferencias evidenciadas, se deben realizar las siguientes precisiones.

Se tiene que para el año 2015, el Señor O.A. fue beneficiario de una DONACIÓN realizada por el Señor S. A. en cuantía de setenta y cinco millones de pesos (\$75.000.000), la cual se realizó mediante Instrumento Público No. XXXX del 5 de diciembre de 2015 otorgado en la Notaria XX del Circuito de Santiago de Cali, recursos que utilizó mi representado para pagar parte del precio de compra del vehículo automotor del servicio público de placas XXXXXX, monto que deberá incluirse dentro del análisis de ingresos y gastos, más aún si se considera que dentro de la declaración de Renta del año gravable 2015 mi representado procedió a declarar dicho ingreso, e igualmente en la declaración juramentada de bienes,(sic) Con el fin de acreditar lo expuesto se anexa copia auténtica de la Escritura Pública No. XXXX del 5 de diciembre de 2015, de la Notaria XX del Circuito de Santiago de Cali, en la que se transfirió a título de donación y sin reserva alguna a favor del Señor O.A. la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000.000).

(...) En consecuencia, se tiene que el Señor S.A. traslado a título de donación la suma de \$80.000.000, según quedó consignado en la insinuación mediante Escritura Pública otorgada en la Notaria XX del Circuito de Santiago de Cali, el cual por ser un contrato traslativo de dominio del bien o derecho objeto de donación, tiene plena validez para determinar que mi representado obtuvo de fuente comprobable la suma de \$80.000.000 a su patrimonio en el año 2015, el cual destinó para pagar parte del precio del vehículo automotor de servicio público de placas XXXXXX.

Para el año 2016, se registra una diferencia de Treinta y Cinco Millones Quinientos Cincuenta y Dos mil Cuatrocientos Noventa y tres Pesos con treinta y cinco centavos (\$35.552.493.35). Se tiene que verificando el análisis de ingresos vs gastos que presenta el auto de formulación de cargos que hoy se descurre, se relacionó únicamente como fuente de ingresos la suma de \$94.815.022, proveniente de ingresos laborales, para lo cual la defensa del disciplinado debe advertir que a partir del año 2016 el hoy investigado obtuvo ingresos derivados de transporte público de pasajeros del vehículo automotor de placas XXXXXX el cual se encuentra afiliado a XXXXXX, ingresos que si bien se obtienen en efectivo por el transporte público de pasajeros es susceptible de capitalizar y destinar para amortizar pasivos, por ello para establecer el monto de ingresos que mi representado obtuvo durante la anualidad 2016, no solo se debe verificar la Declaración Juramentada de Bienes en la que se relacionó el monto por dicho concepto, sino igualmente se debe verificar que dentro del plenario reposa el Certificado de Tradición del vehículo XXXXXX, el cual da cuenta desde que fecha el investigado ostenta el derecho de dominio de un vehículo automotor de servicio público destinado a prestar el servicio de transporte público de pasajeros, por lo cual obtenía unos ingresos de forma periódica que eran susceptibles de ser capitalizados y consignados, aclarando que la persona que se encargaba de administrar el mismo era el Señor S.A. por ende se hace necesario que se reciba el testimonio para determinar desde cuando el automotor se encontraba funcionando y la forma como se recibían los dividendos por concepto de transporte público de pasajeros, aclarando igualmente que los mismos no sólo deben ser aceptados en el análisis de ingresos y gastos sino en el análisis bancarios, ya que los mismos eran consignados en su mayoría en la cuenta de ahorros No. XXXXXXXX del Banco Davivienda, del cual igualmente se procedía a realizar el pago del crédito que mi representado obtuvo con una entidad en el año 2015. Es importante resaltar que dentro del expediente de la referencia se relacionan sólo la forma y los medios de pago que utilizó el hoy disciplinado para adquirir un vehículo de servicio público de pasajeros, sino igualmente se registra gastos en la compra de repuestos realizadas en PRACO DIDACOL, durante el año 2016, lo que conlleva a concluir entonces para el año 2016 efectivamente el Servidor Público O.A. tenía un activo destinado a una explotación económica de la cual percibía periódicamente ingresos, los cuales deben ser analizados en el análisis de recursos y usos. Así mismo se tiene que indicar que si bien para el año 2017, efectivamente no se generó diferencia por justificar en relación al análisis de ingresos vs gastos, es importante establecer que para el año 2017, igualmente el disciplinado obtuvo ingresos por concepto de transporte público de pasajeros, y por ende se debe adicionar en el respectivo análisis el monto que anualmente recibió por dicho concepto en la anualidad referida. Así mismo se debe hacer la precisión que, en relación a los aportes registrados por M.C.A.C. a la Iglesia Comunidad Cristiana de Paz (folios 907 a 912), se consideraron en su totalidad a cargo de mi procurado, aspecto que se cuestiona dado que, si bien la Señorita M.C.A.C. es hija de mi representado, los montos que la misma aportó a la Comunidad Cristiana de Paz se realizaron con recursos que obtuvo la cónyuge de mi representado y de la cual se encuentra acreditada la capacidad económica en el plenario según declaraciones de renta del período objeto de investigación, por lo cual solicito que se proceda a excluir del análisis de gastos dichos conceptos en titularidad de mí representado, más aún cuando en gracia de discusión la patria potestad de los hijos se asume de forma compartida, y por ende es claro que por la naturaleza jurídica de la misma lo derivado de la misma debe considerarse en el mismo orden, por esta circunstancia se hace necesario entonces que los montos endilgados en su totalidad al hoy disciplinado sean considerados equitativamente entre él y su cónyuge, más aún cuando se encuentra demostrada la capacidad económica de la señora E.C.G. dentro del plenario. (...)

En cuanto a la diferencia presentada para el año 2017, la misma asciende a la suma de cincuenta y ocho millones ochocientos trece mil setecientos pesos (\$58.813.700), recursos que figuran consignados en la cuenta de ahorros No. XXXX del Banco Davivienda, frente a lo cual se tiene que indicar que tal y como se expuso para los movimientos de año 2016, la mayoría de los depósitos realizados en dicha cuenta bancaria, provienen de parte de los ingresos netos que por concepto de transporte obtuvo el investigado y que eran consignados en la ciudad de Santiago de Cali, aclarando que como soporte de lo afirmado por la defensa

se aporta las relaciones y anexos de las consignaciones realizadas en el año 2016, las cuales se deberán imputar a ingresos por concepto de ingresos de transporte público de pasajeros.

En cuanto a las consignaciones realizadas en la ciudad de Buenaventura, Valle del Cauca, se tiene que indicar que las mismas fueron realizados con recursos que el Señor F.B. dispuso depositar en la cuenta bancaria referida, y para ello se requiere citarlo para exponga las razones de tiempo, modo y lugar por las cuales procedió a realizar depósitos en la cuenta bancaria de mi representado. Se tiene que indicar que si se analiza la consignaciones realizadas en la cuenta de Davivienda, las misma se efectuaron en la ciudad de Santiago de Cali, lugar donde se recibía los ingresos que por concepto de transporte público de pasajeros se entregaba por parte del administrador del mismo, aclarando que la periodicidad de éstas se realizaba cada semana, lo cual tiene sustento conforme la relación de ingresos diarios que el vehículo de placas XXXXXX generaba y del cual da cuenta la relación que se tramitaba cuando era entregado el producido del vehículo semanal.

En cuanto a las consignaciones realizadas por la ciudad de Buenaventura, Valle del Cauca se tiene que resaltar que éste era el lugar de domicilio de mi procurado para la época de los hechos e igualmente corresponde determinar al Señor B. cual era la fuente de los mismos y el vínculo económico que derivó la entrega de recursos económicos a mi procurado.

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1º INSTANCIA

FECHA	02 de diciembre de 2020
--------------	--------------------------------

5.1. LAS RAZONES DE LA SANCIÓN

En el caso que ocupa la atención del Despacho, tal y como quedó expuesto en el ejercicio de valoración jurídica y probatoria, se concluye la responsabilidad disciplinaria del señor O.A. de la infracción disciplinaria consagrada en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, puesto que objetivamente su comportamiento se adecuó al ilícito de INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO. Entonces, estando probada la infracción, la autoría y la responsabilidad del disciplinado, es procedente la sanción disciplinaria, cuyo quantum en esta oportunidad se determina según los parámetros del Código Disciplinario Único y así, como se indicó en el capítulo pertinente, toda vez que la falta atribuida es gravísima dolosa, circunstancia que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, conduce a que la sanción a imponer sea la de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL.

Ahora, se procede a la graduación de la sanción a la luz de los criterios que para tal aspecto consagra la ley disciplinaria en su artículo 47.

5.1.2. LOS CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con el elemento subjetivo de la imputación disciplinaria, como primera medida es necesario indicar que el señor O.A, identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXX, para la época de los hechos ostentaba la calidad de servidor público toda vez, que ingresó a la U.A.E. DIAN el pasado 10 de diciembre de 1992, titular del cargo Analista V Nivel 205 Grado: 05, y fue ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Control Carga y Tránsitos de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN, a través de la Resolución No. 009208 de fecha

28 de octubre de 2013, posesionado el día 14 de noviembre de 2013, tal como consta en el Acta No. 070. (Fls.193 y 194 C.P.1.).

Dentro del cual ejerció funciones de jefe del mencionado G.I.T. y en muchas ocasiones se le designaron funciones de jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN.

Ahora bien, ya agotado el elemento subjetivo, como segundo punto, se entrará a verificar los elementos con vocación probatoria que soportan el contenido del artículo 142 del Código Disciplinario Único:

Durante la etapa de investigación disciplinaria se practicaron diferentes medios de pruebas que fueron analizados por Y.L.A.G., Agente de Investigación Contable, y presentados el día 06 de diciembre de 2019, mediante el informe técnico, forense y contable (fls.1084 a 1102 C.P.6).

(...)

ANÁLISIS DE INGRESOS Vs. GASTOS E INVERSIONES

A partir de la información recaudada dentro del plenario y efectuado el respectivo análisis, correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2019, se concluye que el funcionario **O.A.**, presenta diferencias, toda vez que su nivel de ingresos NO guarda correspondencia con los gastos, inversiones y disminución de pasivos para el mismo lapso de tiempo, ya que para el año 2014 tuvo unos ingresos por la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO VEINTE TRES PESOS (\$78.317.123.00) y su nivel de gastos e inversiones fue de NOVENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$91.715.667,98) generando una diferencia por justificar de TRECE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$13.398.544,98); para el año 2015, tuvo unos ingresos de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$177.058.366,42) y su nivel de gastos e inversiones para el mismo año fue de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$275.148.889.80) generando una diferencia de NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVENTA MIL QUINIENTOS VEINTITRES PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$98.090.523, 38) y para el año 2016 tuvo unos ingresos de NOVENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$98.848.204.54) y unos gastos e inversiones por valor de CIENTO TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS MIL SETECIENTOS PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$130.400.700,89) generando una diferencia de TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (\$35.552.493,35) (...)

(...)

INCREMENTO A FAVOR DE UN TERCERO

Por otra parte, y al observar la información reportada por la señorita J.L.A.C., (hija del investigado) en su declaración de renta presentada para el año gravable 2016, se establece que para el periodo objeto de investigación reportó un patrimonio bruto de \$180.000.000 con unos pasivos de \$11.588.000.00, presentando unos ingresos por honorarios y comisiones de \$32.500.000. Sin embargo, verificada la información exógena reportada a la DIAN y solicitada por este despacho para los años objeto de

investigación, la misma señala que no existen datos disponibles para ese mismo lapso que den cuenta de la procedencia de los recursos con los cuales obtuvo el patrimonio declarado.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la conducta descrita como gravísima en el inciso 2º del numeral 3º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Incrementar injustificadamente el patrimonio, directamente o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”, se concluye una vez realizado el estudio patrimonial y financiero del señor **O.A.**, identificado con No. XXXXXX, no se encuentra justificada.

Dicho análisis forense, fue sujeto a contradicción por parte de la apoderada L.Y.V.A., del señor **O.A.**, quien se notificó personalmente del Auto No. 17417- 00453 de fecha 09 de diciembre de 2019, y tuvo tres días para presentar su solicitud de aclaración o complementación, tal como consta dentro del cuaternario a folios 1105 y siguientes del cuaderno principal 6.

En dicho escrito de defensa, la doctora L.Y.V.A, quien para esa época era la apoderada única y principal del señor **O.A.**, indicó¹⁶: (fls.1108 y 1109 C.P.6.).

“(…) actuando en mi calidad de apoderada especial del sujeto procesal dentro del expediente de la referencia, y estando dentro de la oportunidad legal concedida mediante auto No. 17417-00453 del 9 de diciembre de 2019, notificado personalmente el día 17 de diciembre de 2019, me permito presentar escrito de aclaración y complementación al informe técnico de la referencia conforme lo dispone el artículo 265 de la Ley 600 de 2000 en los siguientes aspectos:

Analizando el informe de Apoyo Técnico – Forense y contable presentado por la agente de investigación Contable de la Subdirección de Investigaciones disciplinarias de la UAE ITRC, Doctora Y.L.A.G., en el mismo se detalla como antecedentes la información patrimonial del investigado y su núcleo familiar durante el interregno comprendido entre el 01 de enero de 2013 al 31 (SIC) diciembre de 2017.

Lo primero que se tiene que indicar es que conforme lo establecido el artículo 264 de la Ley 600 de 2000, el mismo dispone que: “Los informes de rendirán bajo juramento, serán motivados y en ellos se explicará el fundamento de los datos suministrados”.

Si bien se relacionan las fuentes de la información que la doctora A.G., consideró para cuantificar las variaciones patrimoniales y financieras del investigado, la suscrita apoderada manifiesta que en el referido informe técnico se omitió el JURAMENTO que establece el artículo 264 de la Ley 600 de 2000, el cual es un requisito que no puede desconocerse dada la naturaleza del informe.

En consideración a que el traslado se descurre es para solicitar aclaraciones o complementaciones, la defensa del investigado procede a solicitar aclaración del informe contable y financiero en los siguientes aspectos:

a. En el análisis de ingresos y gastos respecto del año 2015 se relacionan dos (2) ítems por concepto de compra de vehículo teniendo como fuente de información el folio 1025 y 1026, ambos registros por la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$83.500.000), por esta circunstancia solicito que se aclare el referido concepto en consideración a que se registra dos veces el valor aludido teniendo como fuente el mismo folio 1025 del expediente.

b. Solicito que se aclare si en el informe contable y financiero se consideró respecto de la situación patrimonial del investigado la información suministrada por Coomotoristas del Cauca.

En cuanto a la complementación solicito la misma en los siguientes aspectos:

1. Que se considere respecto de la situación patrimonial del investigado Señor **O.A.**, para el período comprendido entre el 013 al 2017 no solo la información que registra la declaración juramentada de bienes sino la consignada en las declaraciones tributarias presentadas para dichos períodos gravables, las cuales no se relacionaron en el informe del cual hoy se corre traslado. (...)"

Peticiones que fueron resueltas mediante Auto No.17417-00499 de fecha 27 de diciembre de 2019, y se dispuso "SOLICITAR a la contadora pública Y.L.A.G., en calidad de agente de investigación contable de la Coordinación de Investigaciones de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, para que dentro del término de 10 días hábiles contados a partir del 13 de enero de 2020 presente la aclaración y complementación (...)"

Mediante correo electrónico de fecha 27 de enero de 2020, se remitió oficio suscrito por la contadora pública Y.L.A.G., agente de investigación contable del G.I.T. de Investigaciones de esta Subdirección, en donde se dio respuesta a la solicitud ordenada por el Auto No. 17417-00499 de fecha 27 de diciembre de 2019, así: (se transcribe tal cual).

"(...)

a. En el análisis de ingresos y gastos respecto del año 2015, se relacionan dos (2) ítems por concepto de compra de vehículo teniendo como fuente de información el folio 1025 y 1026, ambos registros por la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$83.500.000), por esta circunstancia solicito que se aclare el referido concepto en consideración a que se registra dos veces el valor aludido teniendo en cuenta como fuente el mismo folio 1025 del expediente."

Respecto a este ITEM verificada la información puesta de presente a través del informe presentado el día 6 de diciembre de 2019, me permito aclarar que efectivamente se tomó por error involuntario el folio y el valor correspondiente a lo reportado por la empresa PRACO DIDACOL por 83.500.000.00; sin embargo es de anotar que el concepto COMPRA VEHICULO correspondía a lo cancelado por el señor O.A a la EMPRESA INVERSIONES ALDEMAR que de acuerdo con la información exógena del año 2015 y que obra en CD dentro del plenario a folio 642 a 644 del proceso correspondió a la suma de \$85.000.000 y que se encuentra detallados dentro de la misma.

Por lo anterior, se realiza la aclaración respecto a que se elimina el ITEM de "Pago carrocería INVERSIONES ALDEMAR" por valor de \$39.000.000 y se corrige el ITEM de COMPRA DE VEHICULO como "Compra carrocería INVERSIONES ALDEMAR" por valor de \$85.000.000.

A partir de lo anterior, se concluye que el funcionario O.A., para el año 2015, tuvo unos ingresos de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$177.058.366,42) y su nivel de gastos e inversiones para el mismo año fue de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$237.648.889.80) generando una diferencia a justificar de SESENTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS VEINTITRES PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$60.590.523,38).

b. "Solicito se aclare si en el informe contable y financiero se consideró respecto de la situación patrimonial del investigado la información suministrada por Coomotoristas del cauca."

Con relación a este punto me permito informar que se solicitó por parte del Despacho información a la COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA sobre vínculos comerciales, financieros o de alguna índole con el disciplinado por el periodo objeto de verificación con los siguientes oficios y en las siguientes fechas:

Oficio:2-2019-001923 - Fecha: 25-02-2019

Oficio:2-2019-007519 – Fecha: 06-08-2019

A pesar de las solicitudes realizadas la información no fue aportada por la mencionada COOPERATIVA DE MOTORISTAS DEL CAUCA, ni se realizó por parte de la empresa de mensajería devolución de correspondencia de los oficios librados.

Igualmente es de anotar que verificada la información exógena remitida a nombre del señor A. se tiene que la COOPERATIVA DE MOTORISTA DEL CAUCA solo reporto vínculos por concepto de gastos y cuentas por cobrar a socios o accionistas, pero no fue reportada ninguna información relacionada con ingresos generados durante el periodo investigado.

Por otra parte, la defensa solicitó lo siguiente:

En cuanto a la complementación solicitó la misma en los siguientes aspectos:

1. Que se considere respecto de la situación patrimonial del investigado Señor O.A., para el periodo comprendido entre el 2013 al 2017 no solo la información que registra la declaración juramentada de bienes sino la consignada en las declaraciones tributarias presentadas para dichos periodo gravables, las cuales no se relacionaron en el informe del cual hoy se corre traslado.”

Es menester precisar por parte de este despacho que la declaración de renta es un informe de la situación económica ya sea de la persona natural o de una persona jurídica que se presenta a la DIAN por intermedio de las entidades financieras, para su examen y revisión.

Así las cosas, lo que se ha realizado a través del recaudo de pruebas dentro del expediente que nos concierne es establecer si efectivamente dichos soportes corresponden a la realidad económica, patrimonial y financiera del disciplinado para el periodo objeto de verificación, con relación a lo reportado en la declaraciones de bienes y rentas persona natural, que deben ser coincidentes tanto con la información reportada en las declaraciones de renta como en la información exógena; es así como, en el informe patrimonial, contable y financiero de las pruebas obrantes dentro del plenario se explicó en detalle las diferencias a justificar dentro del lapso establecido, de acuerdo al deber que le asiste como servidor público establecido en el Art 34 #23 de la Ley734 de 2002. (...)”

Dentro de la etapa probatoria, iniciada el pasado 03 de julio de 2020, se practicaron diferentes medios de prueba, que, de igual manera, fueron analizados por Y.L.A.G, Agente de Investigación Contable, y presentados el día 13 de octubre de 2020, mediante el informe técnico, forense y contable.

“(…)

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA (...), DESCARGOS

El escrito de fecha 09 de marzo de 2020, indicó4 (fls.1177 a 1191 C.P.7).

“(…)

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

PRUEBAS DOCUMENTALES

A través de escrito de descargos la defensa del señor O.A. anexo documentos (fls.1192 C.P.7 a 1627 C.P.9).

DOCUMENTOS ALLEGADOS POR REQUERIMIENTO DEL DESPACHO

SUBDIRECCION DE PERSONAL UAE DIAN

Por medio de correo electrónico del 13 de julio de 2020, el funcionario N.O.R. de la Coordinación de Historias laborales de la Subdirección de Gestión de Personal remitió copia de documentos relacionados con el señor O.A.

Posteriormente a través de correo electrónico del 28 de julio de 2020, la doctora P.L.O., de la Coordinación de Historias Laborales, remitió certificación a nombre del señor O.A.

“(…)

DE LAS NORMAS INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

a) Adecuación típica

De conformidad con el ordenamiento disciplinario vigente, los comportamientos por los cuales debe responder un presunto infractor de la ley disciplinaria se catalogan de la siguiente manera:

“Artículo 42. Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son: 1. Gravísimas 2. Graves. 3. Leves.

Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código (...).

Bajo el anterior presupuesto, tenemos que el señor O.A., identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXX, presuntamente incurrió en falta disciplinaria de haber obtenido injustificadamente, a favor propio y de manera directa un incremento en su patrimonio y el de su hija J.L.A.C., conducta que se haya descrita como gravísima en el inciso 2º del numeral 3º del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que en su tenor literal dice:

“ARTÍCULO 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...) “...Incrementar injustificadamente el patrimonio, directamente o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga” (Subraya fuera del texto original). La conducta del señor O.A, se adecúa al tipo disciplinario en cita, por cuanto al parecer, incrementó injustificadamente su patrimonio, de manera directa y en su favor, y el de su hija J.L.A.C, sin que a la fecha medie explicación o respaldo financiero alguno para ello y en tal medida se carece de justificación económica que acredite la suma en censura.

b) Ilícitud sustancial

Es claro que, en aras de garantizar la función pública, se debe actuar con pleno respeto y aplicación de la Constitución y las Leyes y, ante todo, consultando permanentemente los intereses del bien común, esto

es, no perdiendo de vista el cumplimiento de los fines del Estado, los cuales deben ser tenidos en alta estima por quienes prestan en él sus servicios.

En el presente asunto, como se ha expuesto en precedencia, el señor O.A, al parecer ha desconocido el comportamiento recto que en calidad funcional conmina a los servidores públicos a tener control de su patrimonio y poder brindar explicación satisfactoria sobre los aumentos de este, toda vez que presuntamente de manera injustificada incrementó su patrimonio y el de su hija J.L.A.C, sin que a la fecha medie una justificación de ello.

Lo anterior, teniendo en cuenta que ni los ingresos probados que el investigado obtuvo como funcionario público al servicio de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ni los ingresos a la fecha demostrados, logran justificar los movimientos patrimoniales reprochados que se han referido a lo largo de la actuación y que fueron precisados al momento de formular imputación. Además, con el estudio financiero, patrimonial y contable realizado a la señorita J.L.A.C, no se halla un origen de los ingresos para que se justifique el valor de los gastos de ella.

Sobre el comportamiento censurado, no debe perderse de vista la responsabilidad que le es propia a los servidores públicos, y que se encuentra consagrada en el artículo 6° de la Constitución Política de Colombia de 1991, en concordancia con las previsiones de los artículos 123 y 209 Ibídem, aunados a los artículos 13 y 14 de la Ley 190 de 1.995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”.

Por ahora, es dable afirmar que el deber funcional a que hace referencia el artículo 5 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, en el caso bajo estudio, trasciende el ámbito propio del cargo y/o las funciones desempeñadas por el encausado al interior de la entidad estatal, bajo el entendido de que por el hecho de ostentar la calidad de servidor público estaba obligado, con mayor exigencia, a dar ejemplo de transparencia y probidad y no proceder, como presuntamente, lo hizo, esto es, en búsqueda de un supuesto provecho particular y/o personal.

Conforme a todas las manifestaciones precedentes, debe decir, además este Despacho, que en el actuar del señor O.A., no observó hasta el presente momento procesal concurrencia de alguna de las causales descritas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único, para apoyar su proceder, no encontrándose hasta el momento, explicación válida que permita tener por justificado los movimientos patrimoniales en este cargo reprochado.

Recuérdese que la ley disciplinaria en cuanto al incremento patrimonial no justificado reclama, no la existencia de un crecimiento anormal, sino que éste no aparezca plena y legalmente justificado.

c) Culpabilidad

Este tipo de conducta es de la clase que jurisprudencialmente se ha reconocido no puede ser realizada culposamente: la Corte Constitucional en la Sentencia C-181 de 2002 trae a colación normas como las contenidas en el Decreto 1888 de 1.989, en las que se consagraba también como un comportamiento que atentaba contra la “dignidad de la administración de justicia” (comillas propias), el incremento injustificado del patrimonio.

En uno de sus apartes la mentada sentencia reza:

(...) En efecto, si se analiza detenidamente los diferentes literales que consagran las faltas contra el mencionado valor, el intérprete podrá apreciar que tales formas de comportamientos resultan incompatibles con los criterios de impericia, negligencia o imprudencia propios de la modalidad culposa, en la medida que por tales medios sería imposible, por ejemplo, portar o usar sustancias que produzcan drogodependencia (a); ejecutar actos contra la moral o las buenas costumbres (b); injuriar (c); solicitar o fomentar publicidad (d); constituirse en deudor o acreedor (e); solicitar o recibir dádivas (f); incumplir reiteradamente obligaciones (g); intervenir en actividades político - partidistas (h); apropiarse, retener o usar indebidamente bienes (l); o incrementar de manera injustificada el patrimonio (n). Tales comportamientos, como quiera que deben tender o menoscabar la imagen de la administración de justicia, requieren una especial realización de ese objetivo, lo cual solo resulta compatible con el dolo, ya directo o eventual. (Negritas fuera del texto).

Conforme lo anterior, el Despacho analizará los fundamentos básicos desde la óptica teórica del dolo. Esta modalidad de culpabilidad tiene dos elementos estructurales, el cognitivo y el volitivo. El aspecto cognitivo hace referencia al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, es decir, sobre los hechos constitutivos de la infracción. El elemento volitivo, es la voluntad libre del agente de dirigir su comportamiento.

A partir de lo anterior, se tiene que el señor O.A., es un ciudadano mayor de edad, plenamente capaz de determinar su conducta conforme a las leyes vigentes, puesto que no se ha evidenciado que, frente a éste, concurra alguna causal de inimputabilidad; y que prestaba servicio público en la U.A.E. DIAN como servidor público desde el 10 de diciembre de 1992, estando vinculado y en ejercicio de sus funciones para la época que se censura, en diferentes cargos y dependencias.

Entiende el Despacho que esta circunstancia permitió al presunto disciplinado obtener una significativa experiencia laboral en la citada Entidad, y a la par, le otorgó capacidad para conocer cuáles son los actos y conductas que se encuentran vedados para los servidores públicos por mandato de la ley. En tal sentido, es posible en este momento deducir meridianamente, que el presunto disciplinado conocía a plenitud que el comportamiento que hoy es materia de investigación, y que es objeto de reproche en la presente providencia, estaba prohibido para él en su condición de servidor del Estado, máxime cuando es sabido, que al posesionarse como funcionario de toda Entidad pública, juró cumplir y hacer cumplir las leyes colombianas, actuar y desempeñar sus funciones con transparencia, eficiencia, moralidad e imparcialidad, procurando siempre la consecución de los fines propuestos por el Estado.

Adicionalmente a lo expresado, es dable concluir que el querer del señor O.A., al parecer estuvo dirigido y orientado a incrementar su patrimonio y el de su hija J.L.A.C, pues la conducta que se investiga es de aquéllas que comportan realización de operaciones comerciales y financieras, de las cuales, es claro advertir, se materializan con conocimiento de causa, y con la voluntad positiva de las personas que en ellas intervienen, de lo que se sigue que el resultado que de ellas se deriva, se conoce y se acepta.

A partir de lo expuesto, se concluye que conductas como la que hoy se estudia, cuya cristalización como se dijo, involucra la realización de operaciones comerciales y financieras que derivan en un aumento del patrimonio, se perfeccionan con la voluntad de quien está incurso en ellas, dada su naturaleza personal, y con el conocimiento de la ilicitud que ellas entrañan, si es que el aumento del patrimonio resulta no ser justificado.

De este modo, la concurrencia de los dos aspectos reseñados anteriormente, permiten al Despacho en forma provisional, endilgar al investigado la comisión de falta disciplinaria a título de DOLO.

DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Probada la ocurrencia de la conducta referida y establecido que fue realizada por el aquí presunto disciplinado, resulta ahora procedente determinar si el comportamiento reprochado constituye falta disciplinaria.

En el auto que calificó provisionalmente la conducta se elevó el cargo en contra del señor O.A., se describió la conducta y se hizo la imputación, de la manera referida en el numeral 5.1. de la presente decisión.

La conducta irregular endilgada al presunto disciplinado **O.A.**, es constitutiva de falta disciplinaria al tenor de lo previsto en el inciso segundo del numeral tercero de artículo 48 de la Ley 734 de 2.002, pues su comportamiento, corresponde al presunto incremento de su patrimonio y el patrimonio de su hija J.L.A.C. conducta cometida con ocasión o como consecuencia de la función o cargo como servidor público, jefe del Grupo Interno de Trabajo de Control de Tránsitos y Carga de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN.

Recordado lo anterior, se advierte que la acusación típica elevada al servidor público involucrado se mantiene incólume en la calificación de fondo, puesto que como ya se argumentó, existe certeza en la ocurrencia de los hechos y en la actuación del presunto disciplinado en ellos, sin que medie prueba en la actuación que permita restablecer el principio de inocencia que le asistía, al acaecer los presupuestos objetivos que las normas legales contemplan.

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA

Formalizada la ocurrencia de la conducta y su adecuación típica disciplinaria, se hace necesario ahora precisar cómo las mismas se constituyeron en atentatorias al deber funcional del servidor disciplinado.

"(...) ahora bien, adviértase que la responsabilidad disciplinaria no solamente deriva de las categorías dogmáticas tipicidad...y culpabilidad..., sino que es menester que el investigador valore el elemento ilicitud sustancial..., toda vez que la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede derivarse automáticamente de la tipicidad de la conducta...".

La Constitución Política de Colombia establece, como ya se mencionó la cláusula general de responsabilidad de los particulares y servidores públicos, al indicar que sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y éstos últimos además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. También indica en el artículo 122-2, que los servidores públicos podrán ejercer su cargo cuando presten juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, y en el artículo 123-2, que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y el ejercicio de sus funciones debe ser en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

La ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública, es decir, a partir de normas rectoras de su ejercicio; al respecto se tiene dispuesto por la ley disciplinaria en sus artículos 5º y 22 lo siguiente:

"Artículo 5. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."

“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinario, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

Ahora, tal como se dijo en el pliego de cargos de fecha 11 de febrero de 2020, es claro que los servidores públicos deben tener siempre presente el deber de sujetar su función a asegurar la prevalencia del interés general, de donde surge su responsabilidad con ocasión de la vulneración de los principios de legalidad, transparencia, honradez y lealtad.

Sumado a lo anterior, el artículo 209 de la Carta Política establece que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”, todo lo cual constituye el horizonte al cual debe dirigir el servidor público su actuar, cuyo comportamiento se encuentra enmarcado por las relaciones especiales de sujeción que lo ligan a la actividad administrativa, y que le impone ciertos compromisos y obligaciones.

Es por lo anterior que la Norma Superior dispone en el artículo 6º que los servidores públicos no sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De lo anterior se extrae que a los servidores públicos les corresponde tener siempre presente el deber de sujetar su función a asegurar la prevalencia del interés general, la defensa del ordenamiento jurídico y a realizar solamente aquello que les está permitido, de donde surge su responsabilidad con ocasión de la vulneración de los principios de legalidad, transparencia, honradez y lealtad, por abusar de sus derechos, por incumplir sus deberes y prohibiciones, o por incurrir en causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses, o por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esto, en tanto, al asumir sus cargos, los servidores públicos se comprometen a cumplir con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, lo que significa que la realización de comportamientos expresamente prohibidos o calificados como atentatorios del ordenamiento jurídico, sin justificación alguna, pueden resultar violatorios de su deber funcional expresamente definido.

En ese orden de ideas, el incumplimiento de dicho deber funcional es el que orienta la antijuricidad de las conductas; sin embargo, no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta, entendida esta como la conducta o comportamiento, sino la infracción sustancial de dicho deber, es decir, aquella conducta que atente contra el buen funcionamiento del Estado y por consiguiente contra sus fines, tal como lo dejó consignado la Corte Constitucional en sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, mediante la cual hizo el estudio de constitucionalidad del artículo 5º, al expresar:

“La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro”.

En el escenario jurídico de la ilicitud sustancial, es importante mencionar que esta se divide en formal y material. La formal es la contradicción del comportamiento del presunto disciplinado con el ordenamiento

jurídico, es decir, debe analizarse si existen causales de justificación para concluir si se está o no frente a una conducta antijurídica.

Por su parte, la ilicitud sustancial material, comprende una vulneración efectiva y demostrable del bien jurídicamente tutelado con la descripción típica de la conducta desplegada por el presunto disciplinado. Es decir, "La lectura correcta del instituto analizado debe armonizarse con el artículo 22 del Código Disciplinario Único, donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que lo gobiernan, a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales. A ello se contrae en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegido por el derecho disciplinario, norma concordante con el artículo 209 de la Constitución Política. " .

Conforme a las precisiones anteriores, es procedente analizar en primer lugar si existe alguna causal exculpación (ilicitud formal) que justifique el comportamiento que le es imputado al presunto disciplinado en la presente actuación, las cuales no se probaron ni se debatieron dentro del plenario, por lo que se logró demostrar a lo largo del plenario que existió un hecho irregular acaecido por el señor **O.A.**, quien para la época de los hechos se desempeñaba como jefe del Grupo Interno de Trabajo de Control de Tránsitos y Carga de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN.

Así, conforme al anterior actuar, resulta evidente que el presunto disciplinado infringió sus deberes; máxime cuando la conducta que se reprocha proviene de un servidor público, quien 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 cumplimiento de las normas aduaneras, en condiciones de transparencia, resquebraje la prohibición del incumplimiento de sus deberes como servidor público.

Y es que dada la posición privilegiada que ostentaba el señor **O.A.**, resulta evidente que con su actuar afectó de manera flagrante la transparencia, lealtad y pulcritud exigible de su condición de servidor público, comportamiento que hasta la fecha no encuentra justificación alguna pues a lo largo de la investigación las explicaciones brindadas por la defensa y por el mismo presunto disciplinado no se ajustan al devenir procesal y a lo que se logró probar a lo largo de la presente investigación.

Actuaciones que de contera quebrantan la transparencia, honradez y rectitud con la que deben obrar los servidores públicos en ejercicio de la administración de justicia.

Con su actuar, el presunto disciplinado contravino los principios de moralidad pública, transparencia y honradez, que regulan y garantizan la función pública, alejándose con su comportamiento 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 es sustancialmente ilícita y por consiguiente compromete su responsabilidad disciplinaria.

En igual sentido, la ilicitud material es palpable en el caso concreto, ya que el bien jurídicamente tutelado por el derecho disciplinario es la recta y sana función pública, su buena marcha y la credibilidad de las actuaciones de la Administración en cumplimiento de principios y valores descritos en la ley como la transparencia, la moralidad pública y la probidad entre otros; los cuales, evidentemente fue transgredido por el aquí disciplinado, quien se apartó de la función pública en cuanto no desempeño sus funciones de actuar en beneficio del bien general y dentro del marco de sus deberes funcionales, por el contrario, uso los

poderes otorgados con su cargos y funciones para buscar su beneficio personal, trasgrediendo así el fin último del servicio público que es servir a los demás y no servirse así mismo.

Como se observa, la ilicitud sustancial, como figura jurídica propia del derecho disciplinario se establece con la verificación de una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo anterior al tenor del artículo 5º de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y del artículo 13 ibídem, los cuales disponen que las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, lo cual significa que el juicio disciplinario no se agota en demostrar la realización objetiva de una conducta contraria a derecho, sino que es requisito sine qua non establecer la ausencia de justificación en la realización de su conducta y la imputación subjetiva, toda vez que se entiende que la ilicitud sustancial implica que se haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho, o lo que es mejor, no basta con que se quebrante formalmente un deber, sino que se requiere que se haya cuestionado la funcionalidad del mismo o su razón de ser.

También ha de precisarse que la expresión quebrantamiento sustancial de un deber no se corresponde con la antijuricidad material propia del derecho penal o con lesiones de derechos, sino con el grado de afectación a los deberes funcionales a cargo del servidor público sin justificación alguna. Ahora, como la conducta del servidor público relevante para el derecho disciplinario es aquella que sustancialmente desconoce el deber, es necesario la valoración del nexo que une a la conducta objetivamente realizada con el servidor público de quien se predica, es decir, si puede serle atribuida.

Con base en lo expuesto, es válido declarar abastecido el presupuesto de antijuridicidad de la conducta al tenor de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, ya que hubo falta al deber funcional sin justificación alguna conocida por parte del aquí investigado.

En virtud de lo anterior, el Despacho reitera que el servidor público **O.A.**, con su actuar infringió sustancialmente el ordenamiento jurídico vigente, puesto que a pesar que debía comportarse de conformidad con las normas legales y reglamentarias que conocía desde su sujeción con la administración, dejó de hacerlo, lo cual estructura la ilicitud sustancial del comportamiento que surge de la contrariedad entre el actuar oficial y la preceptiva que impone actuar de determinada manera, sin abusar de su cargo.

DEL ANÁLISIS DE CULPABILIDAD

Superado el estudio de la tipicidad e ilicitud sustancial de la conducta imputada al señor **O.A.**, debe indicarse que el aspecto subjetivo, intencional y consiente del servidor público resultan claros para este Despacho, como en ese sentido se afirmó preliminarmente en decisión de fecha 11 de febrero de 2020, referida en el numeral 5.1. del presente acto administrativo.

Calificación que se mantiene en esta oportunidad, puesto que la descripción típica debe ser sancionable a título de DOLO, lo que conlleva de manera implícita en el tipo disciplinario la fundamentación subjetiva que determina el comportamiento transgresor.

“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure una violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de culpabilidad tiene aplicación no solo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos (...).”

En lo que atañe a la forma de culpabilidad, el artículo 13 de la Ley 734 de 2.002 determina que las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. La culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace al agente por actuar con dolo o culpa, entendiéndose por dolo la intención y el querer del agente de causar daño, y la culpa la actuación con negligencia impericia o imprudencia.

El dolo ha sido entendido como la dirección consciente de la voluntad para obtener un resultado típico y antijurídico, previsto y querido. Dicho en otras palabras, en el dolo se presentan elementos intelectivos o cognitivos (conocimiento, representación mental y previsión de la conducta), volitivos (actitud consciente de situarse al margen del derecho) y ejecutivos (materialización sin justificación). Adicionalmente, el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), al cual se acude con fines ilustrativos, también incluye el dolo en la realización de la conducta, cuando ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Respecto de la conducta dolosa la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia C-840/01 del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA, manifestó:

"Según el Diccionario Jurídico Espasa, el dolo: 'Es la forma más grave de la culpabilidad. Suele definirse como conocimiento y voluntad de un resultado típico. Actúa dolosamente quien: 1. Conoce los elementos esenciales del tipo del injusto; sabe, por ejemplo, que la cosa es ajena. Además de saber que la acción que se propone está prohibida por la ley penal, (...). 2. Quiere esa acción y su resultado. Se resuelve a ejecutar aquello que sabe está prohibido. Por tanto, el dolo tiene dos elementos: el intelectual (conocimiento) y el volitivo (voluntad), referidos a un resultado típico, es decir, prohibido por la ley penal."

Para el derecho disciplinario, el dolo está integrado por el conocimiento de los elementos del tipo, la conciencia de la antijuridicidad y la voluntad en la realización de la conducta. Es decir, son dos los aspectos que integran el fenómeno del dolo: Conocimiento y Voluntad.

Por su parte, el parágrafo del artículo 44 ibídem establece que "habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones".

Así tenemos respecto del señor **O.A.**, observado el acervo probatorio que descansa al interior del presente proceso, se tiene que la imputación efectuada, debe hacerse a título de DOLO, como quiera que, en sentir del Despacho, se confirman los dos elementos que lo integran, esto es, el elemento cognoscitivo (conocimiento), así como el volitivo (voluntad), los cuales determinaron la acción del servidor público al momento incrementar su patrimonio y el patrimonio de su hija J.L.A.C.

Para el Despacho, es claro que el disciplinado comprendía la ilicitud de su actuar y pese a ello, actuó con voluntad consiente, quebrantando la ley disciplinaria. Proceder que se constituye en un acto en el que necesariamente media la voluntad y el deseo por parte del disciplinado.

Así las cosas, en los términos de Ley se le exige a todos los funcionarios públicos un particular nivel de compromiso y responsabilidad con sus cargos y funciones(arts. 6 y 123 C.P), situaciones fácticas y jurídicas de las que se permite concluir que evidentemente el disciplinado a partir de las pruebas recaudadas y los análisis fácticos y jurídicos estudiados en líneas anteriores, conocía claramente sus deberes funcionales de diligencia y especial cuidado en sus funciones por tanto la calificación de la culpa del señor **O.A.** que se le endilga en la presente actuación es a título de Dolo.

LAS RAZONES DE LA SANCIÓN

Ahora bien, demostrada las imputaciones fácticas y objetivas, calificadas finalmente como gravísimas a título de DOLO, resta analizar los criterios previstos en el Artículo 47 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” para la graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la destitución e inhabilidad general es la sanción correspondiente para las faltas gravísimas dolosas, de conformidad con el numeral 1º del Artículo 44 de la citada Ley, inhabilidad que oscila entre diez (10) y veinte (20) años como máximo, de acuerdo con el Artículo 46 ibidem.

Debe recordarse en este punto que el propósito del derecho disciplinario es garantizar la buena marcha de la función pública, mediante la investigación y la eventual sanción de comportamientos que desdibujan los fines y los propósitos de las entidades estatales. En tal sentido, corresponde al operador disciplinario evaluar los comportamientos desplegados por los funcionarios públicos en casos concretos y determinados y de ser el caso, si el comportamiento se adecúa típicamente a una infracción disciplinaria, imponer una sanción ejemplarizante, proporcional y ajustada a derecho, la cual debe fundamentarse en las pruebas y en los razonamientos normativos que ponderan el comportamiento investigado, con el objeto de realizar el valor justicia en la definición jurídica sub judice.

En el caso que ocupa la atención del Despacho, tal y como quedó expuesto en el ejercicio de valoración jurídica y probatoria, se concluye la responsabilidad disciplinaria del señor **O.A.** de la infracción disciplinaria consagrada en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, puesto que objetivamente su comportamiento se adecuó al ilícito de **INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO**. Entonces, estando probada la infracción, la autoría y la responsabilidad del disciplinado, es procedente la sanción disciplinaria, cuyo quantum en esta oportunidad se determina según los parámetros del Código Disciplinario Único y así, como se indicó en el capítulo pertinente, toda vez que la falta atribuida es gravísima dolosa, circunstancia que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, conduce a que la sanción a imponer sea la de **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL**.

Ahora, se procede a la graduación de la sanción a la luz de los criterios que para tal aspecto consagra la ley disciplinaria en su artículo 47.

LOS CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga: según el reporte SIRI de la Procuraduría General de la Nación consultado y anexado al expediente con fecha 07 de julio de 2020, el disciplinado no tiene antecedentes disciplinarios, criterio que favorece su situación.

b) La diligencia y eficiencia demostradas en el desempeño del cargo o función: teniendo en cuenta que a través de correo electrónico de fecha 13 de julio de 2020, se allegaron, entre otros, las evaluaciones de desempeño del señor O.A. para el período objeto de la presente investigación disciplinaria, dentro de las cuales se observa una calificación SORESALIENTE, lo cual, para este Despacho es criterio favorable para la graduación de la sanción que se le impondrá al disciplinado.

c) Atribuirle responsabilidad infundada a un tercero: el investigado asumió su defensa sin involucrar a terceras personas, por lo que este criterio no afecta negativamente la dosificación de la sanción, ya que el

espíritu de la norma pretende castigar con mayor severidad a aquellos sujetos procesales que asumen su defensa con acusaciones temerarias contra terceros.

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos: este criterio no aplica para el caso concreto.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado: la norma prevé un comportamiento positivo del agente tendiente a remediar los efectos de la infracción, de suerte tal que en aquellos eventos en los cuales se presenta una actitud resarcitoria o proclive a enmendar los efectos de la infracción disciplinaria, el legislador ha otorgado la posibilidad de alivianar el quantum de la sanción. En el presente caso no existió un comportamiento en ese sentido, por lo que este criterio afecta negativamente el monto de la sanción del señor O.A.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso: Este criterio no corresponde con la naturaleza del ilícito disciplinario objeto de reproche.

g) El grave daño social de la conducta: el comportamiento reprochado al señor O.A. afecta gravemente el servicio público esencial que cumple, y por esta vía, la conducta tiene un impacto social por cuanto la confianza, credibilidad, dignidad y legitimidad institucional de la actuación administrativa fue puesta en riesgo, sobre todo, teniendo en cuenta la naturaleza de servicio público esencial que ofrece la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales U.A.E. DIAN, según lo dispone el parágrafo del artículo 53 de la Ley 633 de 2.000⁸⁴ "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial", razón por la cual este criterio es llamado a agravar el quantum de la sanción disciplinaria.

h) La afectación a derechos fundamentales: la conducta del investigado no vulneró derechos de esta naturaleza, razón por la cual este criterio será tenido en cuenta a su favor.

i) El conocimiento de la ilicitud: es claro que el disciplinado conocía la ilicitud de su comportamiento, al punto que su obrar fue eminentemente doloso. El disciplinado era consciente de la improcedencia de incrementar su patrimonio y el patrimonio de su hija J.L.A.C. injustificadamente, razón por la cual, este criterio debe ser valorado en su contra.

j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad: entre mayor sea el grado jerárquico del funcionario, mayores son las expectativas que en él se depositan, razón por la cual la responsabilidad disciplinaria es más severa. En ese sentido, el disciplinado ostentaba un cargo de relevancia jerárquica, razón por la cual este criterio se tendrá en cuenta para agravar la sanción disciplinaria. De otra parte, el numeral segundo del artículo 47 establece que en aquellos eventos en los cuales el disciplinado infrinja varias disposiciones de la Ley Disciplinaria, con una o varias acciones u omisiones, o varias veces la misma disposición, la sanción deberá graduarse de conformidad con lo dispuesto en los literales subsiguientes. Empero, en el caso sub examine no se predica un concurso de conductas disciplinarias, razón por la cual se encuentra satisfecho el análisis de los criterios de graduación de la sanción. En virtud de lo anterior, a partir de los criterios analizados en precedencia, este fallador de instancia impondrá al señor O. A. una INHABILIDAD GENERAL de DIECIOHO (18) AÑOS.

En conclusión, este Despacho estima en ejercicio del principio de la proporcionalidad, que debe imponerse al investigado O.A. sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA

OCUPAR CARGOS Y EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIECIOCHO (18) AÑOS, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive del presente proveído.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DISCIPLINARIAMENTE RESPONSABLE al disciplinado O.A. identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXXX, titular del cargo del empleo de carrera Analista V Nivel 205 Grado 05, quien para la época de los hechos estaba ubicado en el Grupo Interno de Trabajo (G.I.T.) Control de Tránsitos y Carga de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional De Impuestos y Aduanas de XXXXX, de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -U.A.E. DIAN-, por cuanto quedó plenamente demostrado en el plenario que es responsable de incurrir en la falta gravísima descrita en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, de acuerdo con lo expuesto en el aparte considerativo de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, IMPONER sanción disciplinaria de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA OCUPAR CARGOS Y EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DIECIOCHO (18) AÑOS al señor O.A. de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión al señor O.A. en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura de la U.A.E. DIAN, Calle XXXX Edificio XXXX de la ciudad de XXXXX (XXXXXXXXXXXX), al correo electrónico institucional XXXX@bian.gov.co, a su domicilio en la calle XX No. XX-XX, Barrio XXXXXX de la ciudad XXXX (XXXXXX) y a la cuenta pqrz.XXXX@gmail.com; y al doctor S. S. M. Q.R. identificado con la Cédula de Ciudadanía No. XXXXX y Tarjeta Profesional No. XXXXX del Consejo Superior de la Judicatura, quien puede ser ubicado en la Cra. XX No. XX-XX Oficina XX Edificio XXXX de la ciudad de Bogotá D.C. y a la cuenta de correo electrónico XXXX@gmail.com, conforme a lo establecido en el artículo 101 de la Ley 734 de 2.002.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN.

QUINTO: En firme la presente decisión, COMUNICAR su sentido a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código Disciplinario Único.

SEXTO: REMITIR COPIAS DE LA PRESENTE ACTUACIÓN DISCIPLINARIA a la Fiscalía General de la Nación, para que obre dentro de la causa investigada en dicha Entidad.

SÉPTIMO: REGISTRAR esta decisión una vez se encuentre en firme, en el libro o aplicativo dispuesto para ello.

OCTAVO: LIBRAR a través de la Secretaría de esta Subdirección las comunicaciones a las que hubiere lugar.

Extracto tomado de la Resolución. 17317-00014 de fecha 02 de diciembre de 2020 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.