

**Unidad Administrativa Especial Agencia del
Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC**

FUNDAMENTO PARA PROFERIR FALLO ABSOLUTORIO – In dubio pro disciplinado

El día 29 de noviembre de 2010, en las instalaciones donde labora, abusó de su cargo como servidor público, al presuntamente realizar una solicitud indebida de dinero a la señora XXX, representante legal de la empresa XXX EU, sobre una suma cercana a los ochocientos mil pesos (\$800.000) , con el objeto de concederle un plazo adicional para el pago de obligaciones tributarias correspondientes a la facilidad de pago No. 200708018000158 del 09-08-2007, correspondiente al expediente 200412070.

El disciplinado fue absuelto toda vez que después de analizar la probatoria obrante al interior de la investigación, se observó por parte de esta Subdirección la presencia de pruebas encontradas que inexorablemente generan dudas insuperables respecto de la ocurrencia del hecho. En tal sentido pudo establecerse que se encontraron elementos suficientes para resolver la actuación a favor del disciplinado en virtud del principio de In dubio pro disciplinado, teniendo en cuenta que, con el material probatorio recolectado, fue imposible superar las dudas sobre la ocurrencia del hecho.

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. 9

CARGA DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA - demostrar responsabilidad del disciplinado

“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”.

FUENTE FORMAL –LEY 734 DE 2002, art. ART. 9 y 128, Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996.

Dependencia:	Subdirección de Investigaciones Disciplinarias
Número de proceso:	1704-01-2012-144
Número y fecha del fallo:	17413-22, del 02 de octubre de 2014
Asunto:	Fallo de Primera Instancia
Criterio de Selección:	Fallo absolutorio

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Una vez concluida la investigación disciplinaria tramitada en el proceso administrativo disciplinario número 1704-01-2012-144, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, procede a proferir fallo de primera instancia, conforme a las exigencias del artículo 170 de la Ley 734 de 2002 y de acuerdo a lo que sigue.

CARGO FORMULADO

Por medio del Auto No. 17406-051 proferido el 17 de diciembre de 2013, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, formuló pliego de cargos al investigado XXXX. El cargo disciplinario formulado resultó del siguiente tenor:

Cargo

“El señor XXXX quien para la fecha de los hechos se desempeñaba en calidad de analista IV dentro del Grupo Interno de Trabajo de Facilidades de Pago de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, al parecer incurrió en la conducta descrita en la Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 1º, en armonía con el artículo 404 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) sobre la conducta típica de concusión, en cuanto el día 29 de noviembre de 2010, en las instalaciones donde labora, abusó de su cargo como servidor público, al presuntamente realizar una solicitud indebida de dinero a la señora XXXX, representante legal de la empresa XXXX, sobre una suma cercana a los ochocientos mil pesos (\$800.000), con el objeto de concederle un plazo adicional para el pago de obligaciones tributarias correspondientes a la facilidad de pago No. 200708018000158 del 09-08-2007, correspondiente al expediente 200412070.”

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

CASO CONCRETO

Una vez evacuadas las pruebas que en etapa de descargos fueron decretadas por la instancia de conocimiento, como las que oficiosamente se consideraron pertinentes a cuenta del despacho, así como los traslados de ley, se tiene que el procedimiento disciplinario regido bajo los parámetros de la Ley 734 de 2002, tiene como finalidad la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que intervienen.

Por esta razón, se hace necesario valorar en conjunto las pruebas referidas en el caso particular y concreto. Así, del caudal probatorio allegado en fase preliminar y de investigación tal como se estableció en el escrito de acusación no se mantiene en sede de fallo por cuanto los elementos arribados en traslado de descargos, generan serias dudas que atentan contra la firmeza de la acusación y conminan al fallador a dar aplicación directa al artículo 9 de la Ley 734 de 2002, que recoge el principio jurisprudencial del *in dubio pro disciplinado* de la siguiente manera:

"(...) Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla"

Como se manifestó de manera anticipada en la relación de la probatoria obrante, genera duda a este despacho la falta de consistencia en las diferentes declaraciones de la señora XXX, único testigo presencial de la supuesta conducta que a juicio de este despacho se calificó de manera provisional como una presunta petición indebida de dinero, cuya tipicidad se remite al artículo 404 del Código Penal, materializando así la disposición prevista en la Ley Disciplinaria artículo 48 numeral 1.

La conducta tipificada como concusión, tiene la particularidad de que no cuenta con un número extenso de medios probatorios que puedan servir para probar la responsabilidad del funcionario, sino por el contrario, de manera general y en casi la mayoría de los casos, se cuenta únicamente con el testimonio del sujeto ofendido, por esta razón su dicho requiere un examen exigente y riguroso por parte del fallador pues si bien no existe tarifa legal, por ser la prueba por excelencia de este tipo de conductas merece un estudio muy estricto.

Al verificar los diferentes componente modales y circunstanciales que rodearon la presunta conducta desplegada por el señor XXXX, en su calidad de analista IV dentro del Grupo de Facilidades de Pago, no es posible establecer de manera certera tiempo, y modo de los hechos endilgados, pues de las diferentes declaraciones ofrecidas por la denunciante, se tiene que por ejemplo, el día en que sucedió la supuesta petición indebida no fue señalado de manera precisa y consistente sino por el contrario, aseveró en la primera declaración que habría sucedido el 2 de diciembre de 2010, posteriormente declaró que el 29 de noviembre de 2010, y en descargos adujo que el 3 de diciembre de 2010, que si bien es cierto , por el paso normal del tiempo puede obedecerse a un equívoco natural de la memoria genera en esta Subdirección amplias dudas, máxime si en las minutas de vigilancia de entrada y salida del edificio BCH, no se reportó el ingreso de la contribuyente, sino únicamente hasta el día 6 de diciembre de 2010 en el que sí se tiene demostrado de manera fehaciente concurrió a suscribir un acta de ampliación de plazo con el jefe del grupo, pero anterior a dicha fecha no existe constancia de su ingreso al área de cobranzas.

Igualmente genera una duda difícil de absolver el hecho que dentro de la actuación tributaria no figure copia de los supuestos oficios remitidos a su anterior dirección (inmueble del cual aduce debió mudarse y poner en arriendo), así como de la supuesta recepción de los mismo por parte de su inquilina XXX, quien solo fuera relacionada de manera sorpresiva en declaración reciente; lo único que consta en la actuación es desprendible de correspondencia con fecha recepción prueba de entrega de los días 27 de agosto de 2007 de la resolución de facilidad de pago, y el día 7 de diciembre de 2010 de la resolución mediante la cual se declara sin vigencia una facilidad de pago, sin existir otro tipo de oficio o requerimiento que conste como recibido.

Por otro lado le asiste razón al procesado en manifestar que para la fecha de los hechos no existía a su nombre línea celular alguna, pues las compañías de telefonía celular no lo reportaron, por lo que si bien no necesariamente este hecho per se desacredita la existencia de una comunicación

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-144

entre ambos, si mella en su credibilidad máxime si la quejosa no aportó el supuesto número ni tampoco fue consistente en sus declaraciones al definir las circunstancias concretas en que se contactaron, pues en juramentada del 26 de abril manifestó "(...) yo le di mi número de celular, y efectivamente el me llamó como dos veces y yo en mi angustia también lo llame como cuatro veces, porque no entendía como era que me iba a ayudar", luego en declaración posterior, del 8 de febrero de 2012 adujo "Yo lo llame porque estaba preocupada, yo lo llame exactamente el sábado, pero me manifestó que no me podía atender porque él tenía alguien hospitalizado o algo así; entonces ya paso el sábado, y el domingo estuve en la tarde haciendo una visita (...), como a las cinco de la tarde, estando en el carro yo lo llame al señor XXXX, al celular que me había dado, manifestándole que yo estaba preocupada por la situación, (...)" y por último, en declaración del pasado 5 de mayo adujo "no, no me acuerdo del número celular, yo lo tenía anotado en un papel y lo refundí y el motivo era que yo vi que estaba muy encima del plazo del pago y sentí mucha presión por la respuesta que él me dio que el pago era en unos días, era casi inmediato, además que él me dio el número y me dijo que cualquier cosa lo podía llamar, esa era la razón, antes de eso yo ya lo había llamado para decirle que ya había gestionado lo del crédito"

Es entonces como no quedan claras las circunstancias en que se dio el contacto entre el funcionario y la señora XXX, en qué consistió la conversación y el número de veces que se contactaron, pues la denunciante no guardo la misma línea narrativa en todas las oportunidades.

En la última declaración que rindió ante este despacho la representante legal de la empresa XXX, manifiesta de manera contundente que le comentó lo sucedido al doctor XXX, Jefe del Grupo de facilidades de Pago y superior jerárquico directo del implicado, situación que es desconocida por el susodicho, pero aún más en declaraciones anteriores rendidas por la misma, manifestó que por miedo a su seguridad personal y de su familia prefirió no efectuar ninguna denuncia sino explícitamente tratar el tema del plazo con dicha jefatura, lo que a todas luces resulta altamente contradictorio y que no puede atribuirse a un tema de simple olvido.

Adicionalmente, las pruebas que respaldan la versión relatada por la quejosa no permiten reforzar de manera integral y contundente su dicho, pues como ya se mencionó anteriormente el superior únicamente dio fe que la señora XXX se comunicó con él por virtud de la funcionaria XXX y que la atendió en su despacho el día 6 de diciembre de 2010, como ya está ampliamente establecido, manifestó que lo único que le comentó la representante legal es que no quería seguir siendo atendida por el señor XXXX, sin dar mayor explicación, pues no recibió por boca propia los detalles del supuesto pedimento; por otro lado el hijo de la denunciante tampoco manifestó mayores detalles que permitan despejar los interrogantes que hoy asaltan a la instancia, pues no manifiesta con claridad tampoco la fecha de los hechos a pesar de admitir que acompañó a su madre a la DIAN en diferentes ocasiones, aunque si acredita que su madre recibió el día domingo una llamada cuando se encontraban desplazándose desde donde su tía y que supuso ser del funcionario de la DIAN pues escuchó a su madre discutir, más no ofreció circunstancias adicionales, por último el testimonio de la señora XXX traído como prueba trasladada a esta actuación, refirió circunstancias jamás ventiladas en la actuación como por ejemplo que la señora XXX cuando la llamó se encontraba llorando, que le refirió que el funcionario le solicito la suma de un millón de pesos por no embargarle una cuenta de nómina y adicionalmente adujo que recibió la llamada el día 4 o 6 de diciembre de 2010, lo que

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-144

cronológicamente no guarda correspondencia con el relato de la señora XXX, circunstancias estas que difieren sustancialmente de los hechos conocidos y que por no guardar correspondencia con lo denunciado no le sirven de respaldo probatorio idóneo.

Lo expuesto a lo largo de este proveído permite concluir que al interior de la presente actuación disciplinaria existen diferentes situaciones que no permiten generar certeza respecto de la ocurrencia del hecho, al tenerse primero que no existe absoluta claridad en las circunstancias que rodearon el hecho reportado, segundo que la única persona que tuvo conocimiento directo del hecho, es decir la señora XXX no fue consistente en sus declaraciones a través del tiempo, pues no sólo incurrió en equívocos que pudieron obedecer al natural olvido de las circunstancias por el devenir del tiempo, sino también en contradicciones que no permiten a este despacho decidir en otro sentido más que procediendo a la aplicación del principio de presunción de inocencia y de in dubio pro disciplinado previsto en el artículo 09 del Código Disciplinario Único.

Al respecto se observa según la norma en cita, que en virtud de lo dispuesto en su inciso segundo, al interior de la actuación disciplinaria, toda duda razonable ha de ser resuelta a favor del investigado siempre y cuando no exista modo alguno de eliminarla; dicha disposición es la consagración legal del principio de in dubio pro disciplinado, que puede entenderse como una derivación de la presunción de inocencia a que hace referencia el mismo artículo; dicha institución se sustenta en los presupuestos del artículo 29 Superior que consagra la garantía del debido proceso no solo en materia penal sino también al interior de un procedimiento como el que aquí se adelanta, en tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996:

"El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", lo que significa que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien: el principio general de derecho denominado "in dubio pro reo" de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, llevó al legislador a consagrar en la disposición que hoy se acusa, el in dubio pro disciplinado, según el cual, toda duda que se presente en el adelantamiento de procesos de esta índole, debe resolverse en favor del disciplinado.

El "in dubio pro disciplinado", al igual que el "in dubio pro reo" emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-144

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." (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se observa la imperiosa necesidad de garantizar al interior del proceso disciplinario, los preceptos del artículo 29 Constitucional que contemplan para el encartado su derecho al debido proceso; encontrándose en situ el de la presunción de inocencia y el de in dubio pro disciplinado, esto en concordancia con lo establecido por el artículo 20 de la ley 734 de 2002 que dispone como fines de la actuación disciplinaria la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas que en ella intervienen, así como del artículo 142 Ibídem que proscribe el proferimiento de fallo sancionatorio sin que obre prueba que conduzca a la certeza absoluta de la responsabilidad del disciplinado.

Así, después de analizar la probatoria obrante al interior de la presente actuación, se observa por parte de esta Subdirección la presencia de pruebas encontradas que inexorablemente generan dudas insuperables respecto de la ocurrencia del hecho. En tal sentido puede establecerse que se encuentran elementos suficientes para resolver la presente actuación a favor del señor XXXX, en virtud del principio de In dubio pro disciplinado, teniendo en cuenta que del material probatorio recolectado, se hace imposible superar las dudas sobre la ocurrencia del hecho.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al señor XXXX, en su condición de Analista IV, en funciones en la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá, del cargo imputado en decisión no. 17406-051 del 17 de diciembre de 2013, acorde con las razones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, al apoderado.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la señora XXX a la Carrera XXX de la ciudad de Bogotá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 Ibídem.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN en el efecto suspensivo, al tenor de los Artículos 111, 112 y 115 ibídem, que de considerarse, deberá interponerse y sustentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación.

Continuación de acta de audiencia del fallo en primera instancia dentro del expediente 1704-01-2012-144

QUINTO: INFORMAR, una vez en firme la presente decisión a la Procuraduría General de la Nación, en orden a que se produzcan las anotaciones a que haya lugar.

JORGE ADRIANO MORENO PONCE

Subdirector Investigaciones Disciplinarias -ITRC
Director del Proceso