

Circular VM Legal No. 15



Consejo de Estado suspende provisionalmente los Oficios de la DIAN con relación al impuesto de plásticos de un solo uso

A través de auto del 4 de septiembre de 2023, el Consejo de Estado decretó medida cautelar solicitada por la Cámara Ambiental de Plástico suspendiendo provisionalmente – *de manera parcial*- los Oficios 641 del 20 de enero y 2390 del 1 de marzo de 2023 expedidos por la DIAN.

El Alto Tribunal consideró que la interpretación de la DIAN desconoce la definición legal de importador y productor como sujetos pasivos del impuesto: “*dado que **de forma preliminar se constata una violación de la norma superior**, concretamente de los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 de 2022, sin perjuicio de lo que se determine en la sentencia que defina el proceso.*”

¿Cuáles son los efectos de la suspensión provisional?

En primer lugar, es importante aclarar que la suspensión provisional de los Oficios no se da sobre todo su contenido, sino del aparte del punto 3 del Concepto 641 del 20 de enero de 2023 y del numeral 1.1. del Concepto 2390 del 1 de marzo de 2023, relacionados con la definición de sujeto pasivo.

De acuerdo con el artículo 131 de la Ley 2010 de 2019, los conceptos generales emitidos por la Administración Tributaria constituyen doctrina oficial y esta interpretación es de carácter obligatorio **para sus empleados**. En este orden de ideas, los efectos de la suspensión provisional implican propiamente que los funcionarios de la DIAN no tendrán el fundamento jurídico para adoptar esta posición en sus actuaciones de acuerdo con la definición dada en los Oficios demandados. Es pertinente aclarar que esta decisión no suspende los efectos de la ley que consagra el impuesto de plásticos de un solo uso y el impuesto se seguiría causando.

Tal y como está definido en la ley, el sujeto pasivo del impuesto es aquél que produzca o importe bienes. Y el hecho generador es el retiro para consumo propio o la importación para consumo propio, de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, más la producción de los plásticos de un solo uso propiamente dichos así no sean para consumo propio.

En este orden de ideas, el impuesto se causaría solamente cuando concurren todos los elementos del impuesto, específicamente el sujeto pasivo y el hecho generador, de manera tal que el que produzca o importe bienes contenidos en plásticos de un solo uso sea también quien venda, retire o importe productos plásticos de un solo uso, dependiendo si es importador o productor, recayendo sobre éste la obligación de declarar y pagar el impuesto a partir de febrero del 2024, de conformidad con el calendario establecido por la DIAN.

Con las consideraciones expuestas que dieron lugar a la suspensión de los oficios, siendo que se aduce una palmaria contradicción entre la interpretación de la DIAN y la ley, se esperaría que la decisión del máximo tribunal sea en ese mismo sentido y declare la nulidad de los conceptos demandados. La suspensión provisional de nulidad de los Oficios de la DIAN en el marco de este tipo de procesos es sumamente extraordinaria; en el 100% de los procesos con fallo definitivo de igual naturaleza desde 2022 hasta hoy su procedencia ha sido negada. Por tanto, esta decisión permitiría estimar un eventual fallo favorable a la pretensión de nulidad de los mismos.

No obstante, tratándose de una decisión provisional, existe el riesgo que en el marco del análisis el Consejo de Estado encuentre razones para avalar la interpretación de la DIAN y ello implicaría que el impuesto que se ha venido causando desde el 13 de diciembre de 2022 estaría en cabeza y responsabilidad de los productores de plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, sin que se cumpla con el presupuesto de que éste sea también el que produzca o importe bienes para comercializar lo contenido en dichos envases o embalajes de plástico.

En caso de que la decisión final sea avalar la interpretación de la DIAN, se esperaría que el máximo tribunal module los efectos del fallo y determine que, en virtud de la inseguridad jurídica existente hasta tanto no se dio la decisión final – *la cual se esperaría sea prontamente dada la relevancia del asunto*-, los efectos de dicha interpretación se generan a partir de la ejecutoria de la sentencia que resuelva de manera definitiva el proceso, evitando que los perjuicios generados por la indeterminación de la ley recaigan sobre los contribuyentes.

Por último, siendo que el auto fue notificado por estados el 5 de septiembre de 2023, los efectos de esta suspensión inician a partir del 6 de septiembre de 2023. Además, la DIAN podrá presentar recursos que se surtirán en el efecto devolutivo; es decir, no se suspende el proceso ante una eventual admisión de los mismos ni reviviría la vigencia de los apartes de los conceptos suspendidos, por lo que avanzarían de manera paralela la discusión de fondo y la determinación acerca de la medida cautelar decretada.

Esperamos que esta información sea de su utilidad.

VM LEGAL S.A.S.

*El presente documento es de carácter informativo y tiene como único fin la actualización a nuestros clientes sobre temas de interés; por lo tanto, no constituye una opinión legal, concepto o asesoría de ningún caso particular por parte de VM Legal.