**OFICIO Nº 2778 [902660]**

**09-12-2019**

**DIAN**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

100202208 002778

Bogotá, D.C.

**Ref:** Radicado 000552 del 09/10/2019

**Tema** Procedimiento Tributario

**Descriptores** Prejudicialidad

**Fuentes formales** Artículo [364-1](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42508) y [839-2](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=1040) del Estatuto Tributario

Cordial saludo, señora Ortiz:

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, *por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*es función de esta Subdirección absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias.

No es de nuestra competencia emitir conceptos sobre procedimientos específicos o actuaciones particulares concretas que deban adelantar los contribuyentes frente a obligaciones previstas en el Estatuto Tributario.

A continuación, damos respuesta a la consulta sobre el *manejo de la prejudicialidad de los expedientes de cobro.*

Antes de contestar se transcriben 2 definiciones del concepto de *prejudicialidad* tomadas de providencias de la Corte Constitucional:

*“Por prejudicialidad ha de entenderse la presencia, en un asunto judicial en trámite, de cuestiones pendientes de resolver por vía principal por otra autoridad judicial. Aunque el vocablo prejudicial (praeiudicare y praeiudicium), en un sentido amplio se emplea para referirse a toda cuestión que el juez de la causa u otra autoridad judicial deba resolver en el curso del proceso, antes de la sentencia, incluso las excepciones”. Corte Constitucional Sentencia C 816/2001. M.P. Álvaro Tafur.*

*"La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca. Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional.- Auto 278 de 2009 de la Corte Constitucional.- M.P. Humberto Sierra Porto.*

El Estatuto Tributario, en el inciso segundo del [artículo 364-1](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42508) adicionado por el artículo 158 de la Ley 1819 de 2016 excluye la *prejudicialidad* , en los siguientes términos:

[***ARTÍCULO 364-1***](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42508)***. CLÁUSULA GENERAL PARA EVITAR LA ELUSIÓN FISCAL.****En ningún caso se reconocerá la aplicación del Régimen Tributario Especial a aquellas entidades que abusando de las posibilidades de configuración jurídica defrauden la norma tributaria que sería aplicable, o que mediante pactos simulados encubran un negocio jurídico distinto a aquel que dicen realizar o la simple ausencia de negocio jurídico.*

*Le corresponde a la autoridad tributaria regularizar mediante liquidación oficial, siguiendo el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario, los supuestos de abuso del derecho, fraude a la ley o simulación en los que incurran las entidades beneficiarias del Régimen Tributario Especial. La declaración de abuso, fraude o simulación proferida por la DIAN produce efectos exclusivamente tributarios y no está sometida a prejudicialidad alguna ni a procedimiento distinto al previsto para proferir la liquidación oficial de revisión en los artículos 702 a 714 del Estatuto Tributario.*

*En ese acto oficial, además del impuesto eludido, se exigirán los intereses moratorios y se impondrá la sanción por inexactitud.*

En virtud de dicha disposición se puede concluir que, la prejudicialidad no es aplicable, en el procedimiento descrito en los artículos 702 a 714 del estatuto tributario, cuando se trata de casos de abuso del derecho, fraude a la ley o simulación, en los que incurran entidades beneficiarias del Régimen Tributario Especial.

En sentido contrario y debido a la interpretación restrictiva de las excepciones, cuando el procedimiento para modificar la liquidación privada se origine en una causa distinta al abuso, defraudación o simulación, y cuando no se trate de entidades beneficiarias del Régimen Tributario Especial, el contribuyente podrá solicitar la aplicación de la figura de la prejudicialidad.

En tal caso, debido a que como se dijo anteriormente no existe regulación específica para el procedimiento de cobro coactivo tributario, se debe acudir a lo que dispone el [artículo 839-2](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=1040) del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 87 de la Ley 6 de 1992, el cual se transcribe:

[***ARTÍCULO 839-2***](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=1040)***. EMBARGO, SECUESTRO Y REMATE DE BIENES****. En los aspectos compatibles y no contemplados en este Estatuto, se observarán en el procedimiento administrativo de cobro las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan el embargo, secuestro y remate de bienes.*

En tal sentido, la prejudicialidad está regulada por el artículo 161 numeral 1º del Código General del Proceso en los siguientes términos:

***ARTÍCULO 161. SUSPENSIÓN DEL PROCESO.***

*El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:*

*1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción. (...)”.*

No debe perderse de vista que, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, *los jueces deben ser rigurosos en la aplicación de la figura de suerte que no se constituya en una herramienta dilatoria de los procesos que atenten contra el derecho de administración de justicia y vaya en contravía de los principios de celeridad y economía procesal.* (Auto 278 de 2009)

En los anteriores términos resolvemos 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 nuestras bases de datos jurídicas ingresando a la página electrónica de la DIAN: [http://www.dian.gov.co](http://www.dian.gov.co/) siguiendo el ícono de “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