

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
Descriptor	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 ilíquidas 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 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 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 transcritos 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 la Ley 599 de 2000 y ha sufrido varias modificaciones, siendo la última 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 Pública, 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.

En los anteriores términos se responde su consulta y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestra base de datos jurídica ingresando a la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo los iconos "Normatividad" - "Técnica" y seleccionando los vínculos "Doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica".

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.