

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA**1. INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2016-181
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	E.S.C.D - A.A.V.B - J.M.G.B - J.L.V.F - J.J.A.H
- CARGO:	Gestor IV - Gestor IV - Gestor Grado III - Gestor IV - Gestor I, de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas.
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Montería
- TEMA:	Tipificación del delito de Concusión, de falsedad ideológica en documento público y existencia de una actuación manifiestamente ilegal.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

El origen de la presente investigación tiene sustento en las presuntas irregularidades presentadas en el proceso administrativo de cobro coactivo, adelantado por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Montería, con ocasión de una deuda tributaria causada a cargo de la quejosa **N.M.C.V**, concerniente al Impuesto de Renta años 2005 y 2007. En el curso del precitado proceso administrativo se identificó un bien Inmueble rural denominado "La Gloria", ubicado en el municipio de Valencia departamento de Córdoba, de propiedad de la contribuyente el cual fue afectado con las medidas cautelares de embargo y secuestro dirigidas a obtener el pago forzado de la obligación tributaria.

Informó la quejosa que con posterioridad a la realización de la diligencia de secuestro se presentaron en el citado predio rural el señor **P.R**, ex funcionario de la Secretaría de Gobierno Municipal de Valencia - Córdoba, acompañado de una persona apodada "El Zipo", quienes manifestaron el interés de adquirirlo en remate, situación ante la cual aduce filtración de información por parte de los funcionarios de la DIAN, toda vez que según su criterio el inmueble fue avaluado de manera irregular al establecerse un precio muy inferior en comparación con su valor real comercial.

Sumado a ello, manifestó que las fotografías allegadas en el dictamen de avalúo no corresponden a su inmueble sino a un predio de mayor extensión de propiedad de su esposo **L.B.M**, denominado "El Descanso", dentro del cual se ubica la finca "La Gloria" objeto de las medidas cautelares; agrega

que en su predio no posee casas, ni vías de acceso vehicular, entre otros aspectos, visualizados en las citadas imágenes.

Reseña procesal

1. El 31 de mayo de 2016, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, en atención a la finalidad establecida en el artículo 150 del Código disciplinario Único profirió auto de Indagación Preliminar; en dicha decisión se ordenó la práctica de pruebas documentales y declaraciones juramentadas de los quejosos.

2. Con el fin de obtener mayores elementos de juicio el citado Despacho ordenó pruebas de oficio consistentes en una Inspección al proceso administrativo de cobro coactivo y declaración de la perito encargada de efectuar el avalúo del predio.

3. Ante la presunta realización de conductas vulneratorias de bienes jurídicos protegidos en la Legislación Penal, se remitió por competencia el proceso a la Agencia ITRC. El fundamento de dicha decisión se basó en el contenido al parecer irregular de los actos administrativos expedidos por los funcionarios de la DIAN seccional Montería en el transcurso del proceso de cobro coactivo al considerar que contienen una información contraria a la verdad, como quiera, que allí se señaló que el avalúo comercial del bien inmueble denominado "La Gloria" fue realizado por el Auxiliar de Justicia **E.M.N.P**, no obstante a que en el proceso no obra su informe sino uno elaborado por **P.M.N.P**, quien no estaba designada como perito evaluador.

4. La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC profirió Auto de Apertura de investigación a través del cual se vinculó formalmente a **E.S.C**, en calidad de Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Montería, **J.G.B**, **A.V.B**, **J.V.F** y **J.A.H**, estos últimos en sus calidades de Gestores pertenecientes a la mencionada dependencia y consecuentemente el 9 de noviembre de 2017, emitió Auto de Cierre de Investigación.

5. Se profirió Auto de Formulación de Cargos contra los precitados funcionarios. La adecuación típica de la conducta giró en torno a la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48 numeral de la Ley 734 de 2002, en consonancia con los artículos 286 (Falsedad ideológica en Documento Público), 413 (Prevaricato por Acción) y 404 (Concusión) de la Legislación Penal. En atención a que cada uno de los disciplinados en ejercicio de sus cargos y funciones asignadas intervinieron en diferentes etapas del precitado proceso de jurisdicción coactiva, seguidamente se precisa la imputación realizada de manera individualizada: Con relación al investigado **A.V.B**, se estableció que abusó de su cargo al solicitar dinero al esposo de la contribuyente para ofrecer su ayuda en un asunto sometido a su conocimiento e instrucción como lo era el proceso de jurisdicción coactiva, actuar que lesionó el correcto funcionamiento de la administración.

6. El 7 de noviembre de 2018, se profirió fallo de primera instancia en el cual se exoneró de responsabilidad a los disciplinados **E.C.D**, **J.G.B**, **J.V.F** y **J.J.A.H**, frente a los cargos imputados por la presunta comisión de los delitos de Falsedad Ideológica en Documento Público y Prevaricato por Acción. Respecto al disciplinado **A.V.B**, de un lado, se le exoneró de responsabilidad por los cargos de Falsedad Ideológica de Documento Público y Prevaricato por Acción y de otro, se le declaró

responsable por la acreditación de la conducta descrita en el artículo 404 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, tipificada en el artículo 404 del Código Penal — Ley 599 de 2000 —, referida al delito de Concusión.

7. Previa comunicación del fallo de primer grado y en atención a lo previsto en el artículo 109 de la Ley 734 de 2002, los quejosos presentaron de manera oportuna recurso de apelación contra las decisiones absolutorias.

8. Por su parte, la apoderada del disciplinado, interpuso recurso de apelación contra el fallo sancionatorio el cual inicialmente fue rechazado por extemporáneo sin embargo, resuelta la consulta por la Directora General de la Agencia ITRC fue declarado procedente.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA – SUSTENTACIÓN DEL RECUSO – CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Procede el Despacho a revisar, por vía de apelación, el fallo de primera instancia proferido el 7 de noviembre de 2018 por la Subdirección de Investigaciones disciplinarias de la Agencia ITRC, en atención a las presuntas irregularidades presentadas en la actuación administrativa desarrollada con ocasión del proceso de cobro coactivo adelantado en la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Seccional Montería, contra la quejosa, en razón a una deuda generada por el Impuesto de Renta, Análisis del recurso de apelación interpuesto por los quejosos. De acuerdo con los motivos de disenso de los apelantes con la decisión absoluta de primera instancia, el planteamiento a estudiar se enfoca en el análisis de legalidad de los actos administrativos proyectados y proferidos por funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Montería disciplinados en la precitada actuación de cobro coactiva que culminó con el remate de un bien inmueble rural denominado “La Gloria”, con el fin de establecer la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

Problema jurídico.

¿Pudieron incurrir los disciplinados en la falta contenida en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 286 del Código Penal referente a la conducta de falsedad ideológica en documento público, al figurar el nombre de **E.M.N.M**, como perito evaluador del predio rural, en algunos actos administrativos del trámite del proceso de cobro coactiva seguido contra la quejosa, no obstante que en el proceso obra un avalúo pericial rendido por la perito **P.N.P**, quien no fue designada de manera aleatoria de la lista de auxiliares de la justicia contenida en el aplicativo SIPAC?

¿La omisión de identificar de forma exacta y precisa el bien inmueble rural “La Gloria” en la diligencia de secuestro adelantada el 30 de septiembre de 2014, por el disciplinado **J.M.G.B**, conllevó a que las medidas cautelares decretadas en el proceso de cobro coactivo seguido contra la quejosa recayeran sobre un predio distinto al afectado y que la actuación sea considerada manifiestamente ilegal?

¿Es posible atribuir responsabilidad al investigado **A.A.V.B.**, de haber incurrido en la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 404 del Código Penal contentivo del delito de Concusión, con base en una única prueba testimonial rendida por **L.C.B.**, esposo de la quejosa, según la cual el investigado le solicitó dinero con la finalidad de favorecerlos en la diligencia de remate del predio "La Gloria"?

Análisis del primer problema jurídico.

El Despacho adopta la tesis consistente en que si bien es cierto en los diferentes autos que Integrarán el proceso de ejecución coactiva existe disimilitud entre el nombre del perito evaluador inicialmente designado para efectuar el avalúo del predio objeto de medida cautelar y la identificación del auxiliar que finalmente rindió el Informe, también lo es, que dicha inconsistencia además de carecer de la potencialidad de causar daño al bien jurídico protegido en el tipo penal de Falsedad Ideológica, no fue producto de la intencionalidad de los investigados sino que es atribuible a la operatividad del aplicativo SIPAC, herramienta utilizada en la DIAN para la designación de los auxiliares de la justicia la cual es inmodificable y emite de manera automática formatos pre impresos con información desactualizada.

En diligencia de declaración juramentada rendida el 18 de agosto de 2016 ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, por **P.M.N.P.**, en su condición de perito evaluador dentro del proceso de cobro coactivo, indicó que, para la época de los hechos materia de investigación, fue designada por el disciplinado **A.V.B.**, para efecto de realizar el avalúo del terreno rural, el cual fue presentado en el mes de diciembre de 2015, previa inspección al predio lo cual hizo en compañía del secuestre **R.M.A.H.** Con relación a **E.M.N.P.**, la Citada declarante aclaró que es su hermano y que en la actualidad no ejerce como Auxiliar de Justicia, como quiera, que se encuentra desarrollando actividad comercial privada.

En consonancia con lo anterior, en declaración, bajo la gravedad del juramento por **E.M.N.P.**, confirmó que perteneció a la lista de auxiliar de la justicia, que con posterioridad no actualizó los documentos y se retiró de dicha actividad.

La Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC efectuó visita administrativa practicada en la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN de Montería, en la cual se estableció que dicha entidad cuenta con un Sistema de Planeación y Administración de la Cartera Morosa — SIPAC, a través del cual figuran cada una de las actuaciones adelantadas en el proceso de cobro. Se aclaró que el sistema una vez designe automáticamente al perito genera tres (3) autos a saber: - auto que ordena el avalúo de los bienes y designación de perito — comunicado designando auxiliar y auto por medio del cual se nombra auxiliar, situación que conllevó a que en los autos cuestionados emitidos por los disciplinados con posterioridad al avalúo del predio "La Gloria" figurara el nombre de quien no había emitido el dictamen.

En el mismo sentido declaró la funcionaria **M.R.D.S.**: "Las actuaciones que se surtan en el proceso de cobro están encadenadas en el sistema y los funcionarios están supeditados a los formatos de actos administrativos, formas de notificación y la lista de auxiliares que arroje el aplicativo. De cara

a las probanzas relacionadas precedentemente, procede el Despacho a verificar las exigencias típicas de la conducta de Falsedad Ideológica en Documento Público, descrito en el Código Penal.”

Dicho punible ha precisado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se configura cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos dada su facultad certificadora de la verdad, además de la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos que expiden o en los cuales intervienen.

En atención mi citado marco normativo y jurisprudencial concluye el Despacho que el aplicativo SIPAC a través del cual se llevó a cabo el proceso de asignación de Auxiliar de Justicia en el proceso coactivo que se cuestiona, por sus características técnicas es inmodificable, esto es, no permite cambiar el nombre del perito asignado inicialmente para el apoyo en una investigación, falencia del sistema que permite razonablemente argumentar y concluir en grado de certeza que los investigados no actuaron con un propósito doloso o deliberado con la intención de vulnerar el bien jurídico de la fe pública protegido en el tipo penal de Falsedad Ideológica en Documento Público, pues el data de **E.N.P**, fue impuesto por el aplicativo y jurídicamente no tenían la obligación de subsanarlo atendiendo el principio general del derecho según el cual nadie está obligado a lo imposible.

El investigado **A.V.B**, quien para la época de los hechos, se encontraba sustanciando el expediente de cobra coactivo seguido contra la quejosa, procedió a designar de forma manual a la perito **P.M.N.M**, quien finalmente rindió el avalúo comercial del terreno rural “La Gloria”, dejando constancia en el acta de posesión que **E.N.M**, perito inicialmente designado aleatoriamente por el sistema no tomó posesión de dicho cargo. Más aún, encuentra el Despacho que la imprecisión en el nombre del perito ocurrida por falencias en la funcionalidad del aplicativo SIPAC, fue un aspecto meramente formal que careció de la potencialidad de causar daño al no afectar el interés jurídicamente tutelado, como quiera que no generó efectos nocivos en el trámite del expediente de cobra coactivo adelantado contra la quejosa, toda vez que en dicha actuación obró la existencia de un avalúo pericial que se realizó sobre el terreno “La Gloria” efectuado por la perito **P.N.P**.

Así las cosas, la censura elevada por la quejosa dirigida a endilgar la responsabilidad a los disciplinados por contener algunos de los actos administrativos del proceso de cobro coactivo objeto de reproche información contraria a la realidad, no tiene vocación de prosperidad por resultar equívoca y carente de soporte fáctico, jurídico y probatorio, máxime cuando el actuar de los disciplinados no se encuentra relacionado con la falencia en la asignación y cambio de peritos evaluadores, la cual de conformidad con lo establecido por la primera instancia es propia del sistema SIPAC. Por las razones expuestas precedentemente procede el Despacho a confirmar la decisión absolutoria proferida por el a quo quien concluyó la inexistencia de la falta disciplinaria consagrada.

Análisis del segundo problema jurídico.

Con relación al asunto planteado en el recurso de apelación interpuesto por los quejosos sobre la presunta ilegalidad de la diligencia de secuestro realizada el 30 de septiembre de 2014 por el

disciplinado **J.M.G.B**, quien ejerció el cargo de Gestor III, a quien se le endilgó la conducta disciplinaria descrita en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002 en consonancia con el artículo 413 del Código Penal referido al delito de Prevaricato por Acción por haber omitido individualizar de manera precisa el bien inmueble sujeto a medida cautelar.

Conforme a la declaración juramentada rendida el 22 de junio de 2017, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC por **R.M.A.H**, designado como secuestre dentro del proceso de cobro coactivo adelantado contra la contribuyente **N.C.V**, manifestó que se desplazó en compañía del disciplinado **J.M.G.B**, al predio "La Gloria" y que en el sitio fueron atendidos por **J.P**, encargo del cuidado del predio quien les informó la manera de ubicarse en el Note objeto de la medida cautelar de propiedad de la quejosa. Posteriormente, el citado secuestre **R.M.A.H**, en diligencia de declaración juramentada agregó que la función del secuestre en dicha diligencia se limita a recibir el bien materializado, precisando que es deber del funcionario de la DIAN identificar el inmueble con linderos, áreas y características. Al respecto mencionó que "(...) en el momento de practicar la diligencia de secuestro en ningún código dice que hay que medir la tierra como secuestre, solamente se identifica debidamente el inmueble con la matrícula y con la escritura y lo ubicación (...)".

De otro lado, el disciplinado **J.M.G.B**, en diligencia de versión libre rendida, expuso que la normativa procesal no establece que deba identificar los linderos, área y cabida del terreno rural. Por su parte solicitó en la etapa de descargos escuchar en declaración juramentada a **R.S.C**, por su experiencia en el tema de secuestro de bienes inmuebles rurales: indicó que es secretario de un Juzgado Civil Municipal y que, por su conocimiento en el trámite de procesos de ejecución, al secuestro no le corresponde identificar el bien, sino que es una función propia de los auxiliares de la justicia expertos en peritación. Sobre las obligaciones del secuestre de hacer la identificación del bien aclaró que: "(...) Al secuestre no, ya esta es una función propia de los auxiliares de la justicia expertos en peritación, primero porque ellos cuentan con los elementos para la medición bajo los efectos satelitales y deben aportar fotografías y planos pertinentes (...)".

Como consecuencia de la actuación del disciplinado, en la medida en que no se identificó debidamente el inmueble en la diligencia de secuestro, la quejosa en declaración juramentada rendida el 18 de agosto de 2016 ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN manifestó que las fotografías anexas al avalúo comercial, no Corresponde al predio afectado con las medidas cautelares "(...) Porque los fotografías tomadas a la finca, tiene corrales, tiene vías de acceso en buen estado, tiene unos palmas que están frente a la casa de mi esposo, hay una ceiba que está en la finca de mi esposo, y la finca de La Gloria, no tiene vía de acceso vehicular, no tiene Corrales, no tiene vivienda, es decir, las fotografías que tomaron corresponden a la finca de mi esposo, que se llama el descanso (...)".

Contextualizada la situación fáctica y probatoria entra el Despacho a estudiar la conducta penal de Prevaricato por Acción formulada at disciplinado **J.M.G.B**, quien en su calidad de funcionario de la DIAN efectuó la diligencia del secuestro del bien inmueble denominado "La Gloria" de propiedad de la contribuyente, como quiera que en recuso de apelación los quejosos insisten en la configuración de la misma.

El artículo 413 del Código Penal establece: "(...) El servidor público que profiera resolución, dictamen a concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...) ". El presupuesto fáctico objetivo de la norma transcrita se encuentra constituido por tres (3) elementos a saber: **(i)** un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; **(ii)** que el mismo profiera resolución, dictamen o concepto; y **(iii)** que algunos de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrarios a la Ley, esto es, no basta que la decisión sea ilegal, sino que la disparidad del acto respecto al ordenamiento no admita justificación alguna.

En cuanto al primer presupuesto, está acreditado dentro del plenario la calidad de servidor público que ostentó **J.M.G.B.**, nombrado en calidad de Gestor en la División de Cobranzas y Recaudos de la DIAN Montería, tal como reposa en la certificación emitida por la Subdirectora de Gestión de Personal. Respecto del segundo requisito también se encuentra demostrado que el disciplinado intervino en la diligencia de secuestro del inmueble, actuación que se encuentra reflejada en el acta de secuestro cuestionada por los quejosos.

Ahora bien, en cuanto al tercer requisito observa el Despacho que no es dable considerar como ilegal el contenido del acta de secuestro, es decir, no se configura la contrariedad manifiesta y patente del acta con la ley, Sobre el particular, es de aclarar que lo que se reprocha penalmente es la evidente contrariedad con el ordenamiento jurídico, Con lo cual se sustraen a la esfera del delito de prevaricato aquellas decisiones que pudiendo llegar a ser desacertadas, y de alguna manera contrarias a la legalidad, devienen de juicios razonados.

Aterrizando lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que, si bien es cierto existe falencia en el acta de secuestro por no identificarse con precisión el predio afectado con la medida, también lo es que, dicha ambigüedad no fue producto de una deliberada y mal intencionada voluntad del disciplinado de contravenir el ordenamiento jurídico, sino que la misma se originó en razón a que la ubicación del inmueble no era clara por encontrarse dentro de un área de mayor extensión en un terreno enmalezado, de relieve quebrado, carente de infraestructura, motivo por el cual se procedió a identificar legalmente el terreno haciendo alusión a la escritura pública Número 500 del 28 de marzo de 2005, emitida por la Notaría Primera de Montería, a través de la cual la quejosa adquirió el derecho de dominio.

Desde otra perspectiva, se observa que el fallador de primera instancia omitió acreditar el ingrediente normativo, como quiera, que no expuso las razones por las cuales se consideró que dicha violación es grosera y manifiesta, toda vez que limitó el análisis de responsabilidad solamente en una declaración rendida el 9 de mayo de 2018, por **R.S.C.**, en su condición de Secretario de un Juzgado Civil Municipal sin realizar el estudio de la ley o norma trasgredida a fin de emprender razonamiento sobre el por qué se habría obrado en contraria, no explicó cómo fueron violadas, ni la decisión que frente a las mismas debía tomarse.

Así las cosas, concluye esta segunda instancia que no se encuentra acreditado más allá de toda duda razonable que la actuación llevada a cabo por el disciplinado, en la diligencia de secuestro del predio haya sido manifiestamente contraria a la Ley o que haya sido adoptada de manera arbitraria o con mal intencionada voluntad de contrarias el ordenamiento jurídico.

Se tiene que si bien es cierto no se precisó de manera detallada el bien con su cabida, linderos y área, también lo es que ello se debió a las especiales condiciones descritas en que se encontraba ubicado el inmueble sumado o la carencia de elementos y aparatos de medición por parte de **J.M.G.B**, para efecto de proceder a Identificarlo plenamente, circunstancia por la cual se desplazó junto con el secuestro al terreno de mayor extensión y se tomaron las fotografías del terreno; conforme a las indicaciones recibidas por parte del señor **J.P**, quien se encontraba en el inmueble al momento de llevar a cabo la diligencia de secuestro. En consecuencia, observa el Despacho que el planteamiento formulado por los quejosos es equivoco en la medida en que en la diligencia de secuestro se identificó jurídicamente el bien denominado “La Gloria”, actuación que permitió darle los elementos suficientes al perito para que pudiera hacer el avalúo correspondiente.

Así las cosas, concluye el Despacho que no es dable endilgar responsabilidad al disciplinado **J.M.G.B**, en su calidad de Gestor III, con ocasión de la realización del secuestro del terreno rural, toda vez, que además de no acreditarse probatoriamente que su actuación haya sido manifiestamente ilegal, se tiene que en la diligencia de secuestro fue identificado jurídicamente el bien, lo cual permitió que la perito tuviera los suficientes elementos para llevar a cabo su actividad pericial.

Análisis del tercer problema jurídico.

En torno a la presunta atribución de la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 404 del Código Penal, atinente a la conducta punible de Concusión atribuida al disciplinado **A.A.V.B**, en su condición de Gestor III, se observa que el fallador de primer grado soportó el juicio de responsabilidad con base en la única declaración rendida por **L.C.B.M**, esposo de la quejosa, el 15 de octubre de 2017, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, testimonio que consideró como un medio de prueba coherente y contundente al momento de relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo ocurrencia el comportamiento enjuiciado.

La inconformidad radica en la existencia de contradicciones en los relatos rendidos por el único testigo de cargo, habida cuenta la plena credibilidad que le confirió el fallador de primer grado en punto de la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del disciplinado.

Contrario a lo sostenido por el a quo sobre la eficacia del testimonio de cargo en mención, encuentra la segunda instancia contradicciones sustanciales que recaen sobre aspectos principales de su relato, circunstancia que impide conferirle mérito y credibilidad, haciendo inexistente la comisión de la conducta punible de Concusión objeto de atribución, en razón a lo siguiente: “Al momento de determinar las circunstancias temporales y modales del supuesto ofrecimiento económico se evidencia la falta de coherencia y consistencia de su relato porque inicialmente indicó que con ocasión del proceso de cobro coactivo fue atendido por el funcionario de la DIAN de apellido X, sin embargo, de manera disímil en la siguiente declaración de manera superficial manifestó que fue citado en una panadería por un funcionario que no conocía y que lo debía identificar por el color de la camisa.”

El mencionado dato contradictorio no es de carácter insubstancial ni mucho menos que haya obedecido a causas razonables como un olvido parcial por el lapso de tiempo transcurrido durante el trámite del proceso de cobro que se cuestiona, pues el hecho de que con anterioridad a la supuesta reunión en la panadería donde se concretó la solicitud económica haya conocido al disciplinado **A.A.V.B.**, a quien señaló como el presunto autor del delito de concusión, es una razón de peso para que hubiese hecho mención de ello en su declaración. No encuentra el Despacho justificación razonada por la cual el declarante haya omitido manifestar en su declaración inicial la conducta delictiva supuestamente cometida por el disciplinado, teniendo en cuenta, la connotación y la gravedad del hecho el cual por su transcendencia no suele pasar por desapercibido, más aun cuando, según su dicho, identificaba con anterioridad al disciplinado como funcionario de la DIAN encargado de adelantar el proceso de cobro coactivo lo cual se refería directamente a los hechos fundamento objeto de investigación, aspecto de relevancia para efecto de ponderar la credibilidad y firmeza de la prueba testimonial cuyo análisis fue pasado por alto por el a quo quien se delimitó a indicar que se trataba de un testimonio coherente y contundente sin fundamentar dicha conclusión.

De lo manifestado por el declarante se advierte que existía animosidad hacia los funcionarios que, en ejercicio de sus funciones, tenían asignado el trámite del proceso de cobro, toda vez que, con ocasión de la deuda tributaria a cargo de su esposa, se habría iniciado el proceso de cobro coactivo y el decreto de las medidas cautelares de embargo y secuestro del inmueble, lo que conllevó a que su declaración carezca de eficacia probatoria, circunstancia que tampoco fue tomada en cuenta por el fallador de primer grado para efecto de valorar bajo las reglas de la sana crítica el relato sobre el cual soportó la responsabilidad de **A.A.V.B.**

También se advierte la falta de precisión y Claridad al momento de relatar las circunstancias de tiempo y modo del aparente actuar delictivo de **A.A.V.B.**, si se tiene en cuenta que el declarante se limitó a expresar que habla sido citado en una panadería ubicada en la calle 33 con carrera 3 y 4, omitiendo representar los hechos mediante sus palabras de forma tal que el operador disciplinario pudiera percibir y conocer los acontecimientos concretos. Sobre el particular, observa la segunda instancia que el Único testigo del cargo, manifestó de manera trivial no recordar la fecha exacta de la presunta reunión con el disciplinado, refiriendo que fue en el año 2015 al parecer en octubre, lo que, se reitera, suprime el conocimiento de los elementos de modo y tiempo en que ocurrió la conducta.

Además, la justificación dubitativa e inconvincente que relató sobre la ayuda que supuestamente le iba a brindar el disciplinado para quedarse con el remate del inmueble rural "La Gloria", le resta credibilidad y coherencia a su relato, pues téngase en cuenta que por la dinámica y regulación de la mencionada diligencia, la cual fue realizada a través de pública subasta, **A.A.V.B.** carecía de facultad decisoria sobre la adjudicación del predio, más aún, cuando legalmente el remate debe anunciarse en un periódico de amplia circulación o medio masivo de comunicación, de manera tal que no le era dable controlar el número de oferentes interesados en el bien.

Por último y no menos importante, es que el disciplinado no tenía asignado el proceso de cobro de manera permanente, de manera que le permitiera tener control y tomar decisiones sobre las actuaciones realizadas tendientes a favorecer al declarante.

Sobre este punto, se encuentra acreditado que inicialmente al Investigado le fue asignado el expediente de cobro coactivo objeto de reproche y posteriormente fue separado de su Conocimiento debido a la inconformidad que presentó el abogado de la quejosa ante la entonces Jefe de la División de Cobranzas por el avalúo irregular del bien: así mismo, se tiene que, para el momento en que se fijó la fecha para la realización del remate, el proceso estaba a cargo del funcionario **J.A.H**, quien debido a un permiso sindical no pudo intervenir en la realización de la audiencia, por lo cual se reasignó el proceso al disciplinado únicamente con el fin de llevarla a cabo y quien lo devolvió al funcionario de conocimiento para continuar con el trámite del proceso. De hecho, en diligencia de versión libre rendida por el disciplinado indicó que recibió el expediente en etapa coactiva, que estando a su cargo se presentó un señor, quien se identificó como abogado de la quejosa manifestando su inconformidad con el avalúo del predio, motivo por el cual la entonces directora de la División de Cobranzas y Recaudo de la DIAN le retiró del proceso y se lo asignó a otra funcionaria.

Luego el proceso pasó a manos de **J.A**, quien para el momento de la diligencia de remate se encontraba de permiso sindical por lo que el proceso fue nuevamente asumido por **A.A.V.B** durante su permiso, y volvió a asumirlo nuevamente **J.A** luego de adelantada la diligencia de remate. Ello se encuentra corroborado en declaración juramentada rendida el 22 de febrero de 2017, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC por una funcionaria vinculada en la División de Recaudo y Cobranzas seccional Montería, con cargo Gestor III, encargada de efectuar el reparto de los expedientes, para la época de los hechos, quien manifestó que inicialmente el proceso estaba asignado al disciplinado **A.A.V.B** luego fue apartado de su conocimiento y reasignado a la funcionaria **A.C.B**, posteriormente fue entregado a **J.A**, quien solicitó permiso sindicato y nuevamente se le asignó a **A.A.V.B**, únicamente para la realización de la diligencia de remate.

En síntesis, se tiene que, la credibilidad del único testigo de cargo para soportar la imputación delictual de concusión resulta afectada y no lleva al Despacho al convencimiento de la autenticidad de su declaración, por el hecho de las aseveraciones contradictorias y ambiguas contenidas en los diversos relatos rendidos, circunstancia que impide llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la mencionada prueba, razón por la cual la Unidad ITRC revoca la sentencia impugnada en razón a que no existe el convencimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho atribuido.

La segunda instancia, en gracia de discusión, procede a realizar un estudio sobre los elementos del delito de concusión frente a la única prueba del cargo en la cual se soportó el juicio de responsabilidad efectuado por el a quo, advirtiendo que este no alcanzó su configuración por ausencia de uno de los mementos Constitutivos de la conducta punible.

Para arribar a dicha conclusión es necesario traer a colación las exigencias típicas contenidas en la descripción objetiva de la conducta reprochada la cual se encuentra consagrada en el artículo 404 del Código Penal. Acerca de los elementos que componen el tipo penal de concusión el Despacho enfoca el estudio respecto del elemento subjetivo predicable de la víctima, denominado por la Corte

Suprema de Justicia como “metus publicae potestatis” referido a que el miedo es un resultado que debe estar presente en el sujeto pasivo para que pueda configurarse el delito de concusión.

La ejecución de la conducta concusionaria en cualquiera de sus formas de ejecución, es decir constreñir, inducir o solicitar, requiere que exista el “metus publicae potestatis” que significa temor al poder público o miedo al poder público. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de la exigencia del elemento subjetivo, que conduce al sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del agente corrupto del Estado”

En el caso bajo estudio, se observa que la presunta exigencia dineraria indebida Pareció de aptitud para suscitar en la víctima el miedo al poder público, en otras palabras, no logró infundir ese temor necesario para la configuración del injusto. De lo anterior, se colige que ante la supuesta pretensión corrupta del funcionario de la DIAN, el sujeto pasivo no experimentó el temor o el resultado psicológico, a tal punto que no solo se negó a ceder ante la exigencia irregular sino que manifestó su desinterés ante su proposición, por lo tanto habrá de decirse, que el delito no alcanzó su configuración en la medida en que el resultado, esto es, la consecuente disposición del declarante a ceder ante la exigencia indebida, no se presentó por razones ajenas a la voluntad del disciplinado, independientemente, de que el dinero no haya entrado en la esfera de custodia del servidor público. Aunado, sobre todo, a que tampoco se pudo corroborar el tiempo y modo en que se realizó la solicitud indebida, requisitos indispensables para verificar la incursión en la conducta, según se anotó.

4. RESUELVE - 2° INSTANCIA

PRIMERO: REVOCAR la sanción de DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL de once (11) años impuesta al disciplinado **A.A.V.B**, en su condición de Gestor IV, contenida en el fallo proferido el 7 de noviembre de 2018, al no encontrarse probada su responsabilidad por la falta disciplinaria descrita en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 404 referente a la conducta punible de concusión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, y en su lugar, **ABSOLVERLO** de responsabilidad disciplinaria.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo proferido el 7 de noviembre de 2018, por la Subdirección Técnica de la Agencia de Investigaciones Especiales, en cuanto a las decisiones absolutorias proferidas a favor de los disciplinados **E.S.C.D**, Gestor IV, **A.A.V.B**, Gestor IV; **J.M.G.B**, Gestor Grado III; **J.L.V.F**, Gestor IV y **J.J.A.H.**, Gestor I, de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, al no encontrarse probada la responsabilidad por la falta disciplinaria establecida en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 28 referente al delito de falsedad Ideológica en Documento Público y 413 referente al delito de Prevaricato por Acción del Código Penal, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: NOTIFICAR a los sujetos procesales de conformidad con las previsiones legales.

CUARTO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.