



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA - Subsección "A"**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA MARCELA DEL SOCORRO CADAVID BRINGE

EXPEDIENTE No. 25000-23-27-000-2010-00171-01
DEMANDANTE: CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SANCIÓN POR NO DECLARAR – IVA- Tercer Bimestre 2005**

La sociedad CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO, identificada con el NIT 860.043.896-7, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A, demanda ante este Tribunal las siguientes:

PRETENSIONES

- "a) Se declare la nulidad de la Resolución Sanción 322412009000078 de febrero 19 de 2009, mediante la cual se impuso sanción por no declarar correspondiente al tercer bimestre de 2005, a la CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO NIT 860.043.896-7.
- b) Se declare la nulidad de la Resolución 900011 de febrero 19 de 2010, por medio de la cual se confirmó la Resolución Sanción 322412009000078 de febrero 19 de 2009.
- c) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezca en su derecho a la CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO NIT 860.043.896-7, declarando que no está obligada a presentar declaración de Impuesto sobre las ventas, ni a pagar IVA por el tercer bimestre de 2005."

HECHOS

Los hechos que fundamentan la demanda se encuentran contenidos en los folios 16 y 20 del cuaderno principal, la parte actora los narra así:

1. La Resolución 322412009000078 sanciona a UNICENTRO por no presentar declaración del IVA, pero en su motivación no indica cuáles son las actividades, que en su opinión, no están dentro del objeto social y por ende están gravadas. Tampoco explica qué entiende por actividades "paralelas" o ajenas al objeto social.
2. UNICENTRO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Sanción.

3. Mediante la Resolución 900011 de febrero 19 de 2010, la DIAN falló el recurso de reconsideración, confirmando en todas sus partes la Resolución Sanción 322412009000078 de 2009.

NORMAS DEMANDADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El concepto de violación se encuentra visible en los folios 21 a 68 del cuaderno principal, en los siguientes términos:

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE.

Violación de los artículos 19, 22, 32, 33, 34, 70 y 72 de la Ley 675 de 2001; del artículo 1 del Decreto 1060 de 2009 y de los artículos 4 y 558 del E.T.

Transcribe en primer lugar el apoderado de la sociedad demandante el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, para señalar que cuando la ley dispone que la persona jurídica no es contribuyente de impuestos nacionales, está afirmando que no es responsable de impuestos nacionales (el IVA en este caso), por las siguientes razones:

- a) El IVA es un Impuesto del orden nacional y esta connotación no se discute en el proceso, ya que es aceptada por los actos demandados.
- b) Los términos "contribuyente" y "responsable" son sinónimos para efectos del IVA y así lo disponen los artículos 4 y 558 del E.T.

El objeto social de la persona jurídica.

La discusión radica en definir cuáles son las actividades que están dentro del objeto social de la propiedad horizontal.

Al respecto señala que si se examinan los actos demandados, se puede ver que la única razón que se aduce para imponer sanción por no declarar, radica en la apreciación de la DIAN, en el sentido de que UNICENTRO si es responsable del IVA, porque en su entender las actividades que lleva a cabo no están dentro de su objeto social.

Señala que en la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, considera la Administración que los servicios que presta el Centro Comercial están gravados, independientemente de su denominación, dado que si el Estatuto Tributario los califica como gravados en cabeza de los responsables, los mismos están gravados cuando los realiza la propiedad horizontal, independientemente de que ésta haya sido catalogada como no responsable del IVA, de una manera genérica, sin importar los servicios que preste.

Transcribe el apoderado de la sociedad demandante apartes de la Resolución 900011 y señala que la Ley 675 de 2001 no estableció una exclusión del IVA para determinados servicios prestados por la propiedad horizontal. El artículo 33 de la ley consagró una exclusión de carácter general para todos los servicios que presta la persona jurídica, al señalar que dicha persona jurídica no es responsable del IVA. Está diciendo que no debe cumplir ninguna de las obligaciones asignadas a los responsables a saber:

- a) Facturar el IVA en la venta de bienes y servicios.
- b) Presentar declaración del IVA.
- c) Pagar a la DIAN, el IVA facturado a los usuarios del servicio.

Expresa que la si la interpretación del acto acusado fuese correcta, el artículo 33 de la Ley 675 de 2001 no produciría efectos jurídicos, por cuanto si el único IVA sobre el cual no es responsable es el correspondiente a los servicios enunciados en el artículo 476 del E.T., el artículo 33 sobra, dado que aquellos contribuyentes que sí son responsables del IVA, no deben declarar cuando prestan los servicios que el artículo 476 cataloga como excluidos. Cita el Concepto Unificado del IVA 0001 de junio de 2003.

Indica que no cabe duda alguna, porque así lo reconoce la propia DIAN, que para la configuración de la obligación tributaria, tanto sustancial (pago del Impuesto), como formal (obligación de declarar IVA), es presupuesto esencial la existencia del responsable o sujeto pasivo. En el caso que nos ocupa, no existe el sujeto pasivo o responsable del Impuesto, porque el artículo 33 expresamente dice que la propiedad horizontal no es responsable del impuesto, por ende no está obligada a cumplir obligaciones sustanciales (pago), ni formales (presentación de la declaración del IVA).

Transcribe la demandante apartes de la Resolución 900011, para señalar que en la motivación transcrita en el literal a, el acto acusado había señalado que la propiedad horizontal debía tributar sobre todas las actividades gravadas, sin consideración a su calidad de no responsable del IVA. En los apartes transcritos, señala el demandante que la motivación cambia, pues se afirma que UNICENTRO no es responsable del IVA respecto de las actividades desarrolladas en virtud del objeto social, pero que si es responsable del IVA cuando se trate de actividades que no son propias del objeto social.

Señala que en la resolución que resuelve el recurso se dice que la persona jurídica que administra la propiedad horizontal está facultada para realizar actividades propias del objeto social, lo que desconoce no sólo la Ley 675 de 2001 sino también las más elementales nociones de derecho, que únicamente le permiten a las personas jurídicas realizar las actividades que están dentro del marco de su objeto social.

Si eventualmente, el representante legal, ejecuta o celebra actos jurídicos que no están contemplados en el objeto, la consecuencia jurídica de tales actos, es que serán considerados como No celebrados por la persona moral, fenómeno que responde a una forma de ineficiencia negocial que se conoce como inoponibilidad.

De modo que el objeto de la persona jurídica, señalado en la ley o en los estatutos, delimita la capacidad de obrar de su representante legal. No existe ninguna posibilidad de que las personas jurídicas que surgen como consecuencia de la constitución de la propiedad horizontal, ejecuten o celebren negocios jurídicos que no estén contemplados en su objetos social, el cual, repite, está determinado por la Ley 675 de 2001 y su Decreto Reglamentario 1060 de 2009.

De igual forma el Centro Comercial no puede administrar otro tipo de bienes diferentes a los comunes. Los bienes privados son del dominio particular de cada uno de los copropietarios, vale decir, de cada de uno de los dueños de los establecimientos de comercio, quienes los explotan directamente y pagan el IVA sobre las ventas y servicios gravados, declaran renta, pagan impuestos de patrimonio, Impuesto de Industria y Comercio, etc.

Violación del artículo 264 de la Ley 223 de 1995

Transcribe la demandante apartes de los Conceptos 47303 de junio de 2005, 64527 de septiembre 27 de 2004, 22474 de abril de 2005, 20192 de abril 12 de 2005, 40457 de junio 29 de 2005 y 47303 de junio de 2005. La Ciudadela, ha actuado con fundamento en la posición doctrinaria que asumió la DIAN durante varios años, lo que significa que ha habido una actuación de buena fe y que por consiguiente, se debe dar aplicación al artículo 264 de la Ley 223 de 1995, de tal forma que su actuación no puede ser objetada por la propia DIAN.

La DIAN ha señalado expresamente que la propiedad horizontal no está obligada a presentar declaración del IVA y no es responsable de este impuesto, luego no se le

puede imponer sanción por el incumplimiento de unas obligaciones que no están previstas en la ley y que la propia DIAN ha señalado como improcedentes. La Resolución que resuelve el Recurso pretende sostener que la DIAN nunca emitió conceptos señalando que la persona jurídica no es responsable del IVA.

Reitera una vez más, que ni en la Resolución Sanción, ni en la Resolución que resolvió el Recurso, se realiza ningún análisis para demostrar que las actividades que la DIAN grava no corresponden a zonas comunes, tampoco existe ningún análisis jurídico tendiente a probar que esta explotación económica de bienes comunes está prohibida o por fuera del objeto social.

Violación del artículo 83 de la C.N. – Principio de Buena Fe y Confianza Legítima:

Señala que el 9 abril de 2002, mediante oficio, el representante legal de UNICENTRO, a raíz de la expedición de la Ley 675 de 2001, solicitó a la DIAN la cancelación del RUT como responsable del IVA, solicitud que fue aceptada. Como puede verse, la DIAN no cuestionó la inscripción el RUT como no responsable del IVA, ni tampoco cuestionó el Oficio de abril 9 de 2002, en el cual se informaba la nueva situación de no responsable del IVA surgida como consecuencia de la Ley 375 de 2001.

Alega que no puede ser que seis años más tarde, la misma Administración de Impuestos proceda a imponerle a UNICENTRO sanción por no declarar, después de que nunca se pronunció sobre las informaciones que oportunamente le suministró UNICENTRO. Lo que demuestra la forma arbitraria como ha procedido la Administración de Impuestos en el caso que nos ocupa, lo que entraña una violación de la buena fe y la confianza legítima, que vicia de nulidad los actos demandados por violación constitucional.

Sobre el tema del servicio de estacionamiento que prestan los centros comerciales, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, se pronunció en reiterados conceptos, advirtiendo que una cosa son los "parqueaderos vinculados a un uso" y otra "los parqueaderos públicos". Transcribe el Concepto del 3 de mayo de 2005. Las zonas de estacionamiento de centros comerciales, provistas por los mismos en desarrollo de la propiedad horizontal y en acatamiento de normas urbanísticas sobre asignación obligatoria de un número de cupos de estacionamiento, no corresponden al concepto de parqueaderos públicos y, por ello, no le son exigibles los requisitos

que deben cumplir los comerciantes que se dedican profesionalmente a prestar este servicio.

Frente a lo expresado en estos conceptos, la Resolución que resuelve el Recurso se abstiene de valorarlos, aduciendo que los mismos no evalúan el tratamiento del Impuesto sobre las ventas y que por ende, no existe identidad del tema jurídico. Lo que se ha pretendido es suministrar un elemento de juicio adicional, para juzgar la calidad del servicio de estacionamiento que prestan los centros comerciales.

Planeación Distrital ha sido enfática al concluir, que una cosa son los parqueaderos públicos que realizan un negocio, vale decir, una actividad comercial, y otra muy diferente los parqueaderos vinculados a un uso, que corresponden a las áreas de estacionamiento que toda edificación debe prever para sus usuarios o visitantes, es decir, que se enmarcan dentro de las actividades intrínsecas a la propiedad horizontal. Criterio que se funda en el Decreto Distrital 190 de 2005.

En aplicación del Decreto 1060 de 2009, la DIAN ha accedido a catalogar en el RUT como no responsables del IVA, a 4 propiedades horizontales:

Los anteriores hechos demuestran la posición discriminatoria que ha adoptado la DIAN frente a UNICENTRO, lo que viola el principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.N.

La DIAN ha adoptado una posición totalmente contraria en el caso de las universidades e instituciones de educación superior, que también han sido catalogadas por la LEY como no responsables del IVA y a las cuales la DIAN les ha respetado dicho carácter. Con este proceder, la DIAN ha violado el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la C.N.:

La DIAN ha interpretado el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, en el sentido de que la exclusión del IVA únicamente cobija las cuotas de administración, pero no involucra la prestación de servicios gravados, por considerar que tales actividades no forman parte del objeto social.

Transcribe el artículo 92 de la Ley 30 de 1992 y el Concepto 069755 de septiembre 27 de 2005. Salta a la vista, que en el caso de UNICENTRO, la DIAN interpreta la norma de manera restrictiva y en el caso de las universidades y demás instituciones educativas citadas en la norma, el hecho de que se vendan bienes gravados sin IVA, o se presten servicios gravados sin IVA no altera la condición de no ser responsables del IVA.

Es evidente que la autoridad impositiva interpreta la Ley de distinta manera a distintos tipos de personas. A las instituciones de educación superior, colegios de bachillerato e instituciones de educación no formal, les respeta su condición de no responsables del IVA consagrada en la Ley. A la persona jurídica que nace de la propiedad horizontal, no se le respeta su condición de no responsable del IVA. Aquí hay un tratamiento discriminatorio, que atenta contra el principio de equidad y de igualdad que debe guiar el sistema tributario y la actuación de las autoridades fiscales.

Violación del artículo 38 de la Ley 388 de 1997:

En el caso específico de los centros comerciales, los planes de ordenamiento territorial (POT) exigen la construcción de un número mínimo de parqueaderos o estacionamientos para que los clientes puedan acudir a las instalaciones del centro comercial a realizar sus compras. Transcribe el artículo 38 de la Ley 388 de 1997; 249 de del Decreto Distrital 469 de 2003 y 5 del Decreto Distrital 159 de 2004.

La propiedad horizontal no construye estacionamientos destinados a un uso por simple capricho o por que éste sea su negocio. La propiedad horizontal construye estacionamientos, porque los planes de ordenamiento territorial obligan a tener un número determinado de parqueaderos por metro cuadrado. El administrador de la copropiedad debe llevar a cabo el mantenimiento de estos parqueaderos, así como debe velar por la seguridad tanto de los copropietarios como de los visitantes. Estos deberes implican contratar vigilantes, aseadoras, costosos sistemas de seguridad, etc, que no se alcanzan a pagar con las cuotas de administración, porque si ello fuere así, la propiedad horizontal no sería costeable y no podría financiarse.

Para resolver estos problemas y permitir el adecuado desenvolvimiento de la propiedad horizontal, la Ley 675 de 2001 y su Decreto Reglamentario 1060 de 2009, permitió la explotación económica de los bienes y zonas comunes, patrimonio de la propiedad horizontal y cuyo destino es el pago de expensas comunes del edificio o conjunto para beneficio común de la copropiedad.

Por los motivos expuestos, los valores que cobra la propiedad horizontal por servicios de estacionamiento o de arrendamiento de espacios comunes son notoriamente inferiores a los valores que cobra una persona con ánimo de lucro. Esta labor de administración es de la esencia misma de la persona jurídica que administra el centro comercial; está dentro de su objeto social, es intrínseca a él. Así lo

disponen el parágrafo 2 del artículo 18 de la Ley 675 de 2001 y 21 del reglamento de propiedad horizontal.

Resulta violatorio de la Ley y además evidencia un absoluto desconocimiento de las normas que regulan el funcionamiento de la propiedad horizontal, aseverar, como lo hacen los actos demandados, que esa labor de administración no está dentro del objeto social de la persona jurídica que ha sido creada precisamente para que cumpla esas funciones. Los actos demandados concluyen de manera arbitraria que la labor de administrar zonas comunes, o el arrendamiento de los mismos, es una actividad ajena, extraña al objeto social.

Teniendo en cuenta los costos que entraña esta labor de administración y el impacto que ellos generan para la propiedad horizontal, la Ley 675 de 2001 decidió otorgarle a ese administrador el carácter de no contribuyente de impuestos nacionales ni del Impuesto de Industria y Comercio. Esa decisión del legislador ha sido desconocida por la DIAN. Al pretender que la persona jurídica administradora de la propiedad horizontal, esté obligada a declarar IVA y a cumplir todas las obligaciones que la Ley impone a los responsables del Impuesto.

OPOSICIÓN

La apoderada de la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda obrante en los folios 168 a 198 del cuaderno principal, solicita se nieguen las súplicas de la demanda y se confirmen, por encontrarse ajustados plenamente a la legalidad, los actos administrativos demandados, argumentando lo siguiente:

Dentro del marco constitucional y legal que rige el sistema tributario, se observa que el libelista alega que con base en el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, por estar constituido como propiedad horizontal no es responsable del Impuesto sobre las Ventas.

Aduce que resulta además de inconstitucional, ilógica, la interpretación cuando en forma pacífica se viene cumpliendo con la obligación tributaria sustancial, es decir, la que nace de realizar el hecho generador del IVA (compra de un bien o servicio gravado) y que lo convierte en sujeto pasivo económico, lo que es lo mismo, al pago efectivo del IVA directamente por la propiedad horizontal.

Señala que la propiedad horizontal reconoce y paga el IVA cuando adquiere los bienes y servicios necesarios para la realización de las actividades propias de su

objeto social (papelería, servicios profesionales, aseo, etc.) no obstante, con base en la interpretación de la norma en litigio alega no estar obligado al cumplimiento de las obligaciones formales, lo que constituye una paradoja inexplicable: Reconocer estar obligado a lo más (pagar IVA) pero rehusar cumplir con lo menos (recaudar y declarar lo que la ciudadanía paga).

La única justificación a la interpretación que realiza el accionante es el beneficio económico particular que reporta la desleal competencia comercial que les permite ser más "competitivos" frente a otros prestadores del mismo servicio que si recaudan el IVA, y las cuantiosas ganancias que obtienen y matizan alegando que son invertidas en la misma propiedad horizontal, todo obtenido gracias al margen del Impuesto que se deja de trasladar al Estado y que es aportado por una ciudadanía con capacidad contributiva.

En relación a los cargos señala el apoderado de la entidad demandada que el libelista plantea varios problemas jurídicos en relación a la legalidad de los actos administrativos demandados, es si el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, al referirse a la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal como no contribuyente de impuestos nacionales establece una exclusión total o si dicha exclusión se refiere únicamente a las actividades propias del objeto social de dichas personas jurídicas.

Como problemas asociados a esta acusación de ilegalidad de los actos administrativos, debe establecerse si la explotación económica de áreas comunes por parte de la propiedad horizontal hace parte de su objeto social para encontrarse excluida de la obligación del pago de impuestos nacionales e igualmente si con la interpretación realizada por la parte actora, en relación a la exclusión de la obligación de recaudar el Impuesto a las ventas, se están cumpliendo los principios básicos de la tributación.

Transcribe la demandada el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, para señalar que el sentido de la interpretación literal de la norma es considerar a las personas jurídicas originadas en la constitución de la propiedad horizontal como no contribuyentes de impuestos nacionales, en relación con las actividades propias de objeto social, así como en relación con el Impuesto de Industria y Comercio.

Tal como lo señala la Ley 675 de 2001, la propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica de naturaleza civil y sin ánimo de lucro

conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular, cuyo objeto consiste en administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la Ley y el reglamento de propiedad horizontal. De esta manera se evidencia que el objeto de la propiedad es un objeto limitado y lo que busca es esencialmente la convivencia pacífica y la seguridad de los inmuebles sometidos a ella y cumplir con la función social de la propiedad, tal como lo señala la Ley en su artículo 1.

La misma Ley se encarga de establecer tres tipos de categorías de la propiedad horizontal, la primera la denominada edificio o conjunto de uso residencial, en la cual los bienes de uso privado se encuentran destinados a la vivienda de las personas; el conjunto de uso comercial, en el cual los bienes de uso particular se encuentran destinados al desarrollo de actividades mercantiles, y el conjunto mixto donde los bienes particulares tienen diversas destinaciones, tales como vivienda, comercio, industria u oficinas.

De esta forma, el reglamento de la propiedad horizontal, entendido por la Ley como el estatuto que regula los derechos y obligaciones de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido a éste régimen de propiedad, hace parte de la esencia de esta institución jurídica ya que sin tal regulación no podría existir o se convertiría en otro tipo de asociación. El derecho de los copropietarios de hacer parte de las decisiones que se tomen en relación con la propiedad horizontal, constituye uno de los elementos de la naturaleza de esta institución jurídica. Por otra parte, la posibilidad de que las propiedades horizontales realicen explotación económica de bienes comunes no esenciales para el beneficio común de la copropiedad y con el fin de destinarlos bien sea al pago de expensas necesarias o a gastos de inversión, hace parte de los elementos accidentales de este tipo de organización asociativa.

Para desentrañar el sentido que le da la Ley al objeto social de la propiedad horizontal, el artículo 33 se encarga de definirlo como el desarrollo de la administración correcta y eficaz de los bienes y servicios comunes, así como el manejo de los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y el cumplimiento de la Ley y el reglamento de propiedad horizontal.

La explotación económica de bienes comunes no esenciales, como serían los parqueaderos de los centros comerciales, como elemento accidental de la propiedad horizontal, no hace parte de la administración de la misma, por lo cual no encuadra

dentro de la excepción tributaria señalada en el artículo 33 de la Ley. Lo anterior no implica que una vez establecido por el reglamento de la propiedad horizontal la posibilidad de explotación económica de uno o más bienes comunes, habilitación que se encuentra regulada en la Ley, el administrador debe responder porque dicha explotación se realice en beneficio de los derechos e intereses de la copropiedad.

El hecho de que algunos bienes comunes no esenciales, destinados a producir renta para sufragar expensas comunes de la copropiedad, hacen parte de los elementos accidentales de la misma, se ve confirmado por la obligación de que dicha facultad se encuentre establecida de manera expresa en el reglamento de propiedad horizontal, es decir, se requiere de su consagración para que haga parte de la copropiedad; sin dicha consagración la propiedad no deja de existir ni sufre afectación en su razón de ser.

Explica que teniendo en claro que el aprovechamiento económico de bienes de uso común no esenciales, como son los parqueaderos de las propiedades horizontales no pertenecientes a los propietarios y aquellos no señalados por las disposiciones legales urbanísticas para los visitantes, no hacen parte ni de la esencia ni de la naturaleza de esta institución jurídica, y por lo tanto no se encuentra dentro de su objeto social, es claro que sobre dicha actividad no se extiende el beneficio tributario consagrado en el artículo 33 de la Ley 675, constituyéndose de esta forma en una actividad paralela al verdadero objeto social de las copropiedades, tal como lo ha manifestado la Administración Tributaria.

En relación con el IVA no existe exención alguna para las propiedades horizontales, por el contrario, de conformidad con el artículo 482 del E.T., las personas declaradas por la Ley exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales, no están exentas del IVA, teniendo en cuenta el carácter real u objetivo de dicho gravamen. Como quiera que de conformidad con lo señalado en el E.T. las copropiedades se consideran como no contribuyentes del Impuesto de Renta y no sujetos de Retención, es claro que de conformidad con la norma en comento no se encuentran exentas del pago del Impuesto a las Ventas, mucho menos en relación con actividades que no se encuentren incluidas en su objeto social.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, al señalar como no contribuyentes de impuestos nacionales a las propiedades horizontales en relación a su objeto social, no extendió tal beneficio a quienes utilizan los servicios que dichas copropiedades prestan, como es el caso del servicio de

parqueadero, manteniéndose vigente la obligación del responsable, en este caso, Centro Comercial, de recaudar por el servicio prestado el IVA en la forma señalada en los artículos 420 y subsiguientes del E.T.

Advierte que la posición de la Administración ha sido unívoca en considerar que las propiedades horizontales no son responsables del Impuesto de Industria y Comercio en relación a las actividades que realicen en torno a su objeto social, lo cual fue clarificado ante las dudas que se presentaban al respecto a través del Oficio 011847 del 9 de febrero de 2006 y de Concepto 061825 del 13 de agosto de 2007, que de manera clara y sin hesitación alguna señalaron que las personas jurídicas si eran responsables por el IVA en relación a las actividades que estuvieran por fuera de su objeto social.

TRAMITE PROCESAL

- Por Auto de nueve (9) de julio de dos mil diez (2010) se admite la demanda (fl. 164 del cuaderno principal).
- Por Auto de dieciséis (24) de septiembre de dos mil diez (2010) se abrió a pruebas el proceso (fl. 212 del cuaderno principal).
- Por Auto de dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de rigor (fl. 291 del cuaderno principal).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la sociedad demandante presentó dentro del término legal el escrito de alegatos de conclusión obrante en los folios 332 a 379 del cuaderno principal, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, agrega los siguientes argumentos:

Señala que en la contestación de la demanda la entidad no se pronuncia sobre las causales de nulidad que se indican a continuación, las cuales fueron planteadas en la demanda, lo que constituye un indicio grave en su contra:

Según el artículo 95 del CPC, la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda, será apreciada por el juez como indicio grave en contra del demandado. La contestación de la demanda no se pronunció sobre las siguientes causales de nulidad de los actos demandados:

1. Violación del artículo 83 de la C.N. – principio de la buena fe y la confianza legítima que se planteó en el numeral 5.3 de la demanda.

2. Violación del principio de igualdad que se planteó en la demanda, al explicar que la DIAN ha adoptado una posición totalmente contraria en el caso de las universidades e instituciones de educación superior, que también han sido catalogadas por la Ley como no responsables del IVA y a las cuales la DIAN les ha respetado dicho carácter.
3. Violación del artículo 38 de la Ley 338 de 1997 y en general de los planes de ordenamiento territorial (POT) que exigen la construcción de un número mínimo de parqueaderos o estacionamientos para que los clientes puedan acudir a las instalaciones del centro comercial a realizar sus compras, de tal suerte que el servicio de parqueadero deriva de una obligación legal para cumplir con la labor de Administración y no configura una actividad lucrativa, puesto que ejercida por una persona sin ánimo de lucro, que como su nombre lo indica, esta imposibilitada legalmente para llevar a cabo actividades de carácter lucrativo.
4. El hecho incuestionable de que la DIAN aceptó que UNICENTRO cancelara su inscripción en el RUT como responsable del IVA, a raíz de la expedición de la Ley 675 de 2001 que lo clasificó como no responsable del Impuesto sobre las ventas, lo que constituye una prueba a favor de la demandante.
5. La ausencia de cuestionamiento alguno de las pruebas que existen en el proceso, en el sentido de que la DIAN ha accedido a catalogar como no responsables del IVA al menos a cuatro personas jurídicas originadas en la constitución de la propiedad horizontal, en aplicación del Decreto 1060 de 2009, que interpretó el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, reiterando que la propiedad horizontal no es responsable del IVA.
6. La ausencia de cuestionamiento alguno a los conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en los cuales claramente se diferenció entre los denominados parqueaderos públicos y los estacionamientos o parqueaderos vinculados a un uso que se sustentan estos últimos en la función social del urbanismo imprimiendo así una limitante a la propiedad.

Al no ser controvertida esta prueba por la contestación de la demanda, constituye un indicio grave en contra de la demandada y una prueba a favor de UNICENTRO.

Por otra parte debe entenderse que existe una sinonimia en los siguientes términos: contribuyente = responsable = sujeto pasivo. De esta manera cuando la Ley dice que la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal no es contribuyente del IVA, debe leerse: "no es responsable del IVA", "no es sujeto pasivo del IVA". No puede entenderse, como lo pretende la entidad demandada en la contestación de la demanda, que la persona jurídica, a pesar de que no es contribuyente, ni responsable del IVA, si está obligada a declarar, porque al tenor del artículo 601 E.T., los únicos obligados a declarar son los contribuyentes o responsables del Impuesto. Transcribe el libelista el artículo en mención.

La apoderada de la DIAN confunde el responsable o sujeto pasivo del IVA, con lo que él denomina "sujeto pasivo económico", que es la persona que adquiere un bien o un servicio gravado, que paga IVA en la compra, pero que por este hecho no está obligada a presentar declaración de IVA, como lo pretende la contestación de la demanda.

Cuando una persona acude a un almacén a comprar un bien gravado (ejemplo: un vestido), el vendedor (responsable o sujeto pasivo) expide una factura en la cual le cobra el valor del vestido más un IVA. El comprador es un incidido económico, en la medida que ha debido asumir económicamente hablando el precio del bien más el IVA. Este hecho no lo convierte en contribuyente, responsable o sujeto pasivo del Impuesto, porque si así fuere, todos los consumidores de bienes gravados deberían inscribirse en la DIAN como responsables del IVA, además que deberían presentar la declaración bimestral del Impuesto.

UNICENTRO paga IVA cuando compra bienes gravados o adquiere servicios gravados (ejemplos: papelería, aseo, servicios profesionales, etc.) porque en su carácter de comprador es un simple consumidor que asume el precio del bien adquirido con su correspondiente IVA; es un incidido económico. Pero el hecho de pagar el IVA cuando compra un producto gravado, no convierte a este consumidor o incidido económico en obligado a presentar declaración del IVA. La declaración la presenta el vendedor, que tenga el carácter de contribuyente, responsable o sujeto pasivo del Impuesto.

De otro lado, la apoderada de la DIAN confunde la exclusión o no sujeción, con la exención, que son dos figuras diametralmente opuestas; la persona catalogada como no contribuyente está por fuera de la órbita impositiva; nada tiene que ver con ella. No debe cumplir obligaciones sustanciales (pago), ni obligaciones formales (declaración). La exención implica que se ésta dentro de la órbita del Impuesto, pero

se goza de una dispensa legal. En ningún momento la Ley se refiere a una exención, como erróneamente se plantea en la contestación de la demanda.

Cabe aclarar también que los parqueaderos son bienes comunes esenciales y que la explotación económica de los bienes comunes, sean esenciales o no esenciales, es una actividad propia de la persona jurídica que se encuentra dentro de su objeto social. Transcribe el libelista los artículos 3, 19, 20, 22, 33, 34 y 70 de la Ley 675 de 2001, así como apartes del reglamento de propiedad horizontal de la demandante.

De conformidad con la Ley y con el reglamento de propiedad horizontal, la función de la persona jurídica creada en desarrollo de la Ley, es la de administrar los bienes comunes, sin distingo alguno. La Ley no diferencia entre administración de bienes comunes esenciales y no esenciales. La apoderada de la DIAN cataloga la administración de los denominados "bienes comunes no esenciales" como una actividad accidental que hace parte del accionar de la propiedad horizontal, para concluir que, por ende, la administración de este tipo de bienes no forma parte del objeto social de la persona jurídica.

Los artículos transcritos evidencian que los parqueaderos o estacionamientos donde los visitantes acuden al centro comercial parquean sus vehículos no son de propiedad privada, sino que se trata de bienes comunes esenciales para el funcionamiento del centro comercial y para facilitar la actividad de los copropietarios que requieren disponer de espacios de propiedad común que permitan a los visitantes parquear sus automóviles. ¿Cómo puede funcionar un Centro Comercial como UNICENTRO sin parqueaderos para los visitantes del mismo?

Olvida la apoderada de la DIAN, que el POT del Distrito Capital obliga a los centros comerciales, así como a los edificios de oficinas a construir parqueaderos para visitantes. En los centros comerciales los visitantes son todas las personas que acuden al mismo, no solamente a realizar sus compras, sino a disponer de un espacio de recreación.

Así mismo, es claro en las normas transcritas, que los parqueaderos de visitantes son de uso y goce general como lo señala al artículo 22 de la Ley. Igualmente, la explotación económica de los bienes comunes (esenciales y no esenciales) y la posibilidad de que esta explotación económica genere Renta, está permitida por los artículos 19, 33 y 34 de la Ley 375 de 2001 y por el artículo 26 del reglamento.

Por otra parte, la DIAN se ha abstenido de aplicar los conceptos que había emitido para la época de los hechos, en los cuales reconocía que la propiedad horizontal no era responsable del Impuesto sobre las Ventas. Sobre este argumento, en la contestación de la demanda, se señala que la posición de la DIAN ha sido unívoca, y que lo que hizo la DIAN fue clarificar su posición mediante los Conceptos 011847 de febrero de 2006 y 061825 de agosto de 2007. Como puede verse, la entidad oficial admite que los conceptos emitidos en 2006 y 2007 conllevan un cambio de posición de UNICENTRO en el sentido de que actuó de buena fe, lo que ampara su actuación conforme al artículo 264 de la Ley 223 de 1995. Por lo cual solicita la parte demandante valorar los conceptos citados en el memorial demandatorio.

De otro lado, de acuerdo con la contestación de la demanda, la exclusión solamente opera a partir de la vigencia del Decreto 1060 de marzo 31 de 2009. Esta interpretación es violatoria de la Constitución; toda vez que el Decreto Reglamentario no crea la exclusión del IVA. Estos decretos no tiene la virtualidad de crear normas sustantivas de carácter tributario, porque ello está reservado a la Ley. La exclusión opera desde que entró en vigencia el artículo 33 de la Ley 675 de 2001, esto es 4 de agosto de 2001.

Lo que hace el Decreto Reglamentario es reglamentar la Ley y esta interpretación se encuentra incorporada a Ley que dice reglamentar; en otras palabras, lo que hace el Decreto reglamentario es aclarar la Ley respecto de cuales son las actividades que forma parte del objeto social, y no crear o ampliar el objeto social descrito e incorporado en dicha Ley.

Las actividades relacionadas con la explotación económica de los bienes comunes que desarrolla UNICENTRO no son actividades lucrativas. La persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal no distribuye utilidades entre los copropietarios y tal y como lo señala el parágrafo del artículo 33 de la Ley 675 de 2001 *"La destinación de algunos bienes que produzcan Renta para sufragar expensas comunes, no desvirtúa la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro"*.

El apoderado de la **entidad demanda** presentó dentro del término legal el escrito de alegatos de conclusión obrante en los folios 292 a 305 del cuaderno principal, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO: Vencido el término de traslado el Ministerio Público no rindió concepto.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Se centra la litis en determinar la legalidad de la Resolución Sanción No. 322412009000078 de febrero 19 de 2009, proferida por la Jefe División Liquidación, por medio del cual se impuso sanción por no declarar a la CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO, NIT 860.043.896-7, correspondiente al tercer bimestre de 2005; y de la Resolución No. 900011 de febrero 19 de 2010, proferida por la DIAN, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la anterior resolución confirmándola.

El problema jurídico consiste en determinar si la demandante CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO, es contribuyente del Impuesto sobre las Ventas, teniendo en cuenta los ingresos percibidos por parqueaderos para visitantes durante el tercer bimestre del año gravable 2005.

Para resolver se hace necesario en primer lugar revisar las pruebas relevantes que obran en el informativo en relación con la situación fáctica planteada en la demanda:

- 1. Oficio de solicitud de cancelación del registro de Impuesto sobre las Ventas**, presentado por Horacio Lince Calle, representante legal de la Ciudadela Comercial UNICENTRO, con fecha 9 de abril de 2002. (fl. 124 del cuaderno principal).
- 2. Reglamento de Propiedad Horizontal – Unicentro Bogotá** -. (fls. 62 a 81 del cuaderno principal)
- 3. Concepto rendido por la Subdirectora Jurídica de la Secretaría de Planeación Distrital, con fecha ilegible, radicación 2005-069755** con relación a una solicitud del concepto de tarifas de parqueadero (fls. 151 a 152 del cuaderno principal).
- 4. Concepto rendido por la Subdirectora Jurídica de la Secretaría de Planeación Distrital, dirigido al Director Ejecutivo FENALCO** de 21 de diciembre de 2006, radicación 2006-33490 (fls. 153 a 154 del cuaderno principal).
- 5. Resolución Sanción por no Declarar No. 30064200800101 de 19 de agosto de 2008**, proferida por la Jefe División Liquidación (fls. 100 a 104 del cuaderno principal)

6. **Recurso de Reconsideración** contra la Resolución Sanción 322120009000078 de febrero 19 de 2009 (fls. 82 a 111 del cuaderno principal).
7. **Resolución Recurso de Reconsideración No. 900011 de 19 de febrero de 2010**, proferida por la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos, Dirección de Gestión Jurídica, por medio de la cual se confirma la Resolución Sanción No. 322412009000078 del 19 de febrero de 2009 (fls. 115 a 128 del cuaderno principal)

La Sala debe determinar, en primer término, si el actor es contribuyente del impuesto sobre las ventas, por explotar económicamente bienes comunes, en las condiciones de que dan cuenta los actos acusados.

El artículo 33 de la Ley 675 de 2001, régimen jurídico de la propiedad horizontal, señala:

"ARTÍCULO 33. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS. *La persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro. Su denominación corresponderá a la del edificio o conjunto y su domicilio será el municipio o distrito donde este se localiza y tendrá la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, en relación con las actividades propias de su objeto social, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986.*

PARÁGRAFO. *La destinación de algunos bienes que produzcan renta para sufragar expensas comunes, no desvirtúa la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro."*

La norma transcrita fue objeto de pronunciamiento de constitucionalidad por la Corte Constitucional en sentencia C-812 de 2009 en la cual la Corte, en resumen la interpretó así:

El propio artículo 33 de la Ley 675 de 2001 precisa que la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal "tendrá la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, en relación con las actividades propias de su objeto social, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986". Por lo tanto, aún sin cumplir el proceso de desafectación regulado en la misma ley, si esa persona jurídica realiza actividades ajenas a su objeto social ("administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal"), pierde, por ese sólo hecho, tal calidad. Será competencia de las autoridades tributarias nacionales y municipales, en relación con los tributos nacionales en el primer caso, y con el de industria y comercio, en el segundo, determinar, en cada caso concreto, si una persona jurídica originada en la constitución de una propiedad horizontal, realiza actividades ajenas a su objeto social, las que serían materia de gravamen. De no ser así, las propiedades horizontales contarían con una ventaja tributaria injustificada en relación con otras personas jurídicas que se dedican al mismo tipo de actividad lucrativa, comercial, industrial o de servicios, o explotan de la misma manera privada bienes semejantes, y quienes trabaren relaciones comerciales con ellas gozarían también de una ventaja injustificada en comparación con el universo de quienes establecen cotidianamente relaciones comerciales con otras categorías de personas jurídicas.

5.3. En conclusión, no es necesario formular un fallo condicionado de exequibilidad sobre el fragmento demandado del artículo 33 de la Ley 675 de 2001, por cuanto la única interpretación que cabe respecto de dicha disposición, en lo que atañe a la inquietud del actor, es la siguiente:

(i) La persona jurídica que se origina en la constitución de una propiedad horizontal puede tener la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, estándole permitido, incluso, destinar algunos bienes a la producción de renta, pero sólo para sufragar expensas comunes, por así disponerlo el parágrafo del artículo 33 de la Ley 675 de 2001.

(ii) Esta calidad de no contribuyente sólo se predica en relación con las actividades propias de su objeto social. Así lo dice expresamente el artículo 33 de la ley 675 de 2001. De realizar actividades ajenas a su objeto social, la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal pierde su calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, y del impuesto de industria y comercio. Esto es cierto, aún si no se ha surtido el proceso de desafectación regulado en los artículos 20 y 21 de la Ley 675 de 2001.¹

¹ Las citadas normas prevén:

ARTÍCULO 20. DESAFECTACIÓN DE BIENES COMUNES NO ESENCIALES. Previa autorización de las autoridades municipales o distritales competentes de conformidad con las normas urbanísticas vigentes, la asamblea general, con el voto favorable de un número plural de propietarios de bienes de dominio privado que representen el setenta por ciento (70%) de los coeficientes de copropiedad de un conjunto o edificio, podrá desafectar la calidad de común de bienes comunes no esenciales, los cuales pasarán a ser del dominio particular de la persona jurídica que surge como efecto de la constitución al régimen de propiedad horizontal.

En todo caso, la desafectación de parqueaderos, de visitantes o de usuarios, estará condicionada a la reposición de igual o mayor número de estacionamientos con la misma destinación, previo cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables en el municipio o distrito del que se trate.

PARÁGRAFO 1o. Sobre los bienes privados que surjan como efecto de la desafectación de bienes comunes no esenciales, podrán realizarse todos los actos o negocios jurídicos, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno, y serán objeto de todos los beneficios, cargas e impuestos inherentes a la propiedad inmobiliaria. Para estos efectos el administrador del edificio o conjunto actuará de conformidad con lo dispuesto por la asamblea general en el acto de desafectación y con observancia de las previsiones contenidas en el reglamento de propiedad horizontal.

PARÁGRAFO 2o. No se aplicarán las normas aquí previstas a la desafectación de los bienes comunes muebles y a los inmuebles por destinación o por adhesión, no esenciales, los cuales por su naturaleza son enajenables. La enajenación de estos bienes se realizará de conformidad con lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal.

ARTÍCULO 21. PROCEDIMIENTO PARA LA DESAFECTACIÓN DE BIENES COMUNES. La desafectación de bienes comunes no esenciales implicará una reforma al reglamento de propiedad horizontal, que se realizará por medio de escritura pública con la cual se protocolizará el acta de autorización de la asamblea general de propietarios y las aprobaciones que hayan sido indispensables obtener de conformidad con el artículo precedente. Una vez otorgada esta escritura, se registrará en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la cual abrirá el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

En la decisión de desafectar un bien común no esencial se entenderá comprendida la aprobación de los ajustes en los coeficientes de copropiedad y módulos de contribución, como efecto de la incorporación de nuevos bienes privados al edificio o conjunto. En este caso los coeficientes y módulo se calcularán teniendo en cuenta los criterios establecidos en el capítulo VII del título primero de esta ley.

ARTÍCULO 22. BIENES COMUNES DE USO EXCLUSIVO. Los bienes comunes no necesarios para el disfrute y goce de los bienes de dominio particular, y en general, aquellos cuyo uso comunal limitaría el libre goce y disfrute de un bien privado, tales como terrazas, cubiertas, patios interiores y retiros, podrán ser asignados de manera exclusiva a los propietarios de los bienes privados que por su localización puedan disfrutarlos.

(iii) De surtirse un proceso de desafectación, los actos o negocios jurídicos que recaigan sobre los bienes privados que surjan del mismo, se someten al régimen tributario general, nacional o territorial, y por mandato expreso de la ley, serán objeto de todos los beneficios, cargas e impuestos inherentes a la propiedad inmobiliaria.

Del tenor del artículo 33 de la Ley 685 de 2001 se colige, que la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal, tiene la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, y del Impuesto de Industria y Comercio, pero sólo en relación con las actividades propias de su objeto social, y que la destinación de algunos bienes que produzcan renta para sufragar expensas comunes que no hayan sido desafectados, no desvirtúa la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro.

Por lo tanto, es conveniente precisar que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 675 de 2001, la propiedad horizontal una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular y que su "...objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal".

Es decir, el objeto de la propiedad horizontal se basa en administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, de igual forma, en manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal.

Cabe entonces resaltar, que la anterior disposición, no hace ninguna diferenciación entre bienes comunes esenciales y no esenciales, por lo que no es dable que la Administración Tributaria haga este tipo de razonamientos para efectos de considerar la calidad de contribuyente del impuesto a las ventas de la actora.

Lo que si se distingue es entre bienes comunes afectados y desafectados, siendo estos últimos aquellos bienes que fueron definidos como comunes en el reglamento de copropiedad y posteriormente una vez surtido el trámite legal establecido para el efecto, se destinan al dominio particular, es decir dejan de ser bienes comunes. Sin embargo en el caso de esta litis no se discute el que se trate de bienes comunes,

Los parqueaderos de visitantes, accesos y circulaciones y todas las zonas comunes que por su naturaleza o destino son de uso y goce general, como salones comunales y áreas de recreación y deporte, entre otros, no podrán ser objeto de uso exclusivo.

Los parqueaderos destinados a los vehículos de los propietarios del edificio o conjunto podrán ser objeto de asignación al uso exclusivo de cada uno de los propietarios de bienes privados de manera equitativa, siempre y cuando dicha asignación no contrarie las normas municipales y distritales en materia de urbanización y construcción.

esto es, los parqueaderos son administrados por la entidad sin ánimo de lucro sometida al régimen legal de propiedad horizontal.

Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos, para la Sala cobra relevancia dilucidar que por administración se debe entender, todo proceso tendiente a la planificación, organización, dirección y control, del uso de los recursos y las actividades con el propósito de lograr los objetivos o metas que persigue la propiedad horizontal para que esta sea eficiente y eficaz.

De tal manera que para lograr el anterior objetivo, la Administración puede optar por alternativas que le permitan obtener ingresos adicionales a los determinados por el pago de las cuotas que se reciben por concepto de administración, y los cuales se debe destacar, que están indiscutiblemente autorizados por la Ley 675 de 2001, según lo dispone su Artículo 19, el cual reza en los siguientes términos:

"DE LOS BIENES COMUNES

ARTÍCULO 19. ALCANCE Y NATURALEZA. *Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.*

El derecho sobre estos bienes será ejercido en la forma prevista en la presente ley y en el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

PARÁGRAFO 1o. *Tendrán la calidad de comunes no solo los bienes indicados de manera expresa en el reglamento, sino todos aquellos señalados como tales en los planos aprobados con la licencia de construcción, o en el documento que haga sus veces.*

PARÁGRAFO 2o. *Sin perjuicio de la disposición según la cual los bienes comunes son inajenables en forma separada de los bienes de propiedad privada o particular, los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos podrán autorizar la explotación económica de bienes comunes, siempre y cuando ésta autorización no se extienda a la realización de negocios jurídicos que den lugar a la transferencia del derecho de dominio de los mismos. La explotación autorizada se ubicará de tal forma que no impida la circulación por las zonas comunes, no afecte la estructura de la edificación, ni contravenga disposiciones urbanísticas ni ambientales. Las contraprestaciones económicas así obtenidas serán para el beneficio común de la copropiedad y se destinarán al pago de expensas comunes del edificio o conjunto, o a los gastos de inversión, según lo decida la asamblea general."*

Por lo tanto, en el caso bajo estudio, las actividades de explotación económica de bienes comunes que realiza el actor, como la de parqueaderos, se encuentran dentro de las que puede realizar la administración de la CIUDADELA COMERCIAL

UNICENTRO para sufragar gastos inherentes a la existencia de la propiedad horizontal.

Adicionalmente, el reglamento de propiedad horizontal de la CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO, en su artículo 17.15 señala a los parqueaderos del Centro Comercial, como un complemento de las actividades que desarrolla ese componente arquitectónico y por ello, dice el artículo, se deben conservar como un motivo de atracción y comodidad para los clientes y visitantes.

Obsérvese como el artículo 72 de la Ley 675 de 2001, dispone también en relación con el aprovechamiento de las áreas comunes, lo siguiente:

"Las actividades que puedan desarrollarse en las áreas comunes de las cuales se derive un aprovechamiento económico podrán ser reglamentadas por la Asamblea de Copropietarios o por la Junta Administradora de las Unidades Inmobiliarias y podrá imponérseles el pago de un canon, en condiciones de justicia y equidad.

PARÁGRAFO. Los dineros recibidos por concepto de la explotación de las áreas comunes sólo podrán beneficiar a la persona jurídica y será destinados al pago de los gastos y expensas comunes de la unidad inmobiliaria".

Para el caso en estudio, Certificación del Revisor Fiscal Zendra E. Puentes T., de 21 de abril de 2009, presentada con la demanda, la cual puede ser apreciada por el Despacho al ser un medio de prueba legal y oportunamente allegado al proceso, en la que se evidencian los siguientes presupuestos (fl. 60 del cuaderno principal):

En mi calidad de Revisor Fiscal de la Ciudadela Comercial UNICENTRO, identificada con Nit. 860.043.89-7, certifico que de acuerdo con lo indicado en el informe del Revisor Fiscal de la Ciudadela Comercial UNICENTRO de fecha 6 de febrero de 2006, sobre los Estados Financieros del año terminado el 31 de diciembre de 2005, durante ese año:

La contabilidad de la Ciudadela se llevó de conformidad con normas legales y la técnica contable;

Los comprobantes de las cuentas y libros de actas, se llevaron y conservaron debidamente;

Los estados financieros presentan razonablemente la situación financiera de la Ciudadela Comercial UNICENTRO a 31 de diciembre de 2005 y el resultado de su operación, los cambios en su situación financiera y su flujo de efectivo del año terminado en esa fecha, de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia para instituciones vigiladas por la Alcaldía mayor de Bogotá.

Adicionalmente certifico que de acuerdo con los registros contables de la Copropiedad los ingresos percibidos en el períodos de dos meses comprendido entre el 1 de mayo y el 30 de junio de 2005, por concepto de estacionamiento en zona comunes por valor de \$1.247.619.750, así fueron reinvertidos en gastos relacionados con el desarrollo normal de la operación de la Copropiedad como aseo

y vigilancia, servicios, gastos de personal, servicios temporales, servicios públicos y mercadeo, entre otros.

Es decir, los ingresos originados en el servicio de parqueadero y el arrendamiento de zonas comunes, fueron destinados en su totalidad al pago de expensas comunes de la propiedad horizontal y gastos de inversión como lo son: aseo y vigilancia, servicios varios, gastos de personal y servicios temporales, servicios públicos, mantenimiento y mercadeo, entre otros. En otras palabras tales ingresos no dieron lugar a repartición de utilidades, lo que ratifica que la parte actora, actuó en forma consecuyente con su naturaleza de entidad sin ánimo de lucro en lo que respecta a este punto relacionado con la administración de los parqueaderos, en período que se revisa.

Así las cosas, la calidad de no contribuyente es predicable únicamente de las actividades propias del objeto social, de tal manera que la persona jurídica sin ánimo de lucro originada en la constitución de la propiedad horizontal, al desarrollar tales actividades, en este caso, al explotar económicamente bienes comunes como el parqueadero para sufragar expensas comunes, lo hace dentro de las actividades propias de su objeto, y por lo tanto no es sujeto pasivo del impuesto a las ventas.

En conclusión, el legislador excluye de ostentar la calidad de contribuyente de impuestos nacionales y del impuesto de industria y comercio, a la persona jurídica originada de la constitución de propiedad horizontal de naturaleza civil y sin ánimo de lucro, "en relación con las actividades propias de su objeto social", las cuales, como se explicó, incluyen la explotación de bienes comunes tales como los parqueaderos, porque es un servicio complementario a la actividad del Centro Comercial, sin el cual no podrían ejercer su actividad comercial con comodidad, eficiencia y utilidad a los clientes de la misma, lo que iría en detrimento de la parte actora.

Es importante precisar, que existen diversas categorías de la propiedad horizontal, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 675 de 2001, el cual dispone:

"Edificio o conjunto de uso residencial: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular se encuentran destinados a la vivienda de personas, de acuerdo con la normatividad urbanística vigente.

Edificio o conjunto de uso comercial: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular se encuentran destinados al desarrollo de actividades mercantiles, de conformidad con la normatividad urbanística vigente.

Edificio o conjunto de uso mixto: Inmuebles cuyos bienes de dominio particular tienen diversas destinaciones, tales como vivienda, comercio, industria u oficinas, de conformidad con la normatividad urbanística vigente".

Por lo tanto, la destinación de los bienes privados y las obligaciones de uno y otro, deben estar en armonía con su naturaleza. En el caso bajo estudio, resulta evidente que se trata de un edificio o conjunto de uso comercial, ya que según el artículo 4 Inciso 3 del Reglamento de Propiedad Horizontal, cuenta con trescientos doce (312) locales comerciales, veintiocho (28) depósitos y cuarenta y cuatro (44) oficinas, dispuestas en una plataforma básica de cuatro (4) niveles, (fl. 64 del cuaderno principal).

Ahora bien, en lo que atañe a la comparación que hace el actor entre los parqueaderos públicos y parqueaderos para visitantes de la propiedad horizontal, en este caso Centro Comercial, como ya se expuso, este último tiene como fin brindar comodidad, y seguridad a las personas que acuden al Centro Comercial, sin que su fin último sea el lucro en la prestación del servicio de parqueadero, por lo tanto su actividad está intrínsecamente ligada con la actividad de la propiedad horizontal objeto de estudio, y sobre la misma recae la exención del IVA.

Las consideraciones anteriores cobran mayor relevancia con la expedición del Decreto 1060 de 2009 expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el 31 de marzo de 2009, estipulando lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Objeto social de la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal. Para los efectos de la ley 675 de 2001, entiéndase que forman parte del objeto social de la propiedad horizontal, los actos y negocios jurídicos que se realicen sobre los bienes comunes por su representante legal, relacionados con la explotación económica de los mismos que permitan su correcta y eficaz administración, con el propósito de obtener contraprestaciones económicas que se destinen al pago de expensas comunes del edificio o conjunto y que además facilitan la existencia de la propiedad horizontal, su estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular".

De acuerdo con lo anterior se reafirma, que el objeto social de las Copropiedades no abarca la simple administración de los bienes comunes, sino conlleva también su explotación económica con el fin de obtener recursos que se destinen para el pago de las expensas comunes.

De conformidad con lo señalado por el artículo 2 del Estatuto Tributario, son contribuyentes o responsables directos al pago del tributo, los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial. Para el caso, la CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO, no es contribuyente por el periodo en mención (tercer bimestre de 2005) al ser excluidas expresamente por la Ley 675 de 2001, todas las actividades que desarrolle la propiedad horizontal en ejercicio de sus

funciones de administración, siempre y cuando sean inherentes al objeto de la misma.

Por lo tanto, la parte actora no es sujeto pasivo del impuesto a las ventas, y por ello no le corresponde declarar y pagar dicho tributo, en tanto que no tiene la calidad de contribuyente de impuestos nacionales que incluye el impuesto al valor agregado.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, y toda vez que la actividad desarrollada por la propiedad horizontal denominada CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO, hace parte de las actividades propias de su objeto social, a juicio de la Sala, no es responsable del impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre del año gravable 2005.

En este orden de ideas, los cargos tienen vocación de prosperidad.

En consecuencia, la Sala anulará los actos administrativos impugnados, y a título de restablecimiento del derecho, se declarará que la CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO no tiene la obligación de presentar las declaraciones, ni pagar suma alguna por concepto del impuesto sobre las ventas correspondiente al tercer bimestre del año gravable 2005. Tampoco esta obligada la citada entidad al pago de la sanción por no declarar impuesta en los actos cuya nulidad se declara en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN CUARTA, SUBSECCIÓN A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Se **DECLARA** la nulidad de la Resolución Sanción 322412009000078 de febrero 19 de 2009, mediante la cual se impuso sanción por no haber presentado la declaración de VENTAS por el tercer bimestre del año gravable 2005 al contribuyente CIUDADELA COMERCIAL UNICENTRO con Nit. 860043896-7, por la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$287.169.000), y, de la Resolución No. 900011 de febrero 19 de 2010, por medio de la cual se confirmó la Resolución Sanción 322412009000078 de febrero 19 de 2009 emanadas de la Administración de Impuestos de las Personas Jurídicas de Bogotá DC.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que la CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO no está obligada a presentar las declaraciones, ni pagar suma alguna por concepto del impuesto sobre las ventas correspondiente al tercer bimestre del año gravable 2005. Tampoco esta obligada la citada entidad al pago de la sanción impuesta en los actos cuya nulidad se declara en esta providencia.

CUARTO. En firme este proveído y hechas las anotaciones correspondientes, devuélvase los antecedentes administrativos a la oficina de origen y archívese el expediente. Por Secretaría devuélvase al demandante y/o a su apoderado el remanente de lo consignado para gastos del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Las Magistradas,


MARÍA MARCELA DEL SOCORRO CADAVID BRINGE


GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ


STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

40

1

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA
SECRETARIA SECCION CUARTA

EDICTO

(ART.323 DEL C.P.C.)

SENTENCIA DE FECHA : CUATRO (4) de MAYO de DOS MIL ONCE (2011)

DEMANDANTE : CIUDADELA CENTRO COMERCIAL UNICENTRO

DEMANDADO : U.A.E. DIAN

PROCESO : 250002327000201000171 - 01

NATURALEZA : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CONSTANCIA DE FIJACION

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS HABILES, HOY 12/05/11 A LAS 8 A.M.

HECTOR RODRIGUEZ CALDERON
Secretario

CONSTANCIA DE DESFIJACION

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE NEGOCIO PERMANECIO FIJADO EN EDICTO POR EL TERMINO LEGAL Y SE DESFIJA EN 16/05/11 A LAS 5 P.M.

HECTOR RODRIGUEZ CALDERON
Secretario