**OFICIO Nº 0668 [014942]**

**21-06-2019**

**DIAN**

Dirección de Gestión Jurídica

Bogotá, D. C.

100202208-0668

Doctora

**DIANA A. CHAPARRO MANOSALVA**

Subdirectora de Gestión de Representación Externa

Dirección de Gestión Jurídica

UAE-DIAN

Bogotá D.C.

**Referencia:**Radicado 100208221-1069 del 29/06/2019

**Tema**Procedimiento Tributario

**Descriptores**Omisión del agente retenedor o recaudador

**Fuentes formales**Decreto 4048 de 2008, artículo 19

Cordial saludo:

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008, modificado por el artículo 9° del Decreto 1321 de 2011, es función de esta Dirección fijar criterios para determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación de normas tributarias, en lo de competencia de la UAE-DIAN.

En atención al escrito en referencia, por medio del cual se solicita la revocatoria del Oficio número 010660 de fecha 7 de mayo de 2019, específicamente respecto al término de prescripción del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, requiriendo:

*“(…) se considere la aclaración del concepto previamente citado, acorde con las siguientes razones:*

*El concepto de la referencia da respuesta al siguiente cuestionamiento ¿Cuál es el término de prescripción de la acción penal para este punible? Lo anterior en relación con el delito de omisión de agente retenedor. Frente a este punto de larga data se ha reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que la prescripción de la acción penal es una sanción a la inactividad del estado en el ejercicio de sus facultades, implica la pérdida de la facultad de perseguir las conductas punibles y hace parte del debido proceso que tiene todo ciudadano[3].*

*Ahora bien, este fenómeno dependerá de múltiples causales como son la norma que rige la comisión de los hechos, la fecha de comisión de la conducta, la aplicación del principio de favorabilidad, esta última norma rectora de la ley penal colombiana y norma del bloque de constitucionalidad, motivo por el cual cada caso deberá ser estudiado de manera concreta por el operador judicial a quien corresponda la aplicación o el decreto de la prescripción de la acción penal, sin olvidar en todo caso que la titularidad de la acción penal radica de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política en la Fiscalía General de la Nación.*

*A partir de las anteriores consideraciones se tiene que el concepto en su parte motiva señala:*

*“Ahora bien, respecto a la prescripción de esta conducta punible, el artículo 83 del Código Penal precitado, expresa que será un tiempo igual al máximo de la pena fijado en la ley cuando esta sea privativa de la libertad.*

*De modo que, siendo el máximo de pena 108 meses, es decir nueve años, este es el término de prescripción del punible objeto de consulta”.*

*Lo anterior consideramos desconoce que en el texto original de la Ley 599 de 2000, con las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004 y con valores ajustados por la Ley 1111 de 2006, el término máximo de prescripción correspondería a doce años para las fechas de vigencia de estas normas. Así mismo, a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011, modificatoria del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, norma que de manera general regula el término de prescripción de la acción penal en Colombia y que adiciona el parágrafo sexto a dicho artículo, el término de prescripción general de la acción penal en el delito de omisión de agente retenedor correspondería a 13.5 años, motivo por el cual es necesario revisar el oficio en mención (…)”.*

Es necesario explicar que, de acuerdo a las competencias funcionales de este despacho los pronunciamientos emitidos en respuesta a las peticiones allegadas se resuelven con base en criterios legales de interpretación de normas jurídicas, consagrados en el Código Civil; respuestas que son una adecuación en abstracto de las normas vigentes a situaciones concretas.

Así las cosas, en aras de atender su petición, se precisa en primer lugar que la competencia que este despacho ostenta en materia doctrinal se limita a asuntos relativos a la administración de los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana y los demás impuestos internos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado, bien se trate de impuestos internos o al comercio exterior; así como la dirección y administración de la gestión aduanera, incluyendo la aprehensión, decomiso o declaración en abandono a favor de la nación de mercancías y su administración y disposición.

Por ende, en segundo lugar, se indica que escapa de la competencia de este despacho pronunciarse sobre el término de prescripción de una conducta punible, en razón a que esta cuestión obedece a la interpretación de normas sustantivas de carácter penal, materia ajena a las funciones doctrinales de esta entidad.

En consecuencia, se revoca el Oficio número 010660 de mayo 7 de 2019, referida a la prescripción de la acción penal y en su lugar, se informa que esta cuestión fue remitida a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que la precitada entidad –como titular del ejercicio de la acción penal– se pronuncie acerca del término de prescripción de esta conducta punible con Oficio número 100208221-001558 del 21 de junio de 2019, el cual se adjunta como anexo.

Gestión Jurídica”.

Atentamente,

**La Directora de Gestión Jurídica, Dirección de Gestión Jurídica,**

*Liliana Andrea Forero Gómez,*

UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

**Publicado en D.O. 51.003 del 3 de julio de 2019.**

**CONCEPTO REVOCADO POR EL ANTERIOR CONCEPTO**

**CONCEPTO 10660 DEL 7 DE MAYO DE 2019 DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

Bogotá, D.C.

Ref: Radicado 100018610 del 21/03/2019

Tema Procedimiento Tributario

Descriptores OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.

Fuentes formales Estatuto Tributario. Arts. 368, 375 y 665.

Código Penal. Arts. 83, 86 y 402.

Cordial saludo:

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, modificado por el artículo 10 del Decreto 1321 de 2011, es función de esta Subdirección absolver las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, en materia aduanera o de comercio exterior, en lo de competencia de la UAE-DIAN.

En atención al radicado de la referencia dentro del cual plantea una petición referida a la aplicación del delito denominado “Omisión del Agente Retenedor o Recaudador” extractando esta dependencia como como inquietudes se le informe ¿cuáles son las normas que habilitan a esta entidad para accionar penalmente por este delito? y ¿cuál es el término de prescripción de la acción penal para este punible?

Además, expone el peticionario juicios de valor respecto de los cuales se solicitan explicaciones puntuales sobre el proceder de la administración tributaria ante la jurisdicción penal y acerca de la prelación de las obligaciones tributarias.

En primer lugar, es necesario previo a contestar, explicar que, de acuerdo a las competencias funcionales de este despacho los pronunciamientos emitidos en respuesta a las peticiones allegadas se resuelven con base en criterios legales de interpretación de normas jurídicas, consagrados en el código civil; respuestas que son una adecuación en abstracto de las normas vigentes a situaciones concretas.

Los que a su vez no tienen como fin solucionar problemáticas individuales, menos aún juzgar, valorar o asesorar a otras dependencias o a sujetos públicos y privados en el desarrollo de sus actividades, funciones y

competencias. Por lo cual la consulta se responderá atendiendo al contexto general de la situación descrita y únicamente respecto a las inquietudes que ameritan brindar información jurídica o interpretación normativa.

En segundo lugar, es ineludible indicar que, de conformidad con el Código Civil, artículo 11, la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación, es así como la interpretación normativa se limita siempre a lo que la Ley consagra.

Por esta razón los artículos 25 y subsiguientes, del precitado Código Civil Colombiano se refieren a la interpretación de la ley y estipulan los criterios normativos que deben seguirse por los funcionarios públicos para efectuarla, de modo que estos se convierten en la hoja de ruta para cumplir con la función interpretativa de esta entidad.

Así las cosas, no es posible al intérprete desatender el tenor literal de la Ley so pretexto de consultar su espíritu, o armonizar el ordenamiento jurídico vigente debido a que esta facultad está limitada constitucional y legalmente al legislador, y en desarrollo de sus exigencias al Gobierno Nacional.

De igual manera, no corresponde a este despacho explicar los motivos por los cuales el legislador crea las leyes, menos aún fungir como operadores judiciales, ampliar o restringir los preceptos legales vigentes.

En tercer lugar, se contextualiza normativamente la solicitud trayendo a colación los artículos 368, 375 y 665 del Estatuto Tributario (ET). y los artículos 83, 86 y 402 del Código Penal (CP), que expresan entre otros aspectos, lo siguiente:

“ESTATUTO TRIBUTARIO

ARTICULO 368. QUIENES SON AGENTES DE RETENCIÓN. Son agentes de

retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones iliquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente (...)

(...)

**ARTICULO 375. EFECTUAR LA RETENCIÓN.** Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.

(...)

**ARTICULO 665. RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES EN LA FUENTE Y EL IVA**

PARAGRAFO. 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 (…)”

“CÓDIGO PENAL

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA - CAPITULO PRIMERO - DEL PECULADO

ARTICULO 83. TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. La

acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco

(5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

(…)

ARTICULO 86. INTERRUPCION Y SUSPENSION DEL TERMINO

PRESCRIPTIVO DE LA ACCION. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10). (...)

ARTICULO 402. OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR. El

agente retenedor o autorretendor 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 cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a

1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo 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.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma pena prevista en este artículo.

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 la ventas, el impuesto nacional al consumo 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 hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a

que haya lugar (...)”. (Negritas y subrayas fuera de texto).

De los preceptos legales trascritos se observa claramente que el delito objeto de estudio, se encuentra estipulado en la legislación nacional, el mismo como tipo penal autónomo fue creado por al Ley 599 de 2000 y ha sufrido varias modificaciones, siendo la ultima la proferida con la Ley 1819 de 2016.

Así las cosas, desde el año 2000 existe el precitado delito -como tipo autónomo- dentro de la legislación penal y, por ende, la administración tributaria está facultada desde mencionada anualidad para instaurar las acciones penales que considere pertinentes por la presunta comisión de este punible, toda vez que dentro de él la víctima es la Administración Púbica, representada por esta entidad.

En este punto, vale la pena reiterar que: “la responsabilidad penal del agente retenedor o autorretenedor, deriva a su vez de la responsabilidad administrativa que éste ostenta en razón a sus obligaciones legales especiales, asignadas por la ley tributaria -reseñadas en las normas previamente citadas- por la cual el régimen de responsabilidad no se limita al derecho al derecho privado debido a que su génesis deviene de obligaciones públicas” (Oficio 000060 de 2019).

Ahora bien, respecto a la prescripción de esta conducta punible, el artículo 83 del Código Penal precitado, expresa que será un tiempo igual al máximo de la pena fijado en la ley cuando esta sea privativa de la libertad.

**De modo que, siendo el máximo de pena 108 meses, es decir nueve años, este es el término de prescripción del punible objeto de consulta.**

De otro lado, debe destacarse que, de conformidad con el artículo 86 del mismo compendio normativo, este término se interrumpe con la formulación de imputación y comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, para el caso de estudio por un término igual a cuatro años y medio.

Atentamente,

LORENZO CASTILLO BARVO

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina (E) Dirección de Gestión Jurídica

UAE-Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales Cra. 8 No. 6C-38. Piso 4. Edificio San Agustín.

Bogotá D.C.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_