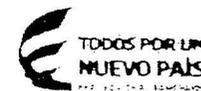
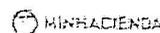


T

SJD



Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C. 08 MAYO 2018

100208221-000687

DIAN No. Radicado 000S2018012203
 Fecha 2018-05-10 02:44:27 PM
 emitente Sede NIVEL CENTRAL
 Depen SUB GES NORMATIVA DOCTRINA
 destinatario LAURA CAMILA MUÑOZ CUERVO
 folios 3 Anexos 0

Señora
LAURA CAMILA MUÑOZ CUERVO
Carrera 79 B No. 11B - 40 Torre B Apartamento 603
Bogotá, D.C.

Ref: Radicado 100082418 del 02/02/2018.

Tema: Procedimiento.
 Descriptor: Oficio persuasivo previo a la denuncia penal.
 Fuentes Normativas: Orden Administrativa 0007 de 2000; Orden Administrativa 004 de 2004; Decreto 3050 de 1997, artículo 16; Decreto 2321 de 2011, artículo 2.

Cordial saludo Señora Laura Camila

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008 este despacho está facultado para absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras o de comercio exterior y control cambiario en lo de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Solicita usted lo siguiente:

1. Informar. ¿Cuáles son los efectos jurídicos del incumplimiento del trámite contemplado en la Orden Administrativa 007 de 2000, modificada por la Orden Administrativa No.004 de 2004, en lo referente al oficio de cobro persuasivo?
2. Informar si ¿En el evento en que la DIAN remita denuncia penal contra un contribuyente por el delito contemplado en el artículo 402 del Código Penal, sin cumplir lo referente a la Orden Administrativa 007 de 2000, modificada por la Orden No. 004 de 2004, en lo referente al oficio de cobro persuasivo, tendrá validez tal denuncia a pesar de no cumplir con los requisitos legales?
3. Informar: ¿En el evento en que la DIAN remita denuncia penal contra un contribuyente por el delito contemplado en el artículo 402 del Código Penal, sin cumplir la debida notificación, en lo referente al oficio de cobro persuasivo, tendrá validez tal denuncia a pesar de no cumplir con los requisitos legales?
4. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas para los funcionarios que eventualmente incumplieran con lo establecido en la Orden Administrativa 007 de 2000, modificada por

la Orden No. 004 de 2004, bien sea por no enviar el oficio de cobro persuasivo, o por incumplir con la debida notificación del citado oficio?

Al respecto se observa:

Sea lo primero advertir que la competencia de este despacho se limita a la interpretación de las normas tributarias del orden nacional, sin que se encuentre dentro de la misma, establecer la conducta en que podría incurrir un funcionario en el evento de omitir un procedimiento. Es posible que en tal caso se esté en el terreno del tema disciplinario, sin que corresponda a esta Subdirección calificar si tal omisión constituye infracción disciplinaria.

Sin embargo, en caso de considerar usted que la actuación u omisión de algún funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra incurso en infracción sancionable disciplinariamente puede presentar la queja ante la Subdirección de Gestión de Control Interno Disciplinario, dependencia a la que según el artículo 10 del Decreto 4048 de 2005, corresponde la investigación de los funcionarios de esta entidad por la comisión de presuntos actos constitutivos de falta disciplinaria.

Ahora bien, la Orden Administrativa 7 de 2000, fija el procedimiento interno para dar cumplimiento a las normas penales tributarias, aduaneras y cambiarias en materia de delitos fiscales. Su objetivo es: Hacer cumplir las disposiciones jurídicas expedidas en materia de delitos fiscales, estandarizando el procedimiento a seguir para la formulación y seguimiento de las denuncias penales a que hubiere lugar.

En el numeral 2, indica las dependencias involucradas y, en el numeral 4 señala los delitos fiscales a los cuales se refiere la orden y respecto de los cuales se unifica el procedimiento para instaurar la denuncia penal.

Por su parte, el numeral 3 lista los funcionarios responsables en los distintos niveles, señalando, entre otros aspectos, que:

"El funcionario que omita el deber legal de denunciar los hechos punibles de que se tenga conocimiento, incurrirá en el delito de que trata el artículo 153 del Código Penal Colombiano, "Abuso de autoridad por omisión de denuncia", el que tiene como pena la pérdida del empleo, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar."

El numeral 4 fija la competencia para la formulación de denuncias en el nivel central y el detalle del procedimiento.

La Orden Administrativa 00007 de 2000, fue modificada por la Orden Administrativa 0004 de 2004. En esta los numerales 4.3.1 y 4.3.2, quedan así:

"4.3.1 DIVISIÓN DE COBRANZAS

El Jefe de la División de Cobranzas o quien haga sus veces, cuando las obligaciones por retención en la fuente y ventas no hayan sido canceladas y estén dados los supuestos descritos en el artículo 22 de la Ley 383 de 10 de julio de 1997, modificado por los artículos 71 de la Ley 488 de 1998 y 42 de la Ley 633 de 2000, deberá enviar oficio persuasivo penal de que trata el artículo 16 del Decreto 3050 de 1997, al responsable o retenedor.

Lo anterior, no es obligatorio para las conductas punibles tipificadas con posterioridad a la vigencia

del artículo 402 del Código Penal, es decir, al 24 de julio de 2001.

Este oficio debe contener los siguientes aspectos:

- Se debe informar al retenedor o responsable para que cancele, acuerde el pago o solicite la compensación de las sumas adeudadas dentro del mes siguiente a la notificación del oficio.
- La notificación se hará personalmente o por correo de conformidad con el artículo 565 del Estatuto Tributario.
- La respuesta al oficio persuasivo penal debe ser presentada o remitida a la División de Cobranzas o quien haga sus veces, de la Administración correspondiente para efectuar su evaluación y depuración.

DOCUMENTOS FUENTE PARA LA FORMULACIÓN DE LA DENUNCIA

4.3.2 DIVISIÓN DE COBRANZAS

El Jefe de la División de Cobranzas o quien haga sus veces, posterior al envío del oficio persuasivo penal y establecido el no pago de la obligación por ventas y retención en la fuente o la no radicación de la solicitud de compensación o del acuerdo de pago, deberá remitir a los Grupos Internos de Trabajo de Unidad Penal o a quien haga sus veces, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo otorgado en el aviso persuasivo penal, el expediente con los documentos que a continuación se relacionan, como soporte para formular la respectiva denuncia:

1. Oficio Persuasivo Penal con la constancia de notificación
2. Declaraciones privadas de retención en la fuente e IVA, sin pago
3. Los actos administrativos debidamente ejecutoriados por concepto de retención en la fuente e IVA que determinen valores a cargo por estos conceptos y que no estén cancelados, en los términos del artículo 22 de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998, hoy artículo 402 del Código Penal.

1.1.1."

Por su parte, Decreto 3050 de 1997, por el cual se reglamenta el Estatuto Tributario, la Ley 383 de 1997 y se dictan otras disposiciones, en el artículo 16 estableció:

"Obligación de requerir previamente el pago o compensación, antes de iniciar proceso penal contra retenedores y responsables del IVA. Antes de presentar la correspondiente denuncia penal por las conductas descritas en el artículo 655 del Estatuto Tributario, el funcionario competente deberá requerir al retenedor o responsable, según el caso, para que cancele, acuerde el pago, o solicite la compensación de las sumas adeudadas, dentro del mes siguiente a la notificación del requerimiento." (Subrayado fuera de texto)

El artículo 16 del Decreto 350 de 1997, se refiere a las conductas previstas en el artículo 665 del Estatuto Tributario. Posteriormente el artículo 402 del Código Penal, Ley 599 de 2000, que entró en vigencia en julio de 2001, recogió esas conductas, de allí que la Orden Administrativa 4 de 2004, indique en el inciso tercero del numeral 4.3.1 que, el mencionado oficio no tiene lugar para las conductas punibles tipificadas con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Posteriormente, la Circular 066 de 2008 de la DIAN, en el artículo 7 establece:

"7. Trámite para la formulación de denuncia por la presunta comisión de la conducta punible de omisión de agente retenedor – Art. 402 Código Penal.

Una vez establecido el no pago como mínimo del valor total de las retenciones practicadas durante el periodo gravable a título de impuesto sobre la renta, impuesto sobre las ventas y timbre nacional, sin perjuicio del orden de imputación de que trata el artículo 804 del E.T, del pago de total del valor de la declaración y de la liquidación y pago de los intereses de mora a que hubiere lugar conforme con lo establecido en los artículos 634 y 635 del E.T; así mismo la no radicación de la solicitud de compensación o acuerdo de pago y establecido que estén dados los presupuestos previstos en el artículo 402 del Código Penal, la jefatura del área de gestión y asistencia al cliente deberá enviar el oficio persuasivo penal de que trata el artículo 16 del Decreto 3050 de 1997 al agente retenedor o autorretenedor según el caso.

Dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo otorgado en el aviso persuasivo penal, se enviará en los casos en que no se hubiere efectuado el pago, al Grupo de Unidad Penal o quien haga sus veces en la respectiva Administración, la documentación que a continuación se relaciona, como soporte para formular la respectiva denuncia penal.

Oficio persuasivo penal con la constancia de notificación.

Declaraciones privadas de retención en la fuente presentadas en forma virtual o litográfica, sin pago o pago parcial.

1.1.1

El artículo 16 del Decreto 3050 de 1997, fue modificado por el artículo 2 del Decreto 2321 de 2011 en los siguientes términos:

"Antes de presentar la correspondiente denuncia penal por las conductas descritas en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, el funcionario competente deberá requerir al retenedor o responsable, según el caso, para que cancele, acuerde el pago, o solicite la compensación de las sumas adeudadas, dentro del mes siguiente a la comunicación del requerimiento que se podrá efectuar por cualquier medio." (El subrayado es nuestro)

Esta disposición retoma el oficio persuasivo en el ámbito de las conductas que considera la nueva ley penal.

En este contexto normativo, y con la salvedad en el tiempo que, se evidencia, el oficio de cobro persuasivo está señalado como un requisito encaminado al pago de la obligación tributaria, de tal manera que, si el mismo no se efectúa, se proceda a interponer la denuncia penal. No obstante, en criterio del despacho, de omitirse el oficio persuasivo, en tanto no constituye un requisito de fondo para efectos del proceso penal, si se instaura la denuncia bajo esa circunstancia, la misma no pierde validez. Es necesario tener en cuenta que estamos frente a un tema donde la incursión por el responsable o agente retenedor en una conducta de tipo penal pone en riesgo a la administración pública. Por su parte, la disposición que prevé el oficio persuasivo, sin embargo, no constituye un presupuesto de la ley penal o de procedimiento penal, es reglamentaria del procedimiento tributario.

En todo caso, si se omite el oficio persuasivo, se denuncia y, posteriormente se establece el pago, cesa la acción penal. Si no se demuestra el pago, el proceso penal sigue su curso. Sin embargo, si por alguna razón no se envió al contribuyente el oficio persuasivo que, como hemos visto cumple una función preventiva, el funcionario no puede obviar la denuncia, toda vez que este hecho supone una conducta con incidencia en materia penal y disciplinaria.

Ahora bien, como se aprecia en las normas que se transcriben, acorde con el artículo 16 del

Decreto 3050 de 1997, el oficio persuasivo debía notificarse. Con la modificación introducida por el artículo 2 del Decreto 2321 de 2011, basta su comunicación por cualquier medio.

En este sentido, considerando sus inquietudes, sería pertinente establecer si el oficio persuasivo fue omitido o, si según la época y la norma aplicable, el mismo no era exigible, o si siéndolo, no fue objeto de notificación o de comunicación. En todo caso, este despacho concluye que bajo el entendido que el oficio, como su nombre lo indica, tiene una función meramente persuasiva, con el fin de invitar al responsable o agente retenedor a efectuar el pago y, evitar así un proceso penal y, corresponder a una actuación dentro del procedimiento tributario, su omisión no invalida la denuncia ni el proceso penal.

En los anteriores términos absolvemos su consulta y le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su página de internet www.dian.gov.co, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, a la cual se puede ingresar por el ícono de "Normatividad" –"técnica"–, dando click en el link "Doctrina Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,



PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina
P/Abpm.