**OFICIO Nº 003703**

**15-02-2018**

**DIAN**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C.

100208221- 000098

Señora

**LAURA CAMILA MUÑOZ CUERVO**

Carrera 57 Nº 23ª-70 Int 1 Apto 301

Bogotá, D.C.

**Ref:** Radicado 100066237 del 05/10/2017

**Tema:**Agentes de retención

**Descriptores:**Responsabilidad penal

**Fuentes Formales:**Estatuto Tributario [art 665](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=828); Código Penal artículo 402

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, es función de esta Dirección absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la Entidad, ámbito dentro del cual será atendida su solicitud.

En el escrito de la referencia formula los siguientes interrogantes referidos con la responsabilidad penal del agente retenedor según los artículos 402 del Código Penal y la prescripción de las obligaciones tributarias según los artículos [817](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=1010) y [818](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=1011) del Estatuto Tributario.

**PREGUNTA**

De conformidad con lo previsto en el [artículo 665](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=828) del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 402 del Código Penal, la acción penal contra el agente retenedor puede precluirse cuando las obligaciones tributarias han prescrito para efectos del proceso de cobro?

**RESPUESTA**

Respecto de la acción penal del agente retenedor del impuesto sobre la renta o sobre las ventas por no consignación de las sumas retenidas y/o efectivamente recaudadas, puede precluirse en los términos establecidos en el [artículo 665](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=828) del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 402 del Código Penal.

**“**[**ARTÍCULO 665**](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=828)**. RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES EN LA FUENTE Y EL IVA.**Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.” *{tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma} .) (sic)*Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas …”

Por su parte el artículo 402 del Código Penal consagra:

***“Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador.****(Modificado por el art. 339, Ley 1819 de 2016.) El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

*Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.*

***Parágrafo.****El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”*

De la norma anterior, se observa que los requisitos para la cesación o preclusión del procedimiento penal en contra del agente retenedor o la resolución inhibitoria, pueden darse solamente cuando este, o bien pague en su totalidad las obligaciones que hicieron procedente la acción, o las compense de conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario.

Si no se da ninguna de estas actuaciones y por el contrario suceda como en la pregunta formulada, que las obligaciones se prescriban tributariamente de tal suerte que sea imposible ya su cobro, no se está en presencia de uno de los eximentes de las normas antes citadas. Por el contrario, tal hecho de la prescripción implícitamente demuestra que el agente retenedor nunca tuvo la voluntad de sanear su conducta.

De tal suerte que al no darse el supuesto legal debe señalarse sin más análisis que la responsabilidad penal del agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas no se extingue cuando las obligaciones incumplidas que dieron origen a la misma se prescriban en materia tributaria y en tal medida deberá continuar acorde con la legislación penal. Esto por cuanto al ser los eximentes de responsabilidad penal aspectos reservados de manera exclusiva al legislador, deben ser expresamente consagrados de manera clara y precisa sin que sea viable para esta entidad establecerlos vía interpretación.

En relación con su segunda pregunta sobre si para los años anteriores a la Ley 1474 de 2011 los agentes de retención no estaban catalogados como servidores públicos y por ello tampoco les aplicaría el incremento punitivo que consagra el inciso 5 del artículo 83 del Código Penal, nos permitimos anexar el Oficio No. 088639 de Noviembre 29 de 2005 en el cual al hacer el análisis de este tema se expresó en un aparte: “(…) Entonces es legítimo que la ley haya asignado a los agentes retenedores no sólo una función pública específica como es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados, sino también una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes que, para el caso, se asimilan a los de los funcionarios del Estado que manejan dineros de propiedad de la Nación. (…)”

En cuanto al incremento punitivo, le informamos que tal determinación no compete a esta Subdirección, será la autoridad penal cuando decida la acción quien establecerá su procedencia o no.

Atentamente,

**PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO**

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina