

**FICHA TÉCNICA
RELATORIA-SDL****Sistema Integrado
de Gestión - SIG****FICHA TÉCNICA: PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA****INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2021-118
- DEPENDENCIA QUE LA EXPIDE:	SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES
- INVESTIGADO:	JMVQ
- CARGO:	GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01
- ENTIDAD:	DIVISIÓN DE GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BUENAVENTURA.
- TEMA:	SOLICITUD DE DINERO
- PALABRAS CLAVES:	CONCUSIÓN, TESTIMONIO, DUDA
- INSTANCIA	PRIMERA

ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos disciplinariamente relevantes****1. CARGO FORMULADO**

Por medio del Auto No. 174060000816 de 27 de diciembre de 2022, la Subdirección de Instrucción Disciplinaria de la UAE ITRC - SID, formuló pliego de cargos al investigado JMVQ. El cargo disciplinario formulado resultó del siguiente tenor:

"(...) 4.4.1. Del cargo único imputado. Al servidor público JMVQ, en su condición de Gestor I Código 301 Grado 01, ubicado en la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, se le formula pliego de cargos, por la presunta incursión en la falta gravísima prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por supuestamente realizar objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, por cuanto presuntamente abusó de sus funciones el 18 de abril

Página: 1 de 29

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

de 2021, durante la diligencia de control aduanero al documento de transporte No. SNOE2100817 en las instalaciones de la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce - Buenaventura, correspondiente a la importación de la persona jurídica BH S.A.S., por cuanto, al parecer, solicitó al señor MN, asistente de comercio exterior de la Agencia de Aduana(sic) López Hermanos, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) para permitir la continuidad del retiro de la mercancía, bajo el argumento que había un error en las descripciones mínimas (casilla 91) de algunas declaraciones de importación, que presuntamente deberían retener las unidades de carga (4 contenedores) y ello acarrearía una sanción”.

Se indicó en el pliego acusatorio que el servidor había actuado a título de dolo, al realizar su actuar con conciencia y voluntad. La falta fue calificada como gravísima, en atención a que la conducta corresponde a la descripción típica consagrada, para la época de los hechos, en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, subrogado por el artículo 65 de la Ley 1952 de 2019.

Reseña procesal

Teniendo en cuenta los hechos informados con Auto No.17403 00065 de 31 de mayo de 2021, se ordenó la apertura de indagación preliminar en cumplimiento de lo establecido en artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Con Auto No. 17404 00098 de 02 de diciembre de 2021, se ordenó la apertura de investigación disciplinaria, providencia que fue notificada al señor JMQV, en los términos del artículo 102 de la Ley 734 de 2022, mediante correo electrónico de 29 de diciembre de 2021.

Mediante Auto No. 17405-00053 de 18 de mayo de 2022, se dispuso la prórroga del término de la investigación disciplinaria, por el lapso de tres (3) meses, de acuerdo con lo señalado en el artículo 213 de la Ley 1952 de 2019 – Código General Disciplinario.

Con Auto No. 1741000083 de 22 de agosto de 2022 se declaró el cierre de la investigación y se ordenó correr traslado por el termino de diez (10) días a los sujetos procesales para que presentaran alegatos previos.

Con correo de 14 de septiembre de 2022, el investigado remitió escrito de alegatos precalificatorios.

Con Auto No. 1740600008 de 27 de diciembre de 2022, se profirió pliego de cargos contra el señor JMQV, el cual fue notificado conforme a las previsiones del Artículo 122 de la Ley 1952 de 2019, mediante correo electrónico de 06 de enero de 2023.



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

Con Auto No. 00001 del 16 de enero de 2023, la Subdirección de Asuntos Legales avocó el conocimiento de la actuación.

Con Auto No. 17901-00003 de 20 de enero de 2023, se reconoció personería al doctor Luis Alberto Rubiano Sánchez, para actuar en representación del señor JMQV.

Con correo electrónico del 26 de enero de 2023 el doctor Luis Alberto Rubiano Sánchez, en calidad de apoderado del señor JMQV, presentó escrito de descargos en donde expuso su argumentación defensiva y elevó solicitud probatoria.

Mediante Auto No. 00005 de 01 de febrero de 2023, se decidió fijar procedimiento por juicio ordinario y se ordenó que el expediente permaneciera en la Secretaría Técnica de la Agencia por el término de quince (15) días, a disposición de los sujetos procesales, quienes durante este término podrían presentar sus descargos, así como aportar y solicitar pruebas, de conformidad con el artículo 225B de la Ley 1952 de 2019 adicionado por la Ley 2094 de 2021.

Esta decisión fue notificada al doctor Luis Alberto Rubiano Sánchez, en calidad de apoderado del señor JMQV mediante correo electrónico de 08 de febrero de 2023, en los términos del artículo 122 de la Ley 1952 de 2019.

Es de anotar que debido al traslado de la Agencia ITRC a una nueva sede, mediante Resolución No. 036 del 20 de febrero de 2023 se dispuso la suspensión de los términos procesales en las actuaciones disciplinarias desde el 23 de febrero hasta el 1 de marzo de 2023, y posteriormente mediante Resolución No. 070 del 14 de marzo de 2023, se dispuso nueva suspensión de términos procesales desde el 15 de marzo de 2023 hasta el 21 de marzo de 2023, en razón a la realización de instalaciones y configuraciones de tipo tecnológico, conforme a las constancias secretariales que obran en el plenario.

Mediante Auto No. 00007 del 11 de mayo de 2023, se resolvieron favorablemente las solicitudes probatorias realizadas por la defensa.

Mediante auto No. 17910 00017 de 11 de diciembre de 2023, se corrió traslado para alegatos de conclusión.

Con correo electrónico de 20 de diciembre de 2023, el doctor Luis Alberto Rubiano Sánchez, presento escrito de alegatos.

Mediante Resolución No. 17317-00002 26 de febrero de 2024, se profirió Fallo de Primera Instancia por la Subdirección de Asuntos Legales.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA (primera o Segunda instancia)

Página: 3 de 29

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

Problema jurídico.

¿El testimonio del quejoso contrastado con las demás pruebas allegadas al procedimiento, pueden brindar certeza de la configuración objetiva del delito de concusión si en el análisis probatorio correspondiente se advierten inconsistencias y contradicciones?

Análisis y consideraciones jurídicas de instancia

Se tiene la queja disciplinaria presentada por el señor Diego Luna, en calidad de Director de importaciones de la empresa BH, con la que puso en conocimiento sobre presuntas irregularidades en el trámite de importación, toda vez que cuatro contenedores con la mercancía objeto de la operación de comercio, fueron objeto de control por parte de la Dian, y en diligencia el funcionario inspector hizo solicitud de diez millones de pesos (\$10.000.000) al agente aduanero que atendió telefónicamente la diligencia. En el escrito de queja, la cual fue referida como "solicitud de soborno Dian Buenaventura", se refirieron los hechos informando que, en el puerto de Agua Dulce de la ciudad de Buenaventura, tenían cita de cargue los contenedores No. FANU1076007, TGBU9629031, TGBU9629520, FANU1076007 soportados en el BL No. SNOE2100817, con la compañía de transportes Aldía Logística, entre las 18:00 y 19:00 horas, que los vehículos fueron detenidos por las autoridades aduaneras el domingo 18 de abril de 2021, para posterior inspección física. Efectivamente la inspección se llevó a cabo el día 18 de abril de 2021, estando presentes en la diligencia el Inspector JMQV, por parte de la Dian y funcionarios de la Polfa como asistencia al trámite.

Seguidamente el quejoso señaló que recibió una llamada telefónica del señor MN, funcionario de la Agencia de Aduanas López Hermanos, empresa con la que se adelantaba el trámite de importación, quien le manifestó que se había comunicado telefónicamente con el funcionario de la Dian, JMQV, y que por encontrar inconsistencias en uno de los contenedores, se tenían que retener todas las unidades de carga y que esto conllevaría a una sanción, por lo cual el señor inspector de la Dian le manifestó que para dejar libre la mercancía debían pagarle un dinero, e hizo referencia a que la solicitud eran 10 millones de pesos.

Teniendo en cuenta los hechos relatados se dio inicio al recaudo probatorio en aras de verificar la existencia de la presunta conducta irregular, por lo que inicialmente se recibió la declaración juramentada y posterior ampliación de testimonio del señor Diego Luna, en calidad de representante legal de la empresa BH, quien reiteró los hechos expuestos en la queja presentada.

Se allegó, copia del auto comisorio aduanero No. 000814 de 13 de abril de 2021, en el cual la jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional y Aduanas de



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

Sistema Integrado de Gestión - SIG

Buenaventura para la época de los hechos dispuso comisionar al funcionario JMQV para practicar diligencia de inspección control verificación de la exactitud de las declaraciones aduaneras y sus documentos soportes a las instalaciones del Puerto industrial Aguadulce, (depósitos Almaviva y Alpopular), desde el 14 de abril hasta el 20 de abril del año 2021. Acto administrativo en donde también se comisionó a los funcionarios Alberth Mauricio Cándelo Rodríguez y José Manuel Reyes Garces, para adelantar labores de apoyo a las acciones de control que se adelanten.

Así mismo, se encuentra copia del acta de hechos para acción de control posterior número 1626 con fecha 18 de marzo de 2021, en la cual se señala que se procede a practicar diligencias de control aduanero, dejando constancia que la diligencia fue atendida por los conductores de transporte de la mercancía, en representación del importador BH SA.

También se allegó acta de adopción o levantamiento de medidas cautelares número 042 del 18 de abril de 2021, en la cual se indicó que el sitio o lugar de la acción de control es el depósito Alpopular SAS y la acción que se adelantó fue la de adopción de la medida cautelar de verificación. Se señaló lo encontrado respecto de cada mercancía, puntualmente sobre las inconsistencias en la unidad de carga número FANU 1076007, ya que parte del producto presentaba error, el funcionario que adelantó la diligencia, es decir JMQV, consignó que "se evidencia error en la casilla 91 (descripciones mínimas) de las declaraciones de importación con aceptación números 3520210000145543/ 3520210000145545 del 12 de abril de 2021, ya que se advirtió la descripción errada o incompleta de la mercancía", pero que al comparar la información con la información de las declaraciones de importación en comento y respecto de sus documentos soportes se puede determinar que los errores u omisiones en la descripción de la mercancía, no conllevan a que la mercancía objeto de control sea diferente a la declarada dado que la información está reflejada en las declaraciones, lo cual quedaría subsanado con la presentación de una declaración de legalización sin pago de rescate, por lo que el día 23 de abril de 2021, se ordenó el levantamiento de la medida cautelar de verificación adoptada inicialmente.

Se evidenció que tanto el acta de adopción de medida cautelar como el acta de levantamiento de la misma, están suscritas por los intervinientes, entre ellos JMQV en calidad de funcionario de la Dian, lo cual permite ubicar al investigado en tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, además de corroborar que la carga o mercancía importada por la empresa BH, fue objeto de diligencia o control posterior por parte del funcionario en mención.

Se allegaron las siguientes testimoniales:

Página: 5 de 29

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

Sistema Integrado de Gestión - SIG

Testimonio y ampliación del representante y encargado de los procesos de importación de la empresa BH, quien inicialmente manifestó que el proceso de importación inicia contratando los agentes de carga para que realicen la logística internacional de la traída de los contenedores y que realizan procesos de importación por su propia cuenta y que eventualmente tiene ayuda de la Agencia de Aduanas López Hermanos S.A con quien siempre trabajan dentro de los puertos de Buenaventura y Cartagena.

Reiteró que la empresa hizo una importación de mercancía, que por ser importadores recurrentes se encontraban en una clasificación que tiene un beneficio y es tener una mayor posibilidad de que las declaraciones salgan con levante automático, aunque algunas veces el sistema que arroja la selectividad las envía a revisión física.

Indicó que se realizó una inspección a las 4 unidades de contenedores, el día domingo 18 de abril de 2021 y uno de ellos, presentó inconsistencias referidas en el serial de las bicicletas que es la mercancía que importa la empresa, explicó que las bicicletas traen un número de serie y este número no coincidía con el color de la bicicleta, por lo que el inspector decidió revisar el 100% de los contenedores, que a su juicio solo debió revisar el contenedor con inconsistencias y no enviar los 4 contenedores a al depósito de Alpopular.

Seguidamente refirió que tiene un empalme, esta persona se llama MN de la Agencia de Aduanas López Hermanos, que se encuentra radicado en Barranquilla y no se encontraba en Buenaventura en el procedimiento, pero se enteró porque el personal de la empresa de transporte Aldía Logística, notifico a la agencia de aduanas de la inspección, pero como era día domingo no ubicaron a la persona en Buenaventura, por lo que los conductores le dieron al inspector el número de MN, quien era el representante de la agencia de aduanas en ese momento, para que estuviera al tanto de la diligencia.

Manifestó que MN le puso en conocimiento de las inconsistencias vía telefónica, y que posteriormente le manifestó que el inspector le había dicho que debía inmovilizarse los 4 contenedores, y que esta inspección tenía unos costos, y en caso de encontrarse inconsistencias grandes ello conllevaba una sanción.

Volvió a hablar con MN, y este le comunicó que el inspector le dijo que todo eso tendría una sanción de más de 40 millones de pesos, que arreglara con la empresa BH para que le suministraran un dinero y el inspector dejara continuar la carga como si no hubiera pasado nada, a lo que respondió no estar de acuerdo con ese tipo de procedimientos y que el inspector no tiene que solicitar dinero para hacer su trabajo. Señaló que puso en conocimiento de los hechos al gerente de la empresa BH, quien respaldo la decisión diciendo que no iba a apoyar el pago para que los funcionarios hicieran su trabajo.

Página: 6 de 29

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

El señor MN, le refirió que el inspector que atendía la diligencia, el funcionario había solicitado 10 millones de pesos.

Después de su instrucción de no patrocinar el pago y de que se continuara con la inspección, los contendedores se trasladaron al depósito, y les fue entregada la carga el 29 de abril aproximadamente, y en el acta de hechos se definió que se corrigiera los seriales, así se hizo, y por ello la empresa no tuvo ni multa ni sanción.

Señaló que nunca tuvo contacto con el inspector JMQV, que estas diligencias se hacen siempre a través de la Agencia de Aduanas, que toda la información declarada en su testimonio fue la aportada por el señor MN, quien fue quien tuvo contacto con el inspector mencionado.

Finalmente afirmó que el lunes siguiente a la diligencia, a través del señor Leonardo Arroyave, auxiliar de agencia de aduanas en Buenaventura, el señor inspector le quiso dar a conocer que él no había hecho ninguna solicitud de dinero, situación que le llamo la atención, ya que ese día se interpuso la denuncia ante la Fiscalía, por lo que el inspector no tenía como conocer de dicha denuncia.

Testimonio del señor MN ¹, inicialmente informó que era la persona encargada de los clientes y quien se encargaba del proceso de nacionalización de mercancías en la Agencia de Aduanas López Hermanos SA en la ciudad de Barranquilla, cuando se trata de otras ciudades sus compañeros eran quienes se presentan a las diligencias que se requieran, puntualmente para la ciudad de Buenaventura donde hay una sucursal.

Respecto de los hechos y la importación de bicicletas de la empresa BH, mencionó que el día domingo recibió una llamada por parte del transporte y le informaron que los vehículos fueron detenidos por fiscalización para realizar una inspección, a lo que respondió que ya todos los documentos se habían entregado, que dieran paso para la revisión.

Nuevamente recibió una llamada de los transportistas, y le dicen que el inspector de la Dian se quería comunicar con él a lo cual accedió y recibió una llamada del inspector quien le informó la situación y le dijo que muchos de los seriales encontrados en los dos primeros contenedores se encontraban trocados, por lo que solicitó al inspector el favor de enviarle fotos de los seriales y las referencias que se encontraban trocadas para verificarlas directamente en el sistema con la declaración de importación.

Efectivamente cuando realizó la verificación de todos los seriales, encontró que las referencias estaban trocadas, y el inspector le manifestó que los seriales se encontraban manifestados en

¹ Radicado 3-2021-003463

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

la declaración y que se debía proceder a hacer una declaración de legalización subsanando todos los errores, con lo que manifestó estar de acuerdo.

Nuevamente recibe una llamada del inspector informándole que la situación que estaba pasando conllevaba a una sanción o aprehensión de la mercancía, entonces le manifestó que “él nos colaboraba si nosotros le colaborábamos a él”.

Indico que colgó con el inspector y le comentó la situación a su coordinador y al señor Diego de BH, quien manifestó rotundamente que él no acepta este tipo de trámites, que era una persona correcta, que esto lo veía mal ante la ley que si veía la necesidad de pasar esos contenedores a Almagrario para inspección que se fueran.

Cuando se finaliza la llamada con el importador nuevamente recibió una llamada del importador, quien le dice que habló con su jefe, y que confirmara cuánto estaba solicitando o cuánto es la colaboración que quería el inspector, por lo que se comunicó con el funcionario de la Dian y él le dice que la situación los lleva a incurrir en una sanción aproximadamente de 100 millones de pesos, el inspector le dijo que estaba solicitando 10 millones de pesos, información que transmitió al cliente BH, por audios.

Mencionó que recibió repetidas llamadas del inspector, solicitando una respuesta de la decisión tomada y ya en la última llamada le manifestó a este que se trasladara toda la mercancía para Almagrario.

Señaló que no había representantes de la Agencia de Aduanas en la inspección, que los transportistas fueron quienes le aportaron su número de celular al inspector.

Insistió en que la segunda llamada que recibió del inspector este le menciono que si “le colaboraban él nos colaboraba”, una vez le dijo que la mercancía se la llevaran al depósito.

Cuando el importador lo llamó y le pidió que averiguara cuanto era la suma, llamo al inspector, donde le mencionó que eran 10 millones, que era lo que estaba solicitando, para dejar que los contenedores siguieran con su despacho.

Aclaro que el depósito era Alpopular y no Almagrario. Posterior a ello, cuando se enteró que eran 10 millones, el inspector dijo que la mercancía seguiría su curso, él le remitió la información a Diego a través de una nota de voz de WhatsApp, quien le dijo que consiguiera el nombre del inspector, pero no lo conseguí.

Adicionó que el inspector JMQV le envió unas fotos donde le mostraba la evidencia de los seriales erróneos, con las cuales el señor se identificó como JMQV de la Dian.

Reiteró que le puso en conocimiento de su coordinador la situación, el señor Mauricio Ferriño, pero solo le mencionó sobre la colaboración, pero de la cantidad no tuvo conocimiento sino hasta el lunes siguiente que él le comentó la situación.

Finalmente refirió que se subsanaron los errores y se despachó la mercancía normalmente, sin pago alguno de sanción o multa.

Los anteriores testimonios permiten en principio corroborar los hechos expuestos en el escrito de la queja disciplinaria, referidos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presentaron los mismos, y en el entendido que efectivamente la empresa BH tuvo una operación de importación de mercancías, la cual presentó errores en los seriales respecto a la declaración presentada, razón por la cual la Dian a través del funcionario JMQV, intervino la misma.

En cuanto a los hechos irregulares referidos a la solicitud de dinero, se vislumbran muchos interrogantes, por lo que se continuó con el análisis probatorio existente.

En la queja disciplinaria se informó que la comunicación y presunta solicitud de dinero se realizó a través de las siguientes líneas celulares:

*"JMQV: Inspector DIAN Buenaventura tel. 315 335XXXX
MN. Asistente de comercio Exterior Aduana López tel. 301244XXXX
DL. Director y representante legal de importaciones BH tel. 310 373XXXX"*

Con esta información, se solicitó apoyo a la Procuraduría General de la Nación², para la práctica de la prueba referida a obtener los datos biográficos de las líneas celulares Nos. 3153358272, 3012441927 y 3103737027, junto con las sábanas de llamadas de los días 17, 18 y 19 de abril del año 2021.

Cumplido el apoyo técnico, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, remitió las diligencias, entre las cuales se encuentra respuesta del operador de telefonía celular Claro Comunicaciones, entidad que remitió los datos biográficos³ de la línea celular No. 315335XXXX, información que permitió probar que la línea celular No. 315335XXXX, se encontraba activa para la época de los hechos y que el titular de esta era el disciplinado JMQV.

Junto a lo anterior se recibió archivo con la relación de tráfico entrante y saliente de voz, información que permitió evidenciar en las llamadas realizadas desde el número celular 31535

² Radicado 1-2022-005068

³ Radicado 1-2022-005068, fl. 102

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

XXXX al número 301244 el día 18 de abril de 2021 a la 1:03 pm y a las 2:43 pm, lo que prueba que existió comunicación entre el señor funcionario y el señor MN.

Pruebas en practicadas en etapa de juicio:

Acta de Hechos de control posterior No. 1751 de 23 de abril de 2021, de la cual se observa que se trata de una diligencia de control aduanero, atendida por el auxiliar aduanero de la Agencia López Hermanos SA, la cual se llevó a cabo en el depósito Alpopular, y dónde se procedió a desembarcar y clasificar la mercancía, con el fin de verificar la naturaleza, clase de mercancía, cantidad de descripciones mínimas y normas técnicas colombianas.

Se indica en el acta que finalizada la verificación físico documental para las unidades de carga número TGBU1962352, TGBU962903, FANU107600, FANU105882 cuyo resultado arrojó error en la casilla 91 en cuanto a los señales relacionados y asignados para la mercancía, advirtiendo entonces como una inconsistencia la descripción errada o incompleta, sin embargo se pudo determinar que los errores u omisiones en la descripción de la mercancía no conllevan a que la mercancía objeto de control sea diferente a la declarada dado que la información está reflejada en las declaraciones señaladas por lo tanto se aplicará el concepto de análisis integral establecido en el artículo tercero del decreto 1165 de 2019, así las cosas se explicó al interesado responsable de la obligación aduanera que dentro de los 10 días siguientes, deberá presentar declaración de legalización sin pago a efectos de subsanar la descripción parcial o incompleta por lo que se procedió a dejar la mercancía en el mismo estado y calidad en que se encontró.

En este documento se evidencia la participación del funcionario JMQV en calidad de gestor de la Dian y el señor auxiliar aduanero como representante de la agencia de aduanas López hermanos s y sin presencia de la empresa BH.

Testimonio de AMCR, en calidad de funcionario de la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de impuestos y Aduanas de Buenaventura, quien también se encontraba comisionado como apoyo a las diligencias de control programadas por la Seccional, y en cuanto a los hechos mencionó que había 4 contenedores de BH, procedieron a que el funcionario de la Polfa entregara la documentación para hacer la verificación de la mercancía y corroborar la información física con la documental, en donde encontraron que los documentos no estaban completos y al realizar el desembalaje de la mercancía, bicicletas, revisando el serial que viene en las cajas y el marco de la bicicletas, y encontraron que los seriales no coincidían.

Refirió que es información se transmitió a los transportistas para que requirieran la documentación faltante. Indicó que los contenedores se dejaban en consigna, es decir bajo custodia de la Polfa, aproximadamente a las 11 de la mañana del domingo en que se realizó la

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

diligencia, para que fueran trasladados el lunes al depósito habilitado para realizar la revisión teniendo en cuenta las inconsistencias encontradas.

Indico que fue necesario que JMQV se comunicara con el encargado de la Agencia de Aduanas, que no recuerda bien, pero cree que el numero lo suministro uno de los trasportistas, para explicarle porque se necesitaba la información de la declaración completa. Respecto a la exigencia de una suma de dinero, manifestó bajo juramento que en ningún momento se hizo alguna manifestación de parte de su compañero JMQV solicitando alguna suma de dinero u otra dadiva, que estuvo presente en la conversación con el agente de aduanas y la misma se ciñó a solicitar los documentos que se requerían, para verificar los seriales.

Manifestó que no conoció a MN con anterioridad, que por parte de la empresa BH tampoco se tuvo comunicación.

Que él también estuvo en la diligencia, y que en ningún momento su compañero hablo de una colaboración económica, sino de la colaboración en el sentido de que le facilitaran la documentación por tratarse de un día domingo, en ese sentido se hablaba de colaboración, que le parece que no tiene sentido solicitar dinero o cualquier otro tipo de contraprestación después de que los contenedores ya se encontraban retenidos.

Testimonio de LFAG, en calidad de agente de aduanas de la Agencia de Aduanas López Hermanos, desempeñando sus funciones en Buenaventura, quien refirió que, para el día de los hechos, se encontraba en la ciudad de Cali por tratarse de un día feriado. Indico que realiza las nacionalizaciones y las diligencias ante la Dian, y que las declaraciones de importación son enviadas desde Barranquilla. Manifestó que conoce a MN, de quien informo que ingresó a la Agencia de aduanas en 2020, era el comercial en la ciudad de Barranquilla y era el encargado de hacer las declaraciones y enviar la documentación para los retiros e inspecciones y era el encargado de la empresa BH. Aclaró que ser el comercial de la Agencia de Aduanas, es ser el directo responsable del cliente, que todas las declaraciones y toda la documentación estén en orden y que solo conoce a MN por las comunicaciones telefónicas que tuvieron, que no lo conoce personalmente.

Manifestó no tener conocimiento de los hechos del día 18 de abril de 2021, referido a la retención de los contenedores, que la mercancía tenía levante automático.

Al ser indagado puntualmente sobre la solicitud de dinero por parte de JMQV, indicó no tener conocimiento de ello, y que nadie le ha informado nada, que solo en la diligencia realizada el día lunes, escuchó rumores de una exigencia de dinero, pero no tiene más conocimiento de ello.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

Testimonio LVG, conductor de la empresa de transporte, en la ciudad de Buenaventura, cuya función principal es retirar los contenedores de los puertos y llevarlos a los centros de acopio, a las bodegas de empresas para las cuales trabaja.

Respecto a su conocimiento o motivo de la declaración indicó que, hicieron el trabajo de sacar los contenedores y en ese momento el funcionario JMQV informó que había que hacer una inspección de la Dian, cuando dieron que había una inconsistencia, pero por falta de papelería no se hizo la diligencia ese día por eso decidieron llevar la mercancía a las bodegas de Alpopular.

Frente a los hechos informó que, como transportador le informan las cargas, pero no les dan información respecto de los importadores o cliente, para el caso no tenía conocimiento del nombre del importador BH. En cuanto al señor MN, manifestó no conocerlo, ni haber escuchado su nombre anteriormente, tampoco tiene conocimiento si sus compañeros transportistas lo conocen.

Testimonio CHB, gerente y representante legal de la empresa BH, quien refirió que el objeto de la compañía era la importación de bicicletas, y que la mayor parte ingresa por el puerto de Buenaventura. Respecto de los hechos manifestó que Diego Luna, el jefe de importaciones, le informó que el contenedor había salido del puerto pero que lo habían parado para inspección, y que el señor MN, funcionario de la Agencia de Aduanas López Hermanos, había manifestado que el funcionario de la Dian estaba solicitando dinero para que la mercancía saliera del puerto sin inspección.

Que una de sus formas de operar es a través de las Agencia de Aduanas, cuando se nacionaliza mercancía en los puertos, para el caso se realizó con López Hermanos SA, que por ser usuarios UAP, la mercancía generalmente tenía fácil nacionalización, es decir sin inspección. Refirió que le solicitaron a MN hablar con el inspector de la Dian, de quien no supieron el nombre y nunca hablaron con él, no quiso pasar. Que la compañía siempre ha tenido claro que no se accede a pagos de dinero por fuera de la legalidad.

Testimonio JMR, en calidad de conductor de la empresa de transporte, indico que en horas de la noche fueron parados por la Polfa, pararon uno de los cuatro vehículos que transportaran, pero por falta de documentación enviaron todos los vehículos al depósito Alpopular. Indicó que ellos como transportadores, solo tuvieron comunicación con el señor Carlos Trujillo, que no tuvo comunicación con la Agencia de Aduanas, no conoce al señor MN. En cuanto a la solicitud de alguna suma de dinero manifestó desconocer los hechos, ni escuchó de parte de sus compañeros esta situación.

Testimonio FCH, funcionario de la Policía Fiscal y Aduanera – Polfa, quien indicó que para la época de los hechos se encontraba ubicado en la ciudad de Buenaventura, manifestó que conoce a JMQV, porque es un funcionario de la Dian que realiza inspecciones en el puerto.

Que dentro de sus funciones debía hacer una verificación con planilla de análisis y verificación, hacer un alto a los contendedores que se encontraban perfilados para inspección y se ubica la mercancía en el parqueadero, se toman datos, se hace una anotación y se realiza entrega del contenedor al funcionario Dian y al funcionario de la Polfa, porque no realiza inspecciones solo perfilamientos.

Manifestó no recordar los hechos, que es necesario verificar en un libro de anotaciones, en donde se consigna todo lo ocurrido.

Refirió no conocer al señor MN, que no tuvo contacto con él y desconoce si por parte del JMQV, existió comunicación con esta persona y no escuchó sobre alguna situación irregular.

En cuanto a la exigencia de solicitud de 10 millones de pesos por parte de JMQV, manifestó que no escuchó ni tiene conocimiento de estos hechos, que en su calidad de policía debe actuar al respecto y adelantar el trámite correspondiente ante una situación irregular o delito.

Testimonio de DPM, Jefe División de Fiscalización y Liquidación Aduanera y Cambiaria (A) Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura y jefe inmediata del disciplinado, indicó respecto de los hechos, conocerlos porque la queja fue informada a la Dirección Seccional Buenaventura de parte del nivel central de la Dian, entonces la Directora Seccional le hizo una llamada y le informó que en una verificación de importación, recuerda que era BH, a ella la llamaron y le dijeron que un funcionario estaba solicitando dinero por dejar continuar el trámite de comercio exterior, pero desconoce la cantidad de dinero que se exigía.

Explicó todo el trámite llevado a cabo, indicando que el mismo fue realizado correctamente por el funcionario JMQV amparado en la normatividad aduanera vigente para la época de los hechos. Ella como jefe hizo verificación de todo el procedimiento, encontrándolo acorde con la Ley. Refirió que JMQV, fue escogido para pertenecer a ese grupo, porque cuenta con unos valores exigidos para ello, como honestidad, transparencia, rectitud, y cuando se enteró de lo hechos, se comunicó con el funcionario, quien le expuso total sorpresa ante los hechos.

Partiendo de lo expuesto por los testigos, y demás pruebas que reposan en el expediente, encuentra este Despacho que si bien es cierto los testimonios rendidos por el señor MN de Jesús Niebles y Diego Luna, guardan coherencia entre sí, en cuanto a la operación de importación que realizaba la empresa BH, en que se presentaron inconsistencias en los seriales de la mercancía, y que por no contar con la documentación necesaria que permitiera verificar

la información declarada, se hizo necesario que el señor JMQV, como inspector de la Dian, detuviera la carga para una revisión más precisa de cara a la información faltante, así como en la fecha y hora en que se presentaron los hechos; también es cierto que ello no basta para predicar en grado de certeza que el funcionario hizo una solicitud de dinero al agente aduanero, por lo que se hace necesario verificar la coherencia, no solamente entre los testimonios incriminatorios involucrados, sino con los demás medios probatorios, en especial con los demás testimoniales y con las reglas de experiencia y sana crítica.

Efectivamente uno de los medios de prueba más importantes en el marco de los procedimientos disciplinarios es el testimonio, a través de este, quien instruya un trámite sancionatorio puede reconstruir los hechos objeto de investigación, a partir de la narración que realice un testigo, distinto de la persona implicada y que haya tenido conocimiento de estos por haberlos percibido con sus sentidos⁴, la Ley 1952 de 2019, en el artículo 176 indica que:

"ARTICULO 176. CRITERIOS PARA LA APRECIACION DEL TESTIMONIO. *Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio"*

Norma que encuentra respaldo en los criterios racionales⁵ para la valoración de la prueba testimonial, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia que permiten a los operadores jurídicos acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los testigos.

Entonces es en el análisis de la prueba testimonial, donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica y además acudir a los criterios racionales de la coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas.

⁴ 23 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2017, pp. 27-28.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A"
Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)
Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01034-01(4422-16).

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 de la Ley 1952 de 2019 – CGD⁶, se retomó el testimonio del señor MN, testimonio que, bajo la mirada de los criterios racionales para su valoración, *se advierten varias* inconsistencias en el mismo.

En principio se trata de un relato coherente con *ausencia de interés de mentir o la presencia de un motivo para hacerlo, se observa coincidencia, claridad en los hechos y en la contextualización de los mismos, sin embargo, en cuanto a la solicitud indebida de dinero, se precisan una serie de inconsistencias y ambigüedad en el testimonio.*

Inicialmente no hay precisión en cuanto al número de llamadas sostenidas entre el disciplinado y él, como agente de aduanas, ya que reportó que le hizo varias llamadas, cuando fue interrogado por el despacho sobre la insistencia en la solicitud de colaboración de parte de JMQV, manifestó que recibió varias llamadas preguntándole que, que había decidió el cliente, que, qué información tenía, que, que había pasado con eso, resaltando que refirió recibir varias llamadas preguntando sobre el tema.

No obstante, de los archivos allegados al plenario por la empresa de telecomunicaciones Comcel (Claro comunicaciones), que contienen el registro de las llamas salientes y entrantes del celular de JMQV, para los días 17, 18 y 19 de abril de 2021, solamente se reportaron dos llamadas entre estas dos personas, como se mencionó anteriormente, y no varias llamadas como lo manifestó el señor MN.

Aunque no fue posible allegar información respecto de las llamadas realizadas por el señor MN al disciplinado ello no elimina la inconsistencia mencionada y en consecuencia un interrogante frente a como realmente se presentaron los hechos sin llegar al extremo de exigirle al testigo recordar exactamente cuántas llamadas se realizaron pero teniendo en cuenta lo dicho por el señor MN varias llamadas dista de mucho de lo que logró probarse en el procedimiento esto es dos llamadas de parte del inspector al agente de aduanas sin encontrar ninguna en sentido contrario. Además de evidenciarse en el relato del testigo MN, falta de claridad al referirse a la solicitud, porque no indicó claramente si esto ocurrió cuando el inspector lo llamó o viceversa

⁶ Ley 1952 de 2019- Código General Disciplinario. Artículo 176. Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción las circunstancias del lugar tiempo y modo en que se percibió a la personalidad del declarante a la forma como hubiera declarado y las singularidades que puedan observarse del testimonio.

no es preciso, al indicar los términos de la solicitud dineraria y su valor y si la propuesta se hizo en alguna de estas dos llamadas quedando muchos vacíos al respecto.

Ahora bien, el hecho de que existan contradicciones entre varios testimonios practicados en un procedimiento disciplinario, por sí mismo, no se constituye necesariamente como un parámetro para negarles su credibilidad, "(...)la jurisprudencia de la Sala ha hecho énfasis en la necesidad de que, al valorarse la credibilidad de un testigo que ha hecho manifestaciones anteriores divergentes a las realizadas en el juicio oral, se examine el relato en su conjunto, con el fin de determinar si las diferencias recaen sobre aspectos sustanciales que puedan poner en entredicho lo afirmado, o sobre aspectos secundarios, de poca importancia, que no lo afectan y que bien pueden explicarse por el paso del tiempo o la falibilidad de la memoria⁷. Esto, porque es natural que «en el proceso de rememoración la mente humana altere o pierda algunos recuerdos, más aún cuando se trata de información exacta como fechas»⁸".

Sin embargo, la concurrencia de varias inconsistencias en aspectos relevantes de los hechos, genera cuestionamientos de la realidad en cómo se presentaron los mismos, así, también llama la atención a este Despacho, otra inconsistencia soportada en la contradicción con el testimonio del señor coordinador o jefe inmediato del señor MN en la Agencia de aduanas López Hermanos, quien en diligencia de testimonio y bajo la gravedad de juramento, indicó desconocer los hechos referidos a la solicitud de dinero, indicando que MN no le comento nada al respecto, mientras MN, afirmó tajantemente que puso en conocimiento de su superior los hechos y lo ocurrido con el funcionario quien le estaba haciendo una solicitud de dinero, que no le preciso la suma, pero que si le comento lo ocurrido; lo que pone en evidencia la contradicción entre estos testimonios.

Otro punto que supone una posible inconsistencia, atendiendo a la lógica de las cosas, es que al parecer la solicitud de dinero, se hizo posterior a que los contenedores ya habían sido detenidos y tenían orden de inspección, según se encuentra en acta de hechos para acción de control posterior número 1626 con fecha 18 de marzo de 2021, en la cual se dejó constancia que la diligencia fue atendida por los conductores de transporte de la mercancía, en representación del importador BH SA, y que por particularidades de tiempo modo y lugar y no contar con la logística necesaria no se podrá realizar la verificación de la mercancía al 100%,

⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. SP208-2023 -Impugnación especial No. 58588 Acta No. 108 Bogotá D.C., siete (07) de junio de dos mil veintitrés (2023). Magistrado Ponente FABIO OSPITIA GARZÓN.

⁸ Cfr. CSJ AP, 15 Sept. 2010, Rad. 34372, reiterada en CSJ SP 1591-2020, Rad. 49323

en consecuencia se ordenó trasladar la mercancía al depósito autorizado Alpopular S.A. bajo medida cautelar de verificación de mercancía.

No resulta lógico que el disciplinado hiciera una solicitud indebida cuando ya tenía definido que iba a ocurrir con la mercancía, y le había comunicado esta decisión a los transportistas que para el momento eran los responsables de la mercancía, haciendo publica esta situación y quienes en diligencia de testimonio indicaron que los vehículos fueron detenidos un día domingo en horas de la mañana, porque requerían de una inspección para verificar los errores en los seriales de la mercancía declarada, posterior a ello se dio la comunicación con el señor Niebles, para que remitiera la documentación o realizara la corrección y trámite correspondiente.

Los transportistas de la mercancía quienes estuvieron presentes el día de los hechos, esto es el domingo 18 de abril de 2021, declararon que la diligencia se llevó a cabo en total normalidad y que no conocen al señor MN, por lo que no fue posible verificar siquiera indiciariamente lo expuesto por el señor MN en cuanto a la solicitud de dinero, si bien es cierto estas solicitudes impropias se hacen de manera oculta o silenciosa de parte de quien pretende lo indebido, es lógico entender que el funcionario de la Agencia de Aduanas ante tal solicitud dineraria informara esta situación a todas las personas que se encontraran involucradas, y pusiera en conocimiento inmediatamente lo ocurrido ante las autoridades correspondientes.

Tal y como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia **SP-78302017 (46165) de junio primero de 2017, sobre la valoración de la prueba en el delito de concusión:**

"(...) el delito en cuestión, la mayor de las veces, se presenta en un entorno íntimo o privado entre el servidor público y la persona constreñida a darle dinero o cualquier otra utilidad indebidas, suceso que dificulta su demostración, dado que, ante la ausencia de elementos objetivos de confrontación, el debate se centra en la credibilidad de las versiones que ofrezcan denunciante y denunciado.

Así, a pesar que la conducta concusionaria suele cometerse en ausencia de testigos, ello no impide que la víctima pueda brindar un relato preciso, claro y, en términos generales, coherente, que al no comportar contradicciones internas en sus expresiones, ni externas en relación a otros medios de convicción, pueda llevar al conocimiento del juez, en grado de certeza, de los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado".

Continuando en el análisis testimonial de lo declarado por MN, es preciso afirmar que no hay claridad en la solicitud ni en indicar la suma exigida, y hace referencia a que el inspector dijo que si *"le colaboraban el colaboraba"*, sin ser preciso en decir en qué consistía esta colaboración, ni tampoco refiere claramente las palabras dichas por el peticionario, lo cual deja un margen muy amplio para la duda, al no brindar la convicción suficiente de que como realmente ocurrió la presunta solicitud indebida.

Sumado a ello, desde el principio de la buena fe, debe darse credibilidad a los argumentos defensivos del disciplinado, cuando manifestó que colaboración se refería a que le proporcionaran los documentos necesarios o faltantes para lograr verificar la información que al parecer estaba incorrecta, teniendo en cuenta que el señor MN era el encargado y responsable de la operación de importación de la empresa BH y como fue declarado por la persona que se encargaba de toda la documentación del cliente, entonces surge la pregunta de porque no remitió la información requerida por el inspector.

Asimismo a través del testimonio del funcionario de apoyo de la Dian, se dan a conocer con mayor precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la supuesta conversación ocurrió, como se relató antecederentemente y de donde puede inferirse conclusiones muy diversas a la de un ilegal requerimiento de dinero por parte del investigado, quien señaló que cuando JMQV, hacía alusión a *"colaboración"* se refería a que le enviaran los documentos requeridos para finiquitar la diligencia, resaltando que es muy usual la palabra colaboración en la "jerga" cotidiana de las personas que realizan y participan en las operaciones de importación.

Manifestó el disciplinado en su escrito de alegatos previos, que percibió en el señor MN, desconocimiento del trámite de verificación y de la norma aplicable para el control de mercancías, por lo que le explicó en que consista el mismo y que debía aportar la documentación que se requería, situación que hace pensar a esta instancia, que tal desconocimiento puede haber llevado a un mal entendido en cuanto al dinero se trataba, sin embargo tal situación no está probada dentro del proceso y es una conjetura del Despacho, que refuerza la duda que ha todas luces se encuentra presente en los hechos referidos a la solicitud dineraria por el disciplinado.

De otra parte, continuando con el análisis desde la óptica de las reglas de experiencia y de sentido común, se mencionó que una proposición o exigencia pecuniaria indebida dirigida a una persona en particular, como retribución al ejercicio de las propias funciones públicas, se haga de manera abierta, delante de todas las personas que se encontraban presentes, esto es los transportistas y sus compañeros de trabajo, o de todo aquel que deliberada o

accidentalmente pudiera escucharlo, no suele ser lo más común, en la mayoría de esas situaciones se busca hacerlo ocultamente o en secreto, sin dejar rastro de lo ocurrido.

No es razonable que el investigado hubiera efectuado exigencias de tal naturaleza frente a personas que no eran objeto del supuesto ilícito requerimiento y que eventualmente se percataran de éste, como pudo establecerse de los testimonios de las personas que estuvieron presentes en la diligencia el día de los hechos (conductores, funcionarios Dian y funcionario Polfa), ya que indicaron estar presentes en el momento en que el inspector se comunicó con el Agente de Aduanas.

Puede entonces sin lugar a duda afirmarse que el servidor público que hace una exigencia indebida a cambio del ejercicio de sus funciones, lo hará de manera subrepticia, oculta o velada, mas no durante un evento público y menos aún frente a varios testigos como ocurrió en este caso; esto es lo que la experiencia enseña y resulta atendible desde el sentido común.

Por último, se tiene el hecho que el señor MN, no proporcionara el número del celular al representante legal de la empresa BH, tratándose de un asunto propio de la función que cumple como tal, prefirió mantener la conversación con el disciplinado, por lo que no puede ratificarse la presunta solicitud con el representante legal de la empresa BH, más allá de lo que MN le había expuesto. No se entiende la negativa de proporcionar el numero celular para que dicho contacto fuera directo, entre el dueño de la mercancía y el funcionario de la Dian JMQV.

Sobre esa base, no se explica la negativa de poner en contacto al representante legal de la empresa BH con el inspector JMQV, la única explicación plausible es que deseaba mantener el entendimiento con el disciplinado, razón que lo llevó a ocultar o negar la información del número telefónico del disciplinado, así como su nombre. Dicho sea de paso, el señor MN solo indagó por el nombre del inspector a cargo que estaba haciendo la solicitud indebida, hasta el momento en que el señor Diego Luna le solicitó averiguar ese dato, que, a juicio de esta instancia, resulta relevante en estas situaciones conocer el nombre de quien hace una propuesta indecorosa.

Así pues, se encuentra que el dicho inculpatorio de MN, contiene varias ambigüedades y posibles contradicciones que dejan un amplio margen de duda, y mal puede edificarse sobre él, certeza de la comisión de la falta gravísima imputada, además porque su coincidencia con

el testimonio de Diego Luna no permite probar que efectivamente existió una solicitud dineraria de parte del disciplinado.

En efecto, si bien los dos declarantes aseguran que el investigado exigió dinero, a saber 10 millones de pesos, también lo es que el señor Diego no tuvo contacto directo con el inspector JMQV, su conocimiento de los hechos surge de lo informado por el señor MN, a tal punto de afirmar en diligencia testimonial que espera que MN este diciendo la verdad.

Analizadas en conjunto las probanzas recaudadas en etapa de investigación y las recaudadas con posterioridad a la imputación de cargos y efectuadas las constataciones pertinentes en lo que procesalmente fue posible, con los resultados señalados, se hace procedente abordar el estudio de los elementos estructurantes de la responsabilidad disciplinaria, de manera tal que deben reunirse de manera conjunta los requisitos de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, acreditados a partir de los elementos de prueba.

Al respecto, el Consejo de Estado precisó:

*“De la lectura de los artículos antes transcritos se observa que los elementos que componen la responsabilidad disciplinaria, esto es aquellos que debe acreditar la autoridad disciplinaria a efectos de imponer una sanción son: 1) **la tipicidad** que se traduce en que los destinatarios de la ley disciplinaria solo pueden ser investigados y sancionados por comportamientos descritos como falta en la ley vigente; 2) **la antijuridicidad o ilicitud sustancial**, es concebida como la afectación objetiva a los deberes funcionales, esto es sin que sea necesario un daño material de esta manera basta la sola infracción de los deberes contentivos en la carta política, las leyes los reglamentos, los contratos de trabajo, los manuales de funciones para que se configure el injusto disciplinario por lo cual la conducta para que sea considerada sustancialmente ilícita debe atender contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, y 3) **la culpabilidad**, concebida la posibilidad de exigir otro comportamiento al sujeto disciplinable, la cual solo puede darse por las modalidades de culpa o dolo.”⁹*

⁹ Sentencia del 06 de octubre de 2016. Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 11001-03-25-000.2012-00681-00 (2362-2012), Actor Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

5.4 DE LA TIPICIDAD.

El artículo 48 de la Ley 734 de 2002 establece un catálogo taxativo de conductas que ostentan la calidad de gravísimas, entre las cuales en su numeral 1º prescribe: *"Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo"*.

A partir del 29 de marzo del año 2022, entró en vigencia la Ley 1952 de 2019 – Código General Disciplinario, normativa que en su artículo 65 recogió la falta disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 65. FALTAS QUE COINCIDEN CON LAS DESCRIPCIONES TÍPICAS DE LA LEY PENAL. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiaridad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él."

Dicha norma se trata de un tipo en blanco, cuyo complemento se encuentra en el Código Penal Colombiano- Ley 599 de 2000, por lo que es preciso realizar un ejercicio de adecuación típica penal, con el objeto de que, por remisión, la infracción corresponda a un tipo disciplinario.

Conforme al cargo imputado la conducta del señor JMQV, se adecuaría desde la perspectiva objetiva a la descripción típica del estatuto penal consagrada en el artículo 404, que establece:

"ARTICULO 404. CONCUSION. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses)"

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó la estructuración del delito de concusión¹⁰, en Sentencia **SP-78302017**, en la cual indicó que el diseño de ese tipo delictivo exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Sujeto activo calificado (servidor público).
2. El abuso del cargo o de las atribuciones.
3. La ejecución de cualquiera de los verbos: constreñir, inducir o solicitar un beneficio o utilidad indebidas y
4. La relación de causalidad entre el acto del servidor público y la promesa de dar o entregar el dinero o la utilidad indebidos.

Sumado a ello, advirtió que frente a cualquier modalidad ejecutada por el autor es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, esto es, el "**metus publicae potestatis**" que lleva a la víctima a rendirse a las pretensiones del agente. Se ve obligada a pagar o prometer el dinero o la utilidad indebidos por el temor del poder público.

Y agregó que, si el medio utilizado no es idóneo, por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración.

En tal sentido, corresponde abordar el estudio de la adecuación típica en el caso que nos ocupa, con el propósito de verificar si concurren los presupuestos requeridos para la realización objetiva del tipo penal.¹¹

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-78302017 (46165), Jun. 1/17

¹¹ Al respecto en el proveído 17406-004 del 26 de febrero de 2014, la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala Penal, se ha pronunciado sobre los ingredientes o elementos que lo integran, así: "En orden a la estructuración de la figura no basta la simple calidad de servidor público, sino que es necesario también el abuso, que puede referirse tanto al cargo como a la función. Se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones. En el abuso del cargo, es indispensable que en el momento de la comisión del hecho el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de que está investido. Cuando se trata de analizar la conducta, es conveniente establecer si los actos ejecutivos del servidor público se adecuan a una de las tres formas a través de las cuáles se exterioriza la concusión: el constreñimiento, la inducción o la mera solicitud. (...)

El Código Penal introdujo una última variante de realización de la concusión a través de la mera solicitud. Se trata de la solicitud de dinero o cualquier otra utilidad, expresamente manifestada. En otras palabras, se elevó a categoría de delito el comportamiento del servidor público que, abusando de su cargo o sus funciones, solicita a una persona, sin acudir a la violencia o al engaño, que le dé o prometa dinero o cualquier otra utilidad." (Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de septiembre de 2003, referencia Expediente 18056, MP. Mauro Solarte Portilla).

Se requiere en primer término de **sujeto activo cualificado**, es decir que sea servidor público, calidad que se encuentra acreditada, al conocerse que el señor JMQV, para la fecha de los hechos¹⁸ de abril de 2021 desempeñaba el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01, desempeñando sus funciones en la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura.

Las funciones del disciplinado eran las correspondientes al cargo de Gestor I de Fiscalización y Liquidación, según certificación laboral que reposa en el expediente¹², para la fecha de los hechos, dichas funciones se encontraban delimitadas por el Auto comisorio 814 del 13 de abril de 2021, para practicar diligencia de inspección, control, verificación de la exactitud de las declaraciones aduaneras y sus documentos soportes, del 14 al 20 de abril de 2021, en la Sociedad Puerto Industrial de Aguadulce de Buenaventura, de lo cual se colige que estaba en posición de dominio frente a la acción y en contacto directo con el usuario importador.

Respecto al verbo rector de la descripción típica en comento, se tiene que es de naturaleza compuesta alternativa, lo que significa que plantea varias conductas: constreñir, inducir a dar, inducir a prometer, o solicitar dinero o cualquier otra utilidad indebidos a un tercero, con la concurrencia de una sola de las cuales se configura el tipo, es decir, no es necesario que militen varias, ni todas.

Clarificado lo anterior debe puntualizarse que el verbo rector que se avizora en la situación bajo estudio es el de solicitar, término cuya acepción no requiere mayor explicación, puesto que se contrae a pedir, buscar algo o pretenderlo.

Considera esta instancia el momento oportuno, para poner de presente que de cara al análisis probatorio que antecede, no hay claridad respecto de la solicitud efectuada por el disciplinado al señor agente de aduanas Michel de Jesús Niebles, con ocasión a la duda que surge desde dicho análisis, como se mencionó en el estudio de la declaración del señor MN, se evidenciaron varias inconsistencias relevantes al momento de soportar la existencia de la conducta bajo el grado de certeza, por lo que se hace necesario revisar los Principios de la Presunción de Inocencia y el In Dubio Pro Disciplinado, recogidos en los artículos 14 y 160 de la Ley 1952 de 2019 – CGD, postulados que exigen que toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto

¹² Radicado 1-2021-006222

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

disciplinable y la prohibición de un proferir fallo sancionatorio sin que obre prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del disciplinado.

Con este punto de partida, vale recordar que entienden la doctrina y la jurisprudencia disciplinarias por certeza, ya sea en la existencia de la falta o en la responsabilidad del disciplinado, encontrando dichos conceptos de manera clara dentro del fallo de segunda instancia del 7 de marzo de 2016 Resolución N. 7-PRS-SI de 2016, proferido por la Procuraduría Regional de Santander:

"...Por eso los procesos disciplinarios que se tramitan para juzgar conductas de funcionarios públicos que originan responsabilidad por causales de indisciplina, se fundan en la necesidad de mantener, valga la redundancia, la disciplina, que es consustancial a toda organización para mantener el orden, así como también la moralidad, el respeto a la dignidad humana, la eficiencia y el buen crédito de las distintas ramas del poder público.

En ese orden de ideas, la acción disciplinaria tiene por objeto establecer la responsabilidad e imponer la condigna sanción a los servidores del Estado que han violado con su mal proceder el estatuto disciplinario que los rige, porque los servidores públicos están sometidos al principio general del derecho que enseña que el que comete una falta disciplinaria debe responder por la sencilla razón de que es dueño del actuar encomendado y de sus consecuencias.

*El orden jurídico procesal presupone, entonces, la indubitable y plena demostración de la inequívoca conducta disciplinable, como requisito ineludible del debido proceso, previa la exigencia de responsabilidad. Consecuentemente no se podrá resolver en materia disciplinaria si no obran en el proceso legalmente producidas las pruebas que conduzcan a la certeza sobre la existencia de la falta (**aspecto material u objetivo**) y la responsabilidad del disciplinado (**aspecto subjetivo**). (Art. 142 ibídem).*

Por certeza debe entenderse ese valor epistemológico o conocimiento particular que excluye toda duda razonable, al que se llega mediante el proceso racional de evaluación del material probatorio, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, la lógica material y las pautas de la experiencia.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

En otras palabras, si el hecho o la falta no se pueden demostrar no habrá lugar a sanción disciplinaria, por lo que resulta inválida frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca o ambigua no se puede demostrar. Pero esa demostrabilidad presupone no solo la claridad normativa de la descripción de una conducta o proceder disciplinable, sino también su demostración”.

La Corte Constitucional ha expresado sobre la imposición de la sanción, que solo procede cuando obren en la investigación las pruebas que conduzcan a la certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado. Ha dicho textualmente que:

“...Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que, en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso, dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado...”¹³.

Acogiendo estos postulados, se hace necesario inicialmente establecer cuál es la situación fáctica; como resulta del análisis probatorio que antecede, puede establecerse claramente que los hechos se presentaron el día 18 de abril de 2021, consistentes en una operación de importación de mercancías, puntualmente bicicletas, por la empresa BH.

Así entonces quedó probado que durante el trámite de dicha importación, puntualmente en el momento de nacionalización en el puerto de Buenaventura, la mercancía fue detenida por funcionarios de la Polfa, por lo que se acudió a la autoridad aduanera representada por el señor JMQV, como inspector del GIT de Fiscalización de la Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, quien una vez enterado de los hechos, procedió a verificar la información de las

¹³ Sentencia C-244/96, MP. Alejandro Martínez Caballero.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

declaraciones presentadas con la información correspondiente a la mercancía objeto de verificación.

Como resultado del cotejo, el inspector encontró errores en los seriales de la mercancía, por lo que procedió a informar de esta situación a los responsables de la mercancía, que en ese momento eran los transportadores de la empresa Aldía Logística, quienes desconocían los procedimiento y tramites de importación, así como las inconsistencias presentadas con la mercancía, el disciplinado JMQV, debió solicitar el número de contacto de una persona de la Agencia de Aduanas responsable de la importación o del representante legal de la empresa propietaria de la mercancía, para que le aportarán los documentos faltantes o corrigieran las inconsistencias encontradas. En tal caso quedó probado que existió comunicación entre el disciplinado JMQV y el señor MN de Jesús Nieves Morán en calidad de representante de la Agencia de Aduanas López Hermanos SA, con quien la empresa importadora BH había contratado la nacionalización de la mercancía.

El señor MN, expuso que el funcionario de la Dian, JMQV le hizo una solicitud indebida de dinero, según lo manifestó, se trataba de 10 millones de pesos, sin embargo del análisis que precede pudo observarse varias contradicciones e inconsistencias en el testimonio y la ampliación de testimonio del señor MN de Jesús Nieves, llevando a esta instancia al no tener claridad ni certeza de la ocurrencia del hecho objeto de reproche disciplinario por lo que las pruebas permiten entrever ambigüedad e imprecisión en la ocurrencia de la conducta reprochable.

Se destaca que no hay claridad de parte del testigo en cuanto a la solicitud realizada por el disciplinado, teniendo en cuenta que el elemento o verbo rector solicitar en el tipo penal de concusión exige que *"(...)la solicitud, sea expresa, clara e inequívoca –en donde no haya lugar a dudas-, con total abandono de episodios de violencia, o quizás engaños, artificios y amenazas sobre la víctima, con el ánimo de enajenar su propia función o cargo y, por ese camino ilegal, percibir cierta cantidad de dinero o utilidad similar, o la promesa que así será (...)"*¹⁴

Efectivamente, del análisis en conjunto de las pruebas surge que la dilucidación del tema se encuentra en una zona de penumbra, ante la militancia de probanzas que en principio darían fe de que la operación de importación en comento efectivamente se realizó, en tanto las

¹⁴ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, Sentencia de 18 de agosto de 2010, referencia Expediente 29934, MP. Javier Zapata Ortiz.

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023

documentales y testimoniales así lo demuestran, sin embargo respecto de la conducta reprochada al disciplinado, esto es una solicitud indebida de dinero, en términos de falta disciplinaria gravísima, existe un manto de duda, ya que no ha sido probado que la misma se haya presentado como lo refirió el señor MN, así se expuso en el análisis correspondiente.

Como quiera que la presunción de inocencia reclama la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable basada en el material probatorio, situación que no sucede en el presente caso, tal duda ha de resolverse en favor del investigado, bajo el principio In dubio Pro Disciplinado, propio de los sistemas probatorios que giran en torno a la presunción de inocencia, como sucede con el disciplinario.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 1952 de 2019 – CGD, consagra la presunción de inocencia al establecer que *“durante la actuación disciplinaria toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto disciplinable”*, en concordancia con el artículo 160 ibidem, el cual señala que *no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinado*.

Como se observa, el requerimiento legal para la formulación de un fallo de naturaleza sancionatoria es exigente, por cuanto impone al operador la convicción indiscutible respecto de la presencia de los elementos objetivo y subjetivos constitutivos del reproche disciplinario a partir de la valoración del material probatorio legalmente aportado durante la actuación procesal.

Lo anterior se trae a colación por cuanto, a partir del análisis integral del mencionado acervo, el cual se encuentra constituido por la sumatoria del recaudo probatorio efectuado tanto en sede de la investigación como de la posterior etapa del juicio, surgen elementos que han estructurado un estado de duda tanto del aspecto material, como del de responsabilidad de la falta, amén que de su estudio ponderado resulta que a esta instancia procesal no sea posible considerar el que exista certeza absoluta sobre la existencia de la concusión reprochada, ni de la responsabilidad que cabría endilgarle al disciplinado.

Tal situación se materializa dentro de la presente actuación, habida cuenta de que ahora, a esta altura de la actuación procesal, no es posible afirmar de forma indiscutible que los hechos que motivaron la investigación aparecen plenamente demostrados, por cuanto se han incorporado medios probatorios que al ser analizados de forma integral no permiten estructuran la exigencia de probabilidad más allá de toda duda razonable.

Por consiguiente, para esta instancia lo realmente certero es que existen serias dudas en cuanto a la real ocurrencia de los hechos, vacilaciones que no pueden despejarse a partir de los medios de convicción arrojados al expediente y producto de la actividad oficiosa desplegada, no quedando otro camino que dar aplicación a lo señalado en el artículo 14 del CGD, ordenando la absolución del señor JMQV, respecto de la falta disciplinaria imputada en la pieza de cargos.

Finalmente, y respecto al "*metus publicae potestatis* (miedo a la condición del servidor público)", elemento subjetivo predicable de la víctima, se puede concluir ausencia total del mismo, al respecto se acude a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de noviembre de 2012¹⁵, aclaró:

"Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.

Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado metus publicae potestatis como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración".

De tal modo la Corporación concluyó que si el "metus" (miedo a la condición del servidor público), se halla ausente, el delito no alcanza su configuración.

En el caso de estudio, se advierte que la supuesta solicitud dineraria, careció de aptitud para formar en el testigo algún sentimiento de temor o miedo al poder público de tal suerte que ni el, ni el representante legal de la compañía BH se sintieron en la necesidad u obligación de acceder a la presunta solicitud, manifestando tajantemente que si se debía pagar algo se haría directamente a la Dian y no a ningún funcionario.

En este orden de ideas, y sabiendo que la responsabilidad disciplinaria descansa sobre las categorías de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, elementos que deben estar demostrados al momento de configurar la falta, pues la ausencia de cualquiera de ellos implica

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP, 7 nov. 2012, rad. 39395

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023



**FICHA TÉCNICA
RELATORIA-SDL**

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

necesariamente su inexistencia y trae como consecuencia la absolución del funcionario investigado, se procederá de esta forma y en consecuencia resulta innecesario pronunciarse sobre la ilicitud sustancial y la culpabilidad, porque basta con el análisis de tipicidad realizado en precedencia para concluir que el cargo formulados a los disciplinados no está llamado a prosperar.

RESUELVE – DE INSTANCIA

Mediante Resolución No. 17317-00002 26 de febrero de 2024 se resolvió:

ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA al señor JMQV, por la conducta consignada como cargo en el Auto número Auto No. 1740600008 del 27 de diciembre de 2022; actuar constitutivo de falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, subrogado por el artículo 65 de la Ley 1952 de 2019 -CGD, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Página: 29 de 29

EL FORMATO IMPRESO DE ESTE DOCUMENTO ES UNA COPIA NO CONTROLADA					
Código	JDI-FT-031	Versión	2	Fecha emisión	23/10/2023