

ACCION POPULAR - Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - Acción popular / PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD - Carga de la prueba

Ha reiterado la Sala que en estas acciones la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la ley 472 de 1998, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar. Así pues, el citado artículo 30 en tanto dispone que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, no da lugar a entender que en el sub exámine el actor estaba relevado de la carga de la prueba, dado que no se presentó ninguna de esas circunstancias que pudieran justificar la deficiencia probatoria. Así pues, el actor incumplió con la carga procesal de la prueba, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y según el cual "...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", noción procesal que se basa en el principio de autoreponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. Nota de Relatoria: Ver Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01(AP).

FF: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ARTICULO 177; LEY 472 DE 1998 ARTICULO 30

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Moralidad administrativa

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación, que ahora se reitera, ha destacado la importancia del principio de legalidad como uno de los parámetros para establecer la vulneración a la moralidad administrativa, porque es el derecho positivo donde la actuación de las autoridades públicas tiene su justificación, sin que la inobservancia de los trámites establecidos en las normas para el cumplimiento de las funciones, genere automáticamente vulneración a la moralidad administrativa, situación a la que se llega cuando además de infringir la legalidad, la conducta del funcionario desatienda la finalidad del servicio y satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad, para en cambio destinarse a intereses personales del funcionario, ajenos al cumplimiento de la misión que como autoridad del Estado le corresponde. En conclusión no se observa la trasgresión a la moralidad administrativa puesto que no se demostró conducta alguna endilgable al Concejo Distrital de Barranquilla, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado, toda vez que de la simple afirmación o análisis realizado por el accionante, no se colige de plano una conducta lesiva o capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de un derecho o interés colectivo, o configurativa de un comportamiento inmoral o falta de ética de un funcionario en el ejercicio de sus funciones. Nota de Relatoria: Ver sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

PATRIMONIO PUBLICO - Concepto

Adicionalmente, en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”. Dado lo anterior, es de anotar que del mismo análisis que se realizó frente al derecho colectivo de la moralidad administrativa en el caso objeto de estudio, está intrínseco el análisis que permite concluir la inexistencia de vulneración al derecho colectivo del patrimonio público, esto es, que al concluir que no se ha vulnerado la moralidad administrativa como lo alegaba el actor y por cuya virtud se incurriría en la vulneración del patrimonio público, no probada la primera, necesariamente no se da su consecuencia. Nota de Relatoría: Ve Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 63 Y 101

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP)

Actor: RICARDO ARQUEZ BENAVIDES

Demandado: CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA

Referencia: ACCION POPULAR - APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Ricardo Arquez Benavides, accionante en este proceso, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 8 de junio de 2006, la cual será confirmada.

Mediante la sentencia apelada, se decidió negar las pretensiones del demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 10 de julio de 2003, el señor Ricardo Arquez Benavides, interpuso acción popular contra el Concejo Distrital de Barranquilla, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, previstos en la ley 472 de 1.998, los que afirma vulnerados por la demandada con ocasión de la no transferencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN – Seccional Barranquilla, de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente, que han sido descontados a las personas que han trabajado para el Concejo Distrital, desde el año 1999 hasta el 2003, de acuerdo con lo establecido en el artículo 375 del Estatuto Tributario. Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“1. Que se condene al CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA, a pagar el quince por ciento (15%) a favor del Accionante como incentivo, del valor que le corresponde a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN, proveniente del pago total de la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES, OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL PESOS MONEDA LEGAL (**\$150.831.000**), más los que se causen a favor de la DIAN hasta la fecha de la sentencia o providencia que ponga fin al proceso que debe pagar el CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por concepto de RETENCIÓN EN LA FUENTE, en razón de la presente Acción Popular por violación al derecho colectivo de la Moral Administrativa y el Patrimonio Público.

2. Que se reconozca lo contemplado en el artículo 39 de la ley 472 de 1.998.

3. Que se condene en costas al demandado con fundamento a lo estipulado por el Artículo 38 de la ley 472 de 1998, en concordancia con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

4. Se restablezca el derecho vulnerado a favor de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN.”

2. Hechos

Narró el accionante señor Ricardo Arquez Benavides que en ejercicio del derecho de petición, solicitó el 22 de mayo de 2003 al Grupo de Representación Externa de Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, información referente a la obligación adeudada por el Concejo Distrital de Barranquilla a esa entidad, referida a los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente e IVA.

Así mismo solicitó se le informara si los dineros mencionados anteriormente se encontraban incursos o no, en el proceso de reestructuración de pasivos al que se acogió el Distrito.

Que en respuesta a la petición, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, manifestó que el Concejo Distrital de Barranquilla adeudaba a esa entidad la suma de \$48.055.000, correspondiente a la vigencia fiscal de 1998 – 1999, y \$150.831.000.00, para el periodo de 1999 a 2003. Igualmente expresó que los montos enunciados, no hacen parte del acuerdo de reestructuración de pasivos al cual se acogió el Concejo Distrital de Barranquilla, toda vez que para el momento en el cual se realizaron las retenciones correspondientes, el Concejo Distrital no había suscrito el mencionado acuerdo de pago.

Concluye el accionante que el Concejo Distrital de Barranquilla actuó omisivamente en la transferencia de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente, transgrediendo así el derecho colectivo a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

3. Oposición de los demandados

Mediante auto de fecha 6 de agosto de 2003, el a quo admitió la acción popular y ordenó notificar como demandados al Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y al Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla. Así mismo se ordenó notificar al Procurador Delegado en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo del Atlántico y al Defensor del Pueblo.

El Concejo Distrital de Barranquilla contestó oportunamente la demanda. El Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, guardó silencio.

3.1. Para oponerse a las pretensiones de la demanda, el Concejo Distrital de Barranquilla, manifestó que se presentó un error por parte de la DIAN en la respuesta dada al accionante, toda vez que allí se incluyeron valores de una deuda correspondiente a febrero y mayo de 1999, deuda ésta, que se encuentra incluida en el Proceso de Reestructuración de pasivos de ley 550.

Que la suma adeudada según el accionante asciende a \$150.883.000, la cual se verá disminuida una vez se realice la respectiva corrección, y se descuenten los valores que se encuentran incluidos en el proceso de reestructuración de pasivos, e igualmente, se descuenten unos pagos parciales de la deuda que corresponden a los meses octubre y diciembre de 2001 y abril, mayo y junio de 2002, quedaría un saldo de \$57.498.000.oo.

Arguyó que la suma adeudada no se ha podido saldar debido a la falta de periodicidad en el giro de las transferencias que la Administración Central debe realizar, en cumplimiento del presupuesto adoptado para la vigencia fiscal de 2003.

Que mediante Decreto No 019 de febrero de 2003, la Administración Distrital aplazó el giro de \$303.012.820 del presupuesto del Concejo, limitándose las transferencias a valores para cubrir los gastos de funcionamiento.

Declaró que la mesa directiva, ha pensado en realizar un acuerdo de pago con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, con el fin de cubrir el saldo que se encuentra pendiente, y quedar a paz y salvo con sus obligaciones fiscales.

Que para tal fin se encuentran a la espera de las transferencias que debe girar la Secretaría de Hacienda Distrital, la cual para la fecha de la contestación de la demanda, se encuentra atrasada en dos meses de la vigencia de 2003.

En cuanto a la vulneración al patrimonio público, manifestó que la misma no se ha presentado, toda vez que no existió una retención indebida de dineros y mucho menos un mal manejo del patrimonio, para lo cual arguyó que lo que se ha presentado es la falta de periodicidad en las transferencias por parte de la Administración Central lo cual incide directamente en el pago de sus obligaciones.

Afirmó que durante los años 1999 y parte del 2001 las transferencias que debía realizar la administración central fueron casi nulas, lo que generó la parálisis de sus funciones y a algunos funcionarios a acudir a la tutela para obtener el pago de sus salarios.

Que a la fecha la Administración adeuda al Concejo Distrital la suma de \$353.296.913 por concepto de reembolsos.

Adicionó que otra situación que ha afectado el presupuesto del Concejo, es el embargo que reposa sobre las transferencias que el Distrito le debe realizar, permitiendo únicamente que se gire lo concerniente a salarios de los empleados, en razón a que el mismo es inembargable.

Concluyó que se ha tenido la intención por parte del Concejo Distrital de cancelar sus obligaciones fiscales, y prueba de ello es que se han cancelado \$44.109.000.00 a la DIAN, por concepto de retención en la fuente, razón por la cual no se ha presentado vulneración al patrimonio público.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento

Por auto de fecha 23 de febrero de 2004, se fijó fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se llevó a cabo el 11 de marzo, declarándose fallida por inasistencia de las partes.

5. La providencia impugnada

En sentencia de 8 de marzo de 2006, el a quo despachó negativamente las súplicas de la demanda, al concluir que no se percibía vulneración alguna a los derechos colectivos señalados como violados.

Afirmó que el accionante no concretó las razones por las cuales se estaría incurriendo en una conducta violatoria del derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que no refirió las causas por las cuales no se han realizado los desembolsos correspondientes a los dineros captados por concepto de retención en la fuente, demostrativas de que dichas causales son contrarias a los principios de la función pública.

Expresó que correspondiendo la carga de la prueba al actor, éste debió probar que el funcionario encargado del Concejo Distrital, actuó con una conducta de las que supone corrupción, que para el caso podría ser la desviación del dinero recaudado, o la apropiación del mismo, para sí o para terceras personas, pero al interior del plenario no reposa prueba alguna demostrativa de dicha conducta.

En cuanto al patrimonio público, expresó que en el plenario existe una falencia probatoria del actor, toda vez que no se logra establecer el detrimento patrimonial de la DIAN, como consecuencia de la omisión en el traslado de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente por parte del Concejo Distrital de Barranquilla, en razón a que no se probó cuáles eran las proyecciones que tenía la DIAN para la época en que dejó de recibir los pagos mencionados.

Concluyó que no se probó que el no pago por parte del Concejo Distrital de Barranquilla de los dineros enunciados con anterioridad, le haya generado a la DIAN el incumplimiento de los objetivos trazados para el mejoramiento de su función y su crecimiento corporativo.

6. Razones de la impugnación

Fundamenta el actor su inconformidad con la decisión adoptada por el a quo, en que no existió coherencia entre la parte considerativa de la sentencia y la parte resolutive de la misma, toda vez que a lo largo de las consideraciones se avala la legalidad del principio de la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, expresando que cuando un funcionario o un particular actúa omisivamente, favoreciendo sus intereses o los de un tercero o transgrede la ley en forma grosera, se estaría en frente de una inmoralidad administrativa, y en la parte resolutive “no hizo el CONTROL JUDICIAL que amparara la moralidad administrativa y el patrimonio público de la DIAN.”

En su entender, es palmaria la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que cuando no se transfieren los recursos, se está atentado contra este derecho fundamental.

Manifestó que no existió consistencia en la valoración de la institucionalidad de la DIAN, a través de la defensa del patrimonio público, y de la moralidad administrativa, en razón a que el tribunal no desarrolló un orden para la ejecución de un fallo eficaz, ignorando elementos probatísticos aportados tanto por la DIAN como por el actor, por lo que no tuvo en cuenta:

“El por que del incumplimiento, por parte del Concejo de Barranquilla, si conoce la normatividad del Estatuto Tributario, por el cual tenía que cumplir con la ley, y en consecuencia en transferir los recursos por retención en la fuente a la DIAN, instantáneamente. Pregunto: ¿Por qué incumplió el Concejo?”

“El despacho no valoró los principios constitucionales, y de la ley, por el cual fueron vulnerados por el Concejo de Barranquilla, afectando a la DIAN.

“El despacho no hizo control judicial de rigor, toda vez que debió ejercer el poder que le otorga a(sic) constitución política, el Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia, y el Código de procedimiento Civil...”

Afirmó que el a quo no aplicó la ley, toda vez que se encuentra plenamente demostrado en el expediente la deuda del Concejo Distrital de Barranquilla por concepto del recaudo de los dineros correspondientes a retención en la fuente.

Arguyó que cuando al Estado, en el caso concreto la DIAN, no se le pagan los tributos, se le está generando un desmedro patrimonial, y no existe razón para manifestar lo contrario.

Que por la ausencia de control judicial en el fallo proferido por el Tribunal del Atlántico, se generó una inseguridad jurídica, en razón a que desconoció el principio de legalidad y de responsabilidad.

Que la Corte Constitucional en sentencia C – 285 de 1996, elevó a delito, el hecho de que los agentes retenedores no consignen las sumas o los valores retenidos.

Adicionó, que entonces resulta claro que la DIAN sufrió desmedro patrimonial como consecuencia del no pago por parte del Concejo Distrital de Barranquilla, toda vez que es el Estado el único propietario de dichos recursos.

Declaró que el origen de la inmoralidad administrativa y el detrimento al patrimonio público, es el no pago de los dineros correspondientes a la DIAN, de manera inmediata, violándose de esta forma la Constitución Política y el Estatuto Tributario.

Adicionó que no es cierto que no se encuentre probado en el plenario la conducta ejercida por el Concejo Distrital de Barranquilla, toda vez que de acuerdo a los oficios expedidos por la DIAN de fecha 6 de junio de 2003 y 25 de agosto de 2004, se demuestra la deuda del Concejo.

Resaltó que bastaba con la sola demostración del incumplimiento a la ley por parte del Concejo Distrital de Barranquilla para que como consecuencia se diera la vulneración del patrimonio público.

Concluyó, que si se encuentra probada la vulneración al patrimonio público, entonces se presenta inmoralidad administrativa, elementos estos que encontrándose debidamente probados, no fueron reconocidos por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

7. Alegatos en segunda instancia

Dentro del término concedido en esta instancia para alegar de conclusión se guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objetivo de la presente acción popular

Según la demanda está constituido por la búsqueda de la protección de los derechos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, que tienen el carácter de colectivos en los términos del artículo 4 de la ley que reguló las acciones populares y de grupo.

En este orden de ideas, el análisis del caso se extenderá, a la determinación de si existió vulneración o amenaza de los derechos colectivos enunciados, los cuales el accionante considera vulnerados con la omisión en el cumplimiento de las

obligaciones por parte del Concejo Distrital de Barranquilla, en la transferencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente y que han sido descontados a las personas que han prestado sus servicios al mencionado Concejo Distrital.

2. Lo demostrado

En primer lugar se debe señalar que el acervo probatorio está constituido por prueba documental, casi íntegramente por documentos públicos producidos por autoridades administrativas, y traídos al proceso en copia, algunas auténticas y en muchas oportunidades en copia simple. En los términos del artículo 254 del C. de Procedimiento Civil, solo se tendrán en cuenta para su valoración aquellos arrojados en copia auténtica, únicas de las que se puede predicar el mismo valor probatorio del original.

Así pues, el libelista expresó que no se valoraron por el a quo las pruebas que obran en el proceso, referentes a la omisión en el pago de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente por parte del Concejo Distrital de Barranquilla, y que debían ser trasladados a la DIAN, lo que en su criterio demuestra la vulneración de los derechos colectivos.

2.1 Para verificar el argumento del recurrente, precisa la Sala que el acervo probatorio está integrado así:

a) Con la demanda el actor acompañó:

a.1. Original de la petición elevada ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN el 22 de mayo de 2003, con el fin de obtener respuesta en relación con las deudas que por concepto de pagos de retención en la fuente tenía el Concejo Distrital de Barranquilla con la DIAN (Folio 10 cuaderno 1).

a.2 Original de la respuesta dada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a la petición incoada por el accionante el día 22 de mayo de 2003, en la cual se informa que por concepto de retención en la fuente el Concejo Distrital de Barranquilla adeuda a la DIAN la suma de \$150.831.000. (Folio 11 y 12 cuaderno 1).

b) Con la respuesta a la demanda, se adjuntó:

b.1 Copia simple que dice contener el decreto No 019 de 2003, "POR EL CUAL SE APLAZAN TEMPORALMENTE UNOS RECURSOS EN EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DEL DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA VIGENCIA FISCAL 2003. (Folios 18 a 21 cuaderno 1)

b.2 Copia simple que dice contener la liquidación de las retenciones anuales referidas a los años 2001 hasta el año 2003 (Folio 22 cuaderno 1).

b.3. Copias simples que dicen contener las consignaciones efectuadas por el Concejo Distrital de Barranquilla a la DIAN, en donde no se describe la naturaleza de los dineros consignados. (Folios 23 a 28)

b.4 Copia simple que dice contener el oficio circular No 389 expedido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, en donde se informa a los bancos de Bogotá, Ganadero, Davivienda y Corporación de Ahorro Colpatria, el embargo y secuestro preventivo de las sumas de dinero embargables que tenga el Distrito de Barranquilla. (Folio 29 cuaderno 1)

2.2. Así las cosas, revisado el material probatorio allegado al proceso, observa la Sala que la parte actora no aportó en estado de valoración ningún elemento de juicio a partir del cual se pudiera deducir las conductas vulnerantes de los derechos colectivos invocados en la demanda.

En efecto, en conformidad con el recurso de apelación y siguiendo los lineamientos planteados en la demanda desde la *causa petendi*, el accionante ha considerado vulnerados esos derechos colectivos con la omisión por parte del Concejo Distrital de Barranquilla, en la transferencia inmediata a la DIAN, de los dineros recaudados a título de retención en la fuente, y que han sido descontados en su momento a las personas que han prestado sus servicios al mentado Concejo.

Dado lo anterior, se debe resaltar la existencia de serias falencias en el material probatorio que obra en el expediente, que acrediten que la omisión de las mencionadas transferencias se dio como consecuencia de una conducta inmoral o desviada de un funcionario del Concejo Distrital de Barranquilla, y tendiente a obtener un provecho ilícito para sí o para un tercero, así como que por dicha omisión la DIAN ha sufrido un detrimento en su patrimonio, o que debido a la misma y a la falta de los recursos, la mentada entidad se vio compelida al incumplimiento de sus funciones o de sus metas y objetivos trazados para las vigencias correspondientes.

Con todo, se advierte que los documentos que obran en originales la petición y respuesta- sólo acreditan la existencia de una actuación administrativa adelantada por la actora ante la DIAN, pero que no tienen la virtualidad o mérito para demostrar la actuación desviada de un funcionario o el detrimento patrimonial de la entidad, simplemente son demostrativos de la existencia de una obligación fiscal por parte del Concejo Distrital de Barranquilla y a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Por lo demás, ha reiterado la Sala que en estas acciones la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la ley 472 de 1998, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar.

Así pues, el citado artículo 30 en tanto dispone que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, no da lugar a entender que en el *sub exámine* el actor estaba relevado de la carga de la prueba, dado que no se presentó ninguna de esas circunstancias que pudieran justificar la deficiencia probatoria.

Sobre la importancia de la carga de la prueba en las acciones populares, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“1. La carga de la prueba en la acción popular.-

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de “servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales”¹, la Constitución de 1991 “lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano *‘Idem est non esse aut non probari’*, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas”².

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que “son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba”³. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”⁴

Así pues, el actor incumplió con la carga procesal de la prueba, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y según el cual “...*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, noción procesal que se basa en el principio de *autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal*

¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.

² *Ib Idem*.

³ *Op. Cit.* Pág. 26.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01(AP).

*facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.*⁵

En este orden de ideas, el recurso no está llamado a prosperar, dado que el proceso se encuentra huérfano de material probatorio que permita evidenciar la violación de los derechos colectivos a que hace referencia la presente acción.

Finalmente, cabe observar que el actor en el recurso de apelación, expresó que “solo bastaba el INCUMPLIMIENTO a la ley, y en consecuencia la vulneración del patrimonio público de la DIAN”, refiriéndose posteriormente al artículo 6 de la Constitución Política y al Estatuto Tributario. Al respecto adicionó el libelista que dada la vulneración al patrimonio público, como consecuencia se daba la inmoralidad administrativa.

Para responder a ese argumento la Sala reitera⁶, “que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.”

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación, que ahora se reitera, ha destacado la importancia del principio de legalidad como uno de los parámetros

⁵ “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autoresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...”. PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág 242. Y, “...Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente les señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

para establecer la vulneración a la moralidad administrativa, porque es el derecho positivo donde la actuación de las autoridades públicas tiene su justificación, sin que la inobservancia de los trámites establecidos en las normas para el cumplimiento de las funciones, genere automáticamente vulneración a la moralidad administrativa, situación a la que se llega cuando además de infringir la legalidad, la conducta del funcionario desatienda la finalidad del servicio y satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad, para en cambio destinarse a intereses personales del funcionario, ajenos al cumplimiento de la misión que como autoridad del Estado le corresponde.. Ha precisado la Sala⁷:

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala, surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. **Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa;** es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad”. (Negrillas fuera de texto).

En conclusión no se observa la trasgresión a la moralidad administrativa puesto que no se demostró conducta alguna endilgable al Concejo Distrital de Barranquilla, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado, toda vez que de la simple afirmación o análisis realizado por el accionante, no se colige de plano una conducta lesiva o capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de un derecho o interés colectivo, o configurativa de un comportamiento inmoral o falta de ética de un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Cabe precisar que no existe prueba en el plenario que permita determinar la razón por la cual no se ha hecho por parte del Concejo Distrital de Barranquilla la transferencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de la suma correspondiente a recaudos por concepto de retención en la fuente de los periodos 2 y 3 de 1999, 10 y 12 de 2001, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11 de 2002 y 2 y 3 de 2003. Es decir, no existe prueba de que esos dineros hayan sido destinados a fines diferentes a los que corresponde. Por lo tanto se reitera que la prueba de todos estos supuestos fácticos le correspondía al actor, por cuya cuenta corre la acusación de la vulneración a los derechos colectivos alegados.

Adicionalmente, en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”.⁸

Dado lo anterior, es de anotar que del mismo análisis que se realizó frente al derecho colectivo de la moralidad administrativa en el caso objeto de estudio, está intrínseco el análisis que permite concluir la inexistencia de vulneración al derecho colectivo del patrimonio público, esto es, que al concluir que no se ha vulnerado la

⁸ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

moralidad administrativa como lo alegaba el actor y por cuya virtud se incurriría en la vulneración del patrimonio público, no probada la primera, necesariamente no se da su consecuencia. En efecto, no está probado que la no transferencia a la DIAN de los dineros recaudados por el Concejo Distrital de Barranquilla, por concepto de retención en la fuente, hubiese tenido una destinación diferente, o que la entidad no hubiera cumplido con los fines de su función debido al no ingreso de los recursos mencionados, y mucho menos que la DIAN se hubiere visto menguada como institución por la falta de dichos recursos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 8 de junio de 2006.

REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

