

INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Alcance / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Marco normativo / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 14 de julio de 2016, Radicación 76001-23-33-000-2012-00485-01(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso.

ACCIÓN DE REPETICIÓN – Presupuestos de procedencia / ACCIÓN DE REPETICIÓN – Prueba del pago efectivo de la condena / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, de 24 de octubre de 2016, Radicación 66001-23-31-000-2009-00060-01(44718), C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

MEDIDA CAUTELAR - En el proceso electoral / SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN PROCESO ELECTORAL – Efecto en que debe concederse el recurso de reposición / MEDIDA CAUTELAR - Cumplimiento inmediato / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA / PRESIDENTE CONCEJO MUNICIPAL – Pago de honorarios a concejal cuya elección fue suspendida provisionalmente PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS – Improcedencia

“[L]uego de proferida la decisión del 17 de junio de 2016 resulta claro que la medida cautelar de suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor Elmer Mercado Severiche como concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, adoptada mediante auto del 25 de enero de 2017, debió ejecutarse por parte del concejo municipal una vez le fue comunicada la medida, esto es, el 2 de febrero de 2016. Ahora bien, es claro que con anterioridad a la citada providencia judicial de la Sección Quinta del Consejo de Estado existía la incertidumbre relacionada con el cumplimiento de la suspensión provisional decretada, dado que la misma había sido impugnada, situación incierta que obedeció a que el trámite de los procesos con pretensiones de contenido electoral presenta la particularidad consistente en que el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que en contra del auto admisorio de la demanda en el que, igualmente, se decida en relación con la suspensión provisional del acto acusado, procede el recurso de reposición en los procesos de única instancia. (...) Dicha situación resulta ser especial y distinta de la regulada en el régimen general previsto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece que contra el auto que decreta una medida cautelar son procedentes los recursos de apelación y súplica, según el caso, pero no el de

reposición. (...) Puede evidenciarse, entonces, que el demandado William Rafael Jaraba Velásquez actuó bajo la creencia de que la medida cautelar se encontraba suspendida y, en consecuencia, en su óptica, el concejal Elmer Augusto Mercado Severiche se encontraba habilitado para acudir a las sesiones del concejo municipal mientras se desataba el recurso de reposición presentado en contra de la providencia del 25 de enero de 2016, mediante la cual se suspendió provisionalmente el acto de declaratoria de elección de ese concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, el cual fue resuelto mediante auto del 11 de marzo de 2016 (fol. 105-108, cuaderno principal), lo cual fue informado al demandado solo hasta el 28 de abril de 2016 (fol. 108, cuaderno principal y testimonio del señor Tercero José Gamarra Manjarrez) Así las cosas, se advierte que el señor William Rafael Jaraba Velásquez, en su condición de presidente del concejo municipal y, por ello, ordenador del gasto de dicha corporación, ordenó que se efectuara el pago de unos honorarios por la asistencia a las sesiones de febrero (ordinarias) y marzo (extraordinarias) de 2016 al concejal Elmer Augusto Mercado Severiche, erogación que se realizó con la convicción de que la providencia del 25 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en el trámite del proceso contencioso-administrativo con pretensión electoral núm. 70-001-23-33-000-2015-00479-00, y en la que se suspendió la elección de aquel concejal, no debía ejecutarse hasta tanto se resolviera el recurso de reposición que contra la decisión mencionada fuera interpuesto por el concejal Mercado Severiche, por lo que no podría considerarse que hubo una destinación de recursos públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.

NOTA DE RELATORÍA: Ver auto Consejo de Estado, Sección Quinta, de 17 de junio de 2016, Radicación 11001-03-28-000-2016-00044-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 4 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00124-01(PI)

Actor: MANUEL ELÍAS GUTIÉRREZ BENAVIDES

Demandado: WILLIAM RAFAEL JARABA VELÁSQUEZ

Referencia: Indebida destinación de dineros públicos

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, en contra de la sentencia del 25 de julio de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada en contra del señor William Rafael Jaraba Velásquez, concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016 - 2019.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

El ciudadano Manuel Elías Gutiérrez Benavides, obrando en nombre propio, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura del señor William Rafael Jaraba Velásquez, concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016 – 2019, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por indebida destinación de dineros públicos.

Para sustentar su pretensión, el demandante relata que el concejal Jaraba Velásquez fue elegido como presidente del concejo del municipio de Sincé (Sucre) para el año 2016. Durante dicho período, dicho servidor público, mediante la Resolución No. 027 de 2016, reconoció los honorarios por las sesiones ordinarias a las que asistió el concejal Elmer Augusto Mercado Severiche, los cuales le fueron efectivamente pagados, desconociendo que, mediante providencia judicial del 25 de enero de 2016, el Tribunal Administrativo de Sucre había ordenado la suspensión provisional del acto de elección del concejal Mercado Severiche, la

cual fue notificada al concejo municipal el día 2 de febrero de 2016 y puesta en conocimiento de los concejales en la sesión del 3 de febrero de 2016.

El actor narra que el día 5 de febrero de 2016 se hizo efectiva la orden judicial en la medida en que el concejal demandado no asistió a las sesiones programadas para ese día y lo mismo ocurrió el día 6 de febrero de 2016. Sin embargo:

«(...) 7. La sorpresa es MAYÚSCULA cuando el día 12 de febrero de 2016, la comunidad y los distintos concejales se sorprenden con la presencia del concejal actualmente suspendido, donde asistió a la sesión programada para ese día, fue sorpresa para los de la barra y los mismos concejales, sin que el secretario y presidente de la corporación explicaran porque el concejal suspendido estaba de regreso en la sesión, contestando presente, aprobando y deliberando en la sesión a pesar de estar suspendido (...) 8. Pero la sorpresa fue aún mayor cuando los días 13, 14, 15, el señor ELMER MERCADO seguía sesionando, debido a los hechos antes mencionados los concejales FRANCISCO HERNÁNDEZ, IRMA DE LA OSSA GAMARRA, HUGO PINEDA, ALBERTO DE LEÓN, dejaron constancia de lo que podía ocurrir si los demás concejales y la arbitraria mesa directiva seguía permitiendo las extralimitaciones del concejal suspendido y lo que es peor, que la mesa directiva hiciera caso omiso a la situación presentada desconociendo una decisión judicial, y los demás concejales actuando mudos y coadyuvando semejante arbitrariedad y atropello a una orden judicial y sin dejar constancias de que se podían incurrir en graves faltas penales y disciplinarias, todo el mes de febrero el concejal hoy suspendido asistió a las sesiones de febrero y las extraordinarias de marzo».

1.2.- La contestación de la demanda por parte del concejal demandado

Oportunamente, el concejal William Rafael Jaraba Velásquez, a través de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones. El demandado manifiesta que es clara la existencia de la demanda que en ejercicio del medio de control electoral se presentó en contra del acto administrativo que declaró la elección del ciudadano Elmer Augusto Mercado Severiche como concejal del municipio de Sincé (Sucre), identificado con el número 70-001-23-33-

000-2015-00479-00, proceso en el cual se dictó el auto del 25 de enero de 2016 por el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Posteriormente explica que, en la oportunidad procesal correspondiente, interpuso recurso de reposición en contra de dicha providencia y con ello quedó suspendida *«la ejecutoria del auto del 25 de enero de 2016, hasta que se resolviera el mismo»*. Este hecho fue puesto en conocimiento del presidente del concejo del municipio de Sincé (Sucre), William Rafael Jaraba Velásquez, el día 4 de febrero de 2016.

Luego manifiesta que el recurso de reposición fue resuelto mediante providencia del 11 de marzo de 2016, confirmando la suspensión del acto que declaró la elección del concejal Elmer Augusto Mercado Severiche, del cual solo tuvo conocimiento el día 28 de abril de 2016, día en el cual se acercó a la corporación judicial por cuanto, a dicha fecha, no había recibido comunicación alguna en relación con el asunto. Por lo anterior:

«(...) es perfectamente posible que el Presidente del Concejo Municipal de Sincé, señor William Jaraba Velásquez, permitiera que el Concejal Elmer Mercado Severiche, asistiera a sesiones del Concejo Municipal de Sincé, durante el mes de febrero y marzo de 2016, y posteriormente reconocerle y pagarle los honorarios de las sesiones de febrero y las del mes de marzo están en trámite (...)»

Aclara que la notificación a las partes de la providencia judicial se surtió mediante el Estado No. 035 del 15 de marzo de 2016, dato que ubicó en la página web del sistema de gestión de la Rama Judicial, pero que en la medida en que el concejo del municipio de Sincé (Sucre) no es parte del proceso, en su criterio, se debió enviar la respectiva comunicación a dicha corporación, lo cual no fue realizado.

De otro lado, manifiesta el demandante frente a lo expuesto por el actor consistente en que la suspensión provisional del acto de elección demandado era de cumplimiento inmediato al tenor del artículo 234 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en esa medida, el concejal Mercado Severiche no podía entrar a las sesiones del concejo del municipio de Sincé (Sucre) de febrero y marzo de 2016 y mucho menos que le fueran canceladas, que incurre en error puesto que *«(...) las medidas cautelares de urgencia, de que trata el artículo 234 del C.P.A.C.A., son totalmente diferentes a la medida cautelar de suspensión provisional del acto que declara una elección, que decretó el H. Tribunal en el precitado auto»*. Al respecto argumenta:

«(...) Al respecto, si leemos el auto de 25 de enero de 2016, por ninguna parte se hace alusión a una medida cautelar de urgencia, ni tampoco se exige el cumplimiento inmediato del mismo, como erradamente sugiere el actor, sino a una medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección, dentro de un proceso de única instancia.

(...)

*Acerca de las diferencias en los efectos de una cada (sic) de las medidas provisionales contra actos de elección, debemos distinguir las siguientes: i) La Declaratoria de la Medida Cautelar de Urgencia contra actos de elección, es de **inmediato cumplimiento**, (...) iii) en los proceso donde se Decrete una suspensión del acto de elección en proceso de única instancia, procede el recurso de Reposición, suspendiendo los efectos del mismo, hasta que se resuelva el mismo, esto es, no se encuentra debidamente ejecutoriado (Inc. Final del Art. 277 del C.P.A.C.A.) (...)*»

Así mismo, se muestra contrario a la posición del demandante que considera que en el proceso electoral seguido en contra del acto administrativo de elección del concejal Mercado Severiche se debe dar aplicación al artículo 298 del Código General del Proceso, lo cual implicaría que la interposición de un recurso en contra de la providencia que decreta medidas cautelares no impide su

cumplimiento inmediato, toda vez que conforme a esta disposición legal, aquel se concede en el efecto devolutivo. Para sustentar su posición, expone:

«(...) En nuestro criterio, siendo consecuentes con lo manifestado en el presente escrito, el artículo transcrito en precedencia tampoco se aplica en los procesos de nulidad electoral.

Lo anterior, surge de la lectura del título VIII de la Ley 1437 de 2011, en especial, su artículo 277, inciso final, en armonía con los artículos 296 y 179 de la misma norma, puesto que el proceso electoral tiene un trámite especial, consagrado en el título VIII de la ley en comento, que nos llevan a seguir sus disposiciones especiales, y en lo regulado en el precitado título, se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario, en tanto no sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral (...).»

Frente a la causal de pérdida de investidura que se le atribuye al demandado, este considera que:

«(...) En el caso concreto, tenemos que el señor Elmer Mercado Severiche, en ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias sesionó de manera ordinaria en el mes de febrero y sesiones extraordinarias en el mes de marzo, aunque si bien se le había suspendido su acto de elección mediante auto de 25 de enero de 2016 del Tribunal Administrativo de Sucre, el mismo no se encontraba ejecutoriado por la interposición del recurso y por ello, no podía causar efecto alguno.

*Entonces si el señor Mercado Severiche, sesionó durante los meses de febrero y marzo, y tan solo el recurso se resolvió el día 11 de marzo confirmando la decisión y se notificó este, el día 15 del mismo y año (sic) a las partes, y el Presidente del Concejo solo se enteró el día 28 de abril de la firmeza del auto del 25 de enero de 2015, este tenía la obligación **Constitucional, Legal y Reglamentaria** de reconocer y pagar los honorarios al respectivo Concejal, sin estar incurso en la conducta que se le reprocha en la acción (...).*»

1.3.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante providencia del 25 de julio de 2016, negó las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

«(...) 2.2. PROBLEMA JURÍDICO (...) Con fundamento en los planteamientos de las partes, entra el (sic) Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Incurrió el señor WILLIAM JARABA VELÁSQUEZ, concejal del Municipio de Sincé, elegido para el período constitucional 2016-2019, en la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 4°, artículo 48 de la Ley 617 de 2000, y en el numeral 3°, artículo 55 de la Ley 136 de 1994, esto es, por la indebida destinación de dineros públicos, con ocasión del pago de los honorarios al señor ELMER MERCADO SEVERICHE, Concejal del Municipio de Sincé, por las sesiones ordinarias asistidas en el mes de febrero de 2016?

(...)

Ahora bien, el procedimiento impartido al trámite de medidas cautelares en el proceso electoral difiere de cuando se trata de procesos ordinarios, en atención a la naturaleza que caracteriza al medio de control electoral. La principal nota característica es la ausencia del traslado de la medida al demandado, cuestión que se comparte con la medida cautelar de urgencia que consagra el artículo 234 del CPACA. De igual forma puede señalarse que la oportunidad para hacer la solicitud viene dada por la presentación de la demanda, no siendo posible su petición de decreto en oportunidad posterior y se resuelve en la admisión de la demanda.

Particularmente, en lo que respecta a los recursos, es del caso señalar que el artículo 236 ídem señala que contra el auto que decreta la medida cautelar procede el recurso de apelación o súplica, según el caso, el cual se concede en el efecto devolutivo y debe resolverse en un término no superior a 20 días; no obstante, tal normativa solo es aplicable al procedimiento de las medidas cautelares ordinarias, puesto que en el trámite electoral existe norma especial. En efecto, el inciso final del artículo 277 ídem señala que contra el auto que resuelve la solicitud de medida cautelar procede el recurso de reposición cuando se trata de única instancia, y el de apelación en los de primera.

Resta por señalar que las medidas cautelares de urgencia, tal como las señala el artículo 234 del CPACA, son las únicas que se caracterizan por ser de cumplimiento inmediato, de modo que su ejecución no está supeditada a la ejecutoria de la providencia, ni limitada a la interposición de recursos o traslado alguno.

Claro lo anterior y aterrizando al asunto que nos interesa, recuerda la Sala que el trámite dentro del cual se profirió la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección del señor ELMER MERCADO SEVERICHE, es un proceso electoral de única instancia, expediente No. 70-001-23-33-000-2015-00479-00 tramitado en esta Corporación. Por lo anterior, contra dicha decisión solo podía interponerse el recurso de reposición, conforme lo estipula el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, tal como se hizo por la parte demandada en dicho proceso, dispone la norma en lo pertinente:

(...)

Ahora bien, como quiera que se trata de un proceso de única instancia y no hay lugar al recurso de apelación, no es posible hacer extensivo al recurso de reposición lo relacionado con los efectos de concesión del primero, en tanto el trámite de éste último es distinto, pues los efectos devolutivo y diferido, solo se predica del recurso de alzada por voluntad expresa del legislador, en ejercicio de su libertad configurativa.

No obstante, considera la Sala que la presentación del recurso de reposición, en especial para el caso de los asuntos de única instancia, interrumpe la ejecución de la providencia impugnada hasta tanto no se resuelva por quien la profirió.

Sobre el particular se recuerda que el artículo 296 del CPACA, en cuanto a los aspectos no regulados en el proceso electoral, remite a lo dispuesto en el proceso ordinario, siempre que sea compatible con la naturaleza del primero; a su vez, el artículo 242 ídem, que regula lo concerniente al recurso de reposición, dispone que su oportunidad y trámite se regula por el C.P.C., hoy C.G.P.

Y en esa línea de entendimiento, el artículo 302 del CGP señala: (se cita)

(...)

Con sustento en lo anterior, cuando en un proceso de única instancia se interpone recurso de reposición contra una decisión, esta no queda ejecutoriada sino hasta que se resuelva el mencionado recurso, y en consecuencia, no es procedente cumplir lo decidido antes de ello, puesto que, la calidad o condición de ejecutoriada de una providencia judicial, implica que la decisión es de obligatorio acatamiento u observancia por los sujetos del mismo: juez, partes y terceros intervinientes.

En el caso concreto, tenemos que el día 25 de enero de 2016 dentro del proceso radicado No. 70-001-23-33-000-2015-00479-00, este

TRIBUNAL dispuso admitir la demanda que en virtud del medio de control electoral se interpuso, al tiempo que se resolvió decretar la suspensión provisional del acto de elección del señor Elmer Mercado Severiche, como Concejal del Municipio de Sincé – Sucre, 2016 – 2019, como medida cautelar.

Si bien la anterior decisión fue comunicada al Concejo Municipal de Sincé por conducto de su Presidente, mediante Oficio No. 0117 (2015-00479-00)-RCA-NE del 1° de febrero de 2016, recibido el día 2 del mismo mes y año, lo cierto es que contra el decreto de la medida cautelar se interpuso en tiempo recurso de reposición por el demandado, el cual solo fue resuelto mediante auto del 11 de marzo de 2016, sin que exista en el expediente constancia de que esta última decisión haya sido comunicada a la Corporación Pública en mención, a efectos de dar cumplimiento a la misma.

Sin embargo, en Resolución No. 036 del 4 de mayo de 2016, el Presidente del Concejo Municipal de Sincé – Sucre manifestó que se enteró de la decisión el día 28 de abril de 2016, cuando se le entregó copia de la providencia en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Sucre, circunstancia que es ratificada por el señor TERCERO JOSÉ GAMARRA MANJARREZ en el testimonio rendido en el presente proceso, lo cual dicho sea de paso, no fue desvirtuado en el proceso.

Lo expuesto, permite afirmar que, para cuando el señor WILLIAM JARABA VELASQUEZ, Presidente del Concejo Municipal de Sincé – Sucre reconoció el pago de los honorarios al Concejal ELMER MERCADO SEVERICHE por las sesiones asistidas en los meses de febrero y marzo, éste último no estaba suspendido en el ejercicio, puesto que la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección no estaba ejecutoriada, y por ende tal erogación por concepto de asistencia a sesiones tenía fundamento, situación que por sí sola implica que no prospere el cargo endilgado por el demandante, toda vez que el supuesto de hecho planteado y del cual parte su argumento, queda desvirtuado. (...)».

1.4.- El recurso de apelación presentado por la parte demandante

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el demandante presentó recurso de apelación con el fin

de que revoque dicha providencia y, en su lugar, se despoje al demandado de su investidura, esgrimiendo para el efecto los siguientes argumentos:

*«(...) Consideramos que el demandado incurrió en dicha causal, dado que en su condición de Presidente del Concejo del Municipio de Sincé, ordenó reconocer y pagar honorarios a un Concejal que estaba suspendido provisionalmente por una medida cautelar del tribunal contencioso (sic) de Sucre (Art. 238 Constitución Política), no obstante que las medidas cautelares son de cumplimiento inmediato, y que la interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada, y que todos los recursos se consideran interpuesto (sic) en el efecto DEVOLUTIVO, que significa, que **No** se suspende el cumplimiento del auto objeto del recurso, ni el curso del proceso.*

(...)

*De acuerdo a lo anterior, dentro de los presupuestos que dan lugar a que se configure dicha causal está la de la aplicación de los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la Ley o el reglamento, o no autorizados por éstos, que para el caso concreto, los hechos narrados, corresponde a la conducta en que incurrió el Concejal, en su condición de Presidente del Concejo Municipal de Sincé, al haber reconocido y pagado honorarios al señor **ELMER MERCADO SEVERICHE**, mediante resoluciones 027 del dos de marzo y 035 del 29 de marzo del presente año, sin tener derecho a dichas erogaciones, ya que no podía seguir sesionando desde el 02 de febrero de 2016 porque sobre él pesaba y se encuentra vigente una medida cautelar de suspensión provisional de su elección como concejal del municipio de Sincé Sucre, por expresa prohibición del Art. 238 C.N., ley 136 del 1994, ley 1437 de 2011, ley 1564 de 2012.*

Resulta claro, que el señor WILLIAM JARABA VELASQUEZ, incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de recursos públicos al reconocer y pagar los honorarios de las sesiones que asistió el concejal suspendido por la jurisdicción administrativa, como se encuentra probado en este proceso con las pruebas que fueron allegadas y la declaración testimonial del señor Secretario del Concejo Municipal de Sincé Sucre, para nadie es un secreto que la causal endilgada al señor concejal JARABA VELASQUEZ, encaja perfectamente con el reconocimiento y pago que le hizo al concejal suspendido ELMER (...) tampoco es excusa que al concejo de Sincé se le tenía que comunicar la decisión, aun cuando esta reiterado y probado

que se comunicó y se le dio lectura a dicha comunicación en plenaria de la corporación, aun, que el Concejo no es parte del proceso, mal haría el señor concejal WILLIAM JARABA manifestar que por haber presentado el señor concejal suspendido ELMER MERCADO un recurso, lo habilite para sesionar y lo que es peor, le reconozca y pague honorarios por unas sesiones que no podía reconocer, eso no es óbice para cumplir sus funciones y acate las decisiones judiciales, adjudicándose ese concejal y presidente de la corporación funciones judiciales, donde él no es juez ni autoridad judicial, quien deba ordenar sesionar y pagar las mismas, lo elemental sería que el señor concejal y presidente, que así como le llegó la comunicación de que el concejal ELMER MERCADO se encontraba suspendido, así mismos (sic) debía llegarle otra comunicación donde lo habilitaba para reintegrarse a sus funciones como lo ordena la ley, tan sencillo es, pero quiso jugar y tomar esas decisiones, y no el señor concejal WILLIAM JARABA como presidente del Concejo de Sincé Sucre, pues resulta que su defensa no se ha pronunciado sobre el tema aquí tratado que es el reconocimiento y pago de las sesiones ordinarias y extraordinarias al concejal suspendido ELMER MERCADO, y no estar excusándose de no conocer la ley, al expresar que no le fue comunicado, cuando eso está probado en el presente proceso, que se comunicó y se leyó ante toda la plenaria de la corporación.

(...)

La decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, y de concederse sería en el **efecto devolutivo**. Es decir, que **en ningún caso se suspende la ejecución del acto, ni tampoco se enerva la competencia del juez que lo expidió. En consecuencia, la medida puede seguir produciendo sus efectos, sin que esto implique tampoco la interrupción o entorpecimiento de la marcha del proceso.** (...) Es preciso señalar que, en la Ley 472 de 1998, también se prevén recursos (de reposición y apelación) contra los actos que decreten medidas cautelares, y ambos se conceden también en el efecto devolutivo.

(...)

De tal manera que, la imposición de una medida cautelar de suspensión del servidor público, priva al suspendido del derecho a percibir la remuneración correspondiente a su cargo, función o servicio que presta dentro de la administración pública, durante todo el término de imposición de la medida.

*Es de anotar, que una vez el juez administrativo decreta la suspensión provisional del servidor público, ésta produce **efectos inmediatos de separación del encartado de su cargo**, sin que la circunstancia de interponer un recurso de reposición impida su cumplimiento isofacto (sic), ese cumplimiento inmediato, radica en que, una vez se comunica o se notifica la medida, ésta produce efectos inmediatos, desde el mismo instante queda suspendido del cargo, función o servicio, y que la ley en forma reiterada NO contempla efectos suspensivos para esta clase de medidas, como ya se dijo, los efectos son devolutivos, y también la norma establece que para el servidor público que se le imponga una medida provisional, queda sin derecho a remuneración alguna.*

*Por lo tanto, el señor WILLIAM JARABA como presidente del Concejo de Sincé Sucre, desconoció una decisión judicial de este honorable Tribunal, al permitirle al señor ELMER MERCADO SEVERICHE, seguir sesionando cuando sobre él pesaba una medida cautelar en su elección, y lo que es peor, lo cual es el objeto de esta acción, **reconocerle y pagarle las sesiones ordinarias y extraordinarias de febrero y marzo respectivamente**, que es ahí señores magistrados donde se configura la causal de **INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS**, que lo hace acreedor a perder su investidura por desobediencia de las decisiones judiciales, la constitución, la ley y su propio reglamento, los cuales el señor **JARABA VELASQUEZ** desconoció abiertamente, a pesar, que le fue advertido por los concejales **HUGO PINEDA, FRANCISCO HERNÁNDEZ, IRMA DE LA OSSA, ALBERTO DE LEÓN**, quienes dejaron constancia de las consecuencias que podía traer el aceptar que el señor ELMER MERCADO siguiera sesionando, como consta en las copias aportadas de la constancia que reposa en la presente demanda, de modo que, el señor WILLIAM no hubo poder humano que lo hiciera entender las faltas que estaba cometiendo, para satisfacer intereses políticos, cuando quien salía perjudicado por esas actuaciones era él. (...)*»

1.5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante auto de 19 de septiembre de 2016, el magistrado sustanciador del proceso admitió el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y

al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

El demandante y el demandado presentaron sus alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial. Por su parte, el agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito del 31 de octubre de 2016, en el que solicitó, luego de un estudio integral del proceso judicial, la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se despojara de la investidura de concejal del municipio de Sincé (Sucre) al señor William Rafael Jaraba Velásquez, explicando:

«(...) En efecto, tenemos que el artículo 243 del CPACA., establece como regla general que el recurso de apelación contra las providencias enlistadas en dicha norma, se concederán en el efecto suspensivo, sin embargo, en forma expresa se excluye el numeral 2 ibídem que se refiere al auto que decreta una medida cautelar, para otorgarle el efecto devolutivo, lo que significa que la presentación del recurso de apelación, no suspende el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso del proceso

De lo dicho hasta ahora, se desprende que el sentido y el fin teleológico de la norma, apunta a dotar de celeridad e inmediatez el trámite del recurso de apelación contra las providencias que decretan una medida cautelar, el cual dista del régimen consagrado en el antiguo régimen consagrado en el Decreto 01 de 1984, donde el recurso de apelación, por regla, se concedía en el efecto suspensivo.

Si bien es cierto que el artículo 243 del CPACA se refiere a los efectos del recurso de alzada y no al recurso de reposición presentado en contra de la providencia que decreta una medida cautelar, no puede entenderse por ello que la interposición de dicho recurso queda descartado del efecto devolutivo, pues una interpretación en este sentido no consultaría la exégesis y la finalidad que adquirieron las medidas cautelares a la luz de las nuevas reglas consagradas en el procedimiento contencioso.

Por todo lo anterior, se desprende que la providencia que decreta una medida cautelar, tiene efectos inmediatos y, en este sentido, resulta de aplicación inmediata, de manera que la interposición de cualquier

recurso en contra del auto que decreta una medida cautelar, no suspende los efectos inmediatos de la institución cautelar.

Esta Delegada, prohíja en esta oportunidad las consideraciones efectuadas por el Consejo de Estado en auto del 17 de junio de 2017 (sic), Magistrada Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez en la que se indicó lo siguiente:

(...)

Del anterior recuento probatorio, se concluye que el auto del 25 de enero de 2016, emanado del Tribunal Administrativo de Sucre, se ordenó el decreto de la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor Elmer Mercado Severiche como concejal del municipio de Sincé (Sucre), y contra dicha decisión se presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante providencia del 11 de marzo de 2016, confirmándolo y cuyo contenido fue notificado por Estado No. 035 el 15 de marzo de 2016 (Folio 102).

Como uno de los principales argumentos de defensa del apoderado William Jaraba Velásquez, se encuentra que la presentación del recurso de reposición en contra del auto que decretó la medida cautelar interrumpía la ejecución de la providencia impugnada, hasta tanto no se resolviera el recurso de reposición por quien la profirió.

No obstante lo anterior, como quedó evidenciado en el acápite anterior de la parte motiva de este concepto, el carácter vinculante e imperativo de la providencia que decreta una medida cautelar es inmediatos (sic) y dichos efectos no se suspenden con la interposición de recurso alguno, con lo cual, desde el momento en que la decisión del decreto de medida cautelar le fue comunicada al Presidente del Concejo por parte del Tribunal, el concejal accionado tenía el deber legal de dar cumplimiento inmediato a la decisión emanada del Tribunal Administrativo.

A partir de lo expresado hasta ahora, este Agente del Ministerio Público encuentra que el concejal William Jaraba Velásquez, con su conducta propició una indebida destinación de recursos públicos para propósitos no autorizados por el ordenamiento jurídico, pues el reconocimiento de los honorarios a favor del concejal Elmer Mercado Sereviche por concepto de las sesiones ordinarias en el mes de febrero y sesiones extraordinarias del mes de marzo, se realizó cuando la medida de suspensión provisional contra el acto de elección se encontraba vigente, pues contrario a lo expresado por el accionado, la interposición del recurso de reposición contra dicha decisión, no impedía el cumplimiento inmediato de la providencia recurrida.

Resulta importante destacar que el hecho de que el concejal accionado hubiese interpretado de manera errónea el alcance de los efectos de la medida cautelar y su ejecutoria, al considerar que el decreto de la suspensión provisional contra el acto de elección del concejal Elmer Mercado Severiche no habría cobrado ejecutoria, pues contra dicha decisión se había interpuesto recurso de reposición, no puede servir de excusa para alegar su incumplimiento ni menos aún, con ello el accionado puede pretender ser relevado de las consecuencias que acarrea su inobservancia, pues la ignorancia en la ley no sirve de excusa para su incumplimiento (Artículo 9 del Código Civil). (...)»

2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1.- Procedibilidad de la acción pérdida de investidura

En el expediente¹ se encuentra copia del formato E-26 CON de la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual se declaró electos a los concejales del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, de acuerdo con los resultados de las elecciones que se llevaron a cabo el 25 de octubre de 2015, dentro de los que se encuentra el ciudadano William Rafael Jaraba Velásquez, identificado con la cédula de ciudadanía 92.026.405.

Adicionalmente, reposa copia del Acta 001 del 2 de enero de 2016, que da cuenta de la sesión inaugural del concejo municipal de Sincé (Sucre), en la que se dio posesión a los concejales elegidos para el período constitucional 2016-2019², dentro de los que se encuentra, igualmente, el ciudadano Jaraba Velásquez. Es claro, entonces, que los demandados son sujetos pasivos de la acción de pérdida de investidura.

2.2.- La causal de pérdida de investidura alegada por la parte demandante

¹ Folio 14 del cuaderno principal.

² Folios 15-16 del cuaderno principal.

El demandante considera que el concejal William Rafael Jaraba Velásquez, incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por indebida destinación de dineros públicos.

Esta Corporación³ ha determinado, en repetidas oportunidades, el alcance de esta causal de pérdida de investidura en los siguientes términos:

«(...) Como la causal de indebida destinación de dineros públicos no se encuentra definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura, resulta pertinente consignar el sentido y alcance con que esta Corporación le ha dado. En efecto, en sentencia de 3 de octubre de 2000⁴ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto precisó:

“[...]

La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos:

- a) Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados;*
- b) Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados;*
- c) Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.*
- d) Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.*

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00485-01(PI). Actor: JAIRO NÚÑEZ MARTÍNEZ. Demandado: HERNAN TORRES SAENZ. Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL.

⁴ C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Expediente AC-10529 y AC-10968. Actores Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez.

- e) *Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.*
 - f) *Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.*
- [...]” (...)»

2.3.- El problema jurídico

El problema jurídico a resolver en este proceso judicial consiste en determinar si el demandado, William Rafael Jaraba Velásquez, incurrió en indebida destinación de dineros públicos, causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por haber reconocido y pagado, como presidente del concejo municipal de Sincé (Sucre), honorarios al concejal Elmer Augusto Mercado Severiche por su asistencia a las sesiones ordinarias del concejo municipal en el mes de febrero de 2016, sin tener en cuenta que el acto que declaró su elección fue suspendido provisionalmente por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante providencia del 25 de enero de 2016 dictada en el proceso contencioso-administrativo radicado núm. 70-001-23-33-000-2015-00479-00, decisión que debía ejecutarse inmediatamente y hacía improcedente que el concejal Mercado Severiche asistiera a dichas sesiones, a pesar de que dicha medida cautelar fue oportunamente impugnada por el demandante, a través del recurso de reposición, el cual fue desatado solo hasta el 11 de marzo de 2016, confirmando el auto recurrido.

2.4.- Análisis del problema jurídico y del caso concreto

2.4.1.- Las pruebas que obran en el plenario

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el ciudadano William Rafael Jaraba Velásquez, concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, fue elegido como presidente del concejo de ese municipio el 2 de enero de

2016, fecha en la cual se llevó a cabo la sesión de instalación de aquella corporación, conforme el Acta núm. 001 (folios 15-16, cuaderno principal).

Se encuentra igualmente establecido que en contra del señor Elmer Mercado Severiche fue iniciado, por parte de Robinson José Miranda Romero, un proceso contencioso-administrativo que pretende la nulidad de su elección como concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, identificado con el número 70-001-23-33-000-2015-00479-00, el cual es de conocimiento del Tribunal Administrativo de Sucre (folio 17-24, cuaderno principal).

En dicho proceso se solicitó que se decretara, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del ciudadano Mercado Severiche, petición a la cual se accedió por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, en providencia del 25 de enero de 2016 (folio 17-24, cuaderno principal), cuya parte resolutive, en lo pertinente, es del siguiente tenor así:

«(...) Segundo: Decrétese la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor ELMER MERCADO SEVERICHE como CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SINCÉ, SUCRE – 2016-2019 –, solicitada por la parte demandante (...).».

Dicha providencia fue comunicada al concejo del municipio de Sincé (Sucre) mediante el Oficio núm. 0117 (2015-00479-00) – RCA – NE (folio 86, cuaderno principal), radicado el 2 de febrero de 2016, según el sello impuesto en el documento.

El día 4 de febrero de 2016, el ciudadano Mercado Severiche comunicó al presidente del concejo municipal de Sincé (Sucre), William Rafael Jaraba Velásquez⁵, que había interpuesto, a través de su apoderado judicial, recurso de

⁵ Con sello de recibido por parte del concejo municipal de Sincé (Sucre), fecha 4 de febrero de 2016.

reposición contra el auto del 25 de enero de 2016, mediante el cual se suspendió el acto que declaró su elección como concejal del municipio de Sincé (Sucre), señalando lo siguiente:

«(...) Así las cosas, y al haberse interpuesto por mi apoderado el recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión provisional de mi elección, el efecto inmediato de ese recurso es suspender el cumplimiento del auto impugnado (...).» (folio 87-88, cuaderno principal)

Mediante oficio del 10 de febrero de 2016, el ciudadano Mercado Severiche reiteró lo expuesto en su comunicación del 4 de febrero de 2016, pero esta vez a la mesa directiva del concejo municipal de Sincé (Sucre)⁶, manifestando:

«(...) Con el debido respeto manifestarles que el auto de oficio No. 0117 (2015-00479-00) RCA-NE mediante el cual se decreta la suspensión provisional del acto que declaró mi elección como concejal del municipio de Sincé Sucre. Período 2016-2019, interpuse el recurso de reposición y réplica por apoderado, por lo anterior les informo que dicho auto no se encuentra ejecutoriado y yo puedo ejercer las funciones como concejal del municipio, igualmente sugiero solicitar al tribunal administrativo de Sucre si el auto en mención se encuentra ejecutoriado o no (...).» (folio 89, cuaderno principal)

El recurso de reposición al que hace referencia el ciudadano Mercado Severiche, reposa del folio 90 al folio 101 del cuaderno principal, el cual tiene sello de recibido por parte del Tribunal Administrativo de Sucre del 3 de febrero de 2016 (folio 90, cuaderno principal).

El citado recurso de reposición fue desatado mediante auto del 11 de marzo de 2016, en el que se resuelve *«(...) Primero: CONFIRMAR el numeral 2° de la providencia de 25 de enero de 2015, que decretó la suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor ELMER MERCADO SEVERICHE, como*

⁶ Con sello de recibido por parte del concejo municipal de Sincé (Sucre), fecha 10 de febrero de 2016, a las 8:30 de la mañana.

CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SINCÉ, SUCRE -2016-2019-. (...)» (folio 105-108, cuaderno principal). La providencia fue notificada por estado fijado el 15 de marzo de 2016 (folio 102, cuaderno principal).

A folio 103 del expediente reposa un documento que se encuentra firmado únicamente por el ciudadano William Rafael Jaraba Velásquez y en el que se indica lo siguiente:

«(...) HOY VEINTICHO (sic) (28) DE ABRIL DE 2016 COMUNICO AL SEÑOR WILLIAN JARABA VELASQUEZ EN SU CONDICIÓN DE PRESIDENTE DEL CONCEJO MUNICIPAL DE SINCE – SUCRE DE LA PROVIDENCIA DICTADA DENTRO RADICADO N° 2015 – 00479 – 00 ELECTORAL DE ROBINSON MIRANDA ROMERO CONTRA ELMER MERVADO SEVERICHE A QUIEN SE LE HACE ENTREGA AUTENTICADA DEL MISMO (...)».

Mediante comunicación del 29 de abril de 2016 (fol. 104, cuaderno principal), el Secretario General del concejo municipal de Sincé (Sucre), Tercero José Gamarra Manjarrez, le comunicó al ciudadano Elmer Augusto Mercado Severiche que:

«(...) Me permito informarle que el día 28 de abril de 2016, en las instalaciones de la Secretaría del Tribunal de Sucre, el Señor Presidente del H. Concejo de Sincé-Sucre, Dr. William Rafael Jaraba Velásquez le fue comunicado el auto de 11 de marzo del año en curso, (un mes y dieciocho días después de emitido dicho pronunciamiento), el cual confirma la suspensión provisional del acto de elección de usted como Concejal, que se había Decretado en el Auto de 25 de enero de 2016, por el Tribunal Administrativo de Sucre. Así entonces usted no podrá asistir a las sesiones programadas por dicha Corporación, hasta que seamos comunicados por parte del Tribunal de algún pronunciamiento que revierta su situación jurídica. (...)».

Dando cumplimiento al auto del 23 de mayo de 2016, mediante el cual se decretaron y practicaron las pruebas en este proceso judicial, el secretario del concejo municipal de Sincé (Sucre), Tercero Gamarra Manjarrez, a través de la comunicación del 7 de junio de 2016 (fol. 126, cuaderno principal), remitió:

«(...) Copias auténticas de las sesiones correspondientes a los meses de febrero y marzo del año en curso (...) Copias auténticas de las resoluciones de pago y sus respectivos comprobantes de egreso de pago correspondientes al pago del concejal Elmer Mercado Severiche (...) Copias auténticas del acuerdo No. 011 de 2007 (reglamento interno del Concejo Municipal de Sincé (...))».

En relación con las copias auténticas de las sesiones correspondientes a los meses de febrero y marzo del año en curso, reposa en el plenario lo siguiente:

N° de Acta	Fecha Sesión	Presencia del concejal Elmer Mercado Severiche	Folios del cuaderno principal
020	14 de febrero de 2016	Si asistió	127-137
017	11 de febrero de 2016	Si asistió	138-139
018	12 de febrero de 2016	Si asistió	139-140
016	10 de febrero de 2016	Si asistió	141-143
015	9 de febrero de 2016	No asistió	144-151
013	7 de febrero de 2016	No asistió	152-154
010	4 de febrero de 2016	Si asistió	155-159
008	2 de febrero de 2016	Si asistió	160-164
009	3 de febrero de 2016	Si asistió	165-169
007	1 de febrero de 2016	Si asistió	170-176
012	6 de febrero de 2016	No asistió	177-180
039	7 de marzo de 2016	Si asistió	181 (foliación repetida)
041	8 de marzo de 2016	Sesión de la comisión permanente de presupuesto y hacienda pública	182-183
042	9 de marzo de 2016	Si asistió	184-185
022	16 de febrero de 2016	Si asistió	186-187
021	15 de febrero de 2016	Si asistió	188-189
023	17 de febrero de 2016	Si asistió	190-191
024	19 de febrero de 2016	Si asistió	192-199
026	20 de febrero de 2016	Sesión de la comisión permanente de presupuesto y	200-202

		hacienda pública	
027	21 de febrero de 2016	Si asistió	203-204
025	20 de febrero de 2016	Si asistió	205-206
029	22 de febrero de 2016	Si asistió	207-209
031	23 de febrero de 2016	Si asistió	210-216
032	24 de febrero de 2016	Si asistió	217-221
033	25 de febrero de 2016	Si asistió	222-227
034	26 de febrero de 2016	Si asistió	228-231
035	28 de febrero de 2016	Si asistió	232-239
036	29 de febrero de 2016	Si asistió	240-241
039	7 de marzo de 2016	Si asistió	242-243
040	8 de marzo de 2016	Si asistió	244-245
037	4 de marzo de 2016	Si asistió	246-248
038	5 de marzo de 2016	Si asistió	249-250

De otro lado, en relación con las copias auténticas de las resoluciones de pago y sus respectivos comprobantes de egreso del pago correspondientes al concejal Elmer Mercado Severiche, se allegó:

- Comprobante de egreso núm. 1037 expedido a favor de Elmer Augusto Mercado Severiche, correspondiente al pago de las sesiones extraordinarias del mes de marzo de 2016, el cual se realizó a través del cheque núm. 001143 del Banco Agrario, con firma y cédula del beneficiario (92.030.992) (folio 251, cuaderno principal).
- Resolución núm. 35 del 29 de marzo de 2016 por cual se resuelve «(...) Reconocer el pago de la suma de Novecientos Ochenta y seis mil Doscientos sesenta y cinco pesos (\$986.265) a Elmer Augusto Mercado Severiche identificado con cédula N° 92.030.992 de Sincé (...)» (folio 252, cuaderno principal).
- Comprobante de egreso núm. 1026 expedido a favor de Elmer Augusto Mercado Severiche, correspondiente al pago de las sesiones ordinarias del mes de febrero de 2016, el cual se realizó a través del

cheque núm. 001125 del Banco Agrario, con firma y cédula del beneficiario (92.030.992), (folio 253, cuaderno principal).

- Resolución núm. 027 del 2 de marzo de 2016 por cual se resuelve «(...) *Reconocer el pago de la suma de: Dos millones noventa y un mil novecientos setenta y ocho a HELMER AUGUSTO MERCADO SEVERICHE identificado con cédula No. 92.030.992 (...)*» (folio 254, cuaderno principal).

Así mismo y conforme lo anunció el secretario del concejo municipal de Sincé (Sucre), se allegó copia del Acuerdo núm. 01 de 1995, por medio del cual se expidió el reglamento interno de ese concejo municipal (folio 255-296, cuaderno principal).

Se encuentra, además, copia de la comunicación del 10 de febrero de 2016 (folio 298, cuaderno principal), mediante la cual el concejal William Rafael Jaraba Velásquez le solicita al Tribunal Administrativo de Sucre, lo siguiente:

«(...) Como presidente del concejo Municipal de Sincé, hemos recibido de ustedes el oficio No. 0117 (2015-00479-00-RCA-NE (sic) En el cual decreta la suspensión provisional del acto que declaro la elección del concejal ELMER AUGUSTO MERCADO SEVERICHE, para lo cual solicitamos se nos indique el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a dicha orden, por cuanto el reglamento interno, no contempla la forma para declarar la vacancia temporal. Y si es necesario que se acuda a la Registraduría Municipal del estado civil de Sincé para que expida la certificación de la persona que sigue en votos al concejal ELMER MERCADO SEVERICHE o si esta medida es de aplicación inmediata, por cuanto tenemos conocimiento que el concejal ELMER MERCADO SEVERICHE, presentó el recurso de reposición el día 03 de febrero de 2016 y la medida no se encuentra ejecutoriada (...)»

De otro lado cabe señalar que mediante la Resolución núm. 036 de 4 de mayo de 2016, se declaró la vacancia temporal del cargo de concejal del municipio de

Sincé (Sucre), período 2016-2019, que desempeñaba el ciudadano Elmer Augusto Mercado Severiche, la cual se mantendrá hasta que la jurisdicción contencioso-administrativa lo determine (folio 301-302, cuaderno principal). Este acto administrativo fue notificado personalmente al concejal conforme obra en el folio 300 del cuaderno principal (documentos incorporados al proceso en la audiencia del 30 de junio de 2016).

Fue, igualmente, practicado el testimonio del señor Tercero José Gamarra Manjarrez, identificado con la cédula de ciudadanía núm. 92.030.295, que se cita en sus partes más importes, así:

*«(...) Yo fui elegido secretario general del concejo municipal de Sincé el día 8 de enero de 2016. Me posesioné el 8 de enero del año en curso. Seguidamente recibí la oficina el 9 de enero. Posteriormente el día 2 de febrero recibimos una comunicación del Tribunal Administrativo de Sucre (...) donde nos comunicaban sobre un auto de fecha 25 de enero de 2016 (...) que declaraba la suspensión provisional (...) **les decía que el día 2 de febrero recibimos una comunicación de parte del Tribunal Administrativo de Sucre donde nos comunicaban sobre un auto de fecha 25 de enero de 2016 donde declaraban la suspensión temporal del concejal Elmer Mercado Severiche. Seguidamente el 4 de febrero recibimos una comunicación de parte del concejal Elmer Mercado Severiche donde nos daba a conocer que a través de apoderado judicial instauró un recurso de reposición contra la decisión del Tribunal. Seguidamente el 10 de febrero nuevamente recibimos una comunicación del concejal Elmer Mercado Severiche, donde nos da a conocer, con unas copias adjuntas, el recurso de reposición con fecha de recibido del Tribunal Administrativo de Sucre de 3 de febrero. Seguidamente el 11 de febrero el presidente de la corporación, doctor William Jaraba Velásquez envía una comunicación al Tribunal Administrativo de Sucre, donde solicita cual es el procedimiento que debíamos seguir a raíz de la suspensión del señor Elmer Mercado Severiche,** en dicha comunicación se da a conocer el correo electrónico para mayor agilidad en la respuesta del Tribunal que es el correo concejosince@hotmail.com. Pasan los meses... febrero, pasa marzo... llega el mes de abril... no teníamos comunicación... no nos comunicaron de parte del tribunal si habían resuelto el recurso de reposición... (...) pendientes de las sesiones ordinarias del mes de*

mayo, el presidente de la corporación, el doctor William Jaraba Velásquez y mi persona nos dirigimos al Tribunal Administrativo de Sucre, exactamente a la oficina del doctor Rufo Carvajal, para darle a conocer la situación... para que nos informaran (...) o sea la decisión sobre el recurso de reposición... efectivamente el magistrado nos dijo que nos acercáramos a la oficina del secretario el doctor Manotas. Nosotros nos dirigimos a la oficina del doctor Manotas le expusimos el caso y **él nos dio (...) el fallo del recurso de reposición. Nos certificó de su puño y letra... él nos autenticó el documento y nos lo entregó... solo hasta el 28 de abril nosotros tuvimos conocimiento que el 11 de marzo se había tomado una decisión y cual era dicha decisión: la ratificación del concejal Elmer Mercado Severiche. Como le repito, el 28 de abril fue que tuvimos conocimiento pleno de que el señor Elmer Mercado Severiche se le había (...) ratificado la suspensión. Seguidamente, el 29 de abril a través de una comunicación, se le comunica al concejal Elmer Mercado sobre la decisión del 11 de marzo y que no podía seguir sesionando hasta que no le resolvieran el Tribunal Administrativo su situación jurídica. Seguidamente, el presidente de la corporación, el doctor William Jaraba Velásquez, realizó un acto administrativo a través de una resolución donde se declaraba la vacancia temporal del concejal Elmer Mercado Severiche (...)** (magistrado) el despacho considera pertinente realizarle dos preguntas al señor... al testigo y son las siguientes: ¿En su función de secretario del concejo municipal precísele a esta instancia judicial a qué sesiones... a qué mes corresponden las sesiones que se le pagaron como honorarios profesionales al concejal Elmer Mercado Severiche... (testigo) **Se le cancelaron las sesiones del mes de febrero y la sesión del mes de marzo...** (magistrado) una segunda pregunta es ¿Hasta qué fecha asistió a sesiones el concejal Elmer Mercado Severiche... (testigo) **Asistió hasta el 17 de marzo... como le digo no teníamos conocimiento de que se le había ratificado la suspensión provisional porque solo hasta el 28 de abril tuvimos conocimiento (...)**».

2.4.2.- Análisis del caso concreto

Inicialmente se debe determinar si el concejo municipal efectuó materialmente el pago de los honorarios de las sesiones ordinarias del mes de febrero de 2016 y de las sesiones extraordinarias del mes marzo de 2016, en la medida en que esta Sala ha reiterado que para efectos de la configuración de la causal de pérdida de

investidura **se requiere que efectivamente se haya efectuado una erogación con cargo al erario**⁷.

Para el efecto esta Sala acudirá a los planteamientos esbozados por la Corporación⁸ en relación con la prueba del pago efectivo como uno de los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, en la medida en que en el presente asunto se pretende acreditar el pago **con documentos que provienen del mismo concejo municipal**. Dichos planteamientos son del siguiente tenor:

«(...) Dicho lo anterior, es conveniente hacer referencia a la postura de esta Corporación frente a la prueba del pago efectivo de la condena, trayendo a colación el siguiente fragmento jurisprudencial de esta Subsección⁹:

*“Bajo esa misma línea de pensamiento, la Sala se ha referido a la falta de mérito probatorio con que cuentan, para efectos de acreditar el pago, **las constancias o certificaciones emitidas por la propia entidad demandante, en los siguientes términos:***

*‘(...) la Sala resalta el hecho de que la Nación tampoco probó el pago efectuado a los familiares de la víctima dentro del proceso de reparación directa, pues sólo aportó copia autenticada de la Resolución 3371 del 9 de septiembre de 1994 por la cual reconoció y ordenó el pago de \$38’084.285,00 **y de la certificación expedida por el jefe de la División de Pagaduría del Ministerio de Hacienda sobre el***

⁷ Al respecto ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 05001-23-33-000-2015-01260-01 (PI). Actor: RED DE VEEDURÍAS CIUDADANAS DE COLOMBIA. Demandado: MARÍA ELOÍSA OSSA GALEANO Y OTROS. Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA – ACCIÓN PÚBLICA CIUDADANA QUE ENCARNA EL EJERCICIO DE UN DERECHO POLÍTICO-REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL CAUSAL DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00060-01(44718). Actor: DEPARTAMENTO DE RISARALDA. Demandado: SILVIO ENRIQUE OCHOA GAVIRIA Y OTRO. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPETICIÓN.

⁹ Sentencia fechada el 26 de mayo de 2016 proferida por esta Subsección, dentro del expediente 25000-23-26-000-2004-02031-01 (39.795).

referido pago, sin constancia de recibido por parte de los beneficiarios (fols. 75 y 76 a 81 c. 1).

‘A juicio de la Sala, los documentos relacionados no resultan suficientes para demostrar su cumplimiento efectivo. **En efecto, la entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo** de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, a través de prueba que generalmente¹⁰ es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago, de transacción o de consignación y/o paz y salvo que **deben estar suscritos por el beneficiario**.

‘No basta que la entidad pública aporte documentos de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación’¹¹ (Se destaca).

“Asimismo, se ha considerado que:

‘(...) la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor,—o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma’^{12”13} (Subrayas del original, negrillas añadidas).

¹⁰ Original de la cita: “El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia de todas las personas que acostumbran utilizar en sus relaciones jurídicas”.

¹¹ Original de la cita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 25.749; M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra”.

¹² Original de la cita: “A juicio de la Sala, los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no solo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente: 16.887; M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

¹³ Original de la cita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 46.162; M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

La postura reseñada ha sido sostenida por esta Subsección en reiterados pronunciamientos, entre los cuales pueden consultarse algunos de los más recientes, a saber: sentencias de 27 de enero de 2016, proferidas en los procesos con números internos de radicación 35.894¹⁴ y 39.655¹⁵; y de 18 de abril de 2016, expediente número 40.694¹⁶. (...)» (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Para acreditar el pago de los mencionados honorarios, se allegaron los siguientes documentos:

- Comprobante de egreso núm. 1037 expedido a favor de Elmer Augusto Mercado Severiche, correspondiente al pago de las sesiones extraordinarias del mes de marzo de 2016, el cual se realizó a través del cheque núm. 001143 del Banco Agrario, **con firma y cédula del beneficiario (92.030.992)** (folio 251, cuaderno principal).
- Resolución núm. 35 del 29 de marzo de 2016 por cual se resuelve «(...) *Reconocer el pago de la suma de Novecientos Ochenta y seis mil Doscientos sesenta y cinco pesos (\$986.265) a Elmer Augusto Mercado Severiche identificado con cédula N° 92.030.992 de Sincé (...)»*, correspondiente al pago de honorarios por las sesiones extraordinarias del mes de marzo de 2016 (folio 252, cuaderno principal).
- Comprobante de egreso núm. 1026 expedido a favor de Elmer Augusto Mercado Severiche, correspondiente al pago de las sesiones ordinarias del mes de febrero de 2016, el cual se realizó a través del cheque núm. 001125 del Banco Agrario, **con firma y cédula del beneficiario (92.030.992)**, (folio 253, cuaderno principal).

¹⁴ Magistrado ponente: doctor Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ Magistrado ponente: doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶ Magistrado ponente: doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.

- Resolución núm. 027 del 2 de marzo de 2016 por cual se resuelve «(...) *Reconocer el pago de la suma de: Dos millones noventa y un mil novecientos setenta y ocho a HELMER AUGUSTO MERCADO SEVERICHE identificado con cédula No. 92.030.992 (...)*», correspondiente al pago de honorarios por las sesiones ordinarias del mes de febrero de 2016 (folio 254, cuaderno principal).

Los documentos señalados, en particular, los comprobantes de egreso números 1037 y 1026, los cuales se encuentran firmados por su beneficiario, Elmer Augusto Mercado Severiche, quien registró en estos documentos, igualmente, su número de documento de identidad (92.030.992)¹⁷, dan cuenta que el concejo municipal de Sincé (Sucre) efectuó, por medio de cheque que le fue entregado al concejal, el pago los honorarios correspondientes a las sesiones ordinarias de febrero de 2016 y a las sesiones extraordinarias de marzo de 2016.

El pago efectuado por el concejo municipal fue ordenado mediante las resoluciones números 027 del 2 de marzo de 2016 y 35 del 29 de marzo de 2016, suscritas por el señor William Rafael Jaraba Velásquez en su condición de presidente del concejo municipal de Sincé (Sucre), siguiendo para el efecto lo consignado en el artículo 35.20 del reglamento de dicha corporación, que asigna como función de ese servidor público, «(...) 35.20) *Actuar como ordenador del gasto en relación con el presupuesto de la corporación contenido en el Presupuesto General del Municipio, con sujeción a la ley orgánica del presupuesto y a la reglamentación de la mesa directiva en tratándose (sic) de pago a concejales*» (folio 268, cuaderno principal).

¹⁷ Conforme el formulario E26-CO que reposa al folio 14, el concejal Elmer Augusto Mercado Severiche ostenta dicho documento de identidad.

Determinado lo anterior, conviene evaluar la legalidad de los pagos realizados por el señor William Rafael Jaraba Velásquez, para cual resulta necesario establecer si la interposición del recurso de reposición por parte del concejal Elmer Mercado Severiche en contra de la providencia del 25 de enero de 2016, mediante la cual se suspendió provisionalmente el acto de declaratoria de su elección como concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en el proceso contencioso-administrativo que, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, se iniciara en contra de aquel, suspendió, hasta la fecha en que se surtió la notificación de la decisión que lo resolvió, la ejecución de la medida cautelar y, por ello, se encontraba habilitado para acudir a las sesiones del concejo municipal del Sincé (Sucre).

El Tribunal Administrativo de Sucre sostuvo, en la sentencia de primera instancia, que la presentación del recurso de reposición, en especial para los asuntos de única instancia, interrumpe la ejecución de la providencia impugnada hasta tanto no se resuelva por quien la profirió. Al respecto explicó:

*«(...) Claro lo anterior y aterrizando al asunto que nos interesa, recuerda la Sala que el trámite dentro del cual se profirió la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección del señor ELMER MERCADO SEVERICHE, es un proceso electoral de única instancia, expediente No. 70-001-23-33-000-2015-00479-00 tramitado en esta Corporación. **Por lo anterior, contra dicha decisión solo podía interponerse el recurso de reposición, conforme lo estipula el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, tal como se hizo por la parte demandada en dicho proceso, dispone la norma en lo pertinente:***

(...)

Ahora bien, como quiera que se trata de un proceso de única instancia y no hay lugar al recurso de apelación, no es posible hacer extensivo al recurso de reposición lo relacionado con los efectos de concesión del primero, en tanto el trámite de éste último es distinto, pues los efectos devolutivo y diferido, solo se predica

del recurso de alzada por voluntad expresa del legislador, en ejercicio de su libertad configurativa.

No obstante, considera la Sala que la presentación del recurso de reposición, en especial para el caso de los asuntos de única instancia, interrumpe la ejecución de la providencia impugnada hasta tanto no se resuelva por quien la profirió.

Sobre el particular se recuerda que el artículo 296 del CPACA, en cuanto a los aspectos no regulados en el proceso electoral, remite a lo dispuesto en el proceso ordinario, siempre que sea compatible con la naturaleza del primero; a su vez, el artículo 242 ídem, que regula lo concerniente al recurso de reposición, dispone que su oportunidad y trámite se regula por el C.P.C., hoy C.G.P.

Y en esa línea de entendimiento, el artículo 302 del CGP señala: (se cita)

(...)

Con sustento en lo anterior, cuando en un proceso de única instancia se interpone recurso de reposición contra una decisión, esta no queda ejecutoriada sino hasta que se resuelva el mencionado recurso, y en consecuencia, no es procedente cumplir lo decidido antes de ello, puesto que, la calidad o condición de ejecutoriada de una providencia judicial, implica que la decisión es de obligatorio acatamiento u observancia por los sujetos del mismo: juez, partes y terceros intervinientes.

En el caso concreto, tenemos que el día 25 de enero de 2016 dentro del proceso radicado No. 70-001-23-33-000-2015-00479-00, este TRIBUNAL dispuso admitir la demanda que en virtud del medio de control electoral se interpuso, al tiempo que se resolvió decretar la suspensión provisional del acto de elección del señor Elmer Mercado Severiche, como Concejal del Municipio de Sincé – Sucre, 2016 – 2019, como medida cautelar.

Si bien la anterior decisión fue comunicada al Concejo Municipal de Sincé por conducto de su Presidente, mediante Oficio No. 0117 (2015-00479-00)-RCA-NE del 1° de febrero de 2016, recibido el día 2 del mismo mes y año, lo cierto es que contra el decreto de la medida cautelar se interpuso en tiempo recurso de reposición por el demandado, el cual solo fue resuelto mediante auto del 11 de marzo de 2016, sin que exista en el expediente constancia de que esta última

decisión haya sido comunicada a la Corporación Pública en mención, a efectos de dar cumplimiento a la misma.

Sin embargo, en Resolución No. 036 del 4 de mayo de 2016, el Presidente del Concejo Municipal de Sincé – Sucre manifestó que se enteró de la decisión el día 28 de abril de 2016, cuando se le entregó copia de la providencia en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Sucre, circunstancia que es ratificada por el señor TERCERO JOSÉ GAMARRA MANJARREZ en el testimonio rendido en el presente proceso, lo cual dicho sea de paso, no fue desvirtuado en el proceso.

Lo expuesto, permite afirmar que, para cuando el señor WILLIAM JARABA VELASQUEZ, Presidente del Concejo Municipal de Sincé – Sucre reconoció el pago de los honorarios al Concejal ELMER MERCADO SEVERICHE por las sesiones asistidas en los meses de febrero y marzo, éste último no estaba suspendido en el ejercicio, puesto que la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección no estaba ejecutoriada, y por ende tal erogación por concepto de asistencia a sesiones tenía fundamento, situación que por sí sola implica que no prospere el cargo endilgado por el demandante, toda vez que el supuesto de hecho planteado y del cual parte su argumento, queda desvirtuado (...).».

Esta tesis era igualmente sostenida por el ciudadano Elmer Augusto Mercado Severiche, quien en la comunicación del día 4 de febrero de 2016, informó al presidente del concejo municipal de Sincé (Sucre), William Rafael Jaraba Velásquez¹⁸, que había interpuesto, a través de su apoderado judicial, recurso de reposición contra el auto del 25 de enero de 2016, mediante el cual se suspendió el acto que declaró su elección como concejal del municipio de Sincé (Sucre), señalando lo siguiente:

«(...) Me permito manifestarle que el pasado 3 de febrero de 2016, presenté por intermedio de mi apoderado judicial recurso de reposición contra el auto calendarado 25 de enero de 2016, a través del cual se decretó en mi contra la suspensión provisional del acto que declaró mi elección como Concejal de Sincé, con el objeto de que este fuese revocado.

¹⁸ Con sello de recibido por parte del concejo municipal de Sincé (Sucre), fecha 4 de febrero de 2016.

El recurso de reposición es un medio de impugnación que está establecido con el objeto de que el mismo juez o magistrado que profiere la decisión judicial la analice de nuevo y la revoque, modifique, aclare o adicione.

Los efectos inmediatos surgidos de la interposición del recurso de reposición, según el tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez, comenta al respecto que este recurso tiene la virtud de suspender el cumplimiento del auto impugnado, en todo cuanto haya sido atacado, hasta tanto sea desatada la impugnación. Significa esto que, a diferencia de lo que acaece con otros medios de impugnación que permiten la ejecución de la decisión en forma provisional mientras se surte el trámite del recurso respectivo, en el caso de la reposición, el auto impugnado no puede producir efecto alguno mientras esté pendiente de resolverse la impugnación.

De ahí que la interposición del recurso de reposición en contra de un auto que concede un término impida que éste corra y borre lo que hasta el momento haya alcanzado a correr. Es así, que de acuerdo al artículo 118 del Código General del Proceso, en el inciso 4° nos indica: “cuando se interpongan recursos contra la providencia que concede el término o el auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso...” (...). Así las cosas, y al haberse interpuesto por mi apoderado el recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión provisional de mi elección, el efecto inmediato de ese recurso es suspender el cumplimiento del auto impugnado (...).» (folio 87-88, cuaderno principal)

Tesis que nuevamente reiteró en el oficio del 10 de febrero de 2016, pero esta vez a la mesa directiva del concejo municipal de Sincé (Sucre)¹⁹, manifestando:

«(...) Con el debido respeto manifestarles que el auto de oficio No. 0117 (2015-00479-00) RCA-NE mediante el cual se decreta la suspensión provisional del acto que declaró mi elección como concejal del municipio de Sincé Sucre. Período 2016-2019, interpuse el recurso de reposición y réplica por apoderado, por lo anterior les informo que dicho auto no se encuentra ejecutoriado y yo puedo ejercer las funciones como concejal del municipio, igualmente sugiero solicitar al tribunal

¹⁹ Con sello de recibido por parte del concejo municipal de Sincé (Sucre), fecha 10 de febrero de 2016, a las 8:30 de la mañana.

administrativo de Sucre si el auto en mención se encuentra ejecutoriado o no (...)» (folio 89, cuaderno principal)

Sin embargo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, sala especializada en los asuntos electorales, fijó su posición en relación con el efecto en que debía concederse **el recurso de reposición** que procede en contra de la providencia judicial **que decide la solicitud de suspensión provisional en los procesos contencioso-administrativos con pretensiones de contenido electoral que se tramitan en única instancia** (artículo 277 del C.P.C.A.), como lo indicó el agente del Ministerio Público, en providencia del 17 de junio de 2016²⁰, explicando lo siguiente:

«(...) 3.4. El tema de fondo de la medida cautelar: La ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de esa decisión judicial.

A lo largo del CPACA se menciona la firmeza y ejecutoria de las providencias sin que se cuente con dispositivo que fije el alcance o concepto exacto de la figura²¹, así las cosas al tratarse de asunto referente a la suspensión provisional, es necesario remitirse a las normas propias de la medida cautelar, como el artículo 236 inciso último, de cuyo texto se evidencia la necesaria inmediatez en su aplicación. En efecto, en su literalidad, indica “Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016). EXPEDIENTE N°: 11001032800020160044-00. ACTOR: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS. DEMANDADO: JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR (Director General Encargado - CARDER). Nulidad electoral - única instancia. Auto admisorio y suspensión provisional.

La tesis expuesta en este auto fue reiterada en la Sentencia del 7 de diciembre de 2016 dictada en el mismo proceso judicial, la cual indicó: «(...) Este asunto, como bien lo advirtió el Ministerio Público en su intervención, fue resuelto por la Sala en el auto de 17 de junio de 2016, al momento de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de acto. Al respecto, y con el objeto de sentar jurisprudencia en los términos del artículo 270 del CPACA²⁰, en materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial, se trae a colación el contenido de dicha decisión donde se dijo lo siguiente: (se cita) (...)».

²¹ Por aplicación del principio de integración normativa previsto en el artículo 296 del CPACA, en el medio de control de nulidad electoral, en lo no regulado se aplican las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.

las medidas cautelares **no serán susceptibles de recurso alguno**”, pues esa ejecución sin tardanza resulta compatible con la naturaleza ágil, pronta y eficaz del proceso electoral.

Pues bien, desde la teoría, la ejecutoria, como figura procesal, es entendida o asociada con la firmeza de la decisión del juez, que imposibilita su discusión mediante los medios de impugnación previstos en los distintos ordenamientos procesales.

Como se lee de las generalidades de las normas procesales, la ejecutoria, parte y depende, de varios factores, **el primero y más importante**, el de la notificación de la providencia; **el segundo, de si la providencia es impugnabile o no**, pues ambos factores marcan desde el punto del plazo o el término, en qué momento, por regla general, cobrará firmeza. Por ello, se dice que la providencia queda ejecutoriada, de inmediato cuando la providencia no requiere notificación, como en el caso de los autos de cúmplase; cuando requiriendo notificación, carece de recursos –al día siguiente de ésta-, o teniéndolos fueron decididos por el juez o no presentados por el interesado.

Toda esa ritualidad conexas al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, constituyen pilares fundamentales del proceso judicial y, permite aseverar que, por regla general, ninguna providencia judicial, surte efectos sin que esté ejecutoriada, precisamente, por la necesidad de que tenga alcance vinculante para los sujetos procesales, que se produce con ese engranaje entre: decisión judicial, notificación, medios de impugnación y firmeza -y si se sigue más allá con la cosa juzgada cuando de sentencias se trate y la ejecutabilidad²²-. De tal suerte que si esos estadios del proceso son inobservados, se está, potencialmente, frente a la violación de dichos derechos fundamentales.

Retomando el trámite procesal, mediante la lectura de las normas del CGP, se evidencian los siguientes parámetros: 1) **las providencias proferidas en audiencias**, quedan ejecutoriadas, 1.1) una vez notificadas si no son impugnables, 1.2) si siendo recurribles no se interponen los recursos, 1.3) si siendo recurribles, las impugnaciones fueron decididas y, 1.4) una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación, conforme al artículo 302 del CGP pretranscrito. 2) **las providencias proferidas por fuera de audiencia**, quedan

²² Es así como se afirma que las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada como las que son ejecutables, implican que ya cobraron ejecutoria. Pero no toda decisión ejecutoriada hace tránsito a cosa juzgada ni tampoco todas son ejecutables.

ejecutoriadas, 2.1) tres días después de notificadas cuando carecen de recursos; 2.2) tres días después de notificadas si siendo recurribles no se interpusieron los procedentes y 2.3) cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los recursos interpuestos.

Ahora bien, es del caso aclarar que la regla general de la ejecutoria de las providencias para observar su obligatoriedad y efectos vinculantes, se ve morigerada con excepciones puntuales y expresas de la ley, dependiendo de la inmediatez que requiera el trámite procesal, como en el caso, entre otros, de las medidas cautelares preventivas o de urgencia o de apelación en efecto devolutivo e incluso de los amparos tutelares.

Se plantea, por la parte opositora de la medida cautelar, que como las providencias al momento de elegir en encargo al demandado no habían cobrado firmeza, pues habían sido recurridas en reposición, ello permitía predicar su no exigibilidad o imperatividad.

En efecto, la realidad procesal del caso, da cuenta de que el recurso con el que se impugnaron ambas declaratorias de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Director General titular, fue el de reposición, en tanto se trata de un proceso de única instancia, cuyo conocimiento, como acontece con el que se estudia, es del resorte exclusivo del Consejo de Estado.

No obstante, dada la naturaleza y trasfondo que conlleva la decisión las medidas cautelares, no es viable abstraerse de la teleología del efecto devolutivo como figura procesal, para entender el alcance y el porqué del cumplimiento inmediato de la suspensión provisional y, que el CPACA, consideró adecuado para esta decisión que, antes con el CCA se concedía en el efecto suspensivo. Mutatis mutandi, no podría afirmarse que como se está en vía de reposición, no se esté obligado al cumplimiento inmediato de la decisión cautelar, bajo el mero argumento de que el efecto devolutivo no es propio de la reposición, pues se sacrificaría el sentido y trascendencia que adquirieron las medidas cautelares, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, el artículo 243 del CPACA al pronunciarse sobre los autos apelables, realiza un listado, en el que incluye al decreto de la medida cautelar (num. 2º). En forma expresa, indica que la regla general de la concesión del recurso de alzada, es el efecto

suspensivo, excluyendo expresamente, al numeral 2º para otorgarle el efecto devolutivo.

Tradicionalmente, el efecto devolutivo, concepto que se mantiene en el CGP en el artículo 323, y que fue trasladado en forma textual del artículo 354 del derogado CPC indica: “En el efecto devolutivo, En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso”.

Puede decirse entonces, sin hesitación alguna, que el cumplimiento y la exigibilidad de su ejecución, en el caso de la providencia que decreta la medida cautelar, son inmediatos y que no se suspenden con la interposición de recurso alguno. Más aún ni siquiera la formulación de la recusación impide la ejecución de las medidas.

Razón por la cual, conforme a la normativa procesal vista, una vez enterada de la decisión judicial de decreto de medida cautelar, la autoridad competente para darle curso en el presente caso, esto es, el Consejo Directivo, debía dar inmediato cumplimiento a ella. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, en el proceso 201500034, obra que el decreto de suspensión provisional de 3 de marzo de 2016, fue notificada el 9 de marzo de 2016. Mientras que en el proceso 201500045, la medida cautelar de 4 de marzo de 2016, fue notificada el 8 de marzo de 2016²³ (...)» (resaltado y subrayado fuera del texto).

Esta posición esbozada por la Sección Quinta del Consejo de Estado se contrapone con la explicada por el Tribunal Administrativo de Sucre. Sin embargo, nótese que la providencia judicial proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es de fecha 17 de junio de 2016²⁴, esto es, fue dictada **con posterioridad**

²³ Información extraída del software Siglo XXI.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016). EXPEDIENTE N°: 11001032800020160044-00. ACTOR: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS. DEMANDADO: JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR (Director General Encargado - CARDER). Nulidad electoral - única instancia. Auto admisorio y suspensión provisional. **La tesis expuesta en este auto fue reiterada en la Sentencia del 7 de diciembre de 2016** dictada en el mismo proceso judicial, la cual indicó: «(...) Este asunto, como bien lo advirtió el Ministerio Público en su intervención, fue resuelto por la Sala en el auto de 17 de junio de 2016, al momento de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de acto. Al respecto, y con el objeto de sentar jurisprudencia en los términos del artículo 270 del CPACA²⁴, en

a los hechos que dieron lugar a la demanda de pérdida de investidura, siendo desconocida, entonces, por el concejal William Rafael Jaraba Velásquez.

Así pues, tan plausible resultaba la tesis esbozada por el concejal Elmer Augusto Mercado Severiche en los oficios del 4 de febrero de 2016²⁵ y del 10 de febrero de 2016²⁶ que incluso la misma fue sostenida por el Tribunal Administrativo de Sucre en la sentencia de primera instancia (Corporación que igualmente conoce de procesos judiciales con pretensión electoral), la cual, conforme se indicó, tiene sustento en el artículo 302 del Código General del Proceso que indica que las providencias:

*«(...) proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, **o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos (...)**».*

Más aún, el demandado no tenía claridad sobre la forma en que debía proceder al ser comunicado de la providencia judicial en la cual se decretó la suspensión

materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial, se trae a colación el contenido de dicha decisión donde se dijo lo siguiente: (se cita) (...)».

²⁵ El día 4 de febrero de 2016, el ciudadano Mercado Severiche comunicó al presidente del concejo municipal de Sincé (Sucre), William Rafael Jaraba Velásquez²⁵, que había interpuesto, a través de su apoderado judicial, recurso de reposición contra el auto del 25 de enero de 2016, mediante el cual se suspendió el acto que declaró su elección como concejal del municipio de Sincé (Sucre), señalando lo siguiente: «(...) Así las cosas, y al haberse interpuesto por mi apoderado el recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión provisional de mi elección, el efecto inmediato de ese recurso es suspender el cumplimiento del auto impugnado (...)». (folio 87-88, cuaderno principal)

²⁶ Mediante oficio del 10 de febrero de 2016, el ciudadano Mercado Severiche reiteró lo expuesto en su comunicación del 4 de febrero de 2016, pero esta vez a la mesa directiva del concejo municipal de Sincé (Sucre)²⁶, manifestando: «(...) Con el debido respeto manifestarles que el auto de oficio No. 0117 (2015-00479-00) RCA-NE mediante el cual se decreta la suspensión provisional del acto que declaró mi elección como concejal del municipio de Sincé Sucre. Período 2016-2019, interpuse el recurso de reposición y réplica por apoderado, por lo anterior les informo que dicho auto no se encuentra ejecutoriado y yo puedo ejercer las funciones como concejal del municipio, igualmente sugiero solicitar al tribunal administrativo de sucre si el auto en mención se encuentra ejecutoriado o no (...)» (folio 89, cuaderno principal)

provisional del acto de elección del concejal Elmer Augusto Mercado Severiche, ni mucho menos certeza sobre sus efectos, tal y como lo manifiesta en la comunicación del 10 de febrero de 2016 (folio 298, cuaderno principal), mediante la cual el concejal William Rafael Jaraba Velásquez le solicita al Tribunal Administrativo de Sucre, lo siguiente:

«(...) Como presidente del concejo Municipal de Sincé, hemos recibido de ustedes el oficio No. 0117 (2015-00479-00-RCA-NE (sic) En el cual decreta la suspensión provisional del acto que declaro la elección del concejal ELMER AUGUSTO MERCADO SEVERICHE, para lo cual solicitamos se nos indique el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a dicha orden, por cuanto el reglamento interno, no contempla la forma para declarar la vacancia temporal. Y si es necesario que se acuda a la Registraduría Municipal del estado civil de Sincé para que expida la certificación de la persona que sigue en votos al concejal ELMER MERCADO SEVERICHE o si esta medida es de aplicación inmediata, por cuanto tenemos conocimiento que el concejal ELMER MERCADO SEVERICHE, presentó el recurso de reposición el día 03 de febrero de 2016 y la medida no se encuentra ejecutoriada (...)»

Conforme con lo anterior, luego de proferida la decisión del 17 de junio de 2016 resulta claro que la medida cautelar de suspensión provisional del acto que declaró la elección del señor Elmer Mercado Severiche como concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, adoptada mediante auto del 25 de enero de 2017, **debió ejecutarse por parte del concejo municipal una vez le fue comunicada la medida, esto es, el 2 de febrero de 2016²⁷.**

Ahora bien, es claro que con anterioridad a la citada providencia judicial de la Sección Quinta del Consejo de Estado existía la incertidumbre relacionada con el cumplimiento de la suspensión provisional decretada, dado que la misma había sido impugnada, situación incierta que obedeció a que el trámite de los procesos con pretensiones de contenido electoral presenta la particularidad consistente en

²⁷ folio 86, cuaderno principal.

que el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé que en contra del auto admisorio de la demanda en el que, igualmente, se decida en relación con la suspensión provisional del acto acusado, procede el recurso de reposición en los procesos de única instancia. El citado artículo indica:

«(...) Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...)

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación. (...)».

Dicha situación resulta ser especial y distinta de la regulada en el régimen general previsto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece que contra el auto que decreta una medida cautelar son procedentes los recursos de apelación y súplica, según el caso, pero no el de reposición. En efecto, el artículo 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala:

«(...) 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.

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno. (...)».

Puede evidenciarse, entonces, que el demandado William Rafael Jaraba Velásquez actuó bajo la creencia de que la medida cautelar se encontraba suspendida y, en consecuencia, **en su óptica, el concejal Elmer Augusto Mercado Severiche se encontraba habilitado para acudir a las sesiones del concejo municipal mientras se desataba el recurso de reposición presentado en contra de la providencia del 25 de enero de 2016**, mediante la cual se suspendió provisionalmente el acto de declaratoria de elección de ese concejal del municipio de Sincé (Sucre) para el período 2016-2019, el cual fue resuelto mediante auto del 11 de marzo de 2016 (fol. 105-108, cuaderno principal), lo cual fue informado al demandado solo hasta el 28 de abril de 2016 (fol. 108, cuaderno principal y testimonio del señor Tercero José Gamarra Manjarrez)

Así las cosas, se advierte que el señor William Rafael Jaraba Velásquez, en su condición de presidente del concejo municipal y, por ello, ordenador del gasto de dicha corporación, ordenó que se efectuara el pago de unos honorarios por la asistencia a las sesiones de febrero (ordinarias) y marzo (extraordinarias) de 2016 al concejal Elmer Augusto Mercado Severiche, erogación que se realizó con la convicción de que la providencia del 25 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre en el trámite del proceso contencioso-administrativo con pretensión electoral núm. 70-001-23-33-000-2015-00479-00, y en la que se suspendió la elección de aquel concejal, no debía ejecutarse hasta tanto se resolviera el recurso de reposición que contra la decisión mencionada fuera interpuesto por el concejal Mercado Severiche, **por lo que no podría considerarse que hubo una destinación de recursos públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.**

Lo anterior se encuentra acorde con lo expresado por esta Corporación y por la Corte Constitucional, la cual ha indicado, en la Sentencia SU 424 de 2016, lo siguiente:

«(...) el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable. (...) Así, la Sala encuentra que la sanción de pérdida de investidura impuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado a los ahora accionantes generó un defecto sustantivo en la sentencia porque omitió la aplicación de una norma claramente aplicable al caso. En efecto, como se vio en los fundamentos jurídicos 24 a 34 de esta providencia, el proceso sancionador de pérdida de investidura exige la aplicación del principio de culpabilidad, pese a lo cual ese elemento no fue valorado en los procesos y, por el contrario, se impuso la responsabilidad objetiva en este asunto. Son cuatro las premisas que apoyan esa conclusión: (...) La primera: en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa. En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la sanción más gravosa para el ejercicio del derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia a aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable, de inevitable observancia. (...)»

Así las cosas, esta Sala, siguiendo los parámetros expuestos en la Sentencia SU 424 de 2016, encuentra que, de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, la conducta del concejal William Rafael Jaraba Velásquez está exenta de culpa en tanto actuó de buena fe, al considerar que la medida cautelar decretada en contra del acto de elección del concejal Elmer Augusto Mercado Severiche se encontraba suspendida por la interposición del recurso de reposición en contra de ella,

cuestión que, como se ha indicado anteriormente, no había sido esclarecida por la jurisprudencia de esta Corporación, **lo cual solo se precisó jurisprudencialmente mediante la providencia del 17 de junio de 2016, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sala especializada en los asuntos electorales**, por lo que no es posible endilgarle responsabilidad alguna en relación con los pagos realizados correspondientes a las sesiones de febrero (ordinarias) y marzo (extraordinarias) de 2016, ordenados mediante la Resolución núm. 027 del 2 de marzo de 2016 y la Resolución núm. 35 del 29 de marzo de 2016.

A lo anterior se suma que solo tuvo conocimiento de la confirmación de la medida el día 28 de abril de 2016, conforme se consigna en la copia auténtica de la providencia que le fue suministrada al demandado (fol. 108, cuaderno principal) y se colige del testimonio del señor Tercero José Gamarra Manjarrez.

Esta Sala, entonces, evidencia que se no configuró la indebida destinación de dineros públicos y, en consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Sin embargo y a **manera de jurisprudencia anunciada**²⁸, es necesario poner de relieve que ante la existencia de los precedentes jurisprudenciales del 17 de junio de 2016 y el 7 de diciembre de 2016, proferidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sala especializada en los asuntos de naturaleza electoral, esta Sala advierte que no validará el empleo de los argumentos plasmados en la presente providencia respecto de situaciones de hecho similares a las que nos ocupa y que hayan ocurrido u ocurran con posterioridad a las antedichas decisiones, en la

²⁸La Sala quiere significar que el caso que ocupó su atención, no fue juzgado con fundamento en este nuevo criterio que se expone y, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro. Sobre el uso de esta figura ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del siete (07) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-28-000-2015-00051-00. Actor: Emiliano Arrieta Monterroza. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez – Gobernadora de la Guajira.

medida en que las autoridades administrativas cuentan con un derrotero claro en relación con los efectos y con el cumplimiento de las medidas cautelares de suspensión provisional de los actos de elección.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)