



Libertad y Orden

República de Colombia
Rama Judicial
**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO SUCRE**

Sincelejo, treinta y uno (31) de octubre de dos mil catorce (2014)

Expediente número: 70001 33 31 001 **2010 00058 00**
Demandante: JESUS DEL CRISTO MENDOZA DE ARCO
Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN" Y
OTROS
Acción: POPULAR

SENTENCIA

TEMA:

El derecho colectivo correspondiente a la defensa al patrimonio público.

I. ANTECEDENTES

El señor Jesús del Cristo Mendoza de Arco, en ejercicio de la acción popular, demandó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, Banco Agrario de Colombia (Sucursal Corozal), Banco de Bogotá (Sucursal Corozal), Banco Popular (Sucursal Corozal), Bancolombia (Sucursal Corozal) y Banco BBVA (Sucursal Corozal), para que, previo el trámite señalado en la ley 472 de 1998, con citación de las entidades demandadas y del Ministerio Público, se decretara la prosperidad de las siguientes

1.1. PETICION

"1.- Se devuelvan al Municipio de Corozal el valor los Gravámenes a los Movimientos Financieros retenidos de forma indebida según el Numeral 09 del art. 879 del Estatuto Tributario.

2.- Se suspenda inmediatamente la aplicación de este Gravamen a los Movimientos Financieros de este Municipio.

3.- Se reconozcan los rendimientos a que hay lugar según la Ley.

4.- Se me devuelvan como demandante las Costas del proceso a que hubiere lugar.

5.- Se me reconozcan como demandante los incentivos, a los que tengo derecho según los artículos 39 y 40 de la 472 de 1998.



La parte accionante sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1.2. HECHOS

"En las diferentes cuentas bancarias que se han tenido en la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal Sucre, para el manejo del Presupuesto Municipal, se ha venido haciendo efectivo el cobre del Gravamen a los Movimientos Financieros en los diferentes pagos hechos por este ente territorial, lo cual vulnera y amenaza al Presupuesto Municipal de Corozal Sucre, patrimonio Público de interés colectivo, lo que influye negativamente en todos Derechos e Intereses Colectivos como la Seguridad y Salubridad Pública, la Educación, la Recreación y el Deporte, la Prestación de servicios Públicos, la Realización de las construcciones, Edificaciones y Desarrollos urbanos etc."

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.3.1. NORMAS VIOLADAS

El accionante fundamentó la presente acción popular en lo contemplado en la Ley 472 de 1998.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 27 de enero de 2010 (folio 3), siendo recibida en este despacho el mismo día.

Mediante auto de fecha 1 de febrero de 2010, se inadmitió la demanda (fl.5-6) y posteriormente se admitió mediante auto de fecha 17 de febrero de 2010 (folios 9-10).

El día 14 de abril de 2010, se fijó el respectivo aviso en la cartelera del juzgado (fl. 12)

Notificación Personal de las entidades demandadas:

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: 10 de junio de 2010 (fl.24)

Banco Popular: 4 de septiembre de 2014 (fl.120)

Banco de Bogotá: 2 de junio de 2010 (fl.21)

Banco Agrario de Colombia: 27 julio 2010 (fl.76)

Bancolombia: 26 de julio de 2010 (fl.70)

Notificación por Aviso:

Banco BBVA: 8 de octubre de 2012 (fl.156)

Mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2012, se fijó fecha para Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento (fl.138) y mediante auto de fecha 23 de enero de 2013 se accedió a la solicitud de aplazamiento presentada por el Representante Legal del Banco Agrario de Colombia, fijándose nueva fecha (fl.173)

El día 8 de febrero de 2014 se celebró Audiencia Pública de Pacto de Cumplimiento, la cual se declaró fallida (fl.209-210)

Por Auto de fecha 30 de octubre de 2013, se abre el proceso a pruebas (fl.218)

Mediante Auto de fecha 17 de septiembre de 2014, se declara precluido el periodo probatorio y se corre traslado para alegar (fl.243)

2.1 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (fl.28-31)

Manifestó que no está demostrado que el cobro del gravamen a los movimientos financieros, sobre las diferentes cuentas de ahorro y/o corriente de la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal, fue realizada en forma indebida, como lo alega el demandante y en el evento de que el demandante tuviera razón, a quien se le debe solicitar la devolución del impuesto a los movimientos financieros, es a los Bancos donde la tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal – Sucre, poseía sus cuentas corrientes o de ahorro; siempre y cuando que se hubiese identificado, ante los establecimientos de crédito respectivos, las cuentas corrientes o de ahorro donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos del Presupuesto General Territorial, por parte del Tesorero Municipal.

Señaló que, los bancos actúan como agentes retenedores conforme lo señala el artículo 876 del estatuto tributario y corresponde a ellos retener, declarar y pagar el Gravamen a los movimientos financieros, según lo dispuesto en el artículo 877 del estatuto tributario.

Agregó que, en el presente asunto, las únicas personas que pueden hacer la solicitud de devolución del gravamen a los movimientos financieros, es quien declaró y pagó, es decir los bancos, a través de la correspondiente solicitud de devolución como está previsto en el título X del estatuto tributario, pues no pueden haber rendimientos financieros, sobre lo que no se ha cobrado en forma ilegal y que el demandante no ha probado en su demanda.

Explicó que, la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas (Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo), solo actúa como administrador del impuesto tal como lo prescribe el artículo 878 ibídem.

Adujo que, para que opere la suspensión del cobro del gravamen a los movimientos financieros, a las diferentes cuentas que maneja la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal – Sucre, no solo debe bastar la solicitud, sino también la identificación, ante los establecimientos de crédito respectivos, de las cuentas corrientes o de ahorro donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos del Presupuesto General Territorial, solicitud que debe ser hecha por parte del tesorero municipal.

Propuso la siguiente excepción:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: la fundó en que para efectos de la devolución del mencionado impuesto, deben solicitársela es a los bancos, ya que ellos actúan en forma directa como agentes retenedores como forme lo señala el artículo 876 del estatuto tributario y corresponde a ellos retener, declarar y pagar el Gravamen a los movimientos financieros, según lo dispuesto en el artículo 877 del estatuto tributario y en el evento de que tenga que devolverse el impuesto, solo lo pueden solicitar a los bancos, en los que la Tesorería de la Alcaldía de Corozal (Sucre), tuvo o tiene cuentas de ahorro y corrientes, conforme al procedimiento señalado en el título X del Estatuto Tributario.

2.2 Banco Popular (fl.126-128)

Manifestó que, son asimétricos y totalmente antagónicos los hechos en que la parte demandante finca su demanda, toda vez que no se puede tomar en un sentido genérico la defensa del patrimonio público, que aduce como derecho colectivo quebrantando a pretexto de que al municipio de Corozal se le han estado haciendo efectivos los cobros de gravámenes a los movimientos financieros de él en cuentas que tiene en el Banco Popular.

Señaló que, no se puede confundir el patrimonio público en el cual tienen intereses todos los ciudadanos colombianos y que por obvias razones les pertenecen a todo el conglomerado nacional, con un patrimonio que única y exclusivamente se focaliza con un municipio del Estado Colombiano y en ese sentido es inaceptable e inadmisibile el supuesto derecho colectivo amenazado por la parte accionada, y en

tal sentido la acción popular en referencia es inapropiada y no se inserta en el concepto jurídico para el cual se estructuró las acciones populares establecidas en la Ley 472 de 1998.

Adujo que, no está llamada a prosperar la acción popular que nos ocupa, pues atendiendo a la legitimación en la causa por activa, ya que el accionante, ha expresado en el libelo demandatorio que reside en el Municipio de San Pedro (Sucre), es decir, que no es domiciliado ni reside en Corozal, por lo que no está integrado como ciudadano de la comunidad que dice defender.

Señaló que, en la presente acción popular el querellante argumenta que de acuerdo al numeral 9 del artículo 879 del E.T. se está reteniendo en forma indebida el Gravamen a los Movimientos Financieros, si bien es cierto que el numeral 9 del artículo 879 del E.T. establece que "El manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales", son exentos del GMF, también es cierto, que el párrafo 2 del mismo artículo indica "Para efectos de control de las exenciones consagradas en el presente artículo las entidades respectivas deberán identificar cuentas en las que se manejen de manera exclusiva dichas operaciones conforme a lo que disponga el reglamento que se expida para el efecto. En ningún caso procede la exención de las operaciones señaladas en el presente artículo cuando se incumpla con la obligación de identificar las respectivas cuentas."

Finalmente manifestó que, con fundamento en el artículo 9 del Decreto 405 de 2001 y el artículo 11 del Decreto 449 de 24 de febrero de 2003, no es posible devolver el GMF que en su monto se le retuvo con base en la normatividad vigente.

2.3 Banco Agrario de Colombia

Contestó el libelo demandatorio de manera extemporánea.

2.4 Bancolombia

Contestó el libelo demandatorio de manera extemporánea.

2.5 Banco BBVA

No contestó el libelo demandatorio.

2.6 Banco de Bogotá

Contestó el libelo demandatorio de manera extemporánea.

Alegatos de Conclusión

La *dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN"*, mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2014 (fl.245-246) alegó de conclusión, escrito en que manifestó que el demandante no probó, con su afirmación que las retenciones al gravamen a los movimientos financieros que supuestamente le practicaron los bancos donde poseía sus cuentas de ahorro y/o corrientes, fueron practicadas de manera ilegal, además que el actor no identificó las cuentas de ahorro y/o corrientes que maneja la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal – Sucre y sobre las cuales se aplicó la retención al gravamen a los movimientos financieros.

Señaló que, el demandante no aportó lo siguientes: los extractos bancarios de las cuentas de ahorro y/o corrientes donde se le aplicó la retención al gravamen a los movimientos financieros; la certificación de la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal – Sucre, donde haga constar que le solicitaron al banco, la exención de aplicar a las cuentas de ahorro y/o corriente, de retención al gravamen a los movimientos financieros, conforme a lo señalado en el parágrafo 2º del artículo 879 del Estatuto Tributario y artículo 9º del Decreto 405 de 2001; certificación expedida por los Bancos donde la Tesorería de la Alcaldía Municipal de Corozal – Sucre, tenía sus cuentas de ahorro y/o corriente, donde haga constar que fueron declaras exentas de la retención al gravamen a los movimientos financieros conforme al parágrafo 2º del artículo 879 del Estatuto Tributario y artículo 9º del Decreto 405 de 2001, documentos que como prueba debieron ser aportados por el demandante con el fin de demostrar los hechos que afirma, además que tampoco probó con su dicho que las cuentas de ahorro y/o corrientes que maneja son de aquellas señaladas en el artículo 9º del Decreto 405 de 2001.

El **Ministerio Público**, mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014 (fl.248-256), alegó de conclusión, manifestando que el actor popular debió llamar al municipio de Corozal a integrar el contradictorio pues el Tesorero Municipales el responsable de realizar las identificación de las cuentas y solicitar ante la entidad bancaria se haga la exención al gravamen a los movimientos financieros.

Agregó que, vistas las pruebas obrantes en el proceso, se observa que el accionante no identifica las cuentas, ni a lo largo del proceso se pudo allegar algún

extracto bancario donde se pudiera corroborar que efectivamente alguna entidad bancaria hiciera efectivo el cobro del gravamen a los movimientos financieros que realizó el Municipio de Corozal a través de la Tesorería Municipal.

Señaló que, con respecto al tiempo en el que el actor impetró la presente acción popular (27 de enero de 2010) ni antes ni después, se tiene prueba que permita vislumbrar que las entidades bancarias hayan actuado en forma indebida, así como tampoco se le puede endilgar responsabilidad a la DIAN, toda vez que es la encargada de administrar esos dineros además de investigar, determinar, controlar, discutir, devolver y cobrar los impuestos de su competencia, por lo que nada tiene que ver con el momento en el cual se realiza el gravamen a un movimiento financiero.

Adujo que, en cuanto al reintegro del dinero de ninguna manera se pudo establecer los movimientos financieros que fueron objeto del gravamen pues el actor popular no acompañó prueba y en el curso del proceso no se allegó ningún extracto bancario, ni siquiera con exactitud se pudo establecer si para la fecha en que se interpuso la acción (enero 27 de 2010) existían algunas cuantas en las que se realizó algún gravamen, pues como se puede observar del acervo probatorio las solicitudes de apertura de cuenta en las que se solicitó se hiciera efectivo las exenciones al GMF de que trata el artículo 879 del ET datan desde febrero 6 de 2012, no se verificó la existencia de cuentas con anterioridad a la fecha en que el accionante consideró vulnerados los derechos colectivos.

Advirtió que de ninguna manera se pudo establecer o acreditar de forma idónea una amenaza o vulneración al derecho colectivo de la defensa del patrimonio público, pues el actor popular simplemente se limitó a presentar su acción sin ni siquiera allegar una sola prueba, olvidando que es te a quien le corresponde la carga de la misma, por lo que solicitó negar las pretensiones deprecadas.

La parte actora y demás entidad demandadas no alegaron de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

CUESTION PREVIA – EXCEPCIONES

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, propuso la excepción denominada Falda de legitimación en la causa por pasiva, fundamentada en que para efectos

de la devolución del mencionado impuesto, deben solicitársela es a los bancos, ya que ellos actúan en forma directa como agentes retenedores como forme lo señala el artículo 876 del estatuto tributario y corresponde a ellos retener, declarar y pagar el Gravamen a los movimientos financieros, según lo dispuesto en el artículo 877 del estatuto tributario y en el evento de que tenga que devolverse el impuesto, solo lo pueden solicitar a los bancos, en los que la Tesorería de la Alcaldía de Corozal (Sucre), tuvo o tiene cuentas de ahorro y corrientes, conforme al procedimiento señalado en el título X del Estatuto Tributario.

La planteada excepción no está llamada a prosperar por las siguientes razones:

En reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado ha manifestado "... en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra." ¹ "

¹ Consejo de Estado, sección 2ª. Subsección "A" sentencia del 25 de marzo de 2010 Rad. No. Interno 1275-08, C.P: Dr. Gustavo Gómez Aranguren

Aplicado lo anterior al caso concreto se observa que Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, es la entidad que ha sido convocada al presente proceso por lo que tiene la legitimación en la causa de hecho y en cuanto a la legitimación material ello será objeto de análisis y decisión al momento de dictar sentencia.

3.1 Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver se encauza a lo siguiente: *¿Determinar si existe violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Banco Agrario (Sucursal Corozal)- Bancolombia (Sucursal Corozal)- Banco BBVA (Sucursal Corozal)- Banco Popular(Sucursal Corozal) – Banco de Bogotá (Sucursal Corozal) por el cobro del Gravamen a los Movimientos Financieros en los diferentes pagos hechos por el Municipio de Corozal lo cual vulnera y amenaza al Presupuesto de dicho municipio.?*

Para responder el problema jurídico que se plantea, el despacho se ocupará del análisis de los siguientes temas: 1) La naturaleza jurídica de la acción popular. 2) Generalidades y disposiciones normativas del Gravamen a los Movimientos Financieros. Exenciones a su cobro. 3) El derecho colectivo a la defensa Patrimonio Público y la prueba de su vulneración o amenaza. 4). Examen del caso concreto.

3.2 Naturaleza Jurídica de la Acción Popular

La acción popular, herramienta de carácter constitucional está regulada por la Ley 472 de 1998, cuyo fin está orientado a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

Mediante sentencia C-630 de 2011, la H. Corte Constitucional ha descrito la acción popular en los siguientes términos:

“La consagración de la acción popular se relaciona con el modelo de Estado adoptado en la Carta Política y con el principio de solidaridad. Constituye un mecanismo por medio del cual los ciudadanos intervienen en las decisiones que los afectan para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, especialmente por su diseño. El modelo de estado social implica un deber de intervención mayor en los asuntos diarios de las personas, como forma de garantizar el mínimo vital en una sociedad compleja contemporánea y globalizada. Esta mayor intervención de las instancias estatales en la vida

WPA

pública, a través de los asuntos de importancia social, conlleva a su vez una profundización de los derechos de participación política en democracia, entendidos como herramientas que garantizan el autogobierno a todas las personas, en tanto igualmente dignas. La posibilidad de representar causas públicas, en tal contexto, supone, no sólo una expresión de las libertades individuales y de participación democrática reforzada ante un estado con funciones de intervención social, sino también, una manifestación del principio de solidaridad. La jurisprudencia ha sostenido que la constitucionalización de estas acciones obedeció “[...] a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad”.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte, dentro del Estado Social de Derecho regido por una democracia participativa, la acción popular es una herramienta que le resulta de especial relevancia a la comunidad en la defensa de los intereses colectivos que le pueden ser vulnerados por las actuaciones de las autoridades ya sea de carácter público o particular, por lo que ello trae inmerso un papel activo de los órganos y autoridades, fundamentado en la prevalencia del interés público y del propósito de la sociedad, conllevando al mismo tiempo el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la prevalencia de ese interés.

3.2 Generalidades y disposiciones normativas del Gravamen a los Movimientos Financieros. Exenciones a su cobro.

El Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) es un impuesto indirecto del orden nacional que se aplica a las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema².

Con la expedición de la Ley 633 del 29 de Diciembre de 2000 el Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF- se convierte en un nuevo impuesto de carácter permanente en la estructura tributaria colombiana.

La Ley 788 de diciembre de 2002 introdujo algunas modificaciones para su manejo y control. La exposición de motivos de esta ley justificó la adopción de modificaciones al gravamen, aduciendo que las mismas tenían la finalidad de

² Es indirecto por cuanto entre el sujeto pasivo que es quien asume la carga económica y el sujeto activo que es la nación media un intermediario responsable del pago efectivo del tributo. El ámbito de aplicación es todo el territorio nacional y el titular de la deuda tributaria es la Nación.

"mejorar el recaudo por ese concepto y de cerrar las brechas de elusión tributaria que se han identificado".

Dicho gravamen fue incorporado en el Estatuto Tributario a partir del artículo 870, con las siguientes condiciones generales:

"Artículo 870. Gravamen a los Movimientos Financieros -GMF-. Créase como un nuevo impuesto, a partir del primero (1) de enero del año 2001, el Gravamen a los Movimientos Financieros, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

Artículo 871. Hecho Generador del GMF. El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia".

De acuerdo con la normativa transcrita, en principio y por regla general, el GMF se causa cada vez que un cuentahabiente dispone de recursos depositados en las cuentas enunciadas. En efecto, conforme al artículo 871 del Estatuto Tributario (adicionado por el artículo 1 de la Ley 633 de 2000) el hecho generador del gravamen a los movimientos financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

Según el párrafo de la norma vigente en el 2001³, se entiende por transacción financiera para efectos del artículo 871 *"toda operación de retiro en efectivo mediante cheque, con talonario, con tarjeta débito, a través de cajero electrónico, mediante puntos de pago, notas débito o mediante cualquier otra modalidad que implique la disposición de recursos de cuentas de depósitos, corrientes o de ahorros, en cualquier tipo de denominación, incluidos los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como "saldos positivos de tarjetas de crédito" y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante abono en cuenta"*⁴.

Así mismo en el 876 se señaló que *"actuarán con agentes retenedores y serán responsables por el recaudo y el pago del GMF, el Banco de la República y las*

³ El artículo 45 de la Ley 788 de 2002 modificó el párrafo del artículo 871.

⁴ Sentencia de 26 de enero de dos mil nueve (2009) Rad: 25000-23-27-000-2004-01928-01(16393) Actor: Granahorrar Banco Comercial S.A. Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales

demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria en las cuales se encuentre la respectiva cuenta corriente, de ahorros, de depósito, derechos sobre carteras colectivas o donde se realicen los movimientos contables que impliquen el traslado o la disposición de recursos de que trata el artículo 871".

A su vez, adquieren la calidad de agentes retenedores del GMF, las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy de Financiera) entre las que se cuentan las casas de cambio, de conformidad con los artículos 62 y siguientes de la Resolución 8 de la Junta directiva del Banco de la República. En la medida que estas entidades realicen movimientos contables que impliquen el traslado o disposición de recursos deben practicar la retención en la fuente al beneficiario de la transacción, que para este caso es el titular de la operación de cambio.⁵

En cuanto a la administración de dicho gravamen, se tiene que corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que cumple este mandato desarrollando labores de investigación, control, determinación, discusión, cobro, devolución del impuesto y las demás funciones que le son propias de acuerdo con las facultades otorgadas en el Estatuto Tributario.⁶

Por otro lado dentro de la normatividad que regula la aplicación del impuesto G.M.F, igualmente se determinan, las operaciones exentas⁷ del gravamen, entre las cuales se identifica **la referente al manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales**, estipulada en el numeral 9 del artículo 879 E.T concordante con la Ley 633 de 2000, donde se puntualiza lo siguiente:

"EXENCIONES DEL GMF. Se encuentran exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros: (...)

9. El manejo de recursos públicos que hagan las tesorerías de las entidades territoriales. (...)

PARÁGRAFO 2°. <Parágrafo adicionado por el artículo 48 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de control de las exenciones consagradas en el presente artículo las entidades respectivas **deberán identificar las cuentas en las cuales se manejen de manera exclusiva dichas operaciones, conforme lo disponga el reglamento**

⁵ Sentencia Consejo estado 5 de febrero de 2009 Rad: 11001-03-27-000-2005-00052-00(15711)

⁶ El artículo 878 del E.T regula las facultades de administración del GMF en cabeza de la DIAN.

⁷ Las exenciones tributarias son beneficios de consagración legal, de carácter taxativo y restrictivo sin que sea viable jurídicamente hacerlas extensivas a situaciones no previstas en la Ley

que se expida para el efecto. En ningún caso procede la exención de las operaciones señaladas en el presente artículo cuando se incumpla con la obligación de identificar las respectivas cuentas, o cuando aparezca más de una cuenta identificada para el mismo cliente.”
(Resaltado fuera del texto)

(....)”

Para la identificación de estas cuentas por parte de las entidades territoriales debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Art. 9°. del Dto. 405 DE 2001⁸ el cual relata:

“Art. 9o. del Dto. 405 DE 2001: Que para efectos del numeral 9o. del artículo 879 del Estatuto Tributario se entenderá como "manejo de recursos públicos" aquellas operaciones mediante las cuales se efectúa la ejecución del Presupuesto General Territorial en forma directa o a través de sus órganos ejecutores respectivos, salvo que se trate de recursos propios de los establecimientos públicos del orden territorial los cuales no están exentos de gravamen a los movimientos financieros...”

La identificación, ante los establecimientos de crédito respectivos, de las cuentas Corrientes o de ahorro donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos Del Presupuesto General Territorial corresponderá a los tesoreros Departamentales, municipales o distritales.” (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, es claro para que el impuesto de GMF, es una imposición de carácter tributario a favor de la nación aplicable a las transferencias bancarias, cuyo manejo se encuentra en cabeza de la DIAN, siendo los organismos retenedores (Entidades Bancarias) las sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

La aplicación del gravamen, tiene exenciones, como por el ejemplo los dineros del erario público manejados por las entidades territoriales transferencias que se encuentran exentas de su cobro, cuya transacciones financieras no serán objeto de retención.

Finalmente es de considerar, en el caso que se haya retenido en exceso o indebidamente el Gravamen a los Movimientos Financieros GMF, el Consejo de Estado en Sentencia 26 de enero 2009 Rad: **25000-23-27-000-2004-01928-01(16393)** Actor: Granahorrar Banco Comercial S.A. Demandado: Dirección De Impuestos y Aduanas Nacionales⁹, al respecto expresó:

“el procedimiento a seguir para solicitar y tramitar las devoluciones de los pagos de lo no debido es el mismo consagrado para los saldos a favor reflejados en las declaraciones tributarias, por tanto se debe atender a lo

⁸ Decreto expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio del cual se reglamentó parcialmente el Libro VI (Gravamen a los Movimientos Financieros) del Estatuto Tributario

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 28 de febrero de 2008, exp. 15924, M.P. Ligia López Díaz

dispuesto en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y el Decreto 1000 de 1997. El inciso segundo del artículo 850 del Estatuto Tributario es expreso en señalar la obligación de la Administración tributaria de devolver oportunamente a los contribuyentes, "los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para la devoluciones de los saldos a favor."

Dentro de estas disposiciones, aplicables al caso concreto, está el artículo 863 del Estatuto Tributario el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 863. Intereses a favor del contribuyente. Cuando hubiere un pago en exceso o en las declaraciones tributarias resulte un saldo a favor del contribuyente, solo se causarán intereses corrientes y moratorios, en los siguientes casos:

Se causan intereses corrientes, cuando se hubiere presentado solicitud de devolución y el saldo a favor estuviere en discusión, desde la fecha de notificación del requerimiento especial o del acto que niegue la devolución, según el caso, hasta la del acto o providencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor.

Se causan intereses moratorios, a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación."

Esta disposición debe ser aplicada al caso concreto, porque así lo dispone expresamente el artículo 850 del Estatuto Tributario, al que se hizo alusión, y adicionalmente porque es una norma de carácter especial y por tanto prevalece frente a las reglas generales consagradas en el Código Contencioso Administrativo o en el Código Civil en materia de intereses, como lo ha señalado esta Corporación¹⁰.

De acuerdo con el artículo 863 del Estatuto Tributario, transcrito, el reconocimiento de intereses corrientes se hará desde la fecha de la presentación de la solicitud de devolución¹¹, hecha en debida forma y sólo cuando el saldo a favor queda en discusión a través de un requerimiento especial o mediante cualquier otro acto que niegue la devolución y hasta la fecha del acto administrativo o de la providencia judicial que confirme el saldo a favor, los intereses moratorios se causan desde la fecha de vencimiento del término legal para devolver y hasta cuando la Administración pague efectivamente el saldo a favor del contribuyente, como se observa, en uno u otro caso se requiere que exista una solicitud de devolución del saldo a favor. No procede reconocimiento de intereses por saldos a cargo de la Administración tributaria que no hayan sido requeridos expresamente por el particular u ordenados por autoridad judicial."

3.3 El derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y la prueba de su vulneración o amenaza.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16403, M.P. Héctor J. Romero Díaz.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 6 de marzo de 2008, exp. 16047, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Patrimonio Público.

Acerca del contenido y alcance del derecho al patrimonio público de interés colectivo, el Consejo Estado, en Sentencia 8 de junio de 2011 **Rad: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)** Actor: Fernando García Herreros Castañeda Ddo: Ministerio De Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Contraloría General de la Republica, ha puntualizado:

"Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales... El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico..."¹²

El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que con lleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: **1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido**¹³.

En este sentido, el derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a "la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado"¹⁴. En tal virtud, si el **funcionario público o el**

¹² Consejo de Estado, sentencia de 19 de febrero de 2004, exp. 2002-559, Ver igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2004, exp. 2002-1964, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹³ Sentencia Consejo De Estado ocho (08) de junio de dos mil once (2011) Rad: 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP) Actor: Cesar Alfonso Méndez Doval Demandado: Municipio De Neiva Y Otro.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”¹⁵, esto implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial¹⁶.

Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: *“la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”¹⁷*.

Así las cosas, encontramos que el patrimonio público de interés general es un derecho colectivo en cabeza de todas las personas, el cual se encuentra conformado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al estado, su defensa entonces viene a ser, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen con eficiencia y transparencia que el funcionario público o el particular que le corresponda su administración no la realice indebidamente bien porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los señalados en las normas, por lo anterior es procedente que se busque la protección de este derecho por medio de una acción popular.

Así mismo, en anteriores oportunidades el Consejo de Estado se ha pronunciado frente al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público indicando que:

“es necesario diferenciar la apreciación política, el valor o el significado político de la materialización del concepto y la repercusión judicial del contenido de las cláusulas jurídicas... por su parte mientras no exista una norma expresa que defina el contenido jurídico del concepto de defensa del patrimonio público, en cada caso, corresponderá determinarlo al juez, quien debe efectuar un estudio de validez constitucional y legal de la opción políticamente escogida, por lo que podría decirse que el juez asume el control de límites normativos que condicionan al

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Exp. AP – 163 de 2001. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁶ *Ibidem*. Véase también la Sentencia del 31 de mayo del 2002. Exp. AP-300 que “ (...) la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular”.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. “De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la “defensa del patrimonio público” y “defensa del patrimonio cultural de la Nación”.

*derecho la decisión discrecional, no arbitraria, de los órganos políticos*¹⁸.

Es decir, la defensa del patrimonio público se define en cada caso en particular, dados los elementos que tenga el juez para concretarlo. Por esta razón es él, quien tiene el poder para decidir quién atenta o no contra el patrimonio público, de acuerdo con la constitución y las leyes, pero siempre respetando la autonomía que tiene el Administrador para ejecutar¹⁹. (Subraya del despacho)

3.4 Caso en Concreto

Como fundamento factico relevante, el actor del presente proceso narra en el escrito demandatorio que, en las diferentes cuentas de la Tesorería de la Alcaldía Corozal - Sucre, donde se maneja el presupuesto Municipal, se viene haciendo efectivo el cobro de un gravamen a los movimientos financieros, atentado así contra presupuesto del Municipio, por lo que se configura una vulneración del derecho colectivo al patrimonio público.

Debido a esta circunstancia, se demanda a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Banco Agrario (Sucursal Corozal)- Bancolombia (Sucursal Corozal)- Banco BBVA (Sucursal Corozal)- Banco Popular (Sucursal Corozal) – Baco de Bogotá (Sucursal Corozal) solicitando que se suspenda la aplicación de este gravamen, que se devuelvan las sumas retenidas de forma indebida, junto con los rendimientos o intereses a que haya lugar.

En atención a la normatividad relativa al gravamen de los movimientos financieros, se tiene que el respectivo gravamen por ser de naturaleza instantánea se causa en el momento en que se realice la transacción financiera, es decir, que se obtenga la disposición de los recursos objeto de dicha transacción, sea por abono, pago en efectivo o expedición de cheques, tales operaciones deben ser realizadas por los usuarios y clientes de las entidades de dicho sector y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, el actor popular refiere que en las cuentas pertenecientes al Municipio de Santiago de Tolú, se realiza el cobro del GMF sin que se haya especificado las cuentas y su clase, así como el detrimento patrimonial causado al municipio por la retención de dicho impuesto por parte de las entidades bancarias.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia AP-100, 24 de agosto de 2001, M.P. Darío Quiñónez Pinilla.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-24-000-2002-90178-01 (AP-90178). Actor: CARLOS GERMAN FARFÁN PATIÑO

De acuerdo a lo indicado en la normatividad Tributaria, la aplicación del gravamen, tiene exenciones recayendo según lo estipula el artículo 879 del E.T numeral 9, en los dineros del erario público manejados por las entidades territoriales, siendo responsabilidad del Tesorero de la entidad territorial la identificación, ante los establecimientos de crédito respectivos, (Parágrafo 2° del Art. 879 del E.T; artículo 9 del Decreto 405 de 2001) de las cuentas Corrientes o de ahorro donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos Del Presupuesto General Territorial.

Considera el despacho que correspondía al actor señalar las cuentas que según él se encontraban marcadas como exentas y que pese a ello, la entidad bancaria les estuviera realizando el descuento por el gravamen, no se allegó al expediente prueba en la que constara las cuentas donde se aplicó el impuesto a los GMF, esto es extractos bancarios en los que se evidenciara el hecho narrado por él, del mismo modo no se comprobó si el Tesorero de la municipalidad de Corozal solicitó la exención al gravamen por el tipo de cuentas manejadas ante las entidades bancarias demandadas. El accionante no traslado tal responsabilidad al Municipio de Corozal, demandándolo, siendo el directamente responsable en cabeza del Tesorero Municipio. Quiso hacer ver que la responsabilidad recaía sobre la Administración de Impuestos Nacionales "DIAN" y las entidades bancarias, siendo por lo ya señalado, que al que le correspondía la mayor diligencia a fin de no menoscabar el Patrimonio Público era al Municipio de Corozal, por ser el titular de las cuentas aperturadas y consideradas exentas por disposición legal.

En materia de acciones populares la carga de la prueba la tiene el actor; según lo señalado en el artículo el artículo 30²⁰ de la Ley 472 de 1998.

Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción. Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

²⁰ ARTICULO 30. **CARGA DE LA PRUEBA.** La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, el Consejo de Estado ha señalado que:

"...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.

*"Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia."²¹
(Resaltado fuera de texto).*

Así mismo en sentencia de fecha 30 de junio de 2011 expediente con radicación **50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)**, esa corporación sostuvo:

"la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y la normalización de una situación que pueda ser protegida con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.

La carga de la prueba le impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda".

En cuanto a la vulneración del derecho e interés colectivo aducido por el actor popular, en el caso bajo examen, no se demostró conducta alguna atribuible, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho colectivo al patrimonio público, habida consideración a que este despacho, no verificó la existencia de **una conducta vulnerante por parte de las entidades demandadas.**

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP-1499 de 2005.

El acervo probatorio recaudado no demostró detrimento al patrimonio público.

Por otra parte, la máxima corporación de lo contencioso administrativo se ha ocupado de señalar que:

Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo.

La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial. Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa.

De acuerdo con el alcance que la jurisprudencia le ha dado al derecho colectivo al patrimonio público, cuya vulneración ha vinculado a la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos, no se encuentra en este caso que el accionar de los demandados (...) hayan vulnerado o amenacen vulnerar el patrimonio público, comoquiera que no se evidencia la existencia de detrimento al patrimonio estatal, ni la amenaza de que pueda presentarse tal detrimento.

El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios.

Habrà detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, lo anterior no impide que se consolide la vulneración al patrimonio público con independencia de que exista o no violación a la moral administrativa, pero necesariamente el accionante debe demostrar la amenaza o el detrimento al patrimonio público, aspecto que debe ser estudiado a pesar de que no se haya acreditado vulneración a la moralidad administrativa.

Frente a la vulneración invocada de este interés colectivo, el actor tampoco cumplió con la carga de probar el hecho alegado.

En efecto no obra medio demostrativo de que los recursos del Estado no hayan sido administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, conforme a la normativa aplicable, ni tampoco que se haya presentado detrimento patrimonial público alguno.

En conclusión y dando respuesta al problema jurídico solicitado, se denegarán las pretensiones de la demanda ante la no existencia de amenaza o violación a la defensa del patrimonio público de que trata los hechos y las pretensiones de la demanda.

Incentivo.

Se denegará en virtud a lo reglado en la ley 1425 de 2010, por medio de la cual se derogaron los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 relativos al incentivo reconocido en las acciones populares. Al respecto el Consejo de Estado en pronunciamiento de fecha 24 de enero de 2011 señaló:

"En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, la Sala lo negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículo 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1425 de 2010, publicada en el diario oficial N° 47.937, del 29 de diciembre del mismo año: esta ley que consta de dos artículos, dispone en el primero: Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998" y en el segundo que: " la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias" "Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habrían concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban

Condena en costas.

En las acciones populares, conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, se puede condenar en costas al demandante cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. Las reglas aplicables son las contempladas en el Código de Procedimiento Civil²²

²² "Artículo 38. Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán

El artículo 74 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Art. 74. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a este.*
- 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- 3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*
- 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.*
- 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso."*

En términos generales la temeridad consiste en una reprochable conducta mediante la cual una persona, independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o procesal, en búsqueda de efectos favorables a sus pretensiones.²³

El Consejo de Estado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que hay temeridad en el ejercicio de la acción popular, cuando ella se promueve sin fundamento alguno, o cuando de los hechos y del material probatorio se infiere la absoluta improcedencia de la acción²⁴.

En el presente caso, el análisis de los hechos y el material probatorio no evidencian que la actuación del demandante haya sido superflua, que las pretensiones de la demanda hayan carecido de todo sustento legal o que el ejercicio de la acción haya sido arbitrario, o de mala fe²⁵.

Siendo ello así, este despacho considera que no se configuran los presupuestos para condenar al demandante en costas, conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar."

²³ Corte Constitucional, SU-253 de mayo 27 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁴ Providencia de 7 de junio de 2007, expediente 2004-90185-01. Actor: Patricia Enciso Revelo. C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y providencia de 30 de agosto de 2007, expediente 2004-00623-01. Actor: Olga Lucia Vargas Bello. C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón.

²⁵ La mala fe se define como el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título. Corte Constitucional, C-544 de 1994.

4. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo- Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENIEGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE PERSONALMENTE a la señora Agente del Ministerio Público delegada ante este despacho judicial.

TERCERO: Sin condena en costas.

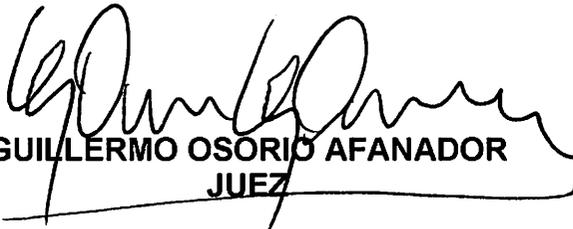
CUARTO: Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la Defensoría del Pueblo en virtud a lo establecido en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

QUINTO: EXHORTASE al Tesorero del Municipio de Corozal, para que en lo sucesivo de manera preventiva, informe a los diferentes bancos donde se manejen de manera exclusiva recursos públicos del Presupuesto General Territorial la exención de aplicar a las cuentas de ahorro y corriente el Gravamen a los Movimientos Financieros, conforme a lo señalado en el parágrafo 2° del artículo 879 del E.T y artículo 9° del Decreto 405 de 2001. Por secretaría remitir el respectivo comunicado.

SEXTO: HAGASE entrega al demandante, por Secretaría, del remanente o saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUILLERMO OSORIO AFANADOR
JUEZ