

FICHA TECNICA

1. PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2016-176
- PONENTE:	Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – Agencia ITRC
- INVESTIGADO:	R. O
- CARGO:	Facilitador XX Código XXX Grado XX
- ENTIDAD:	DIAN
- AREA:	División de Gestión Administrativa y Financiera de la Seccional de Impuestos
- CIUDAD:	ARMENIA
- TEMA:	CONCUSION

2. HECHOS RELEVANTES

“1. La Doctora **B.D.Z.R.**, Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia, mediante oficio calendado 9 de septiembre de 2016, puso en conocimiento, entre otros hechos irregulares, los ocurridos durante la aprehensión y posterior definición de mercancías a la sociedad XXX.

En ese contexto, informó que un familiar de la funcionaria **M.H.M.A**, la llamó telefónicamente para comentar que funcionarios vinculados a dicha Dirección Seccional, le estaban solicitando una suma de dinero para devolverle una mercancía que le había sido aprehendida y que, dentro de éstos, se encontraba la señora **C.P.Z.O**, Abogada del Grupo Jurídico y los señores **R.O** y otro, que trabajaban en la oficina de correspondencia.

Adicionalmente, indicó que como consecuencia de esa denuncia se reunió con funcionarios investigadores de la Fiscalía; de igual manera señaló, que **R.O** es responsable de recibir y radicar toda la correspondencia y que el número celular informado por el familiar de **M.H.M.A**, luego de ser marcado, lo *“respondió la señora L.A , que es la persona externa contratada por la empresa con que la DIAN celebró el contrato de fotocopiado de documentos y que también trabaja muy cerca del señor R.O”*.

2. A partir de lo anterior, se adelantó etapa de INDAGACIÓN PRELIMINAR, la que permitió concretar los hechos informados y luego, en etapa de INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA, vincular al señor **R.O** por la aparente solicitud indebida de dinero.

3. CARGOS

Por medio del Auto No. 1740600002 del 08 de febrero último, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, formuló pliego de cargos al investigado **R.O.** El cargo disciplinario formulado resultó del siguiente tenor:

"CARGO ÚNICO: *El servidor público R.O, funcionario de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia, Facilitador XX Código XXX, Grado XX para la época de los hechos, de manera dolosa y abusando de su cargo, solicitó mediante llamadas telefónicas realizadas el 26 de agosto de 2016, al contribuyente C.C.B.C, Representante Legal de la empresa XXX, la suma de \$2.000.000 y luego \$1.500.000, para colaborar en la devolución de la mercancía que se encontraba en proceso de definición de situación jurídica dentro del Proceso Aduanero XXX.*

Con el anterior comportamiento, el señor R.O, aparentemente incurrió en la falta disciplinaria gravísima establecida en el artículo 48, numeral 1º de la Ley 734 de 2002, en integración con el artículo 404 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), alusiva objetivamente al delito de concusión."

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

A través de escrito sin fecha recibido el 07 de julio del año 2017 el disciplinado **R.O** ejerció el derecho previsto en el numeral 3 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, calificando de infundadas y temerarias las acusaciones en su contra como presunto responsable de transgredir la norma disciplinaria.

Después de relacionar los tipos de documentos que por razón de su cargo y funciones debe recibir en apoyo a los procesos misionales, estratégicos de control y apoyo en la División de Gestión Administrativa y Financiera en la Seccional de Armenia, además de resaltar que no tiene acceso a los áreas encargadas de proferir los correspondientes actos administrativos, planteó no es posible haber desplegado objetivamente una conducta delictiva con ocasión o como consecuencia de sus funciones o cargo, para pretender algún tipo de beneficio, dádiva o un favor a tercero, porque no tiene ni está en capacidad de determinar la decisión de un asunto en alguna forma, más aun cuando su relación con los usuarios, interesados y asistentes a la entidad se circunscribe a recibir los documentos y hacerles presentación personal cuando sea del caso, luego de lo cual los clasifica, elabora las planillas y los entrega en la diferentes dependencias.

En torno a la recepción de los documentos resaltó que debe hacerles presentación personal como medida de control para eludir una suplantación, por lo que posiblemente atendió al

representante legal de la empresa XXX, como un usuario más del importante número de personas que acuden a la seccional, a quienes se atiende sin ninguna preferencia porque es una labor operativa que demanda premura y no permite generar intercambio de números telefónicos de contacto para recordarles su petición, solicitarles algún anexo o una corrección de los escritos.

Realizó una crítica a los medios de prueba recaudados en la actuación para concluir no aportan ninguna certeza en cuanto a que, supuestamente, fue autor de una exigencia dineraria en desarrollo de sus funciones al representante legal de la firma Lujos y Repuestos Triple X Motos SAS. En más, ninguna evidencia demuestra realmente que fue el autor de las llamadas porque el teléfono utilizado se reportaba como número privado, luego su vinculación a los hechos obedece a suposiciones y conjeturas mal intencionadas, que deberán superarse absolviéndole del cargo imputado.

La apoderada de confianza del disciplinado en su escrito de descargos no aceptó el cargo formulado al momento de calificar el mérito de la investigación, señalando que su poderdante es un servidor público con una hoja de vida limpia, evidente a partir de la ausencia de antecedentes disciplinarios, penales y policivos, quien resultó involucrado en unos hechos denunciados prácticamente producto de la inducción, sugestión y sugerencia a quien supuestamente recibió unas llamadas exigiéndole dinero.

Destacó que los medios de prueba allegados a la actuación no permiten demostrar la responsabilidad del señor **R.O** en los hechos, pues no se acreditó que aquel tuviese en su poder el expediente aduanero, respecto del cual apenas recibió por razón de sus funciones un escrito presentado por el interesado en la mercancía aprehendida, a quien nunca se demostró que efectivamente contactó vía telefónica porque pudo hacerlo otra persona utilizando su nombre.

Abordó tangencialmente el tema de la ilicitud sustancial para referir al parecer que no hubo una afectación sustancial al deber funcional, y en cuanto a la culpabilidad previa referencia de los artículos pertinentes aseguró que no existe certeza en cuanto al compromiso de la responsabilidad del disciplinado en los hechos materia de investigación, por lo que debería disponerse el archivo de la actuación a su favor.

Para la fase de alegatos de conclusión la profesional del derecho demandó la absolución de su representado, a partir de la falta de certeza sobre la ocurrencia de la conducta enrostrada y el compromiso de la responsabilidad en la misma. Ello, por cuanto los medios de prueba recaudados no permiten asegurar que efectivamente **R.O** abusando de su cargo realizó una exigencia dineraria a **C.C.B.C**, pues su labor de prueba recaudados no permite asegurar que efectivamente **R.O** abusando de su cargo realizó una exigencia dineraria a **C.C.B.B**, pues su

labor se limitó únicamente a recibirle un escrito dirigido a la DIAN en procura de obtener la devolución de una mercancía aprendida por la entidad en un operativo de control, situación que debía resolverse en un expediente que nunca estuvo a su cargo y que funcionalmente era responsabilidad de otra área.

A partir de la transcripción de apartes del informe origen de la actuación, del Auto de Apertura de Indagación Preliminar y del Auto de Pliego de Cargos formulado al disciplinado, así como la referencia a las pruebas de índole testimonial evacuadas de oficio y por solicitud de la defensa, insiste, no se logra demostrar o, dicho en otras palabras, no se elimina la posibilidad de la duda respecto de la imputación y el compromiso de la responsabilidad en los hechos, por lo resulta procedente disponer el archivo y absolución, petición que no de ser acogida de antemano recurre en reposición y subsidio apelación ante el superior funcional se limitó únicamente a recibirle un escrito dirigido a la DIAN en procura de obtener la devolución de una mercancía aprendida por la entidad en un operativo de control, situación que debía resolverse en un expediente que nunca estuvo a su cargo y que funcionalmente era responsabilidad de otra área.

A partir de la transcripción de apartes del informe origen de la actuación, del Auto de Apertura de Indagación Preliminar y del Auto de Pliego de Cargos formulado al disciplinado, así como la referencia a las pruebas de índole testimonial evacuadas de oficio y por solicitud de la defensa, insiste, no se logra demostrar o, dicho en otras palabras, no se elimina la posibilidad de la duda respecto de la imputación y el compromiso de la responsabilidad en los hechos, por lo resulta procedente disponer el archivo y absolución, petición que no de ser acogida de antemano recurre en reposición y subsidio apelación ante el superior funcional.

5. DECISION 1 INSTANCIA

FECHA	24 de octubre de 2019
-------	-----------------------

(...)

En ese orden de ideas, para la aplicación de la infracción disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002 – realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo- es menester determinar que la acción del destinatario del derecho disciplinario corresponda con una descripción de índole delictual en cuanto a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, y la

verificación de que la conducta se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, es decir, la relación funcional por las tareas asignadas o los cometidos oficiales bajo su responsabilidad o que se deriven del cargo ostentado en el Estado.

En el presente asunto la falta disciplinaria se completó con la descripción penal de la Ley 599 de 2000 – Código Penal, del artículo 404, cuyo contenido es:

"ARTÍCULO 404. CONCUSIÓN. *El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o a prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez años (10), multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años."*

Ello como consecuencia de la presunta solicitud por parte de **R.O** a **C.C.B.C** de la suma de \$2.000.000, que luego redujo a \$1.500.000, para colaborarle con la devolución de una mercancía aprehendida por parte de la Policía Fiscal y Aduanera el 02 de agosto de 2016 en el puesto de control La Herradura del municipio de La Tebaida, cuya situación jurídica se estaba definiendo en el expediente DP XXX, actuación aduanera dentro de la cual presentó escrito de reconsideración el 22 de agosto de 2016, luego de lo cual presuntamente se consumó la conducta concusionaria a través de llamadas telefónicas realizadas por el disciplinario.

Al respecto del delito de concusión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho:

La conducta típica se encuentra integrada por tres verbos rectores en forma alternativa: constreñir, inducir o solicitar, a partir de los cuales, para la estructuración del comportamiento como hecho punible, se requiere (i) la presencia de un sujeto activo cualificado: servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la función, (iii) la ejecución de por lo menos uno de ellos, y, (iv) la relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad indebidos.

En tal orden, el producto de la abusiva exigencia no fue introducido por el legislador como presupuesto de la configuración del delito de concusión, en cuanto basta con la concreción de la conducta a través de cualquiera de los verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar. Es decir, no admite el grado de tentativa, pues:

«[S]e consuma simplemente al ejecutarse cualquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor. Lo anterior se desprende no solo del alcance y significado de los verbos rectores empleados por el legislador, sino del hecho de que la administración pública, bien

jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, desmoronándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados». (CSJ SP 17459-2015. 16 dic. 2015. Radicado 46139)."

Frente al primer requerimiento que contiene el tipo penal ninguna discusión se presenta, habida cuenta se demostró la calidad de servidor público de **R.O** para la época de los hechos juzgados en esta actuación, producto de su vinculación con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como Facilitador XXX Código XX Grado XX, ubicado en la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia.

(...)

En el caso que ocupa la Subdirección, la conducta abusiva presuntamente se produjo cuando el disciplinado solicitó una suma para que se ordenara la devolución de una mercancía, acción que escapaba al ámbito de sus funciones porque no era el responsable de resolver la impugnación sobre la aprehensión. A partir de lo anterior, es claro entonces se presenta un abuso del cargo y no de la función, porque aprovechó su condición de servidor público para expresar una intención económica y obtener un provecho ilícito del ciudadano interesado en la devolución de la mercancía.

Valga dejar sentado que la forma como se produzca la conducta concusionaria (personal o telefónicamente) y su aceptación o no por la víctima, no inciden en la materialización objetiva del punible y con la ocurrencia de la falta disciplinaria gravísima. Ni la forma ni el tiempo en que se realiza el requerimiento económico resultan significativos para predicar la inexistencia de la conducta típica, pues, la ejecución del delito descrito en el artículo 404 del Código Penal, se agota en el preciso momento en que el servidor público compele, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le de cualquier utilidad indebida.

Del mismo, tampoco desnaturaliza el punible la no aceptación y pago de la exigencia, pues, el acto necesario para tal fin se agota desde el momento en que el servidor público exterioriza la petición, siendo consciente que, aunque no tiene bajo su órbita funcional un asunto de interés para la persona a la que supuestamente le pide dinero, utiliza el cargo como influencia para sus protervos intereses.

En síntesis, desde el punto de vista objetivo, de acuerdo con la teoría del caso al momento de calificar el mérito de la investigación, se estructuró la existencia de una conducta ilícita

disciplinariamente relevante, como consecuencia de la presunta solicitud de una suma determinada de dinero por parte del disciplinado aquí juzgado para decidir favorablemente la objeción a la aprehensión de una mercancía por parte de la Policía Fiscal y Aduanera adscrita a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia

Resta, entonces, analizar las pruebas practicadas para concluir si se arriba al grado de certeza exigido por el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, para lo cual la Subdirección se adentrará especialmente en la valoración de la prueba testimonial, pues como se advierte fue el medio de convicción que soportó la formulación de la imputación disciplinaria en contra del servidor público **R.O.**

(...)

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló¹:

“Las contradicciones sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad de los testimonios, aunque sí la aminoran sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud, pero de recaer en contenidos secundarios terminan siendo un desacuerdo aparente, esto es, no real y por ende conciliable, el que habrá de valorarse con ponderación y razonabilidad adoptando una especie de favorabilidad apreciativa de las expresiones fácticas dispares en lo no esencial.

Lo que destruye la credibilidad de los testimonios vistos en su unidad o en relación con otros es la verdadera contradicción sobre aspectos esenciales relevantes y esa contradicción será mayor cuando sea menos explicable la contradicción, oposición, contrariedad, cuando recae sobre el hecho principal o aspectos esenciales, en los cuales hay un cambio de visión de extremos como pueden ser de afirmación o negación, de existencia o inexistencia etc., deberá entenderse y valorarse que esos giros de 180 grados [...] por desatención o por olvido no pueden sostenerse.

(...)

En este puntual aspecto, ha de recordarse que según los testimonios de **C.C.B.C** fue él quien buscó la ayuda del disciplinado para recuperar la mercancía porque no vivía en Armenia, pudiéndose generar las llamadas a simple nivel informativo del trámite dado al recurso de reconsideración presentado frente a la aprehensión de la mercancía, y no necesariamente para plantear una exigencia de índole concusionaria para “colaborar” con la entrega de los bienes para ese momento en poder de la Seccional de la DIAN en la ciudad de Armenia, por virtud al proceso de control desarrollo por los miembros de la Policía Fiscal y Aduanera.

Importante resulta destacar que **B.C** compartió voluntariamente su número de contacto, pero igual aparecía en el recurso de reconsideración radicado el 22 de agosto de 2016, luego,

¹ Por ejemplo: CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305; SP 17 sep. 2008, rad. 26055.

el disciplinado no tuvo que buscarlo en expediente alguno como pareciera insinuarse en el auto de pliego de cargos, a fin de contactarlo en las ocasiones que supuestamente lo hizo.

De tal suerte que la cercanía entre los puestos de trabajo de **L.A.F.M** y **R.O** no constituye indicio de oportunidad que refuerce la tesis expuesta en el auto de pliego de cargos, como tampoco la utilización del número de teléfono de **F.M** para contactar a **C.C.B.C**, pues se trata de un aspecto que, aunque importante no valida la supuesta exigencia dineraria planteada para recuperar los bienes aprehendidos.

la Subdirección encuentra ante la existencia de contradicciones en las declaraciones de **C.C.B.C**, las cuales abren paso a la duda probatoria, imponiéndose, en consecuencia, la absolución de **R.O** porque no se probó, más allá de toda duda, la existencia de la realización objetiva del punible de concusión y con ello de la falta disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, estándar probatorio de ineludible observancia, sin el cual no se logra edificar un fallo sancionatorio, siendo inane además abordar el análisis de la certeza de sobre la culpabilidad disciplinaria y la ilicitud sustancial. ”

por lo tanto, resuelve:

ABSOLVER DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA a **R.O** identificado con la cédula de ciudadanía número XXX, por la conducta consignada como cargo en el Auto número 1740600002 del 08 de febrero de 2019, conforme a los argumentos desarrollados en esta decisión.”

Extracto tomado de la Resolución 17317-00009 de fecha 17 de septiembre de 2019 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC