

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 11 de noviembre de 2020.

AUTO No. \_\_\_\_.

**MAGISTRADO PONENTE: JHON ERICK CHAVES BRAVO.**

ACCIÓN:	POPULAR
EXPEDIENTE:	76001-33-33-015-2020-00121-01.
DEMANDANTE:	PROCURADORES 165 Y 166 JUDICIALES II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y EMPRESAS DE RECURSOS TECNOLOGICOS ERT
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR

**I. OBJETO DE LA DECISION**

Se procederá a resolver el recurso apelación, propuesto por las entidades accionadas Departamento del Valle del Cauca y Empresa de recursos tecnológicos ERT, contra el auto interlocutorio No. 194 del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante el cual se decretó la medida cautelar solicitada por la parte actora.

**II. ANTECEDENTES**

Los Procuradores 165 y 166 judiciales II para asuntos administrativos, presentaron medio de control de acción popular por la presunta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato interadministrativo No. 1.120.40-59.2 5708 de 14 de diciembre de 2018 y como pretensiones solicitaron que se reconozca que la actividad de liquidar tributos y expedir los correspondientes recibos para su pago, de conformidad con las normas aplicables a la materia y la sistemática jurisprudencia del Consejo de Estado, una típica función administrativa que (I) no puede ser trasladar a un tercero y (II) por la cual no se puede cobrar tarifa alguna.

Así mismo, solicita que se declare que la Cláusula Décima Cuarta del CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1.120.40-59.2 5708 de 14 de diciembre de 2018, vulnera el derecho a la moralidad administrativa, en tanto habilita a que un tercero -Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. EPS - ERT EPS- desarrolle, de manera directa, una función administrativa que corresponde a la entidad territorial.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a las entidades accionadas cesar la vulneración al derecho a la moralidad administrativa y que se suspenda el cobro de la retribución económica que se indica como contraprestación de los servicios y a cargo del sujeto pasivo del impuesto y la habilitación realizada la Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. EPS -ERT EPS para que realice la función de cobro.



Como medida cautelar, solicitó la suspensión del cobro de la retribución económica que se indica como contraprestación de los servicios y a cargo del sujeto pasivo del impuesto y la SUSPENSIÓN de la habilitación realizada al tercero -Empresa de Recursos Tecnológicos S.A. EPS -ERT EPS.

### **III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:**

Mediante auto interlocutorio No. 194 del 21 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Cali se decretó la medida cautelar solicitada mientras se decide de fondo la acción popular, ordenando al Departamento del Valle del Cauca la suspensión provisional del cobro por la liquidación del impuesto de vehículos en el Departamento del Valle del Cauca y la habilitación a la Empresa de Recursos Tecnológicos ERT S. A. para efectuar dicha liquidación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el cobro por la liquidación del impuesto de vehículo que va destinado a la empresa contratada por el Departamento puede afectar la moralidad administrativa, ya que la atribución de liquidar el impuesto no puede ser cobrado a título de impuesto, tasa, contribución o bajo cualquier otro título y en el evento de que dicho cobro tuviese la connotación de un tributo, no es la administración la competente para establecer dicho gravamen.

Agrega, que el Departamento del Valle del Cauca señala, que al decretar la medida cautelar se afectaría el recaudo del impuesto vehicular, ya que a administración en cabeza de la Unidad de Rentas y Gestión Tributaria no cuenta con los recursos tecnológicos ni de personal para liquidar el impuesto y el hecho que todos los contribuyentes lo hagan de manera manual, fomenta la presencialidad de los mismos en la sede y esto no es conveniente por motivos de salubridad en el momento por el que atraviesa la ciudad debido al COVID- 19; sin embargo, sus argumentos no son de recibo ya que no pueden establecer alternativas ilegales y la entidad debe implementar los parámetros tecnológicos respectivos para poder brindar el servicio de forma ágil, y segura a los interesados.

Indica, que, si bien la entidad territorial tiene la facultad de generar la liquidación del impuesto vehicular, esta es facultativa y no una obligación y que, si decide hacerlo, no se encuentra facultado para desarrollar esta actividad mediante un tercero generando por ello cobro si el contribuyente escoge la opción de que la ERT liquide el impuesto vehicular por medio de su plataforma tecnológica, pues esto extralimita las atribuciones de la administración. Además, mediante en la sentencia de nulidad proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la jurisdicción ya se pronunció frente a dicho cobro; sin embargo, el Departamento lo revivió mediante la suscripción de un contrato, incurriendo en expresa prohibición legal.



#### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

- **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**

El Departamento del Valle del Cauca, recurrió la decisión proferida por el A quo, con base en los siguientes argumentos:

Indica que el Departamento del Valle del Cauca nunca ha trasladado la función administrativa de su competencia a un tercero como lo señala el Juez A quo, ya que lo que realiza la Entidad Territorial en desarrollo del contrato interadministrativo realizado con la *Empresa de Recursos Tecnológicos ERT S.A.*, es dar cumplimiento al objeto contractual del mismo, impactando de manera positiva las relaciones de asistencia con los contribuyentes, razón por la cual se determinó facilitar, con un precio público, que el contribuyente cumpla su obligación obteniendo así una asistencia por automatización que determina la autoliquidación con la cual el genera el pago en favor del Departamento del Valle del Cauca.

Señala que la plataforma está disponible accediendo desde la página web de la gobernación a través del sitio <https://www.vehiculosvalle.com.co/>, desde donde el usuario sin necesidad de desplazamiento físico, accede a un software especializado que automatiza el diligenciamiento del formulario y permite el pago por vía electrónica y cuando no desea cancelar el servicio, el sitio web genera un formulario en formato PDF en blanco para ser diligenciado por el contribuyente como obligado tributario.

Manifiesta, que en el presente asunto no existe vulneración al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, ya que se discute un contrato interadministrativo celebrado en cumplimiento de la normativa constitucional y legal que rige la administración pública, lo cual está documentado con claridad en estudios previos que dan cuenta de las condiciones bajo las cuales dos entidades públicas celebran un contrato cuyo objeto no contempla la liquidación del impuesto vehicular como erróneamente lo plasma el Juez A quo, sino que tiene como objeto entre otras poner al servicio de los interesados medios electrónicos para facilitar el deber formal de declarar, ya que estos métodos hacen más eficiente, ágil y económico el control del fraude y la evasión para la entidad territorial, además de asegurar de mejor manera el recaudo efectivo de los recursos públicos.

Agrega, que ninguna de las cláusulas del contrato Interadministrativo el recaudo del impuesto de vehículos automotores, Control de las carpetas de los contribuyentes, fiscalización y gestión de cobro, ni la administración del tributo impuesto de vehículos automotores, sino hacer uso de las tecnologías de información para ofrecer servicios digitales a la comunidad con el fin de mejorar su eficiencia administrativa



a la par de dar con mayor facilidad el cumplimiento de su misión, máxime en este momento por el que atraviesa la ciudad como consecuencia del COVID-19 lo anterior de conformidad con los lineamientos impartido por el Ministerio de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Hizo referencia a la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Risaralda en la cual se solicitó la nulidad del artículo 6° de la Ordenanza 038 del 30 de noviembre de 2009 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, que se refiere al cobro de los derechos por el servicio de sistematización y asistencia al contribuyente, establecidos para la liquidación y pago de los impuestos sobre vehículos automotores, dirigido a los propietarios o poseedores de vehículos iguales o mayores a cuatro ruedas, por un monto equivalente a 1.6 SMLDV y para los automotores de tres ruedas o menos el equivalente a 1 SMLDV.

Precisó que en dicho asunto el demandante argumentó que se violaba el principio de legalidad del tributo, ya que estableció un impuesto sin que preexistiera una ley que ordenara su creación ni sus elementos constitutivos, excediendo las facultades que le fueron concedidas por la Constitución y la ley, ya que se configuró la causal de falta de competencia material para crear o imponer contribuciones fiscales o parafiscales que es facultad exclusiva del Congreso de la República. Por lo anterior el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio sentencia del 31 de enero de 2012, declaró la nulidad de la norma demandada, por violación al principio de legalidad tributaria.

El Departamento indicó que lo que se discutió dentro del referido proceso, fue la legalidad en la creación del tributo denominado TASA “que fue creada mediante una ordenanza y no por una Ley expedida por el Legislador, quien es el único facultado para crear los tributos y determinar sus elementos y que a partir del establecimiento legal del impuesto (ley), los entes territoriales de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los hubiere fijado directamente.

Señala que en el presente asunto no se presentan en el caso del precio público por el uso de la plataforma tecnología que brinda la E.R.T., en tanto que el mismo no se cobra en cumplimiento de una función administrativa de la Gobernación del Valle, su respectivo pago es en contraprestación a un servicio prestado, que puede ser o no ser utilizado por el sujeto pasivo.

En este caso el Estado actúa como un particular sujeto principalmente a reglas de derecho privado, esto es sin ejercer propiamente su poder de imposición. Simplemente facilita bajo la figura del “precio” la autoliquidación, lo que supone en condiciones normales, la existencia de prestaciones y contraprestaciones de total equivalencia y de carácter directo e individual, razón por la cual equiparar de manera interpretativa



los antecedentes del Tribunal de Risaralda al presente caso, resulta improcedente toda vez que no se está creando un tributo y mucho menos se están asumiendo funciones del legislativo en materia impositiva.

Indicó que la medida decretada genera impactos negativos en la percepción del servicio, ya que la gran demanda de servicios presenciales ocasionará congestión y aglomeraciones. Impacto en el fraude y en la posterior gestión de control, pues no se podrá tener control sobre los formularios y la información suministrada e impacto de recaudo, ya que, casi el 100% del recaudo por concepto de Impuesto de Vehículos Automotores tiene origen en el uso de la plataforma implementada en desarrollo del contrato interadministrativo y la eventual suspensión del apoyo tecnológico, demandaría un tiempo y medios considerables para implementar una alternativa eficaz, adicionalmente se tendría que la atención presencial, con las restricciones de capacidad operativa y aforo de la sede física de la administración, afectará el volumen de operaciones y pagos, el nivel de cumplimiento del presupuesto de ingresos y la cantidad de recursos en caja.

Finalmente expuso, que en el presente asunto no es posible darle aplicación al artículo 25 de la Ley 472 de 1998, pues no se puede discutir por medio de la acción popular un contrato estatal y tampoco se discute la moralidad administrativa y mucho menos la existencia del perjuicio, lo que desnaturaliza esta acción y lo convierte en una discusión de legalidad.

- **EMPRESA DE RECURSOS TECNOLOGICOS ERT S.A. ESP.**

Indicó que la Entidad Territorial, puso a disposición de los sujetos pasivos una alternativa (Soporte Tecnológico) para el pago del impuesto automotor, con el fin de contribuir en la economía de los contribuyentes, teniendo en cuenta, que con la opción que se ofrece a través del Soporte Tecnológico, se evitan un mayor costo en: transporte; impresión de formularios, el tiempo que debe emplear el usuario para desplazarse hasta las instalaciones de la referida entidad y la espera de un turno, situaciones que le generan un mayor costo a los contribuyentes, que seguramente no superan el precio público \$14100 que cada contribuyente debe pagar por la utilización del Soporte Tecnológico.

Señaló que, el Precio que los contribuyentes pagan por la utilización de la Plataforma (Soporte Tecnológico), no se cobra en cumplimiento de una función administrativa de la Gobernación del Valle, sino como contraprestación a un servicio prestado, que puede ser o no utilizado por el sujeto pasivo.

Manifestó, que como consecuencia de la medida cautelar decretada, la Gobernación del Valle no cuenta con los recursos tecnológicos y económicos para suplir este servicio, por lo que en la actualidad los usuarios no tienen la posibilidad de utilizar la herramienta tecnológica y obligan al Departamento a hacer adiciones presupuestales al gasto para poder suplir este costo



Finalmente indicó, que no le es dable al juez constitucional tomar decisiones que afecten un contrato estatal con consecuencias presupuestales, pues carece de competencia y con esto usurparía la órbita del juez ordinario, además se ocasionan graves perjuicios para la entidad y el Departamento del Valle del Cauca, máxime cuando el Juez *A quo* accedió a decretar una medida en la que no se prueba la ocurrencia del perjuicio irremediable.

## V. CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer:

- ¿Se cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales requeridos para ordenar la suspensión de un contrato estatal por medio de una acción popular?
- ¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de la suscripción y ejecución del contrato interadministrativo No. 1.120.40-59.2 5708 de 14 de diciembre de 2018, modificado por la cláusula octava del otrosí No. 1.120.40-59.2- 5708-1 de 3 de diciembre de 2019, modificado a su vez por la cláusula primera del otrosí No. 1.120.40- 59.2- 5708-2 de 14 de diciembre de 2019, celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca y la Empresa de Recursos Tecnológicos-ERT, por resultar violatoria al derecho a la moralidad administrativa?.  
¿Consecuencialmente, verificar si se cumplieron los requisitos para decretarla?

Para resolver el problema jurídico, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial acerca de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, de la suspensión provisional, las medidas preventivas y luego aplicarlo al caso concreto.

- **MARCO NORMATIVO DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LAS ACCIONES POPULARES**

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, establece que antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado y en particular, podrá decretar las siguientes medidas:

***“a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando:***

***b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;***



*c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*

*d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.”*

El artículo 26 de la Ley 472 de 1998, dispuso que la oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.
- Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en su capítulo XI regula lo concerniente a las medidas cautelares de los medios de control que se tramitan ante esta jurisdicción, en donde el párrafo del artículo 229 hace extensiva las regulaciones a las acciones populares, veamos:

*“(…) Artículo 229. ( . . . ). Párrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”. (…)*

El artículo 236 ibidem consagra:

*“(…) Artículo 236. Recursos. El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días. ( . . . )”*

- **RECUENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:**

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*

La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013, se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:



*“(…) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (…)”<sup>1</sup>.*

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en el artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “*proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”. Además, indicó que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte debidamente sustentada, y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 230 del CPACA clasificó las medidas cautelares como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante, y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 *ibídem* determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 230.

Para mayor claridad, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento<sup>2</sup>, esquematizó la clasificación de los requisitos de las medidas cautelares, así:

**“Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal y de índole material, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
--

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del siete (07) de febrero de dos mil diecinueve (2019), rad: 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-2018).





REQUISITOS DE PROCEDENCIA GENERALES O COMUNES	DE ÍNDOLE FORMAL	Debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011)
		Debe existir solicitud de parte <sup>3</sup> debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
	DE ÍNDOLE MATERIAL	La medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
		La medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011).

**Requisitos de procedencia específicos, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES			
REQUISITOS DE PROCEDENCIA ESPECÍFICOS	SUSPENSIÓN PROVISIONAL	Si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, la cual puede surgir:	a) tras confrontar el acto demandado con estas
			b) tras confrontar, las normas superiores invocadas, con las pruebas.
		Si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios...	Además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011)
	Si se pretenden otras medidas cautelares	a) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho;	b) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados;

<sup>3</sup> De conformidad con el parágrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las “medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.



	diferentes a la de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos:	documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y
		d) Que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011).

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, recordó en cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para adoptar una medida cautelar lo siguiente:

*“ En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”<sup>4</sup>. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (Resaltado fuera del texto).*

*Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:*

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”<sup>5</sup> (Negritas fuera del texto).*

*Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:*

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las***

<sup>4</sup> Artículo 229 del CPACA

<sup>5</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.



**medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]**<sup>6</sup>(Negrillas no son del texto).

Se tiene, entonces, que en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) fumus boni iuris**, o apariencia de buen derecho, **(ii) periculum in mora**, o perjuicio de la mora, y, **(iii) la ponderación de intereses**.

- **LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTO ACUSADO – REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL:**

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la CP y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA. Aspectos aplicables a la cautelar en la acción popular.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”*.<sup>7</sup>

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

---

<sup>6</sup> Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’”

<sup>7</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015<sup>8</sup> y señaló que:

*“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (…).”*

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015<sup>9</sup>, en el cual subrayó lo siguiente:

*“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (aparición de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”*

Acerca de la forma en la que el juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“(…) Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (…)” (Resaltado fuera del texto).*

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de *“mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto”*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>10</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la



## • LA MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA

Como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares son preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas.

La cautela negativa por excelencia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la administración: hechos u operaciones administrativas, y dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Respecto de las medidas preventivas, estas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante<sup>11</sup>. La Ley 1437 del 2011 consagró, dentro los procesos contencioso-administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal<sup>12</sup>, que corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia<sup>13</sup>.

Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la materialización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues, de lo contrario, el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Por ende, para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, es decir, que el demandante haya

---

tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite' [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o 'prejuzgamiento' de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia". (Negrillas fuera del texto).

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

<sup>12</sup> Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.



demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios<sup>14</sup>.

- **DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN MATERIA CONTRACTUAL.**

La Ley 1437 de 2011 en el inciso 2° del artículo 144 dispuso:

*“Art. 144.- Cualquiera persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

**Quando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.**

(...)” (Subrayado y negrillas del Despacho)

Conforme a lo dispuesto en la norma citada anteriormente, se tiene que a través de la acción popular puede solicitarse la protección de los derechos e intereses colectivos cuando su posible vulneración provenga de una entidad pública, incluso de un acto administrativo o un contrato estatal, sin embargo la misma ley ha limitado la función del juez popular en estos casos, simplemente a adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la vulneración o amenaza de los mencionados derechos, pero no de le ha facultado para anular el acto o el contrato.

No obstante, el mandato dispuesto anteriormente por el legislador con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, las distintas salas que conforman el H. Consejo de Estado han adoptado diferentes posiciones respecto de la facultad de anular los actos o contratos derivados de un contrato estatal, a través de la acción popular.

Por ejemplo, en Sentencia del 29 de agosto de 2014 de la Sección Tercera- Subsección B, con ponencia de la Dra. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO<sup>15</sup>, sobre el tema se expuso:

*“Ahora, de conformidad con el artículo 144 del C.P.A.C.A. no procede que el juez popular anule el contrato, sin perjuicio de que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esas disposiciones,*

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> H. Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección B. Radicación No. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP). Actor: JUAN CARLOS ORTIZ CRISTANCHO Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTROS.



Radicación : 2020-00121-01.  
Medio de control : POPULAR  
Demandante : PROCURADORES 165 Y 166 JUDICIALES II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS  
Demandado : DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO.

15

*resaltando, en esa oportunidad, que, dado su carácter principal y preferencial, no puede subordinarse la procedencia de la acción popular al ejercicio de las acciones ordinarias y que el juicio de legalidad orientado a la declaración de nulidad de los actos y contratos no limita la competencia del juez popular para adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos:*

*En ese sentido señaló la Corte<sup>16</sup> -se destaca-:*

*Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares.*

*Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativa) en modo alguno tornan improcedente su interposición. (...).*

*En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando” (...).*

*La Corte comparte la apreciación del Ministerio Público en su intervención cuando afirma que “anular el acto o contrato no es indispensable para proteger derechos e intereses, pues el juez tiene a su alcance múltiples medidas para lograr la protección de éstos, sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, lo cual es una tarea propia y exclusiva, conforme al principio de especialidad, de la autoridad judicial que tiene competencia para ello”.*

*El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quién debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación.*

*En la misma línea, esta Sala ha señalado que, siendo uno de los más importantes instrumentos para la ejecución de los recursos públicos y el logro de los cometidos estatales, no resulta posible que a la actividad contractual de la administración se la sustraiga del control judicial que la constitución garantiza a los ciudadanos, para exigir la eficacia de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato, para subordinarlo y conducirlo exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones ordinarias dispuestas para el control de este principio.*

*Ello debe ser así, porque, estando el contrato estatal al servicio de los intereses generales, el control de sus fines se ubica más allá de la eficacia de los derechos particulares creados, de manera que el reconocimiento de estos últimos solamente es posible cuando en sus efectos se adecúa plenamente a los fines estatales, dada la prevalencia de la moralidad administrativa.*

*Así lo ha destacado esta Subsección<sup>18</sup> –se destaca-:*

*2.1.2 La moralidad frente a la eficacia del contrato estatal. Alcance de la acción popular La moralidad administrativa como valor supremo rige las distintas actividades de la administración; con mayor razón la contractual, en tanto se trata de una de las indispensables para el logro de los cometidos estatales, mediante la ejecución de los recursos públicos y, por ende, con mayores riesgos de que, por el oportunismo*

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011, ponente Jorge Iván Palacio Palacio.



*de funcionarios proclives al ejercicio del poder en beneficio particular, la desidia o negligencia, la arbitrariedad o en fin, la inmoralidad en la conducta, la contratación se desvíe de los fines públicos.*

*Si el contrato estatal encuentra su razón de ser en la adecuación a los fines estatales, no existe justificación para que se lo sustraiga del control judicial a que constitucionalmente tienen derecho los ciudadanos por razón de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación.*

*Y siendo la moralidad administrativa objeto de control judicial directo, no se acompasa con la protección constitucional otorgada a este valor la idea de conducir el juicio de moralidad que debe recaer, en cada caso, sobre la actividad contractual de la administración, exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones enderezadas a la protección de este último principio.*

*En ese orden, debe tenerse en cuenta que, en general, la eficacia de los negocios jurídicos, esto es, el reconocimiento de los efectos queridos por las partes, además de la autonomía de la voluntad requiere que su formación, contenido y fines se adecúen al ordenamiento superior; de lo contrario se predica su ineficacia, esto es la carencia de efectos. Y, en el devenir del derecho, distintas posiciones se han asumido frente a los mecanismos idóneos para controlar que la autonomía de la voluntad no desborde los deberes de corrección que imponen el derecho y la moral en la actividad contractual, de cara a la eficacia del negocio jurídico.*

*Así, en la etapa conocida como el periodo arcaico del Derecho Romano, los contratos formados por palabras solemnes (contratos verbis), escapaban al control judicial del contenido y fines, pues su eficacia jurídica provenía del valor sacramental de las palabras pronunciadas para obligarse. En épocas posteriores, a partir de la protección de la buena fe por parte del pretor romano, se reconoció eficacia al contrato bona fides, a condición de que no resulte contrario a la confianza, la honestidad, la lealtad y la moral. Al efecto, la ineficacia revistió las formas de i) nulidad –negotium nullum, nullius momenti-, conforme con la cual se niega la existencia misma del negocio (nullius es condición de nihil, esto es, negación de la existencia), sin ser necesaria la declaración judicial y ii) anulabilidad, como mecanismo de control judicial para destruir el negocio existente, por vicios o defectos que impiden su eficacia. Se consideraron como causas de nulidad radical, ipso iure, la imposibilidad de la prestación, el contenido inmoral, la infracción de norma legal, la imposibilidad de la condición, la falta de capacidad de obrar, los vicios de la voluntad y los defectos formales.*

*Empero, en el Derecho Francés y por la influencia que su codificación tuvo en la legislación civil vernácula, al amparo de las variaciones que sufrieron las instituciones en la codificación Justiniana y de la ideología individualista de la época, se abandonó la existencia y eficacia del negocio jurídico a la primacía de la voluntad privada, a partir del entendimiento de que con, independencia de las irregularidades en que se haya incurrido, el acto nace a la vida jurídica y se presume válido en tanto no se le declare nulo, distinguiéndose entre nulidad absoluta y relativa –rescisión o anulabilidad-, según si el vicio atenta directamente contra la ley, o la seriedad (simulación), la rectitud u honestidad (fraude pauliano), la voluntad (error, dolo y fuerza), en síntesis, contra la buena fe.*

*Si bien el Código Civil sometió los vicios o irregularidades del contrato originados en razones de moralidad a la decisión de nulidad -autorizó al Ministerio Público para pedir la declaración de nulidad absoluta en el interés “de la moral” (art. 1742)-, lo hizo bajo la subordinación a la que doblegó la moral frente a la ley, al señalar que es “moralmente imposible el [objeto] prohibido por la ley” –art. 1518-. De manera que la acción de nulidad es un mecanismo válido para enjuiciar los contratos estatales por razones de moralidad en aquellos casos en que se vincula la moral con la legalidad, pero insuficiente para controlar directamente la moralidad administrativa en la actividad contractual del Estado como lo exige la Constitución Política.*

*En épocas actuales, desde el ámbito legal, la ineficacia del negocio jurídico ha trascendido el campo de la nulidad y la rescisión a la que se le enterró en el Código Civil, retornándose parcialmente a los antiguos postulados de que el contrato igualmente puede carecer de efectos, ipso jure, cuando faltan los requisitos para su formación –inexistencia- o cuando la ley ha declarado que el acto es ineficaz de pleno derecho, así mismo cuando es inoponible, o anulable, etc. –Código de Comercio, arts. 897 a 901-.*

*Superados, política y jurídicamente, el individualismo y el Estado liberal de derecho, bajo cuyas ideologías se domeñó la moralidad administrativa al principio de legalidad, resulta del caso concretar el alcance del*





*primero de estos principios-derecho en el Estado social y democrático de derecho, frente a la eficacia del contrato estatal.*

*Establecido está que la Constitución Política impone su carácter normativo vinculante y su jerarquía superior sobre la actividad contractual de la administración, incluyendo la formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato estatal; de donde resulta que el control judicial de este negocio no se agota en la legalidad y en el ejercicio de las acciones contractuales encaminadas a la protección de este último principio.*

*Ahora, si las disposiciones constitucionales sometieron la actividad contractual de la administración a los controles judiciales de legalidad y de moralidad, los titulares de este último derecho no pueden menos que reclamar una acción para su control, acorde con los atributos y alcances específicos de la moralidad administrativa. Y en ese orden, la Constitución introdujo la popular como una acción principal para controlar la moralidad en los contratos estatales.*

*Ahora bien, el control de los fines no es ajeno siquiera al negocio jurídico entre particulares, pues los motivos ilícitos dan lugar a la nulidad absoluta. Pero no por ello puede entenderse que este sea el único tratamiento que debe dispensarse a la violación de los fines del contrato estatal, por la potísima razón de que en tanto el negocio entre particulares sirve a sus propios intereses, el control de los motivos se encamina específicamente a la prevalencia del ordenamiento jurídico sobre la autonomía de la voluntad privada; mientras que el contrato estatal sirve a los intereses estatales, el control de sus fines, más allá de la prevalencia del ordenamiento a la que se orienta el juicio de legalidad-nulidad, persigue, principalmente, la adecuación de la actividad estatal a los principios y valores que legitiman las actuaciones de la administración y la supremacía de los objetivos estatales, esto es, el control de los fines del contrato estatal se enfila a la prevalencia de la moralidad administrativa.*

*Dentro de este marco, ¿deben reconocerse plenamente los efectos de un contrato estatal que no se adecúa a los fines del Estado? La eficacia que la Constitución Política exige de la moralidad administrativa y el derecho que les otorga a los ciudadanos para reclamar, a través de la acción popular, que aún contra la voluntad de las partes el contrato estatal no contrarie los fines estatales, imponen la respuesta negativa. Y en tanto no pueden coexistir la eficacia del contrato ajeno a los fines estatales y la eficacia de la moralidad administrativa, se concluye, sin hesitación, que el juez popular debe adoptar las medidas que sean necesarias para adecuar el contrato estatal a los intereses generales, de ser ello posible o, en su defecto, imponer la ineficacia del acto o negocio, sumada a las órdenes de retrotraer las cosas al estado anterior, cuando las circunstancias del caso y la protección de los derechos colectivos así lo amerite.*

*(...)*

## **DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

Pese a que el concepto de Moralidad Administrativa no se encuentra definido en la Constitución Política ni en la Ley 472 de 1998, el literal b) del artículo 4º de la misma, lo reconoce como un derecho colectivo, el cual se encuentra relacionado con el artículo 209 de la Constitución Política que señala los principios sobre los cuales se debe desarrollar la función pública, destacándose el de moralidad.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha precisado reiteradamente que la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp. AP-163. C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.



La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permita que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él. El funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio.

Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas, se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de las acciones populares.

Tal derecho ha sido reconocido por la Corte Constitucional con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 472 de 1998:

*“Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1º.); la proclamación de un orden justo (art. 2º.) y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.*

*“Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la <sup>19</sup>mayoría de los colombianos”<sup>19</sup>.*

Así las cosas, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, se estima que para que se concrete la vulneración de la moralidad administrativa con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración Pública, pero además que se encuentre demostrada la intención torticera en el funcionario público.

En tales términos, las Altas Cortes, no obstante, de reconocer la amplitud del concepto de moralidad administrativa y su necesidad de concreción en cada caso específico, han optado por establecer linderos

---

19 Corte constitucional, sentencia C-088 de Febrero 2 de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.



generales de interpretación, brindando elementos que permitieran mejorar la hermenéutica en la aplicación de este principio en este tipo de acciones judiciales. La Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, sintetiza ciertos criterios respecto al tópico enunciado, al siguiente tenor<sup>20</sup>:

#### 4.1 *Derecho colectivo a la moralidad administrativa.*

*La moralidad administrativa hace parte del enunciado de derechos o intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, al tenor de lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 4 (letra b) de la ley 472 de 1998. Sin embargo, cabe recordar que la ley 472 no trajo definición alguna acerca de la moralidad administrativa, a pesar de que en los antecedentes de la misma se advierte que hubo intención de hacerlo<sup>21</sup>.*

*Con el fin de definir la moralidad administrativa y así establecer el objeto de protección de las acciones populares, la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado una intensa construcción conceptual a partir del análisis de sus relaciones con la legalidad, así como con fenómenos como el de la corrupción, la mala fe, la ética, el recto manejo de bienes y recursos del Estado y la lucha contra propósitos torcidos o espurios, entre otros<sup>22</sup>.*

*Ahora bien, lo cierto es que el Consejo de Estado también ha resaltado la dificultad de definir en abstracto la noción de moralidad administrativa, ante lo cual se ha establecido que su alcance y contenido será determinado por el Juez en el caso concreto “de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada”<sup>23</sup>.*

*Por otra parte, resulta importante señalar que a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo. En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores<sup>24</sup>.*

*Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.*

*En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de*

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente No. 2005-01330-01 (AP). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>21</sup> Cfr. Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 pág. 1. se la define como: “derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”. En este sentido véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 16 de 2007, Exp. 19001233100020050098001. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. (cita providencia)

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01. (cita providencia)

<sup>23</sup> Véase, entre otras sentencias, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, Exp. AP 2002-2943, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2009. (cita providencia)

<sup>24</sup> En este sentido véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01 y Sentencia de 2 de septiembre de 2009. (cita providencia)



Radicación : 2020-00121-01.  
Medio de control : POPULAR  
Demandante : PROCURADORES 165 Y 166 JUDICIALES II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS  
Demandado : DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO.

20

*dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación*<sup>25</sup>.

*Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”*<sup>26</sup>.

*En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad*<sup>27</sup>. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

*“(…) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.”*<sup>28</sup>.

*Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”*<sup>29</sup>, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder<sup>30</sup> (negritas y subrayas fuera del texto).

Por su parte, la Corte Constitucional, sobre el mentado derecho colectivo, ha dispuesto que<sup>31</sup>:

*“Ahora bien, en materia de procedencia de la acción popular para salvaguardar la moralidad administrativa, la jurisprudencia constitucional ha acogido aquella desarrollada por el Consejo de Estado en la materia. Así, en sentencia SU- 913 de 2009, mediante la cual se examinaron diversos fallos de tutela relacionados con el concurso notarial, la Corte consideró lo siguiente:*

*“Precisado lo anterior, los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular por vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa son, según jurisprudencia del Consejo de Estado, los siguientes: 1. La acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública.<sup>32</sup> 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad.<sup>33</sup> 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general*

<sup>25</sup> *Ibidem.* “Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (sensus communis), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho”. (cita providencia)

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-046 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. (cita providencia)

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-913 de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. AP-166 de 2001. C.P.: Alier Hernández. (cita providencia)

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. “Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la “moralidad administrativa” con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública”. (cita providencia).

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113. “En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa”. (cita providencia)

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. AP-2305-01. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, Exp. AP-2214. C.P.: Ruth Stella Correa. (cita providencia)

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 2011.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005. (Cita providencia).

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001. (Cita providencia).



*debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo*<sup>34</sup>.

(...)

*Como puede observarse, si bien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se limitó, como lo hizo el a quo, a examinar la posible violación al principio de legalidad, por cuanto estimó que igualmente la conducta de las entidades demandadas afectaban el interés general y el cumplimiento de los fines estatales, también lo es que no se examinó en detalle si, como lo exige el Consejo de Estado, si: (i) se presentó una desviación en el cumplimiento de la función, que produzca un perjuicio al interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero; o (ii) la desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo.*

*Así las cosas, la Sala de Revisión considera que los jueces de instancias no acataron plenamente el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado, y acogido por la Corte Constitucional, en materia de moralidad administrativa, razón por la cual se incurrió en una vía de hecho.”*

## VI. CASO CONCRETO

En el presente asunto los actores aducen la existencia de una vulneración del derecho colectivo a la **MORALIDAD ADMINISTRATIVA**, por dos razones: primero, por delegar, mediante un *contrato interadministrativo de prestación de servicios para el apoyo a la gestión*, una función administrativa, indelegable, cuál es la de la liquidación de un tributo, la expedición del acto administrativo tributario, denominado recibo, y su entrega al sujeto pasivo, y, segundo, por la decisión de cobrar un “*precio público por soporte tecnológico*”, por dicha labor.

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Cali, ordenó la suspensión provisional del cobro por la liquidación del impuesto de vehículos en el Departamento del Valle del Cauca y a cargo del sujeto pasivo del tributo, así como la habilitación a la Empresa de Recursos Tecnológicos ERT S. A, pues a su juicio, el cobro por la liquidación del impuesto de vehículo que va destinado a la empresa contratada por el Departamento se torna ilegal, ya que la atribución de liquidar el impuesto no puede ser cobrado a título de impuesto, tasa, contribución o bajo cualquier otro título y en el evento de que dicho cobro tuviese la connotación de un tributo, no es la administración la competente para establecer dicho gravamen.

Inconformes con la decisión tanto el Departamento del Valle del Cauca como la Empresa de Recursos Tecnológicos ERT S. A impugnaron la referida providencia, por considerar entre otros, primero que no existe vulneración al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, ya que se discute un contrato interadministrativo celebrado en cumplimiento de la normativa constitucional y legal que rige la

---

<sup>34</sup> Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (Cita providencia).



administración pública, lo cual hace que se torne improcedente la acción popular y segundo que el contrato interadministrativo celebrado entre las accionadas tiene como objeto entre otras poner al servicio de los interesados medios electrónicos para facilitar el deber formal de declarar de una forma eficiente, ágil y económica el control del fraude y la evasión para la entidad territorial, además de asegurar de mejor manera el recaudo efectivo de los recursos públicos y no contempla la liquidación del impuesto vehicular como erróneamente lo indica el juez A quo. Por lo anterior solicitan que se revoque la medida decretada pues acarrearía graves perjuicios para las accionadas y la comunidad en general afectando el interés público.

Ahora bien, como se señaló en el cuadro normativo y jurisprudencial, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora y **(iii)** la ponderación de intereses.

Se procederá, entonces a establecer si se cumplen cada uno de los ítems en el caso concreto.

Respecto del *fumus boni iuris*, dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, así sea sumariamente, y se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho.

Así pues, los actores solicitaron como medida cautelar la suspensión del cobro de la retribución económica como contraprestación de los servicios y a cargo del sujeto pasivo del impuesto y la suspensión de la habilitación realizada al tercero -Empresa de Recursos Tecnológicos S. A. EPS -ERT EPS, fundamentando la medida cautelar en que las entidades accionadas se encuentran vulnerando el derecho colectivo a la moralidad administrativa y además las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículo 1, 2, 3, 6 y 209.
- Ley 472 de 1998.
- Ley 488 de 1998, artículos 138 a 146, con las modificaciones de la Ley 1819 de 2016.
- Ley 962 de 2005, artículo 16.
- Ley 1437 de 2011. Artículos 3, 30 y 144.
- Sentencia No. 359 del 7 de noviembre de 2019 proferida por el Dr. Omar Edgar Borja Soto, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del Estatuto Tributario del Valle del Cauca, que permitía el cobro de una tasa por la liquidación del impuesto de vehículo automotor.

Ahora bien, la solicitud de suspensión provisional se fundamenta en las mismas consideraciones de orden legal que las pretensiones de la demanda, pues considera los accionantes que el Departamento del Valle



del Cauca con la suscripción y ejecución del contrato interadministrativo No. 1.120.40-59.2 5708 de 14 de diciembre de 2018, modificado por la cláusula octava del otrosí No. 1.120.40-59.2- 5708-1 de 3 de diciembre de 2019, modificado a su vez por la cláusula primera del otrosí No. 1.120.40- 59.2- 5708-2 de 14 de diciembre de 2019, celebrado con la Empresa de Recursos Tecnológicos-ERT, vulnera el derecho a la moralidad administrativa al encárgale a un tercero la liquidación del impuesto vehicular de los sujetos pasivos previo cobro de una tarifa por tal acción a cargo de la contratista.

Conforme a lo anterior, revisada la limitación de la acción popular en materia contractual, observa la Sala que de la revisión de las pruebas aportadas, apenas a este momento procesal, que persiste un análisis sobre la posible ilegalidad en el proceso de suscripción y ejecución de un contrato estatal de servicio tecnológico que incluye la obligación del cobro del servicio al usuario, pero que no otorga aun, por la etapa prematura de desarrollo del proceso, de elementos de juicio que conlleve a la apariencia de buen derecho de que en dicha actuación hayan estado influenciadas por un ánimo torticero en aras de desviar el correcto funcionamiento de la función pública, y por ende de la real afectación de unos bienes jurídicos como son la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros, en favor de los mismos o de terceros, aspecto que el juez de primera instancia obvio controlar relacionándolo con el derecho colectivo solicitado en protección, por ende, en los contornos de los recursos presentados, evidencia la preponderancia de los argumentos de legalidad para decretar la medida la cual no la justificaba.

Ahora, si bien del material probatorio obrante en el plenario se encuentra la sentencia No. 359 del 7 de noviembre de 2019, proferido por esta Corporación con ponencia del Dr. Omar Edgar Borja Soto, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del Estatuto Tributario del Valle del Cauca, que permitía el cobro de una tasa por la liquidación del impuesto de vehículo automotor, la misma en la actualidad no se encuentra en firme de la revisión del sistema siglo XXI.

Entonces, al no encontrarse configurada aun a partir de un simple ejercicio de confrontación con las normas superiores que se argumentan como violadas, una situación de manifiesto desconocimiento de las mismas, necesaria para decretar la suspensión provisional solicitada, no se infiere *prima facie* la violación de las mismas, y, por ende, la apariencia de buen derecho que exige el decreto de una medida cautelar.

Tampoco se cumple con el requisito de perjuicio en la mora, que consiste en acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida solicitada, pues no se demostró que con la negativa de la medida cautelar se causara un perjuicio irremediable que afectara el derecho colectivo a la moralidad administrativa ni que se vea afectado el interés público, ya que como se puede observar solo existen en el plenario los actos relacionados con el contrato interadministrativo celebrado entre las accionadas y que evidencie mediante un juicio de ponderación de intereses, primero que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla y segundo la ocurrencia de un perjuicio

irremediable la vulneración al derecho colectivo alegado.

Por lo anterior, se revocará la medida cautelar decretada por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Cali, al no encontrar satisfecho el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho ni el *periculum in mora*, o perjuicio de la mora necesarios para decretar la medida cautelar solicitada.

Finalmente, debe aclararse que independientemente de los argumentos expuestos en la presente providencia, en el fallo se analizarán en definitiva las pretensiones sin que esta decisión implique la convalidación de las actuaciones debatidas.

En consecuencia, se

### RESUELVE

**PRIMERO. - Revocar** el Auto Interlocutorio No. 194 del 21 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.), mediante el cual se decretó la medida cautelar solicitada por los accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO. - Devolver** el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriada esta providencia, previas anotaciones en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión, según consta en Acta de la fecha.

**Notifíquese y Cúmplase,**

**JHON ERICK CHAVES BRAVO**

Magistrado

**FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ**

Magistrado

**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**

Magistrado

Aclaro voto



## ACLARACIÓN DE VOTO

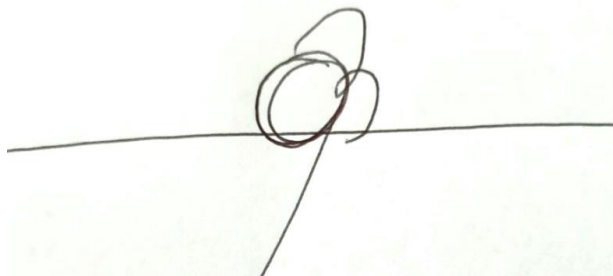
Si bien comparto la decisión de la Sala, estimo necesario agregar las siguientes apreciaciones:

Revisado el expediente, desde la presentación de la demanda es claro que los demandantes buscan a través de una acción popular, en esencia atacar la legalidad del contrato estatal No. 1-120-40-59-2-5708 del 14 de diciembre de 2018, enfocando sus argumentos en la presunta violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual solicitan como pretensión: *“reconocer que la actividad de liquidar tributos y expedir los correspondientes recibos para su pago es, de conformidad con las normas aplicables a la materia y la sistemática jurisprudencia del Consejo de Estado, una típica función administrativa que (i) no puede ser trasladada a un tercero y (ii) por la cual no se puede cobrar tarifa alguna”*.

Siendo así las cosas, el estudio de la medida cautelar no sólo debe hacerse a partir de lo previsto en la Ley 472 de 1998, sino que también debe tenerse en cuenta lo contemplado en el artículo 144 del CPACA, el cual dispone que, en los procesos de acción popular no es posible en principio anular los contratos estatales cuestionados, pues dicha pretensión forma parte del medio de control de controversias contractuales (artículo 141 ibídem).

De otro lado, como se trata de una medida con efectos económicos de un contrato estatal, y no una suspensión de un acto administrativo, recuérdese que el artículo 231-3 del CPACA relaciona como requisito de la misma, que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, asunto que para el caso de marras, al menos hasta éste momento procesal no está debidamente acreditado, pues se ignora, por ejemplo, si suspender anticipadamente el cobro con la consecuente parálisis del contrato -que es lo solicitado en la medida cautelar- no sería más gravoso para el interés público, en tanto no está claro si bajo dicha situación fáctica la entidad demandada pueda continuar adelantando sin traumatismos logísticos y administrativos el servicio.

Atentamente,



**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**

Magistrado