



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

Sistema Integrado
de Gestión - SIG

FICHA TÉCNICA: PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA

INFORMACIÓN PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2019-173
- DEPENDENCIA QUE LA EXPIDE:	Subdirectora de Asuntos Legales, Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales-ITRC
- INVESTIGADOS:	JESP
- CARGO:	Gestor II, Código 302, Grado 02, ubicado en el GIT de Zona Franca, División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
- ENTIDAD:	DIAN – Dirección de Impuestos Y Aduanas Nacionales.
- TEMA:	Incremento Patrimonial Injustificado
- PALABRAS CLAVES:	Incremento Patrimonial Injustificado, queja, Auto, Resolución, investigada, testimonio, defensa, absolver
- INSTANCIA	Primera

ANTECEDENTES

Síntesis de los hechos Disciplinariamente Relevantes

La actuación se generó mediante queja anónima elevada en la página web de la Agencia ITRC, radicada el 06 de octubre de 2019, que puso en conocimiento un presunto incremento patrimonial injustificado del señor JESP.

Reseña procesal



FICHA TÉCNICA RELATORIA-SDL

**Sistema Integrado
de Gestión - SIG**

Con Auto No.1740600004 de fecha 22 de marzo de 2023, se profirió Pliego de Cargos en contra de JESP, en su condición Gestor II Código 302 Grado 02, ubicado en Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, para la época de los hechos, y se formuló en su contra un CARGO ÚNICO por su posible incursión en la FALTA GRAVÍSIMA descrita en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, disposición subrogada por el numeral 2° del artículo 62 de la Ley 1952 de 2019, atribuible a TÍTULO DE DOLO, por incrementar su patrimonio, al parecer de manera injustificada, directa y en favor propio, durante el período comprendido desde el 1 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2019.

Mediante Resolución No.17317-00001 de fecha 16 de febrero de 2024 se profirió fallo de primera instancia, absolviendo de responsabilidad disciplinaria a JESP por la conducta formulada en el auto de cargos y frente a la cual no se interpuso recurso alguno, quedando ejecutoriada la actuación.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA (primera o Segunda instancia)

Problema jurídico.

¿Se encuentra justificado el posible incremento patrimonial en la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTIÚN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS M/CTE (\$45.721.751,49), así como las diferencias presentadas en los valores crédito de la cuenta ahorros del Banco de Bogotá del investigado?

Análisis y consideraciones jurídicas de instancia

Con base en las reglas de la sana crítica probatoria, se procede a realizar la valoración razonada de las pruebas tenidas en cuenta para la presente decisión con el apoyo técnico forense y contable de la gestora designada en la presente causa, que tienen que ver con la conducta imputada al investigado en el auto de cargos.

Con relación al primer movimiento en el año 2014 por un valor TRECE MIL NOVECIENTOS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$13.900,49) la defensa manifestó que, correspondía a un abono realizado por el Banco de Bogotá por concepto de rendimientos financieros. Información que al ser verificada por el Despacho con el Banco de Bogotá se observa que es un "abono en cuenta en oficina", sin embargo, no fue posible establecer su concepto atendiendo que el Banco de Bogotá no brindó la información a pesar de haberse reiterado señalando que no se tienen los comprobantes de las transacciones. No obstante, al verificar la somera respuesta de la entidad Bancaria y lo dicho por la defensa resulta ser congruente, por tanto, se tendrá como cierta la afirmación realizada por la defensa.



Respecto de los movimientos 2, 3, 4, 8, 19, 21 de los años 2014, 2015, 2016 y 2019 que asciende a la suma de CINCO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$5.203.624) la defensa manifestó que, corresponden a depósitos efectuados por la señora YMF esposa del investigado, dineros percibidos por la logística (Pago de proveedores, explotación comercial) del establecimiento de comercio cigarrería denominada "DLM"; de igual manera, depósitos con recursos propios para pago de servicios públicos y cubrir compras de la comida del perro.

Con el fin de corroborar que efectivamente la señora YMF tenía junto con su esposo el señor JESP un establecimiento de comercio se solicitó y se allegó al Despacho el reporte de información exógena de la mencionada señora, en la que se observa que tuvo vínculos comerciales para los años 2014 a 2017 con diferentes empresas relacionadas con el abastecimiento de establecimientos de comercio.

De igual manera, se allegó copia del RUT de la señora YMF que reporta como actividades las No. 4711 *"Comercio al por menor en establecimientos no especializados con surtido compuesto principalmente por alimentos, bebidas (alcohólicas y no alcohólicas) o tabaco. (alcohólicas y no alcohólicas) y tabaco"* desde el 15 de enero de 2010 y como actividad secundaria la No. 4799 *"venta y la entrega a domicilio de artículos vendidos por establecimientos comerciales"* desde el 26 de junio de 2013.

Información que al ser corroborada por el Despacho a través del testimonio de la señora YMF y las pruebas documentales allegadas por la Cámara de Comercio de Bogotá ante los requerimientos de la Agencia ITRC, se identificó la existencia del Establecimiento de Comercio con fecha de apertura del 19 de enero de 2010, la cual fue cancelada el 15 de febrero de 2016. Se precisa que era de propiedad de la mencionada esposa del investigado, quien realizaba depósitos en la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá para compras que debía efectuar el investigado relacionadas con el negocio, ganancias ocasionales para cumplir compromisos familiares, colegio, universidad, servicios públicos, proveedores del negocio.

De igual manera, en el testimonio se identificó que para los depósitos del año 2019 de cuantía menor a los DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL PESOS (\$272.000) se manifestó bajo la gravedad de juramento que eran para pagos de servicios públicos y comida del perro con recursos propios de diligencias que realizaba y dineros de un hermano que vive en el extranjero que le reconocía en su calidad actual de ama de casa. Manifestaciones que permiten evidenciar el origen de los recursos depositados en la cuenta de ahorros del investigado que fueron declarados bajo la gravedad de juramento por parte de su señora esposa.

La defensa indicó respecto al movimiento 5 del año 2016 por valor de SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000), que este fue un depósito a la cuenta del investigado por concepto de un

préstamo que le realizó el señor MLP anexando constancia notarial de su procedencia. Información que al ser verificada por el Despacho a través del testimonio se ratificó en la firma y autenticidad del documento elevado en la Notaría Pública, es de precisar que señaló haberle prestado dinero en el mes de julio de 2016 al investigado por el valor mencionado y consignado en la Oficina de Banco Popular en la ciudad de Sogamoso (Boyacá), hecho que se corrobora con los extractos bancarios e información del Banco de Bogotá en dónde se confirma ciudad, oficina y valor del movimiento financiero.

Así mismo, de la declaración juramentada se identifica que los recursos depositados para el préstamo al investigado tienen su origen en el flujo de dinero de la empresa del testigo de la cual es Representante Legal, así como de salarios, puesto que para la época de los hechos también era empleado del Congreso de la República. Hecho que permite evidenciar el origen de los recursos que fueron objeto de préstamo y que fueron declarados bajo la gravedad de juramento.

Ahora bien, referente a los movimientos 6 y 24 de los años 2016 y 2019 que ascienden a la suma de CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL PESOS (5.990.000) la defensa manifestó que corresponden a los préstamos que le realizó el señor JMMF, hermano de la esposa del investigado para cubrir arreglos locativos en el apartamento y para cubrir gastos personales. Información corroborada por el Despacho a través de testimonio identificando el origen de los recursos que fueron depositados y declarados bajo la gravedad de juramento, los cuales correspondían a sus salarios y los de su esposa, producto de los ahorros familiares.

Respecto de los movimientos 7 y 23 de los años 2016 y 2019 que asciende a la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$10.214.227) la defensa indicó que corresponden a un préstamo que le hizo el señor CAPN, para cubrir arreglos locativos en el apartamento y gastos personales del investigado. Información que se corroboró por el Despacho a través de testimonio quien confirma bajo la gravedad de juramento que efectivamente los dos préstamos realizados que son objeto de investigación y cuyo origen declarado son de recursos que provienen para la época de los hechos de las actividades de prestación de servicios a las empresas que se dedicaban a la explotación de hidrocarburo, e indica que él hace parte de Junta Directiva, accionista y contratos estatales.

Así mismo, la defensa manifiesta referente a los movimientos 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 25, 26 de los años 2018 y 2019 que ascienden a la suma de QUINCE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (15.700.000) que estos son por concepto del canon de arrendamiento del inmueble, de propiedad de su representado.

Información que se verificó por parte del Despacho con la prueba documental aportada y que corresponde al Contrato de Arrendamiento de Inmueble Destinado a Vivienda Urbana suscrito

entre el señor JESP y KDJDM y cuyo canon de arrendamiento con administración correspondía a UN MILLON CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$1.400.000), hecho que se corroboró en las diligencias de testimonio rendidas por el señor KDJDM y el señor CECS, este último quien continua con el contrato siendo actualmente el responsable del pago de los cánones de arrendamiento y administración por cuanto el firmante ya no reside en Colombia.

Igualmente, por parte del Despacho se solicitó y allegó información de la empresa CDA identificada en el contrato de arrendamiento y mencionada por los declarantes; la cual a través de su área de servicio al cliente informó que el señor JESP es arrendador – contrato de arrendamiento, pero no activó la póliza de arrendamiento. Sin embargo, hace la aclaración que no tiene ningún tipo de vinculo en calidad de arrendador o garante de ningún contrato de arrendamiento pues no realizó transacción de pagos con la CDA. Así mismo, de los testimonios se estableció que la actividad de la mencionada empresa se limitó al estudio del perfil de riesgo del arrendatario KDJDM para suscribir el contrato.

Así mismo, se corroboró la propiedad del bien inmueble arrendado a través del certificado de tradición y libertad correspondiente enviado por la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos Bogotá Zona Centro a través de oficio del inmueble cuyo titular del derecho real de dominio se identifica al señor JESP. Por tanto, se evidencia el origen y procedencia de los recursos depositados y declarados bajo la gravedad de juramento por los testigos observándose una consistencia en su periodicidad y sumas consignadas.

Referente a los movimientos 11 y 12 del año 2018 que ascienden a la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000) la defensa indicó que estos corresponden a los préstamos que le hizo la señora CYLB compañera de trabajo de su representado. Información corroborada a través de testimonio donde se declara bajo la gravedad de juramento que los prestamos realizados tenían su origen en los salarios devengados por la testigo.

Finalmente, con relación al movimiento 27 del año 2019 por valor de CIEN MIL PESOS (\$100.000) la defensa manifestó que corresponde a una consignación del investigado a su cuenta con recursos propios para cubrir los gastos correspondientes a la alimentación de su mascota.

En ese sentido, el Despacho considera que teniendo en cuenta el valor de los recursos percibidos por el señor JESP para el periodo investigado por concepto de salarios, arrendamientos, se considera que la justificación es coherente, toda vez que si bien el Banco Bogotá se limitó a confirmar las transacciones sin enviar soportes o información de los consignatarios bajo el argumento que a partir del año 2016 los formatos fueron anulados por lo que no se pudo adjuntar copia del soporte de la transacción. Es de señalar que el despacho

efectuó un análisis detallado entre la respuesta del banco y lo precisado por la defensa, y por tanto, se tendrá como cierta la afirmación realizada por la defensa.

Ahora bien, teniendo en cuenta el análisis probatorio que antecede, se precisa que la falta disciplinaria gravísima contemplada en el artículo 48 numeral 3 inciso segundo de la Ley 734 de 2002, disposición subrogada por el numeral 2° del artículo 62 de la Ley 1952 de 2019, consiste en incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga, en reciente pronunciamiento de la Procuraduría señaló:

"La Corte Constitucional en la sentencia C-310 del 25 de junio de 1997, declaró exequible el numeral 4 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995, que establecía como falta disciplinaria gravísima el servidor público que obtuviera para sí o para otro incremento patrimonial, "bajo el entendido de que el incremento patrimonial debe ser aquél que no tiene causa justificada, o es indebido o ilícito".

En recientes sentencias el Consejo de Estado ha señalado que, para que se tipifique la falta disciplinaria de incremento injustificado del patrimonio, debe demostrarse que el patrimonio del investigado se incrementó y que tal incremento no tuvo justificación debida, aclarando que: "no es necesario demostrar nexo de causalidad entre éste y el ejercicio del cargo, pues la conducta que se imputa no exige tal elemento para su configuración, ni tampoco la prueba de la ilicitud de tales ingresos", a diferencia del delito de enriquecimiento ilícito del servidor público, lo cual explicó en que es obligación de los servidores públicos justificar los incrementos patrimoniales que carecen de fundamento cuando la autoridad competente lo requiera, de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política, por ser una de las consecuencias de tener la condición de servidor público, lo cual tiene connotaciones disciplinarias y de protección de la función pública, porque al aceptar y ejercer libremente un cargo, implica también la aceptación de las cargas y responsabilidades que se deriven de su ejercicio.

Entonces, los elementos del tipo disciplinario incremento injustificado del patrimonio son: i) que el sujeto activo sea servidor público; ii) que se presente un incremento del patrimonio a nombre propio o en favor de un tercero, de forma directa o indirecta; iii) y que el incremento del patrimonio sea injustificado o indebido.

Sobre la forma de demostrar el comportamiento disciplinario de incremento patrimonial injustificado, el Consejo de Estado indicó que la carga de la prueba le corresponde al Estado, por ello, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real, tener convicción y certeza probatoria de que el servidor incurrió en incremento injustificado del patrimonio, para lo cual cuenta con libertad demostrativa, valoración integral, ponderada y razonada de las

pruebas, según las reglas de la sana crítica, explicadas expresamente en la decisión sancionatoria.

De esta manera, para demostrar la falta disciplinaria de incremento patrimonial en favor propio o de un tercero, se admiten los medios de prueba que lleven al juez disciplinario a la certeza de que se obtuvieron dineros o bienes de manera indebida, bien sea para sí o para un tercero, carga que le corresponde al Estado, posición que ha sido sostenida en varias oportunidades por el Consejo de Estado”.

Por lo tanto, con base en los lineamientos jurisprudenciales y verificados los elementos normativos del tipo disciplinario, efectivamente se tiene que el señor JESP, cumple con dos de ellos, por una parte, ostenta la calidad de servidor público para la época de los hechos con el cargo de Gestor II Código 302 Grado 02, ubicado en Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, tal como se probó con la respuesta de la UAE DIAN.

Por otra parte, se hace referencia en la etapa de instrucción disciplinaria en el Informe Técnico Contable, que se determinaron diferencias en las operaciones de consignación a la cuenta del Banco de Bogotá del señor JESP por justificar de acuerdo con su nivel de ingresos, gastos e inversiones, por lo que su patrimonio se incrementó y quedando demostrado el segundo elemento relativo a que *se presente un incremento del patrimonio a nombre propio o en favor de un tercero, de forma directa o indirecta.*

Ahora bien, se hace necesario precisar, que el elemento fundamental de la falta disciplinaria gravísima es el tercer elemento señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cual **es la ausencia de justificación del incremento patrimonial**, justificación que no resulta ser opcional para el investigado, sino que debe explicarla y soportarla todo servidor público, por el hecho de serlo, cuando es requerido por una autoridad, al momento de presentarse diferencias patrimoniales significativas y desproporcionadas que no encuentran correspondencia con los ingresos del investigado.

Para el caso y atendiendo al análisis que antecede, esta instancia encuentra que el señor JESP, ha presentado una justificación válida para dicho incremento, por cuanto se evidenció en las declaraciones juramentadas el origen y procedencia de los recursos que fueron depositados en la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá del señor JESP, bajo los conceptos de préstamos de confianza, recursos producto de la actividad comercial del establecimiento de comercio cuya propietaria era su señora esposa, recursos personales de su esposa, arrendamiento del inmueble de su propiedad, rendimientos financieros y recursos propios para gastos

personales; hechos que fueron corroborados con el material documental allegado y decretado a petición de parte y de oficio por parte del Despacho.

Así las cosas, está demostrado que en efecto el señor JESP incrementó su patrimonio de manera justificada, por lo que no se cumpliría con el tercer elemento jurisprudencial atrás señalado para atribuir la existencia de un hecho constitutivo de responsabilidad disciplinaria por incremento patrimonial injustificado, en tipicidad.

Como consecuencia de lo anterior, este despacho al no configurarse la existencia de la tipicidad disciplinaria considera que por economía procesal no se hace necesario abordar de fondo el análisis de los elementos de existencia de la responsabilidad disciplinaria como lo son la ilicitud sustancial y la culpabilidad.

Respecto de la ilicitud sustancial, bastara con decir que no existe la afectación de los principios de moralidad pública, transparencia y honradez, ya que como se indicó lo que se reclama es que todo incremento patrimonial se encuentre justificado, y no se ha demostrado un comportamiento ilegítimo del investigado.

A su vez, al no existir conducta típica disciplinaria que pueda endilgarse al investigado y por ende la ausencia de la ilicitud sustancial, se eliminan los aspectos cognitivo y volitivo que configuran el dolo disciplinario en el elemento de la culpabilidad, por lo cual también queda desvirtuado.

Por lo anterior y de conformidad con el análisis probatorio visto, el Despacho considera procedente absolver al señor JESP del cargo formulado, como quiera que está demostrado que en el caso sub examine, no acaeció un incremento patrimonial injustificado.

Por el contrario se considera que ha sido demostrado el origen lícito de los recursos con los cuales dieron lugar a la formulación de cargos en su contra, toda vez que la conducta disciplinaria que se reprocha por la ley es aquel incremento que se conjuga con el ingrediente normativo "injustificado", de tal suerte, que el mero crecimiento patrimonial no constituye falta disciplinaria.



RESUELVE – DE INSTANCIA

Mediante Resolución No.17317-00001 de fecha 16 de febrero de 2023 se resuelve.

"PRIMERO: ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA al señor JESP identificado con cédula de ciudadanía No., por la conducta consignada como cargo en el Auto número 1740600004 del 22 de marzo de 2023 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.(...)"