

RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ D. C.
-SECCIÓN CUARTA-

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diez (2010).

Ref.: Radicación No.: 11001-33-31-043-2009-00262-00
Demandante: CONJUNTO HACIENDA SANTA BARBARA P.H.
Demandado: U. A. E. DIAN
Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

F A L L O

El CONJUNTO HACIENDA SANTA BARBARA PROPIEDAD HORIZONTAL identificado con N.I.T. 800.080.705 - 8, a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó:

" a) Se declare la nulidad de la Resolución Sanción 900004 de abril 14 de 2008, mediante la cual se impuso sanción por no declarar al CONJUNTO HACIENDA SANTA BARBARA PROPIEDAD HORIZONTAL NIT 800.080.705 - 8.

b) Se declare la nulidad de la Resolución 900007 de abril 30 de 2009, por medio de la cual se confirmó la Resolución Sanción 900007.

c) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezca en su derecho al CONJUNTO HACIENDA SANTA BARBARA PROPIEDAD HORIZONTAL NIT 800.080.705 - 8, declarando que no está obligada a presentar declaración de impuesto sobre las ventas, ni a pagar por el tercer bimestre de 2003."

HECHOS

1. La Resolución Sanción No. 900004 de la DIAN sanciona a Santa Bárbara por no presentar declaración del IVA, pero en su motivación no indica cuales son las actividades que no están dentro del objeto social, y que por ende están gravadas. Tampoco se explica el concepto de actividad paralela o ajena al objeto social.

2. Santa Bárbara – Propiedad Horizontal interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Sanción, bajo argumentos como que no es responsable del IVA, según la Ley 675 de 2001.

3. Mediante la Resolución No. 900007 de 30 de abril de 2009, la DIAN falló el recurso de reconsideración confirmando en todas su partes la Resolución Sanción No. 900004 de 2008.

LA DEMANDA

NORMAS VIOLADAS

Se invocan como normas violadas:

- Artículos 19, 22, 32 ,33, 34, 70 y 72 de la Ley 675 de 2001,
- Artículo 1 del Decreto 1060 de 2009,
- Artículos 4 y 558 del Estatuto Tributario.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Presenta la apoderada de la parte demandante los argumentos que a continuación se resumen:

Al respecto trae a colación el artículo 33 de la Ley 675 de 2001 y señala que cuando la ley dispone que la persona jurídica no es contribuyente de impuestos nacionales está afirmando que no es responsable de impuestos nacionales.

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 SANTA BARBARA sí es responsable del IVA, porque en su entender las actividades que lleva a cabo no están dentro de su objeto social.

Arguye que la DIAN en la Resolución Sanción simplemente se limita a hablar de actividades "*paralelas*", sin indicar cuáles son y por qué motivos jurídicos las considera como tales, así mismo en la Resolución que resuelve el recurso de reconsideración, considera 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.

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.

Manifiesta que 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 E.T., el artículo 33 sobraria, dado que aquellos contribuyentes que sí son responsables del IVA, no deben declarar cuando prestan los servicios que el artículo 476 del E.T. cataloga como excluidos.

De acuerdo con la legislación del IVA, los responsables del impuesto tributan y declaran sobre los bienes y servicios gravados, pero obviamente no tributan ni declaran sobre los bienes y servicios excluidos.

Los no responsables del impuesto no tributan ni declaran en ningún caso, porque falta un elemento vital del hecho generador del impuesto, cual es el sujeto pasivo. Sin sujeto pasivo no hay gravamen y así lo registran las más elementales nociones del derecho tributario.

Trae a colación el concepto Unificado del IVA 0001 de junio de 2003 expedido por la DIAN, y concluye que no existe duda alguna, que para la configuración de la obligación tributaria, tanto sustancial como formal, es presupuesto esencial la existencia del responsable o sujeto pasivo.

Arguye 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.

Señala que en los actos acusados en la motivación se afirma que SANTA BARBARA 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.

También se afirma en dichos actos, que SANTA BARBARA no es contribuyente, pero que debe pagar IVA cuando compra bienes gravados a un responsable, situación que no se discute en el proceso, por cuanto si compra un bien gravado en el mercado, o contrata un servicio gravado, evidentemente paga el IVA que le factura el responsable o sujeto pasivo, como ocurre con la generalidad de los consumidores del país que acuden a los almacenes a comprar bienes gravados o contratan servicios gravados y obviamente dentro del costo del servicio está incluido el IVA que se le factura al consumidor final, sin que por ello se pueda concluir que estos consumidores son responsables del IVA y deban presentar declaraciones de este impuesto. Pero esta circunstancia nada tiene que ver con el responsable del IVA, que es quien vende el bien o presta el servicio.

Manifiesta que el quid del proceso radica en definir si las actividades de parqueadero en zona común y arrendamiento de espacios en zonas comunes a que alude la Resolución 900007, son actividades propias del objeto social de la propiedad horizontal o no lo son.

Así mismo, señala que los actos y negocios jurídicos celebrados o suscritos por el representante legal de una persona jurídica de derecho privado, que no se encuentran dentro del objeto previsto en la ley o en los estatutos, son inoponibles a la persona

jurídica representada, esto es, se considera que no los ha celebrado. Frente a este tema cita jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, en la cual se señala de manera enfática que no es posible jurídicamente, bajo ninguna circunstancia, que una persona moral ejecute actos o negocios que no estén contemplados en su objeto.

Señala que si eventualmente, el representante legal ejecuta o celebra actos jurídicos que no están contemplados en el objeto social, la consecuencia jurídica es que tales actos serán considerados como NO celebrados por la persona moral, fenómeno que responde a una forma de ineficacia 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.

Dice que la explotación económica de bienes y zonas comunes es propia del objeto social de la propiedad horizontal, tal y como lo establecen el artículo 19 párrafo 2, el artículo 22, el artículo 32, el artículo 33, y el artículo 34 de la Ley 675 de 2001.

Trae a colación el Decreto 1060 de 2009, y el Concepto 4795 del 18 de junio de 2009 del Procurador General de la Nación.

Señala que el Conjunto Hacienda Santa Bárbara está organizado como una persona jurídica independiente de los copropietarios, que solamente puede administrar las zonas comunes. El administrador contrata vigilantes, aseadoras, arrienda el salón comunal o las azoteas con el fin de instalar una antena comunal, para obtener ingresos adicionales que permitan aminorar el impacto de las cuotas de administración a cargo de los copropietarios.

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 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 impuesto de patrimonio, ICA, etc.

Pero una cosa completamente diferente es la persona jurídica, como es el caso de SANTA BARBARA, que simplemente es un administrador de las áreas comunes, como ocurre por ejemplo en un edificio residencial que funciona bajo el régimen de propiedad horizontal, donde unos son los dueños de los apartamentos y de un porcentaje de las zonas comunes, y otra cosa es la administración que se encarga de administrar las zonas comunes: escaleras, parqueaderos, terrazas, salón comunal, etc.

Trae a colación el Concepto 47303 de junio de 2005 de la DIAN, el Concepto 64527 del 27 de septiembre de 2004, el Concepto 22474 de abril de 2005, y el Concepto 20192 del 12 de abril de 2005 y señala que su representada 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, ya que la misma entidad ha señalado expresamente que la propiedad horizontal no está obligada a presentar declaración de IVA y no es responsable de este impuesto, luego no puede ser sancionada por el incumplimiento de

unas obligaciones que no están previstas en la ley y que la propia DIAN ha señalado como improcedentes.

Sobre el tema específico del servicio de estacionamiento que prestan los centros comerciales, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital se pronuncio en reiterados conceptos advirtiendo que una cosa son los "parqueaderos vinculados a un uso y otra los "parqueaderos públicos".

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá – División de Gestión Jurídica se hizo parte en el proceso, presentando en escrito visible en los folios 193 - 208 los argumentos de oposición que a continuación se resumen:

Transcribe el artículo 33 de la Ley 675 de 2001 y señala que lo primero que debe señalarse es que la inclusión de comas en el inicio y final de la expresión, *así como del impuesto de industria y comercio*, encerrando la misma, se realiza con el fin de interrumpir la oración principal para intercalar en ella una frase que en este caso amplía lo que se está diciendo, figura que gramaticalmente se denomina inciso y que corresponde a una aclaración que se realiza al texto sin que pierda su sentido; con la inclusión de esta frase de ampliación, se suspende momentáneamente el relato principal de tal suerte que sin la expresión encerrada entre comas, la oración principal quedaría de la siguiente manera: (...) *tendrá la calidad de no contribuyente- de impuestos nacionales, en relación con las actividades propias de su objeto social*, para luego proseguir con la norma correspondiente al impuesto de industria y comercio.

De esta forma, el sentido y 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 su objeto social, así como en relación con el impuesto de industria y comercio, también relacionado con las actividades propias de ese objeto específico.

Manifiesta que habiéndose clarificado que se trata de una norma con un solo escenario jurídico pero referido a dos tipos de impuestos, los de rango nacional y el de industria y comercio de carácter territorial, debe analizarse si dicha norma consagra una exclusión, o beneficio totalizante, es decir, si se aplica a cualquier tipo de actividad desarrollada por las propiedades horizontales o tiene un sentido restrictivo limitado a las actividades propias de su objeto social.

Arguye que 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 horizontal 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 1º.

La misma Ley, se encarga de establecer tres tipos de categorías de la propiedad horizontal, la primera la denomina 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 y oficinas.

Señala que aunque los tres tipos de copropiedad se encuentran regulados por la misma normatividad, es claro que por la destinación de los bienes privados tienen una función diferente y las obligaciones de quienes conforman dicha copropiedad resulta ser disímil también; de esta forma, se puede afirmar que las obligaciones de los habitantes y propietarios de un edificio destinado a la vivienda no puede ser igual a la de aquellos que conforman una copropiedad para uso comercial, donde si bien confluyen las necesidades de seguridad y convivencia pacífica, aquellos que se organizan para desarrollar actividades mercantiles deben asumir obligaciones diferentes y mayores de aquellos que se organizan en conjuntos residenciales.

Arguye que para dar solución al problema jurídico planteado en la demanda hay que distinguir los elementos de la esencia de la constitución de la propiedad horizontal, es decir, aquellos sin los cuales no podría existir, los elementos de su naturaleza, esto es, que sin ser de la esencia hacen parte de la misma y los accidentales o sea aquellos que deben ser incluidos a través de una cláusula especial.

Señala que el primer elemento del objeto social de la propiedad horizontal se refiere a la administración de los bienes comunes, entendiendo estos como aquellos "*partes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en proindiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular. Dentro de esta categoría se distinguen los "bienes comunes esenciales" que son aquellos "indispensables para la existencia, estabilidad, conservación y seguridad del edificio o conjunto, así como los imprescindibles para el uso y disfrute de los bienes de dominio particular"*. Los no esenciales, según la misma norma, son todos los demás bienes comunes que no tienen estas características.

Los servicios esenciales, por su parte, son aquellos necesarios para el mantenimiento, reparación, reposición, reconstrucción y vigilancia de los bienes comunes, así como los servicios públicos esenciales relacionados con éstos.

Manifiesta que desde esta perspectiva, 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 deba responder porque dicha explotación se realice en beneficio de los derechos e intereses de la copropiedad.

300

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 copropiedad no deja de existir ni sufre afectación en su razón de ser.

Ahora bien, 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 entendido como la administración correcta y eficaz de los bienes y servicios comunes, 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.

Se debe tener en cuenta que las exenciones en materia tributaria tienen una interpretación restrictiva y sobre ellas no cabe la analogía, por lo cual la intención del legislador en relación con las personas jurídicas constituidas en propiedades horizontales es considerarlas como no contribuyentes de impuestos nacionales en relación con el cumplimiento de su objeto social, el cual no incluye la explotación económica que realicen de los bienes comunes no esenciales.

Señala que en relación al impuesto a las ventas no existe exención alguna para las propiedades horizontales, por el contrario, de conformidad con el artículo 482 del Estatuto Tributario, las personas declaradas por ley exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales, no están exentas del impuesto sobre las ventas, teniendo en cuenta el carácter real u objetivo de dicho gravamen. Como quiera que de conformidad con lo señalado en el Estatuto Tributario 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 comentario 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, el CENTRO COMERCIAL, de recaudar por el servicio prestado el impuesto a las ventas en la forma señalada en los artículos 420 y subsiguientes del Estatuto Tributario.

Uno de los elementos esenciales del impuesto a las ventas es que es real u objetivo en la medida que recae sobre bienes y servicios sin consideración a la calidad de las personas que intervienen en el negocio jurídico, por lo cual, las excepciones al mismo deben estar expresamente reguladas por la ley, siendo imposible extender un beneficio a una situación no regulada taxativamente por la norma, conforme lo pretende la parte actora a través de su demanda.

También señala que otro de los elementos esenciales del impuesto a las ventas es que se trata de un tributo de causación instantánea, en la medida que el hecho generador tiene ocurrencia en un instante o momento preciso, la declaración de dicho impuesto, por su parte, es el registro que se lleva a cabo de la operación gravada, y por efectos de una adecuada administración, ésta debe ser presentada por el responsable de manera bimestral, por lo cual una vez generado el hecho por el contribuyente quien recibe el servicio o adquiere el bien, le corresponde al responsable cumplir con su obligación de recaudar el impuesto y reflejarlo posteriormente en su declaración.

Es por ello que las propiedades horizontales no pueden excusar su omisión de ser responsables del impuesto a las ventas, más aun cuando se trata de servicios prestados que se encuentran por fuera de su objeto social, como es el caso del servicio de parqueadero en los centros comerciales.

Por último, señala que por tratarse de un impuesto indirecto, éste debe ser neutral con el fin de no generar ventajas competitivas a favor de algunas personas y en detrimento de otras ya que el impuesto tiene una incidencia directa en el valor final de los bienes y servicios prestados.

Concluye que debe expresarse que si bien es cierto que las propiedades horizontales como personas jurídicas de derecho privado sujetas a un régimen especial, tienen la facultad de poder desarrollar actividades que reporten un provecho económico, actividades que deben estar reguladas dentro de sus estatutos y cuyos resultados deben verse reflejados en los intereses de la propiedad, esto es, destinados al mantenimiento, seguridad, facilidad de uso y goce de los bienes privados, sin embargo, tales actividades son la excepción a la regla, es decir se encuentran por fuera de su objeto social, sin que por esta razón, y así lo dispone la ley, se desfigure la naturaleza de dicha persona jurídica, y sin que dicha atribución implique el desconocimiento de sus obligaciones tributarias, obligaciones que se ven reflejadas en el recaudo y traslado del impuesto generado por la prestación del servicio prestado.

De esta forma, se resuelve el problema jurídico planteado, demostrando que las personas jurídicas originadas en la constitución de la propiedad horizontal no gozan de un beneficio tributario en la forma como lo pretende la demanda, ya que no se extiende más allá del preciso límite de su objeto social, y por lo tanto, no abarca la explotación económica que realicen de bienes comunes no esenciales como ocurre en el presente asunto.

Igualmente, en relación con los problemas jurídicos asociados ha quedado demostrado que la explotación comercial de bienes no esenciales, como es el caso de los parqueaderos, no hace parte del objeto social de las propiedades horizontales, por lo cual dicho servicio no puede hacer parte de la exención pretendida. Por último, es claro que la interpretación que pretende darle la parte actora a la norma contraviene principios tributarios básicos como el de neutralidad y equidad.

Señala que la posición de la Administración ha sido unívoca en considerar que las propiedades horizontales no son responsables del impuesto a las ventas en relación a las actividades que realicen en torno a su objeto social, lo cual fue clarificado ante las dudas

302

que se presentaban al respecto a través del Oficio 011847 del 9 de febrero de 2006 y del 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 impuesto a las ventas en relación a las actividades que estuvieran por fuera de su objeto social, tal como se precisó con anterioridad.

ACTUACIÓN PROCESAL Y ALEGACIONES

- Por auto del 5 de mayo de 2010, este Despacho tuvo por contestada la demanda y como pruebas los documentos allegados con la demanda, la contestación de la misma y los antecedentes administrativos. (Fls. 220 a 221)
- Por auto del 4 de agosto de 2010, se corrió traslado a las partes tanto demandante, demandada y Ministerio Público para que alegaran de conclusión por el término de 10 días.
- La apoderada de la parte demandante, como el apoderado de la parte demanda formularon sus alegatos de conclusión reiterando lo afirmado tanto en la demanda como en la contestación de la misma.
- El Agente del Ministerio Público guardó silencio.
- El 24 de septiembre de 2010 la apoderada de la parte demandante allego copia de la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección "A" en el cual se manifestó en un caso similar al que ahora nos ocupa.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La controversia se centra en determinar si hay lugar a la sanción por no declarar impuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN al Conjunto Hacienda Santa Bárbara Propiedad Horizontal por no presentar, ni pagar la Declaración de Impuesto sobre las Ventas por el año gravable 2003 - periodo 3.

Al respecto se hace necesario traer a colación los artículos 32 y 33 de la Ley 675 de 2001 por medio del cual se dicto el "Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal", los cuales señalaron lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. OBJETO DE LA PERSONA JURÍDICA. La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. 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."

Así mismo el artículo 33 de la ley 675 de 2001,

"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.

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

De la norma transcrita se puede colegir 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 pero solo en relación con las actividades propias de su objeto social, y que la destinación de algunos bienes que produzcan renta para sufragar expensas comunes, no desvirtúan la calidad de persona jurídica sin ánimo de lucro.

De otra parte el artículo 19 *Ibidem* señala que la Administración puede optar por alternativas que permita obtener ingresos adicionales a los establecidos por el pago de expensas que se reciben por concepto de administración, como así lo señala la norma, que aquí transcribimos:

"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 esta 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."

Así mismo, el artículo 72 de la Ley 675 de 2001 señalo lo siguiente:

"ARTÍCULO 72. APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DE LAS ÁREAS COMUNES. 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 Cerradas y podrá imponérseles el pago de un canon, en condiciones de justicia y equidad."

Adicionalmente, el artículo 34 de la precitada Ley dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 34. RECURSOS PATRIMONIALES. Los recursos patrimoniales de la persona jurídica estarán conformados por los ingresos provenientes de las expensas comunes ordinarias y extraordinarias, multas, intereses, fondo de imprevistos, y demás bienes e ingresos que adquiera o reciba a cualquier título para el cumplimiento de su objeto."

De lo anterior se puede colegir que, dentro del reglamento de propiedad horizontal del Conjunto Hacienda Santa Bárbara P.H. se encuentra autorizada la explotación económica de bienes comunes del conjunto; y en ese sentido el Reglamento de Propiedad Horizontal del Centro Comercial Hacienda Santa Bárbara obrante a folios 6 a 50 del Cuaderno Principal, permite observar lo siguiente:

"Artículo 9. Definición de palabras de uso frecuente. Numeral 9.4 – Propiedad Común, Bien o Área Común, equivale a los bienes y servicios que por no ser de propiedad privada pertenecen a todos los dueños de unidades o áreas separadas y que, por lo tanto, se representa en derechos o cuotas de participación de la persona jurídica CENTRO COMERCIAL HACIENDA SANTA BARBARA – PROPIEDAD HORIZONTAL. Estos bienes de propiedad común están destinados al beneficio y uso de todos los copropietarios, salvo las excepciones expresas contenidas en el presente reglamento."

Así mismo el artículo 84 del Reglamento de Propiedad Horizontal del Conjunto Hacienda Santa Bárbara, señala lo siguiente:

"Artículo 84 Ingresos de la Copropiedad: Los ingresos de la copropiedad provienen de las siguientes fuentes.

84.1. - De las rentas que produzcan los bienes comunes expresamente destinados para este fin.

84.2. - De las contribuciones ordinarias de los copropietarios para las expensas corrientes y necesarias de la copropiedad.

84.3. - De las contribuciones extraordinarias que decreta la asamblea con arreglo a lo dispuesto por este mismo reglamento.

84.4. - De los rendimientos que produzcan las inversiones que la copropiedad haga.

84.5. - De las demás fuentes que resulten de la aplicación del presente reglamento, tales como multas, sanciones, indemnizaciones e intereses.

84.6. – De las donaciones que en nombre de la copropiedad acepte la Junta Directiva.”

Lo anterior lleva a concluir indubitablemente que las actividades de explotación de bienes comunes que realiza la parte actora, más específicamente, la de los parqueaderos, se encuentra autorizada, para que sea realizada por la Administración del Conjunto de Hacienda Santa Bárbara – Propiedad Horizontal, para poder sufragar los gastos que están inmersos en la existencia propia de la propiedad horizontal.

Bajo esa orientación, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo del primero de septiembre de 2010, Sección Cuarta – Subsección “A” M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto en el Exp. 250002327000200900177-01 concluyó que de conformidad con la Ley 675 de 2001 el objeto de la propiedad horizontal es administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la Ley y el reglamento de propiedad horizontal, sin hacer distinción alguna entre bienes comunes esenciales y no esenciales, motivo por el cual no le es dable a la DIAN hacer este tipo de distinciones, para efectos de considerar la calidad de contribuyente del impuesto a las ventas de la persona jurídica que administra la propiedad horizontal.

En efecto en dicha providencia (que acoge integralmente este Despacho por encontrarla ajustada a derecho y aplicable al asunto bajo estudio por tratarse de asunto similar) proferida por nuestro superior jerárquico y órgano de cierre, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestó:

“Vale la pena precisar, que existen diversas categorías de la propiedad horizontal, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 675 de 2001, el cual prescribe:

“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 consonancia con su naturaleza. En el asunto de autos es evidente que se trata de un edificio o conjunto de uso mixto, ya que cuenta con 130 locales comerciales y 20 depósitos en el primer piso, 180 locales y 7 depósitos; en el tercer nivel con 1 local y 1 depósito; en el cuarto piso un local comercial y, en el sector dos, destinado a 44 oficinas (pág. 89).

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, que reglamenta los artículos 3, 19 y 32 de la Ley 675 de 2001, 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 otra parte, no debe perderse de vista que el impuesto sobre las ventas, es un gravamen del orden nacional, indirecto, de naturaleza real, de causación instantánea, y de régimen general, en sentido estricto, el contribuyente es quien definitivamente paga el tributo, o sea, el consumidor del bien o del servicio.

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 al excluirse expresamente por la Ley 675 de 2001, 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. Por consiguiente, no es objeto de la sanción por no declarar.

Corolario con lo expuesto anteriormente, y toda vez que la actividad aquí 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 de declarar el impuesto sobre las ventas por el tercer periodo del año gravable 2003, y por lo tanto no hay lugar a la sanción por no declarar.

En consecuencia, prospera el cargo primero.

En este orden de ideas, La Sala se releva del estudio de los demás cargos, anulará los actos administrativos impugnados, y a título de restablecimiento del derecho, declarará que la actora no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la sanción impuesta en los actos que se anulan.”

Dado lo decantado, para el Despacho queda claro que el Conjunto (Centro Comercial) Hacienda Santa Bárbara – Propiedad Horizontal no es sujeto pasivo del Impuesto a las Ventas por el año 2003, tercer bimestre, por lo que no le corresponde ni declarar, ni pagar este tributo, por las razones anteriormente expuestas, lo que a su vez conlleva a la nulidad de los actos administrativos acusados.

COSTAS

El Despacho se abstiene de condenar en costas, por cuanto no se dan los supuestos consagrados por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cuarenta y Tres (43) Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- SE DECLARA LA NULIDAD de la Resolución Sanción No. 900004 del 14 de abril de 2008, proferida por la Administración Especial de Impuestos de las Personas Jurídicas de Bogotá y de la Resolución No. 900007 del 30 de abril de 2009 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración” proferida por Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos – Dirección de Gestión Jurídica, de la DIAN.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho se declara que el Conjunto Hacienda Santa Bárbara Propiedad Horizontal, no esta obligada a pagar suma alguna por concepto del Impuesto sobre las ventas por el año 2003, tercer bimestre.

TERCERO.- No se condena en costas por no aparecer causadas.

CUARTO.- En firme esta providencia, **archívese** el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos a la oficina de origen. **Déjense** las constancias del caso.

QUINTO.- Por secretaría, **liquidense** los gastos del proceso. En caso de remanentes **déjense** a disposición del interesado. Pasados dos (2) años son que el interesado lo haya reclamado, la Secretaría declarará la prescripción de los mismos a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.



LINA ÁNGELA MARÍA CIFUENTES CRUZ

JUEZ