CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO AMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Acción de tutela
Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 01604 00
ACTOR: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Asunto: Decreta medida provisional

AUTO INTERLOCUTORIO

El Despacho decide la solicitud del decreto de una medida provisional elevada por la parte actora.

1. El ciudadano **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS**, a través de apoderado, presenta acción de tutela contra la **Sección Quinta del Consejo de Estado**[1], con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al *non bis in idem,* al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, presuntamente vulnerados con ocasión de la sentencia proferida el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por

[1] En adelante la **Sección Quinta.**

medio de la cual se declaró la nulidad de su elección como senador de la República para el período 2018-2022 y se ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista.

2. Como fundamento de la presunta vulneración, el actor alega que la sentencia incurrió en los defectos orgánico y procedimental, como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, asegura que la **Sección Quinta** no podía pronunciarse en forma distinta a lo decidido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, la cual, en la sentencia de 19 de febrero de 2019, denegó la pérdida de investidura presentada en su contra. Lo anterior, por cuanto, según lo previsto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018[2], cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.

Anota que el parágrafo del citado artículo tiene dos finalidades, que consisten en, primero, evitar que existan sentencias contradictorias

[2] «Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones»

entre Secciones y Salas del Consejo de Estado y, segundo, garantizar el *non bis in ídem.* Que, en este orden, la **Sección Quinta** carecía de competencia para pronunciarse, pues debió esperar a que la Sala Plena resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia en el proceso de la pérdida de investidura o remitir a dicha Sala el proceso de nulidad electoral.

Aduce que la decisión censurada concluyó que no existía cosa juzgada porque la sentencia del proceso de pérdida de investidura no se encontraba ejecutoriada, lo cual es incorrecto porque el artículo 1º de la Ley 1887 no señala que la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada deba estar ejecutoriada, simplemente menciona "el primer fallo", que en este caso fue el de la pérdida de investidura; por consiguiente, la única forma de respetar tanto el efecto de cosa juzgada como el principio *non bis in idem* era suspender el medio de control electoral hasta tanto la Sala Plena desatara la segunda instancia de la solicitud de la pérdida de investidura.

3. En el escrito de tutela, el apoderado del actor solicita que se decrete la medida provisional consistente en *«suspender*

provisionalmente los efectos de la sentencia de nulidad como Senador de la República... hasta tanto se adopte la decisión definitiva a que haya lugar. Lo anterior ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues de no suspenderse la mencionada providencia podría ser ejecutada de inmediato, cesando mi representado en el ejercicio de sus funciones como Congresista y tornando inocua la eventual protección de los derechos fundamentales invocados».[3]

4. Mediante proveído de 23 de abril de 2019[4], el Despacho admitió la demanda y denegó la solicitud de la medida, con fundamento en que al momento de la presentación de la tutela, la sentencia de la **Sección Quinta** no se encontraba en firme, por lo que era claro que los efectos que se buscaban suspender aún no se habían producido.

5. En escrito radicado el 25 de abril de 2019[5], el apoderado del actor solicita nuevamente que se decrete la medida provisional consistente en la suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada, petición que fue reiterada en escrito radicado el 10 de mayo de los corrientes[6].

[3] Cfr. folio 46.
[4] Cfr. folio 55.
[5] Cfr. folio 73
[6] Cfr. folio 115.

Arguye que las razones que sirvieron para denegar la medida ya no existen y que se requiere que se decrete la misma «*ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues de no suspenderse la mencionada providencia podría ser ejecutada de inmediato, cesando mi representado en el ejercicio de sus funciones como Congresista y tornando inocua la eventual protección de los derechos fundamentales invocados*».

Para resolver, el Despacho considera:

El artículo 7º del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991[7] establece la posibilidad para el juez de tutela de suspender provisionalmente los actos que amenacen o violen derechos fundamentales, cuando sea pertinente para proteger dichos derechos o para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. La norma en cita menciona:

> *«Artículo 7º. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.*
>
> *Sin embargo, a petición de parte o de oficio se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar*

[7] «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política».

perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado».

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[8] ha sostenido que el decreto de medidas provisionales en acciones de tutela está sujeto a:

(i) Que estén encaminadas a proteger un derecho fundamental, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, con el fin de garantizar que la decisión definitiva no resulte inocua o superflua por la consumación de un daño.

[8] Cfr. entre otros, Autos 031 de 1994 (MP. Jorge Arango Mejía), 039 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), 041 A de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), 049 de 1995 (Carlos Gaviria Díaz), 166 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda) y 035 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

(ii) Que se esté en presencia de un perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia, de manera que se requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo.

(iii) Que exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable.

(iv) Que exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

(v) Que la medida provisional se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión.

También en el Auto A241 de 2010, la Corte se refirió a la posibilidad de decretar, como medida preventiva en la acción de tutela, la suspensión de los efectos de las sentencias, con el fin de precaver que las órdenes judiciales impartidas lleguen a ocasionar un perjuicio irremediable[9].

En el caso *sub lite,* la sentencia cuyos efectos se piden suspender resolvió:

[9] Auto A241 de 2010, MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

> *«**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución Nº 1596 de 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN, en lo que respecta a la declaratoria de elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas como Senador de la República para el período 2018-2022.*
>
> ***SEGUNDO: CANCELAR** la credencial que acredita al señor Mockus Sivickas como congresista.*
>
> ***TERCERO: COMUNICAR** esta decisión al presidente del Senado para que proceda según lo dispuesto en los artículos 134 de la Constitución y 278 de la Ley 5ª de 1992.*
>
> ***CUARTO: ADVERTIR** a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso».*

Es decir que el efecto de la sentencia enjuiciada es que se cancele la credencial que acredita al señor **ANTANAS MOCKUS** como congresista y se comunique la decisión al presidente del Senado para que proceda según lo dispuesto en los artículos 134 de la Constitución[10] y 278[11] de la Ley 5ª de 17 de junio de 1992[12], lo cual tendría lugar una vez ejecutoriada la providencia en mención.

---

[10] «**Artículo 134**. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Constatado el Sistema de Información de Procesos de la Rama Judicial «Justicia Siglo XXI», se observa que por estado de 6 de mayo de 2019 se rechazó por extemporánea una solicitud de adición del fallo y en la misma fecha se notificó la decisión a las partes, es decir que ya se resolvieron las solicitudes pendientes, por lo que la sentencia se encuentra ejecutoriada.

Ahora bien, el artículo 1º de la Ley 1887, que sirve de fundamento a la solicitud de medida preventiva, señala que cuando se presenten simultáneamente el medio de control de nulidad electoral

---

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

Parágrafo Transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo».

[11] «**ARTICULO 278.** Reemplazo. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral. Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado».

[12] *«Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes»*.

y la acción de pérdida de investidura contra un Congresista por «*una misma conducta*», la primera decisión hará «*tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad*». La norma en comento preceptúa:

> «*Artículo 1°.El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.*
>
> *Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.*
>
> ***Parágrafo. Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».*** (Resaltado fuera del texto original).

En este panorama, se destaca que el **19 de febrero de 2019** la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura decidió denegar la solicitud de pérdida de investidura contra el senador **ANTANAS MOCKUS** (número único de radicación 11001-03-15-000-2018-

02417-00 (PI) 11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00, acumulados), por estimar que no se estructuraron los verbos rectores de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, dado que no intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, con ocasión de los convenios de asociación núms. 10 y 0566 de 2017, suscritos con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., "UAESP", respectivamente.

De otra parte, en la sentencia cuestionada en la presente tutela, proferida el **11 de abril de 2019** (número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 acumulado), la **Sección Quinta** declaró la nulidad de la elección del senador **ANTANAS MOCKUS,** por estimar que se estructuraron todos los elementos de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, dado que intervino en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, con ocasión de los convenios de asociación núms. 10 y 0566 de 2017, suscritos con la Agencia de

Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá D.C., "UAESP", respectivamente.

De lo anterior se advierte la existencia de dos decisiones con conclusiones diferentes, una proferida en el medio de control de nulidad electoral que fue decidido por la **Sección Quinta** en la sentencia cuestionada, y otra dictada en el proceso de solicitud de pérdida de investidura, ambas basadas en acciones simultaneas y con fundamento en la misma conducta, lo que, en una lectura preliminar del juez de tutela, permitiría colegir que pudo desconocerse el principio previsto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881.

Se destaca que si bien en la sentencia censurada la **Sección Quinta** fundó la no aplicación del parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 en el hecho de que la sentencia de pérdida de investidura no se encontraba ejecutoriada por haberse interpuesto el recurso de apelación, tal argumento debe ser analizado por el juez de la tutela de cara a los defectos endilgados por el peticionario, lo cual no obsta para que de manera preliminar se analice la posibilidad de

decretar una medida preventiva para evitar un perjuicio irremediable, siempre y cuando se den los presupuestos para ello.

Ahora bien, para determinar si en el caso concreto se dan los requisitos señalados por la Jurisprudencia constitucional para decretar la medida preventiva, el Despacho encuentra que:

(i) La medida de suspensión de los efectos de la sentencia proferida por la **Sección Quinta** que anuló la elección del senador **ANTANAS MOCKUS** está encaminada a proteger su derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad de garantía del *non bis in idem* y a lograr la efectividad de la sentencia que resuelva la solicitud de amparo constitucional.

(ii) Se requiere de una medida urgente e impostergable para que se suspendan los efectos de la sentencia y con ello los trámites previstos en los artículos 134 de la Constitución y 278 de la Ley 5ª, para proveer la curul por la nulidad de la elección del congresista **ANTANAS MOCKUS,** hasta tanto se resuelva sobre la solicitud de la presente tutela.

(iii) La amenaza del perjuicio irremediable se puede comprobar con la ejecutoria de la sentencia que consta en el Sistema de Información de Procesos de la Rama Judicial «Justicia Siglo XXI» y la obligatoriedad que conlleva la decisión cuestionada, en virtud de la cual el accionante ya no podrá ejercer sus funciones como congresista, por la anulación de su elección.

(iv) La medida provisional consistente en la suspensión provisional de los efectos de la sentencia de nulidad electoral tiene el efecto directo de proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

(v) La medida provisional tendría efectos únicamente para el caso objeto de revisión.

Cabe agregar que la doctrina procesal indica que el decreto de una medida cautelar supone el cumplimiento de dos condiciones: (i) *periculum in mora* y (ii) *fumus boni iuris*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación

de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho[13].

En el caso *sub examine,* para el Despacho se cumplen ambas condiciones, habida consideración de que lo probado en el proceso permite aducir un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión, sin que en ningún caso se deba entender como una decisión de fondo del asunto objeto de estudio. Y, adicionalmente, se advierte la necesidad de un pronunciamiento provisional, a fin de evitar que por la obligatoriedad que conlleva la decisión de anulación de la elección, el actor ya no pueda ejercer sus funciones como congresista.

Por las anteriores razones y **sin que ello constituya pre juzgamiento ni condicione la decisión final que habrá de adoptar la Sección Primera en la respectiva sentencia que resuelva la solicitud de tutela**, el Despacho decretará la medida provisional consistente en la suspensión de los efectos provisionales de la sentencia proferida el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000

[13] Al respecto, pude consultarse la providencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 17 de marzo de 2015, C.p. doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, número único de radicación 11001 03 15 000 2014 03799 00.

2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección de **ANTANAS MOCKUS** como senador de la República para el período 2018-2022 y se ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista, hasta que se resuelva la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

Primero: DECRETAR la medida provisional solicitada por el demandante. En consecuencia,

SUSPENDER los efectos de la sentencia proferida el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección de **ANTANAS MOCKUS** como senador de la República para el período 2018-2022 y se ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista, hasta que se resuelva la presente acción de tutela.

Segundo: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito.

Tercero: COMUNICAR la presente decisión al presidente del Senado de la República.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera

REPÚBLICA DE C
16 MAY 2019
SECRETARÍA GENERAL
CONSEJO DE ESTADO