

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

|                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|---------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| - <b>NUMERO DEL EXPEDIENTE:</b> | <b>1704-00-2016-108</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| - <b>PONENTE:</b>               | <b>Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| - <b>INVESTIGADOS:</b>          | <b>L.H.S – E.G.M.B</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| - <b>CARGO:</b>                 | <b>Gestor I Grado 301-0J GIT de Importaciones de la División de Gestión de la Operación Aduanera. Facilitador IV Grado 104-04 en el GIT de Documentación de la División de Gestión Administrativa.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| - <b>ENTIDAD:</b>               | <b>DIAN</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| - <b>CIUDAD:</b>                | <b>Cartagena.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| - <b>TEMA:</b>                  | <b>Conducta punible de Falsedad ideológica en Documento Público, por cuanto, presuntamente, en ejercicio de sus funciones como funcionario extendió un documento público con calidad probatoria, consignando en él mismo una falsedad. Y por otro lado está la falta disciplinaria por , influir de forma determinante en la voluntad del investigado, con el fin de consignar una falsedad en el sello de recepción de una solicitud de prórroga de almacenamiento de mercancía.</b> |

**2. ANTECEDENTES****Síntesis de los hechos**

El 22 de junio de 2010, la doctora **C.E.C.G**, jefe de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante informe puso en conocimiento de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, la presunta falta disciplinaria en que posiblemente incurrió el señor **E.G.M.B.** funcionario adscrito, para la época de los hechos, al GIT de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Seccional de Aduanas de Cartagena, frente al trámite realizado respecto a la documentación radicada ante la DIAN, por el señor **R.C.R** representante legal de la compañía de la **S.SA**, quien solicitó la prórroga por un mes del almacenamiento de 112 piezas de AUTO PARTES, carga que se encontraba en trámite de embarque. Agregó la jefe de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera que, lo anterior teniendo en cuenta el posible extravío de documentos relacionados con

la importación, la presunta omisión del registro en el sistema y en la planilla de correspondencia. Aduce la informante que, los hechos fueron detectados por la funcionaria de la División de Gestión de la Operación Aduanera **M.T.A.C.**

Como mencionó la funcionaria **M.T.A.C.** en el correo transcrito, ella solicitó el día 22 de mayo de 2015 a la jefe del GIT de documentación **C.E.C.G.**, que certificara a quien se le había hecho entrega de los documentos radicados, con el fin de que se recuperaran, quien respondió. El 25 de mayo de 2015, mediante oficio, la jefe GIT de Importaciones **M.D.S.M.M.**, negó la del 11 de mayo de 2010, en la que la Agencia de Aduanas **S.SA.** solicitó prórroga de Almacenamiento en Depósito por un mes, por las inconsistencias encontradas considerando.

De igual forma, el 26 de mayo la jefe del GIT de Documentación a través de correo electrónico solicitó a la Policía Fiscal y Aduanera informar "(...) si su despacho recibió el radicado "(...) correo que fue contestado por el Patrullero donde manifestó que "(...) revisando nuestro libro de radicación de documentación recibida NO se Encuentra dicho oficio en nuestro poder(...)". El 27 de mayo de 2015 el señor **C.A.C.C** representante legal de la empresa interesada en la importación de las auto partes, **C.M.SA**, radicó documento dirigido a la jefe de la División de Operación Aduanera, donde consignó como referencia "autorización de reembarque" y en el cual solicitó que se "(...) autorice el reembarque de la carga del cliente **C.M.SA** (...) teniendo en cuenta que este cargo llegó como cabotaje especial el cual fue rechazado porque no cumplía con las disposiciones legales, este desistimiento que solicitó la naviera ante la DIAN se hizo el día 23 de abril y la DIAN autorizó a través de plantillas manuales el día 27 de abril, el día 11 de mayo de 2015 se solicitó prórroga para que la carga no quedara en abandono la cual fue rechaza.

La funcionaria **M.C.A.D**, jefe de División de Gestión Administrativa y Financiera, en cumplimiento de la solicitud realizada por la señora **M.T.A.C**, funcionaria de la División de Gestión de la Operación Aduanera, le manifestó mediante correo electrónico de 28 de mayo de 2015 a la jefe GIT de documentación, **C.E.C.G**, lo siguiente: "(...) se requiere conocer los resultados de la revisión efectuada en el procedimiento de recibo y radicación de correspondencia, solicitando a los involucrados en el procedimiento presentar informes, a fin se presencie una respuesta a la Divisora de Gestión de Operación Aduanera sobre la novedad(...)".

El 1° de junio de 2015, el funcionario **E.G.M.B**, explicó mediante correo electrónico los hechos ocurridos afirmando, lo siguiente: "(...) El día 22 de mayo siendo las 1:30 a.m., se acerco a mi puesto de trabajo un representante de la Agencia de Aduanas S.SP., recomendado y enviado par la compañera **L.H.S**, con el propósito de radicar unos documentos, en el momento en que recibo los documentos el señor me dice que viene de la casa de la señora **L.H.S** donde había hablado con ella y acordado que una vez llegara a mi puesto la llamara y me pasaran al teléfono para ella hablar conmigo, hablando con la compañera por teléfono ya que se encuentra en situación Administrativa (Incapacidad) ella me pide el favor de que le reciba los documentos al señor y se los radique con fecha 11 de mayo de 2015 y lo envíe las dos copias radicadas a ella, me dijo que le colaborara casi que suplicándome y argumentándome que no me preocupara que no era nada malo y que todo estaba corregido para que las prórrogas no las hiciera la compañero **M.T.A** y que cualquier cosa ella decía que los documentos se le habían traspapelado y una serie de cosas que no logré entender muy bien ya que se escuchaba entre cortado, ese mismo día tenía una cita médica a las 12:30 y por

la prisa teniendo en cuenta que debía estar en la cita con 20o 30 minutos antes, en mi buena fe y por ayudar a la compañera que me pidió que la ayudara radiqué los documentos y me fui enseguida, sin pensar no ponerle malicia al favor que ella me solicitó”

### Reseña procesal

Mediante auto de 1 de octubre de 2015, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, Coordinación de Instrucción de la DIAN, ordenó indagación preliminar contra los funcionarios **E.G.M.B** y **L.H.S**, adscritos a las Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, en razón a que los hechos denunciados podían llegar a constituir falta disciplinaria.

El 4 de abril de 2015, mediante auto, el Subdirector de Gestión de Control Disciplinario interno de la DIAN, remitió por competencia el expediente a la Unidad Administrativa Especial Agencia ITRC, considerando que la conducta investigada pudo constituir falta gravísima. El 12 de julio de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, mediante auto, avoco el conocimiento del expediente disciplinario, tramitado inicialmente por la Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN.

El 14 de julio de 2016 con auto, la Subdirección de Investigaciones, inició investigación disciplinaria conforme al artículo 152 de la Ley 734 de 2002, contra los funcionarios **E.G.M.B** y **L.H.S** en condición de Facilitador IV Grado 104-04 en el GIT de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera y Gestor I Grado 301-0J GIT de Importaciones de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

Mediante radicado, el apoderado de la investigada solicitó la nulidad de la actuación. Del análisis hecho por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias mediante auto, concluyó la no configuración de las causales de nulidad alegadas por el abogado de la disciplinada **L.H.S**.

El 31 de mayo de 2018, a través de auto, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la ITRC, declaró cerrada la etapa de investigación disciplinaria por considerar que se recaudaron pruebas que permitieron la formulación de cargos, para ello se citó el artículo 160 A de la Ley 734 de 2002, que dispone que, Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o se haya vencido el término de la investigación, se declarará el cierre de la investigación.

la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, profirió pliego de cargos en los siguientes términos: “(...) CARGO ÚNICO - **E.G.M.B**, en su calidad de funcionario de la DIAN, quien para la época de los hechos se encontraba ubicado en el GIT de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena presuntamente, incurrió en la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 7 ° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quien que presuntamente realiza de manera objetiva una descripción típica consagrada en la ley penal como delito sancionable a título de dolo, esto es, la conducta punible de Falsedad ideológica en Documento Público, contenida en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, por cuanto, presuntamente, en ejercicio de sus funciones como funcionario del GIT de Documentación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, extendió un documento público con calidad probatoria, consignando en él mismo una falsedad a fin de acreditar una situación particular frente a la Administración, por cuanto, impuso un sello de recibido de la DIAN

con fecha 11 de mayo de 2015, hora 4:46 pm, en el oficio por medio del cual la Agencia de Aduanas **S.SA.** solicitaba una prórroga de almacenamiento por un (1) mes de cargo relacionada, , con el cual se acredita que tal documentación Se habla radicado en la fecha señalada. Sin embargo, los datos suministrados a través del sello de recibido DIAN no corresponden a la realidad.

CARGO UNICO - **L.H.S** en su calidad de funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, presuntamente incurrió en la falta disciplinaria gravísima escrita en el numeral 1° del artículo 48 de lo Ley 734 de 2002, en armonía con la conducto punible de Falsedad ideológica en Documentos públicos, contenida en el artículo 286 de la Ley 599 de 2002, como quieta que, atendiendo a su cargo y función dentro del GIT de Importaciones de Gestión de la Operación Aduanera de la DIAN Cartagena, donde se encontraba ubicada pada la época de los hechos, al parecer determinó al funcionario **E.G.M.B** a Consignar una falsedad respecto del sello de recibido DIAN impuesto al oficio par medio del cual la Agencia de Aduanas **S.C.SA.** solicitaba prorroga de almacenamiento por un (1) mes de la carga, con el cual se acreditaba que tal documentación se había radicado en el GIT de Documentación de la Seccional el día 11 de mayo de 2015, lo cual resulto ser contrario a la realidad como se verificó en la respectiva trazabilidad”.

la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, resolvió no reponer la decisión contenida en el auto de 7 de diciembre de 2018, respecto de la nulidad impetrada, considerando que, en ningún momento se incurrió en irregularidades sustanciales, ni se afectó el debido proceso con las actuaciones realizadas, específicamente, en el pliego de cargos formulado en contra de la investigada **L.H.S** en calidad de determinados. Resolvió rechazar las razones invocadas en el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la señora **L.H.S** y confirmó la negativa de las pruebas.

Mediante auto, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias ordenó como pruebas de oficio, solicitar copia de los videos de las cámaras de seguridad operadas por la empresa **U.T.G.S**, que se encontraban funcionando en el área de la operación aduanera, así como en el primer piso al interior del edificio de aduanas. Dicha compañía dio respuesta el 14 de mayo de 2019, manifestando que "(...) no existen registros de grabaciones de los períodos solicitados por lo entidad (...) a pesar de que la Cooperativa cumplió con los protocolos de almacenamiento de dichos discs de acuerdo con las obligaciones contractuales (...)”.

Mediante resolución de 24 de octubre de 2019, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, profirió fallo sancionatorio, en el cual resolvió: "(...) Primero: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de **E.G.M.B** y **L.H.S**, por la conducta consignada como cargo en el Auto de fecha 20 de septiembre de 2018, actuar constitutivo de falta disciplinarla al tenor de la dispuesto en el artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, con remisión al artículo 286 de la Ley 599 de 2000. Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración IMPONER a **E.G.M.B** y **L.H.S**, sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENFRAL PARA EJERCER FUNCIONES PUBLICAS POR EL PERIODO DE DIEZ (10) AÑOS, (...)”.

Mediante escritos de 12 y el 14 de noviembre de 2019, los defensores de los **E.G.M.B** y **L.H.S**, respectivamente, dentro del término legal presentaron recurso de apelación, el cual fue concedido por la primera instancia con auto.

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

(...)

procede el Despacho a revisar las presuntas irregularidades cometidas por parte de funcionarios de la DIAN, en el trámite de prórroga de almacenamiento de mercancía, presentada ante el GIT de Documentación de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la Agencia de Aduanas **S.SA.**

#### **Recurso de apelación interpuesto por la defensora de oficio del señor E.G.M.B.**

el recurso argumentó como punto principal que el disciplinado **E.G.M.B** actuó de buena fe, no obstante, se debe tener en cuenta que como funcionario de la DIAN, este tiene una carga y una serie de deberes más estrictos que los que puedan llegar a poseer las personas que no asumen ningún cargo público, más aún si ha estado vinculado con la entidad desde el 16 de abril de 1979.

Sobre el punto anterior, este Despacho trae a la discusión el contenido de los artículos 6º y 123 de la Constitución Política, los cuales indican que los servidores públicos, sin excepción, son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y la Ley, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

(...)

Como afirma un Concepto de la Procuraduría General de la Nación "(...) Es obligación de todo servidor público conocer las fusiones que debe desarrollar (...)” y en ese sentido, se considera que la conducta del señor afectó su deber funcional, claramente limitado en el manual de funciones.

Frente a la causal de exclusión alegada contenida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, consistente en haber obrado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, establece esta segunda instancia que no se configura ya que para que esta se acredite debe haber error era el conocimiento, lo cual claramente no se evidenció en los hechos. Considera el Despacho que el accionar del disciplinado no puede atribuirse a una falta de capacitación o inducción, como lo afirma el recurso de apelación, sino que su comportamiento debe adecuarse a lo que le dicta el mandato asumido como funcionario público. Para que opere esta causal como eximente de responsabilidad, se requiere que el sujeto incurra en una falta disciplinaria creyendo equivocadamente que no está cometiéndola. En el presente caso, no es correcto afirmar que el disciplinado al momento de recibir el documento que contenía la solicitud de prórroga de mercancía presentado por el representante de la agencia de aduanas **S.SA.** y al realizar el cambio de fecha y hora en el reloj numerador estaba actuando de manera correcta. con la convicción o creencia de que su actuar no constituía falta disciplinaria.

Eso se desprende de varias circunstancias, en primer lugar, el mismo disciplinado manifestó sobre **L.H.S**, lo siguiente: "(...) me pide el favor de que le reciba los documentos al menor y se los radique con fecha 11 de mayo de 2015 y le envíe la dos copias radicadas a ella, me dijo que le colaborara casi que suplicándome y argumentándome que no me preocupara que no era nada malo y que todo estaba arreglado para que las prorrogas no las hiciera la compañera y que cualquier cosa ello decía que los documentos se le habían traspapelado (...)”.

Lo anterior muestra que muy probablemente si dicha funcionaria tuvo que insistir fue porque en algún punto **E.G.M.B** debió haber estado reticente a realizar el favor, en segundo lugar, para realizar esta acción con el reloj, se debía ejecutar una serie de maniobras especiales con el fin de ajustar el sello emitido, es decir que, se estaba variando la esencia real de una herramienta de trabajo.

(...)

dentro del manual de funciones, se demuestra que en relación a la recepción de documentos su accionar está limitado al contenido citado. Por lo que el disciplinado no puede pretender que su actuar era permitido, teniendo en cuenta la noción que todo servidor público conoce, acerca de que solo puede realizar aquello para lo cual expresamente se le faculta.

En razón del análisis racional que emplea este Despacho, se considera que, por la función que ostentaba **E.G.M.B** debía tener conocimiento de la falta en su actuación, es decir, que la consignación de una falsedad mediante un sello, generaba una infracción al deber funcional, y que le correspondía actuar de una manera distinta, en apego a la verdad, según la función que le había sido encomendada, más aún por la experiencia adquirida durante aproximadamente 35 años de haber estado vinculado con la entidad.

Es incorrecto establecer como un error invencible, el hecho de que el investigado no sabía a no conocía cómo ejecutar de manera correcta sus funciones. Sumándole a lo anterior, en su contexto laboral estaba rodeado de compañeros, y una jefe con suficiente formación académica a los cuales podía tener acceso para que le brindaran la información y la asesoría adecuada para superar, si es que existía, tal creencia o convicción, y que la podían ilustrar de manera satisfactoria, para lo cual bastaba con una simple consulta.

Para concluir, esta segunda instancia se aparta de la solicitud realizada en el recurso de apelación sobre la variación de la calificación del aspecto subjetivo de la conducta de dolo a culpa, ya que el Despacho llegó a la conclusión que el señor **E.G.M.B** podía evitar la materialización de la falta atribuida y era consciente que su comportamiento era ilícito. En consecuencia este Despacho confirmará la decisión de la primera instancia; ante la configuración de la falta disciplinaria, al encontrarse acreditado dentro del material probatorio que la conducta atribuida al disciplinado, en su condición de Facilitador IV, fue cometida a título de dolo pues el disciplinado decidió actuar voluntaria y libremente, aun cuando lo hubiere realizado como un favor, solicitado por una compañera de trabajo, razón por la cual esta segunda instancia está de acuerdo con la sanción.

#### **Recurso de apelación elevado por el abogado de confianza de la investigada LUCÍA HERNÁNDEZ SALGADO**

Esta segunda Instancia entrará a estudiar, si en el presente caso, se logró establecer si la señora **L.H.S**, incurrió en la falta disciplinaria contenida en el numeral 1 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 286 del Código Penal, como quiera que, el a quo señaló que en ejercicio de su cargo como Gestor I, influyó de forma determinante en la voluntad de investigado, con el fin de consignar una falsedad en el sello de recepción de una solicitud de prórroga de almacenamiento de mercancía.

### Argumentos:

En primer lugar, el defensor de la investigada expuso que es inexacto señalar que la señora **L.H.S** determinó a **E.G.M**, ya que como se probó en el proceso, ella se encontraba incapacitada durante el tiempo en que se cometieron los hechos, por tanto, no se puede afirmar que la conducta se efectuó en ejercicio de su cargo. Frente a este tema, es necesario aclarar que, durante el tiempo en que el funcionario no ejerza sus funciones por estar disfrutando tiempo de vacaciones o por encontrarse en una situación de incapacidad, este no pierde la calidad de servidor público, ni mucho menos la vinculación con la administración, tanto así que, la ley no imposibilita para desempeñar funciones en otras entidades del Estado, mientras transcurre ese tiempo.

(...)

La disciplinada **L.H.S**, se encontraba en situación administrativa de incapacidad y/o vacaciones, ello no implica que pierda la calidad de funcionaria pública, por lo tanto, pese a lo anterior debe cumplir los deberes generales contenidos en la Constitución y la Ley, entre ellos no cometer conductas punibles, y menos con ocasión de su cargo como funcionaria de la DIAN.

el recurrente reitera que, no existe prueba demostrativa de la llamada telefónica efectuada entre los investigados, por lo cual allega que no se puede concluir que, la señora **L.H.S** haya determinado al investigado a consignar una información falsa mediante el sello de radicación, aunado al argumento de que la primera instancia no logró acceder a la información de los operadores de telefonía celular y a las cámaras de seguridad, entonces concluye que no existe la posibilidad de que estas dos personas se hubieren comunicado.

Al respecto, para esta instancia es necesario recordar al recurrente que la valoración de pruebas se realiza mediante la sana crítica, esto significa que, se realiza un ejercicio intelectual con el fin de efectuar una correcta apreciación del resultado a partir de las mismas; este ejercicio está permeado por la buena fe, además de una lógica interpretativa y lo que se denomina el común sentir de las gentes. Bajo este criterio, el operador disciplinario de primera Instancia empleó criterios de lógica y máximas de la experiencia. No se puede pretender, como lo quiere hacer ver el recurrente, que en la valoración de pruebas, exista algún tipo de sometimiento al sistema de la tarifa legal en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya la ha hecho por él. Es decir que, no es viable establecer que la única manera de probar eficazmente la existencia de la determinación de la investigada **L.H.S** sobre el investigado **E.G.M** es la información dada por unos operadores de telefonía móvil, o la grabación de las cámaras de seguridad; pues la certeza de la consumación del hecho se puede adquirir a través de los otros medios probatorios legalmente recaudados por la primera instancia.

(...)

El Despacho al valorar las múltiples versiones rendidas por el señor **E.G.M** y las declaraciones juramentadas de la señora **L.H.S**, denotan un alto grado de credibilidad por las razones que serán expuestas a continuación, elementos de juicio que, no sólo, permiten probar la llamada entre los disciplinados, sino que también dan origen a una serie de indicios que fortalecen la certeza a la que llegó la primera instancia.

En primer lugar, con respecto al investigado, se tiene que valorar el hecho de que cuando se le cuestionó acerca de lo sucedido con el documento radicado.

(...)

denota la Credibilidad de las afirmaciones del disciplinado, tanto en su informe inicial ante la jefatura de GIT de Documentación y en su versión libre, circunstancia que puede ser tomada como una confesión de la realización de la conducta, teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, al considerar que este medio de prueba consiste en: "(...) la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria; confesar, es pues, confesar como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra él que lo admite consecuencias jurídicas, certeza que puede predicarse tanto de los hechos trasuntados como fundamento de la demanda o como basamento de las excepciones propuestas (...).

(...)

Visto lo anterior, observa el Despacho que, en el caso concreto, el disciplinado de manera expresa, libre, consciente y sin ningún tipo de coerción, declaró haber realizado la conducta objeto de investigación, teniendo la capacidad para hacerla, ya que lo afirmado versó sobre hechos de los cuales tuvo participación y conocimiento directo.

De igual manera, de las versiones del investigado, también se logra extraer que, él se encontraba disfrutando de sus vacaciones desde el 16 de abril hasta el 12 de mayo de 2015 tal como se encuentra enunciado en la versión libre de **E.G.M** de fecha 27 de enero de 2016; esto quiere decir que, en primer lugar, no había tenido conocimiento acerca de la solicitud de prórroga de almacenamiento presentada por parte de S.SA en la importación de autopartes, trámite que al parecer era conocido por la disciplinada **L.H.S** según lo manifestado por la funcionaria **M.T.A** en la declaración rendida ante la Agencia ITRC.

(...)

En segundo lugar, se presume que el disciplinado por encontrarse en vacaciones no tuvo contacto personal en el sitio de trabajo con la disciplinada **L.H.S**, ya que ella se ausentó de su trabajo desde el 12 de mayo de 2015 por una incapacidad médica, fecha en la cual **E.G.M** se incorporó nuevamente a sus labores. Esto le permite deducir a la presente instancia que el disciplinado no tenía conocimiento previo a los hechos relacionados con la falsedad, sobre la solicitud de prórroga de almacenamiento realizada por la agencia de aduanas **S.SA**, sino que fue hasta que el representante de aduanas se acercó el día 21 de mayo de 2015 para radicar los documentos y comunicarlo con la señora **L.H.S** de conformidad con la confesión antes citada.

igualmente, considera esta segunda Instancia, los testimonios de la señora **M.T.A**, siempre fueron coherentes al referir que el 21 de mayo de 2015, habló con **L.H.S**, por llamada realizada por el tramitador de la Agencia. No existe fundamento para decir que la primera instancia malinterpretó las salidas procesales de **M.T.A**.

(...)

este Despacho, aceptando el análisis de primera instancia y en consonancia con los testimonios y pruebas documentales aportadas tales como los correos electrónicos que dieron origen a esta actuación disciplinaria, procede a exponer el razonamiento lógico que le permite extraer una serie de indicios que comprometen la responsabilidad disciplinaria de la investigada. Frente a la viabilidad probatoria mediante indicios, en primer lugar, la Ley 734 en el artículo 130 que se refiere

a los medios de prueba constata que: "(...) Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica (...)".

(...)

Pudiéndose deducir de lo anterior que, el indicio entendido como prueba entraría a hacer parte del razonamiento de quien juzga para emitir una decisión, claro, siempre y cuando esté fundamentado a partir de otras pruebas.

(...)

tal y como lo hizo el o quo, se deben tener en cuenta los elementos constitutivos del indicio de esta manera, El hecho indicador se predica de las pruebas practicadas que reposan en el expediente, sobre todo el de los testimonios de la señora **M.T.A** y las versiones libres de **E.G.M**, además de los correos electrónicos aportados en el marco de la queja disciplinaria. El hecho desconocido, es decir, lo que se quiere lograr establecer, es si se presentó una comunicación entre los dos disciplinados ya que la demostración de dicho hecho es decisiva para realizar la inferencia lógica de que **L.H.S** determinó al señor **E.G.M**, pues conocía de antemano el trámite realizado por la agencia de aduanas **S.SA**.

El recurrente, manifestó que la funcionaria **M.T.A** en sus declaraciones afirmó que la investigada jamás le insinuó un trámite irregular, aspecto que no se controvierte por parte de este Despacho, y que nunca fue tenido en cuenta en dichos términos por la primera instancia: de hecho, se entiende que la comunicación entre la funcionaria y la investigada por solicitud del tramitador, solo fue con el fin de aclarar dónde se encontraban los documentos. En efecto, en cuanto a la solicitud efectuada por el tramitador a **M.T.A** consistente en hablar telefónicamente con **L.H.S**, se logra inferir dos puntos de gran relevancia; el primero, que el representante de la agencia aduanera, es decir el tramitados, tenía conocimiento del número celular de la señora **L.H.S** ya que fue él mismo quien realizó la llamada y facilitó el dispositivo móvil a la señora, de conformidad con lo afirmado en los diferentes testimonios realizados por ella anteriormente transcritos, testimonios todos que coinciden con ese dicho se suma además como segundo punto, que de lo relatado por la funcionaria, se desprende que el tramitador indicó que **L.H.S** había comenzado con el trámite de tiempo atrás como se indica en la Declaración rendida ante la Agencia ITRC.

(...)

También observa este Despacho, que de las declaraciones vendidas por la señora **M.T.A**, no se desprende que la disciplinada haya negado el conocimiento específico del trámite de prórroga de mercancía iniciado por **S.SA**, muy por el contrario, del relato expuesto por la funcionaria en el cual hizo referencia a la llamada sostenida con **L.H.S**, se observa que la disciplinada entendía que se le estaba hablando de los documentos del trámite de **S.SA**. y al respectó manifestó "(...) búscala dentro de los pendientes que yo deje, de pronto esta traspapelada (...)".

En el marco del ejercicio analítico mencionado, surge la duda de por qué **L.H.S**, tenía conocimiento de los documentos, si ella se encontraba fuera de su sitio de trabajo y la solicitud no había sido radicada durante el tiempo en que ella estaba en ejercicio de sus funciones; esto es lo que la primera instancia denomina indicio de conocimiento, así lo consideró el a quo: "(...) la fecha que se plasmó en el documento referido indefectiblemente lleva a concluir que la conversación se presentó, pues para el 11 de mayo de 2015, **L.H.S** aún estaba en ejercicio de sus funciones, y solamente ella podría determinar una calenda que diera credibilidad al ardid destinado o hacer ver que lo solicitud de prórroga del almacenamiento le recibió en la fecha referida y presuntamente estaba pendiente de

resolver. Este escenario nos ubica ante un indicio de conocimiento de parte de la servidora pública investigada, pues, es claro que sabía de la existencia del almacenamiento de la mercancía, la necesidad de prorrogar el plazo y la oportunidad en la que debía quedar recibida la solicitud de ampliación, concretamente para cuando ella aún estaba al frente de sus fruiciones (...).

Por otro lado, llama la atención de esta instancia dos aspectos respecto a la relación **L.H.S** y el representante de la Agencia de Aduanas tramitador, en primer lugar porque el tramitador tenía el número telefónico personal de la funcionaria y esta última aceptó la llamada de dicho tramitador para hablar con una compañera de trabajo, es decir que no hubo una comunicación por los canales oficiales de la DIAN sino por medio de un tercero, y en segundo lugar, el hecho que confirma lo sospechoso de lo anteriormente expuesto es que, el representante aduanero en la conversación que tuvo con **M.T.A** le haya manifestado que buscara la solicitud en los pendientes que había dejado **L.H.S**, quien se encontraba en licencia, situación que aporta credibilidad a que previamente se había dado un contacto entre el representante y la funcionaria investigada. En este momento hay que destacar que el tramitador y **L.H.S** utilizaron la misma forma de comunicación con el investigado **E.G.M** lo que también les da credibilidad a los hechos narrados por este disciplinado.

Lo anterior es lo que él a quo, llama indicio de actitud anterior, el cual comparte esta segunda instancia, en razón a que se considera una anomalía que exista una relación más allá del mínimo contacto que se puede tener en el marco de un trámite al interior de la DIAN entre un trabajador de una Agencia de Aduanas y una funcionaria, teniendo en cuenta que dentro de sus funciones la disciplinada nunca debía tener una comunicación que excediera el ámbito profesional con los usuarios que llegaban a radicar solicitudes de cualquier índole, por lo tanto se deduce que de las mencionadas comunicaciones, tanto con **E.G.M** como con **M.T.A**, se dieron para lograr que se recibiera la solicitud de prórroga con una fecha muy anterior, a la que efectivamente se estaba presentando.

Sumado a lo anterior, y por la misma vía, se logra llegar a lo que el operador disciplinario de primera instancia llamó indicio de aptitud, el cual tiene que ver con que la investigada **L.H.S** funcionalmente era quien realmente tenía plena facultad de tramitar las prórrogas de almacenamiento de mercancía, ya que como se obtuvo del testimonio de la Jefe del GIT de Importaciones de la Seccional Cartagena, quien era su jefe inmediata, la disciplinada se encargaba de autorizar o negar las solicitudes, por lo que era creíble y como dice el a quo "(...) por su misma relación con el trámite de prórroga hacía que fuera más fácil la realización de la conductas (...)" De lo anterior, considera la segunda instancia que, para la persona de la agencia de aduanas no era atractivo acudir a alguien que no tenía la facultad de aceptar su solicitud, ya que de nada servía consignar esta falsedad, si no se tenía influencia en lo que se fuera a decidir.

(...)  
es importante hacer mención del trámite aduanero que se presentó en el proceso, ya que con esta aclaración se logra llegar a una conclusión.

(...)  
conlleva a esta segunda instancia a deducir que el disciplinado **E.G.M.B** no tendría los conocimientos suficientes para razonar la gran cantidad de información técnica y administrativa con referencia a los términos y así determinar la fecha falsa que debía consignar a través del sello radiador para beneficiar a la agencia de aduanas, toda vez que como se acreditó dentro del plenario,

él ostentó el cargo de Facilitador IV, cuyas funciones fueron descritas previamente. Por el contrario, la disciplinada **L.H.S** en razón de sus funciones y de su cargo de Gestor I, conocía muy bien dichos términos, tenía total capacidad para saber a partir de qué fecha había operado el abandono legal y cómo se podía evitar tal situación para beneficiar a la Agencia de Aduanas **S.SA**.

Todo lo anterior, deja sin sustento, el argumento de la apelante al afirmar que el particular se alió con **E.M**, que este actuó sólo y no necesitaba orden. Por el contrario, se evidencia aún más el contacto de la disciplinada con un representante de dicha agencia, quien debió haberle narrado como habían sucedido los hechos, e incluso mostrarle los documentos contentivos al procedimiento aduanero, es decir que, se puede deducir que hubo un contacto permanente entre la disciplinada con esta persona.

Bajo este entendido, es erróneo afirmar, como lo hace la recurrente que, la primera instancia se encargó de deducir "(...) situaciones de hechos no probados (...)", sobre este punto es necesario aclarar que, al emplear el criterio de la sana crítica con el fin de evaluar las pruebas no implica ningún tipo de irregularidad como lo quiere hacer ver el apelante, ni mucho menos, se pueden considerar como especulaciones o deducciones equivocadas, ya que este proceso analítico se realizó en conjunto de las pruebas permitiendo determinar la responsabilidad desde una construcción de indicios a partir de hechos probados, aplicando las reglas de la sana crítica y partiendo de pruebas legalmente practicadas como lo fueron los testimonios, las versiones libres y los documentos incorporados al proceso.

No se puede pasar por alto el valor probatorio de los testimonios, de hecho, la prueba testimonial se define como el relato de hechos que se hace, en este caso, ante el operador jurídico frente a una falta disciplinaria que está siendo investigada en el marco de un proceso. Esta prueba se da bajo el entendido de que el fallador no presencia lo ocurrido, por lo que los testigos pueden llegar a ser considerados.

(...)  
este Despacho observa que en ningún momento, se logró evidenciar que el fallador de primera instancia haya impuesto la sanción con base en "(...) un deseo personal de condenar obtenido por creencias o suposiciones (...)", sino por el contrario, en el cumplimiento de su deber constitucional, verificó de manera integral los elementos probatorios, lo que le permitió llegar a la certeza de los hechos, estableciendo una línea de consistencia y coherencia de dichos elementos, eliminando de esta manera el o quo, cualquier duda razonable a favor de la disciplinada.

Este Despacho de manera lógica, coherente y bajo las reglas de la sana crítica, realizó una serie de razonamientos en relación a los hechos y a las pruebas incorporadas a la actuación disciplinaria, los cuales permitieron constituir unos presupuestos efectivos que le dieron sustento a la decisión. Así, se reitera que mediante este análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente (hechos Indicadores) le fue posible al a quo, construir los indicios (hechos indicados en los que apoya su conclusión en cuanto a la existencia de la responsabilidad frente a la determinación de la disciplinada **L.H.S** sobre **E.M.B** para configurar la falta gravísima mencionada.

(...)  
Por otra parte, el abogado de la disciplinada, en referencia al testimonio de **R.D.J.C**, representante aduanero de la empresa **S.SA**, y no Gerente General como lo afirma el recurso, constató la negativa

de haberse comunicado o reunido con la funcionaria **L.H.S**, sin embargo el abogado emplea afirmaciones falsas ya que dice que "(...) el gerente general (...) en dos salidas profesores bajo la gravedad del momento niega rotundamente haber tenido ninguna relación, él y sus subalternos, con la doctora **L.H.S** (...)". Sobre el particular, observa el despacho que no es cierta la afirmación del recurrente cuando sostiene que el representante aduanero de S.SA. negó rotundamente haberse comunicado o reunido con la funcionaria **L.H.S**, toda vez que de la literalidad de lo manifestado por **R.D.J.C** se obtiene que: "(...) (min 10:20) uno viene a tramitar documentos a los procesos aduaneros y después de tanto tiempo de entrar y salir ya uno la reconoce, pero relación personal no tengo(...)". (...)

Así mismo, manifestó el recurrente que no se tuvo en cuenta las diligencias de testimonio rendidas el día 11 y 12 de marzo de 2019 por **W.F.G**, **J.G.V.C**, **J.D.C.S.V**; observando este Despacho que los relatos son coincidentes en asegurar que no tuvieron conocimiento de los hechos objeto de investigación, incluida la declaración del señor **J.G.V.R.C** quién es el cónyuge de la investigada para la época de los hechos.

Después de realizar todo el razonamiento lógico que permite concluir mediante los múltiples indicios que **L.H.S** se comunicó con **E.G.M** mediante el celular ya sea de un trabajador de la agencia de aduanas, de un simple tramitador o incluso del dueño de la mercancía, la que es claro es que era alguien que estaba interesado en que se radicara el documento que concedía la prórroga del almacenamiento de la mercancía y se apoyó en la funcionaria para lograr su fin. Con esto, se logra extender que el modus operandi que la disciplinada pretendía emplear para encubrir las irregularidades, es decir, solicitar el favor al investigado **E.G.M** de consignar una fecha falsa, era ideal para hacer ver que la señora **L.H.S**, un día antes de salir de permiso había recibido dicho documento y que por cuestiones ajenas a ella este se había extraviado o traspapelado.

El defensor de la señora **L.H.S** no puede sacar frases de contexto haciéndolas ver como afirmaciones sin sentido, ya que el fallo se debe analizar como un todo, de hecho, se muestra un camino mediante el cual se emplean las herramientas dadas al juzgador por parte del sistema de la sana crítica, el cual permite llegar a un resultado de convencimiento. Tampoco es procedente afirmar que se deducen situaciones de hechos no probados, ya que no existen apreciaciones subjetivas en el análisis realizado por la primera instancia con el que concuerda el Despacho. Todo lo anterior implica que se desvirtúa la presunción de inocencia a la que hace referencia el recurso, y no hay lugar a duda razonable. igualmente, se cumplió con el requisito mencionado en la Ley 734 de 2002 que afirma en su artículo 122 que "las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Por las razones expuestas precedentemente, considera el Despacho que probatoriamente se encuentra demostrada la responsabilidad atribuida a la disciplinada **L.H.S**, al determinar al funcionario a consignar una falsedad a través del sello de recibido al oficio presentado por parte de la Agencia de Aduanas, contentivo de la solicitud de prórroga de unas autopartes.

#### **Solicitud probatoria:**

En su parte final, el recurrente pone en consideración de la segunda instancia la práctica de pruebas de oficio. Frente a dicha solicitud es necesario hacer mención a la Ley 734 de 2002, que en su artículo 171 expone que: "(...) ARYICULO 171. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA. El funcionario de

segunda Instancio deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretar pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto. (...)”.

(...)

Esta prueba se considera impertinente, ya que no versa sobre ningún hecho que concierne en el presente debate, esto quiere decir que observa el Despacho que en nada tienen que ver con el proceso, porque de ninguna manera la carga laboral puede representar una variable al momento de valorar los hechos.

(...)

En primer lugar se advierte que, el hecho de que se aporte una prueba en medio electrónico, como lo es el CD, no afecta el derecho de defensa de ninguna de las partes, sino que, por el contrario permite evidenciar de mejor manera la forma en que se lleva a cabo un testimonio, es por eso, que esta prueba traída en consideración por parte del abogado de la disciplinada no se considera útil, En segundo lugar, mucho menos útil resulta transcribir una serie de testimonios a los cuales los sujetos procesales tuvieron acceso y se valoraron por parte de ambas instancias para tomar la decisión como se puede evidenciar en las consideraciones.

(...)

Dicha solicitud no se considera idónea para demostrar algún hecho relevante de la decisión que le compete a la presente instancia, esto significa que no es conducente ni pertinente. No se puede considerar que el testimonio del mencionado funcionario de policía judicial pueda interferir en el curso del proceso y en el resultado de este, por la tanto, a la petición de dicha prueba no se le dará curso.

Por todo lo anterior, es necesario concluir que se comparten los argumentos expuestos por la primera instancia en cuanto a la configuración de la conducta consagrada en el artículo 40 numeral 1 de la Ley 734 de 2002 en concordancia del artículo 286 del Código Penal bajo la figura del determinador, razón por la cual se confirmará la sanción impuesta a la señora **L.H.S.**

#### 4. RESUELVE - 2º INSTANCIA

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo sancionatorio de 24 de octubre de 2019, proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial Agencia - ITRC, a través del cual se sancionó con DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO de diez (10) AÑOS, a los señores **E.G.M.B** y **L.H.S** funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales — DIAN, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

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

**TERCERO:** contra la presente decisión no procede recurso alguno.