

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma la sentencia que declaró la nulidad de la elección de un concejal en el caso de Carmen de Bolívar periodo 2016 – 2019

Corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o modifica la sentencia de noviembre ocho (8) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad de la elección del señor Pedro Rafael Torres Ochoa como concejal de El Carmen de Bolívar y en su lugar declaró la elección del señor Jorge Eliécer Sanabria Rivera como miembro de la corporación municipal para el periodo 2016-2019 (...) La diferencia establecida por el a quo en dichos formularios, que significó la resta de votos al concejal demandado, también deja sin respaldo la afirmación según la cual no quedó esclarecido el documento electoral que contiene la falsedad alegada por el actor en la demanda. Concluye la Sala que las anteriores consideraciones hechas por la parte demandada, sin apoyo probatorio, carecen de fuerza para desvirtuar la decisión que anuló la elección del señor Torres Ochoa y declaró la elección del actor Sanabria Rivera como concejal de El Carmen de Bolívar.

EXCEPCION DE ILEGALIDAD – No excluye el acto administrativo del ordenamiento jurídico pues sus efectos son inter partes / EXCEPCION DE ILEGALIDAD – Es posible excluir una resolución de comisión escrutadora sin afectar la presunción de legalidad / EXPEDICION IRREGULAR / LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO – No es suficiente la invocación genérica y aislada de dicha presunción / ENTREGA EXTEMPORÁNEA DE DOCUMENTOS ELECTORALES – Improcedente / DOCUMENTOS ELECTORALES - En las cabeceras municipales serán entregados por los presidentes del jurado a los registradores del estado civil o a sus delegados no a los claveros

La apelación del señor Ramiro Rafael Ortega Buelvas, excandidato al Concejo, estuvo limitada a los alcances de la resolución 014 de 2015. Consideró que dicho acto administrativo debió ser tenido en cuenta al definir la elección de los concejales y agregó que está revestido de la presunción de legalidad, que no podía ser desconocida por el Tribunal Administrativo de Bolívar (...) En la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Bolívar aplicó la excepción de ilegalidad a la resolución 014 de 2015 por haber sido expedida en forma irregular al desconocer las previsiones contenidas en el artículo 144 del Código Electoral. Advierte la Sala que los argumentos expuestos por el actor no tienen la virtud de desestimar las conclusiones a las cuales arribó el a quo para negar la nulidad del acto de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar (...) El demandante manifestó que dicho acto administrativo debió ser tenido en cuenta al definir la escogencia de los integrantes del Concejo Municipal, pero dicha afirmación, por sí misma, sin respaldo en otras razones, no desvirtúa la consideración hecha por el a quo sobre el desconocimiento del artículo 144 del Código Electoral. La invocación genérica y aislada de la presunción de legalidad que acompaña a la resolución 014 de 2015 tampoco es suficiente para rebatir la posición asumida por el Tribunal Administrativo frente a dicho acto, en la medida en que el demandante no explicó cómo dicha prerrogativa del acto administrativo podría prevalecer sobre la ilegalidad aplicada por la expedición irregular que advirtió el a quo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la excepción de ilegalidad no excluye el acto administrativo del ordenamiento jurídico, pues sus efectos son inter partes y para el caso concreto, es decir la controversia contra la elección de los concejales por supuesta entrega extemporánea de los pliegos a los claveros en la jornada electoral (...) Subraya la Sala que la decisión del Tribunal Administrativo en torno

del citado acto de la Comisión Escrutadora Municipal estuvo sustentada en la errónea interpretación que hizo el actor en la demanda, al señalar que los pliegos electorales debían ser entregados por los jurados de votación a los claveros designados para el proceso electoral. Claramente, el artículo 144 del Código Electoral estableció que en las cabeceras municipales las actas y documentos de la votación serán entregados por los presidentes del jurado a los registradores del estado civil o a sus delegados, no a los claveros como equivocadamente expuso el actor en la demanda al sustentar su principal cargo. A esta conclusión puede arribarse sin perjuicio de tener presente que los documentos del proceso de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar fueron allegados al expediente en desarrollo del debate probatorio y que la sentencia impugnada encontró que los pliegos fueron entregados en tiempo por los presidentes de los jurados de votación, sin que este hecho haya sido desvirtuado por el actor en la alzada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2241 DE 1986 – ARTICULO 144 / CODIGO ELECTORAL – ARTÍCULO 192

FORMULARIOS ELECTORALES – Expedición de formulario E24 y E26 / ADICION IRREGULAR DE VOTOS / DIFERENCIA ENTRE FORMULARIOS E14 y E24 / INCIDENCIA DEL VICIO EN EL RESULTADO – Debe probarse

El estudio detallado de los datos consignados en los formularios electorales allegados al expediente acumulado permitió al a quo determinar claramente la adición irregular e injustificada de votos que favoreció al señor Torres Ochoa en su elección como concejal de El Carmen de Bolívar, como lo muestra la lectura detenida de la sentencia. La certeza a la cual llegó la corporación a partir del análisis comparativo incluido en los cuadros 1, 2 y 3 de la sentencia (...) no fue desvirtuada por el demandado, quien al margen de su afirmación general, no demostró que el Tribunal Administrativo hubiera incurrido en error al establecer la diferencia en votos entre los formularios E-14 y E-24 de los dos (2) candidatos del Partido Verde, es decir el señor Torres Ochoa y el actor. El demandado no precisó las posibles irregularidades en que según su criterio pudo haber incurrido la Comisión Escrutadora al diligenciar y expedir los formularios E-24 y E-26 correspondientes a la elección del Concejo, lo cual impide la confrontación que permita decidir la incidencia que podrían tener en el resultado de la elección. Al expediente no fue aportado un elemento de juicio que demuestre que el señor Torres Ochoa haya advertido aquellas presuntas irregularidades, ni que haya tramitado las denuncias ante las autoridades penales para que fueran investigadas por la eventual afectación del proceso electoral. El demandado tampoco acreditó que la situación anómala expuesta por el actor en la demanda, surgida por la adición de votos al candidato Torres Ochoa, corresponda a un simple error derivado del conteo de los sufragios por parte de los jurados de mesa, como señaló en la apelación. En igual sentido, no acompañó al proceso pruebas que lleven a concluir que la diferencia en votos obedezca a un error de digitación al consignar los votos, pues como quedó explicado esta afirmación contrasta abiertamente con el análisis hecho por el Tribunal Administrativo en los cuadros comparativos de los formularios E-14 claveros, E-14 delegados y E-24 que muestran la adición irregular e injustificada de votos que favoreció al demandado en el proceso electoral. Este argumento incluso resulta contradictorio porque al contestar el hecho segundo, el apoderado del demandado afirmó que no es cierto que hubiera mala digitación en el escrutinio de la mesa 1, la cual corresponde al corregimiento de Verdúm de El Carmen de Bolívar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00034-01 (Acumulado)

Actor: RAMIRO RAFAEL ORTEGA BUELVAS Y JORGE ELIÉCER SANABRIA RIVERA

Demandado: Pedro Rafael Torres Ochoa (Concejal De El Carmen De Bolívar)

Asunto: Electoral – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del actor Ramiro Rafael Ortega Buelvas y del demandado contra la sentencia dictada el ocho (8) de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual, entre otras decisiones, declaró la nulidad de la elección del señor Pedro Rafael Torres Ochoa como concejal del municipio de El Carmen de Bolívar para el periodo 2016-2019 y declaró la elección del señor Jorge Eliécer Sanabria Rivera como nuevo integrante de la citada corporación.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente 13001-23-33-000-2016-00033-00 (Actor Ramiro Rafael Ortega Buelvas)

1.1. La demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Ramiro Rafael Ortega Buelvas, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en la que incluyó las siguientes

1.2. Pretensiones

“PRINCIPALES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo sin firma, declaratorio de la elección de LOS CONCEJALES DEL MUNICIPIO DEL (sic) CARMEN DE BOLIVAR periodo 2016-2019, contenido en el formato E26CON, proferida (sic) por la comisión escrutadora Municipal del (sic) Carmen de Bolívar de fecha 07 de noviembre de 2015.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 010 de noviembre 13 de 2015, proferido por la comisión escrutadora departamental de Bolívar, que ratificó [...] el acto anterior.

3. Que como consecuencia [...] se practique un nuevo escrutinio de la Corporación Concejo Municipal del (sic) Carmen de Bolívar [...] periodo 2016-2019, con exclusión de las mesas 002, 003, 004, 005, 006, 007, 009, 0010, 0011, 0012, 0013, 0014, 0015, 0016, 0017, 0018, 0019, 0020, 0021, 0022, 0023, 0024, 0025, 0026, 0027, 0028, 0029, 0030 y 0031 de la zona 1 puesto 1 del (sic) Carmen de Bolívar, de acuerdo a lo dispuesto en la resolución No. 014 de seis (6) de noviembre de 2015, proferida por la comisión escrutadora Municipal del (sic) Carmen de Bolívar.

EN SUBSIDIO DEPRECO:

1. Que se declare la inexistencia del acto administrativo declaratorio de la elección de los concejales del (sic) Carmen de Bolívar, periodo 2016-2019, que supuestamente viene contenido en el formato E26 CON de fecha 07 de noviembre de 2015, expedido por los miembros de la comisión escrutadora municipal [...]

2. Que como consecuencia [...] se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 010 de noviembre 13 de 2015, proferido por la comisión escrutadora departamental de Bolívar, que ratificó el acto administrativo [...] anterior.

3. Como consecuencia [...] se practique un nuevo escrutinio, de conformidad con lo resuelto por la Comisión escrutadora Municipal del (sic) Carmen de Bolívar y particularmente, de la resolución No. 14 de 06 de noviembre de 2015.

5. (sic) Que se decrete la cancelación de las credenciales [...] a que haya lugar y en consecuencia se expidan a los que resulten electos como fruto del nuevo escrutinio”.

1.3. Hechos

El actor indicó que el veinticinco (25) de octubre de 2015 fueron realizadas las elecciones para autoridades de las entidades territoriales, en las cuales participó como candidato al Concejo de El Carmen de Bolívar, para el periodo 2016-2019, por el partido Cambio Radical.

Agregó que terminado el escrutinio en las mesas de votación, los presidentes debían entregar las actas y documentos a los claveros antes de las once (11) de la noche del día de las elecciones, según el artículo 144 del Decreto 2241 de 1986.

Advirtió que respecto de las actas y documentos de las mesas de votación de la zona 1 puesto 1 de El Carmen de Bolívar ocurrió un fenómeno masivo de entregas extemporáneas, que originó numerosas reclamaciones basadas en la causal 7ª del artículo 192 del Código Electoral.

Señaló que durante el escrutinio adelantado por la Comisión Escrutadora Auxiliar zona 1, el candidato a la alcaldía Omar Frieri Leyva presentó reclamación para que fueran excluidos los votos de las mesas 01 a 031 de la zona 1 puesto 1 del casco urbano, por entrega extemporánea.

Añadió que la solicitud fue negada por el organismo mediante resolución 003 de octubre treinta (30) de 2015 y que luego la decisión fue revocada por la Comisión Escrutadora Municipal, al resolver el recurso de apelación, a través de resolución 014 de noviembre seis (6) de 2015 en la cual excluyó del escrutinio los votos correspondientes a dichas mesas, con excepción de las mesas 01 y 08.

Subrayó que la resolución 014 de 2015 no pudo ser incluida en el Acta General de Escrutinio Municipal debido a fallas técnicas aducidas por los miembros de dicho organismo, pues el escrutinio ya estaba cerrado cuando fue advertida la omisión y el software no permitía volver al acta general.

Explicó que debido a esta situación, los integrantes de la Comisión Escrutadora Municipal se abstuvieron de firmar las actas E-24 y E-26 y se vieron precisados a redactar el texto de dicho acto en un programa de word ajeno al sistema informático oficial, por lo cual los efectos de la resolución no pudieron incidir en el escrutinio por el bloqueo informático impuesto por el sistema de la Organización Electoral.

Concluyó que mediante resolución 009 (sic) de noviembre trece (13) de 2015, la Comisión Escrutadora prefirió convalidar mecánicamente el acto de elección del que dio cuenta el acta general de escrutinios y los documentos E-24 y E-26 de noviembre siete (7) del mismo año y ratificar la elección de los concejales, sin cumplir la resolución 014 de 2015.

1.4. Normas violadas y concepto de la violación

El actor consideró que la expedición del acto acusado violó los artículos 1º, 29 y 40 de la Constitución y 144 y 192 del Decreto 2241 de 1986.

Destacó la violación del debido procedimiento administrativo especial para el caso del proceso electoral, dado que no fueron excluidos los votos correspondientes a las mesas 01 a 031 de la zona 1 puesto 1, a pesar de que las actas y documentos fueron entregadas extemporáneamente a los claveros.

Precisó que la resolución 014 de 2015 así lo reconoció, agregó que el accidente informático esgrimido para su inaplicación no desvirtúa la validez y eficacia de dicho acto y expresó que los delegados del Consejo Nacional Electoral soslayaron la legalidad del mismo para refugiarse en una solución formal contraria a derecho y a la realidad de los escrutinios.

Agregó que la actuación surtida por las autoridades electorales y los actos acusados atentan contra el principio democrático del artículo 1º de la Constitución y el derecho del señor Ortega Buelvas de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, según el artículo 40 de la Carta Política, ya que de haber prosperado la reclamación el actor sería concejal de El Carmen de Bolívar.

Resaltó que el acta general de escrutinio fue demandada por no incluir la resolución 014 de 2015, aseguró que en caso de haber prosperado la reclamación habría cambiado el resultado de la elección del Concejo y cuestionó que los delegados del Consejo Nacional Electoral hayan hecho consideraciones discutibles sobre la extemporaneidad, sin reconocer la validez de aquel acto administrativo.

1.5. Contestación de la demanda

1.5.1. Registraduría Nacional del Estado Civil

Por conducto de apoderado judicial, expresó su oposición a las pretensiones y advirtió que resulta material y jurídicamente imposible manifestarse sobre las mismas porque el acto que declaró la elección no fue proferido por la entidad.

Solicitó la desvinculación del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que no expide los actos declaratorios de la elección, pues dicha función corresponde a las comisiones escrutadoras.

Enfatizó que en los procesos electorales, los registradores municipales y los delegados departamentales son simples secretarios según lo previsto en los artículos 157 y 181 del Código Electoral, respectivamente.

Precisó que el E-20 no es el documento que debe servir como prueba para demostrar la extemporaneidad de los pliegos electorales sino el E-17, el cual demuestra que fueron entregados por los jurados de votación antes de las 11:00 de la noche del veinticinco (25) de octubre de 2015.

Estimó que el actor carece de medios probatorios para demostrar las irregularidades sobre la extemporaneidad de los pliegos y propuso la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, dado que las afirmaciones de la demanda están basadas en las actuaciones de un candidato a la Alcaldía, sin que el actor haya hecho las reclamaciones para la exclusión de los votos.

1.5.2. Consejo Nacional Electoral

No presentó contestación de la demanda.

1.5.3. Héctor Rafael Sierra Arias

En condición de concejal de El Carmen de Bolívar y por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda extemporáneamente (ff. 194 a 197 cdno 1).

2. Expediente 13001-23-33-000-2016-00034-00 (Actor Jorge Eliécer Sanabria Rivera)

2.1. La demanda

A través de apoderado judicial, el señor Jorge Eliécer Sanabria Rivera, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, presentó demanda contra la elección del señor Pedro Torres Ochoa como concejal de El Carmen de Bolívar, para lo cual incluyó las siguientes

2.2. Pretensiones¹

“PRIMERA: Auto de trámite No. 007 emitido por la Comisión Escrutadora Auxiliar de la Zona 99, leído en audiencia, mediante el cual, la mencionada Comisión, se negó a realizar nuevo conteo físico de votos para determinar que hubo error de (sic) en la digitación de los votos del candidato al Concejo de El Carmen de Bolívar por el Partido Alianza Verde, No. 15.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 015 del 6 de noviembre de 2015, emitida por la Comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar, a través de la cual no se resolvió de fondo la solicitud de corregir el error de transcripción que se presentó en la computación de los votos de cada candidato en el software o programa que sirvió de herramienta para realizar el

¹ Las pretensiones corresponden a las que fueron incluidas por el apoderado del actor en el texto que integró la demanda, después de la corrección ordenada por la magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de enero veintiuno (21) de 2016 (ff. 56, 57 y 59 y ss. cdno 1).

conteo.

TERCERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 025 del 7 de noviembre de 2015, emitida por la Comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar, a través de la cual no se resolvió de fondo la solicitud de corregir el error de transcripción [...] señalado anteriormente.

CUARTA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 010 del 13 de noviembre de 2015, emitida por la Comisión Escrutadora del Departamento de Bolívar, por medio de la cual [...] resuelve una situación fáctica, que presentan los pliegos electorales puestos a su disposición por la comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar referente a la elección de Concejo Municipal.

QUINTA: Que se declare la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCION contenido en la declaración de elección Acta de Escrutinio formulario E-26 – resultado del escrutinio – elección de concejo – elecciones 25 de octubre de 2015, en lo que hace referencia a la declaratoria de elección como CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLIVAR, para el periodo constitucional 2016-2020 (sic) del ciudadano PEDRO TORRES OCHOA, candidato No. 15 del Partido Alianza Verde.

SEXTA: En consecuencia, que se disponga la cancelación de la correspondiente credencial y se declare electo en la corporación [...] al señor Jorge Eliecer (sic) Sanabria Rivera, candidato No. 03, inscrito en la lista del Partido Alianza Verde.

[...].” (Mayúsculas del texto original).

2.3. Hechos

El actor manifestó que finalizada la jornada electoral del veinticinco (25) de octubre de 2015, fue llevado a cabo el escrutinio en la zona 99, corregimiento de Verdúm, el veintinueve (29) del mismo mes y año.

Reveló que hecha la lectura del formulario E-14 fue contabilizado 1 voto para el candidato No. 15 al Concejo por el Partido Verde, agregó que luego del recuento de la mesa dicho aspirante obtuvo el mismo voto y sin embargo en la digitación del software registró siete (7) votos.

Afirmó que al resolver la reclamación hecha por el actor para que fuera cotejada la información del software con los votos físicos, la Comisión Auxiliar de la zona 99 de El Carmen de Bolívar no accedió a la solicitud y sostuvo, en el auto de trámite 007, que no volvería a contar los sufragios de la mesa 1.

Añadió que al conocer el recurso de apelación, la Comisión Central Municipal, mediante resolución 015 de 2015, advirtió discrepancias entre sus miembros, por lo cual remitió el asunto a la Comisión Departamental.

Advirtió que a pesar de estar en curso las reclamaciones y el asunto pendiente por resolver, la Comisión Central, al ejecutar el software, aparentemente realizó la declaratoria de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar.

Agregó que al asumir la apelación, la Comisión Departamental consideró que por haber sido ejecutado el software no era posible estudiar y resolver el recurso, según el artículo 66 del Código Electoral.

Subrayó que en la lectura del acta E-14 del escrutinio de la mesa 31 del puesto de votación “Julio César Turbay”, el candidato No. 15 obtuvo dos (2) votos pero en el

formulario E-24 fueron consignados ocho (8) votos.

Aseguró que en la mesa 6 del puesto de votación INEMEN también fue registrada una inconsistencia, pues según el formulario E-14 y los votos físicos el mismo aspirante obtuvo dos (2) votos, sin embargo le fueron digitados seis (6) votos.

Indicó que por motivo de fallas técnicas y de la instrucción de la señora Patricia Jiménez, la reclamación presentada por el actor fue remitida a la Comisión Departamental para que adoptara la decisión.

Explicó que el organismo concluyó que por haber sido ejecutado el software, en El Carmen de Bolívar fue declarada la elección de concejales, lo que hizo que no fuera posible estudiar y resolver el recurso.

Precisó que por la decisión de no resolver los recursos interpuestos, el actor perdió la contienda electoral frente al candidato No. 15 por 1 voto y recalcó que el software utilizado para computar los escrutinios no hace parte del sistema electoral, ni adopta decisiones.

Destacó que la declaratoria de elección de los concejales fue hecha el cuatro (4) de diciembre de 2015 como consta en el formulario E-26 del Consejo Nacional Electoral, no cuando fue emitida el acta general de escrutinios.

2.4. Causales de anulación invocadas

El actor invocó las causales establecidas en los artículos 137 y 275, numerales 3º y 4º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

También incluyó como fundamentos de derecho los artículos 1º, 2º, 25, 29, 53, 83, 90, 123, 125 y 209 de la Constitución, los artículos terceros de las leyes 489 de 1998 y 1437 de 2011 y los artículos 189 y 166 del Código Electoral.

Sobre la causal prevista en el numeral 3º del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expresó que *“[...] la votación del candidato cuya elección se demanda es inferior a la que realmente se obtuvo en los comicios, no es fácil determinar si por error humano o las fallas técnicas que el sistema estaba presentando, confesados por la Comisión Escrutadora Central, se le computaron más votos que los realmente obtenidos”*.

Agregó que a pesar de los recursos interpuestos, la información no fue contrastada, no se señaló en qué consistió la discrepancia y se ejecutó el software que generó el acta que declaró la elección y favoreció al aspirante No. 15.

Frente a la causal descrita en el numeral 4º del artículo 275, insistió en que *“[...] la Comisión escrutadora Departamental no resolvió los recursos presentados por el demandante, estando facultada e incluso obligada legal y constitucionalmente a hacerlo, por cuanto su negativa a resolver los recursos, tuvo su fundamento en que el sistema declaró la elección”*.

Adujo que el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución fue violado porque el Consejo Nacional Electoral, representado según él por la Comisión Escrutadora Departamental, debió realizar el cotejo de los documentos y verificar que la información contenida en el software estaba errada y disponer su corrección, según la facultad contemplada en el artículo 189 del Código Electoral.

Enfatizó que en aplicación del mandato contenido en el artículo 166 del mismo Código Electoral, también era imperativo que la Comisión Departamental resolviera los recursos que quedaron pendientes en la Comisión escrutadora Central de El Carmen de Bolívar.

2.5. Contestación de la demanda

2.5.1. Registraduría Nacional del Estado Civil

A través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y reiteró que es material y jurídicamente imposible pronunciarse porque el acto que declaró la elección no fue proferido por la entidad.

Pidió la desvinculación del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que el organismo no expide los actos declaratorios de la elección porque dicha atribución corresponde a las comisiones escrutadoras.

Reiteró que los registradores municipales y los delegados departamentales son simples secretarios en virtud de los artículos 157 y 181 del Código Electoral, que no tienen facultad para decidir sobre la pertinencia de las reclamaciones presentadas por los candidatos.

Advirtió que el actor narró una serie de hechos que no fueron soportados con medios probatorios, por lo cual la carga procesal que tenía no puede entenderse agotada, ni cumplida, a partir de la alusión a situaciones generales cuya determinación no le compete al juez.

Propuso la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, pues el demandante no ejerció directamente *“la vía gubernativa”* ante las respectivas comisiones auxiliar y municipal de El Carmen de Bolívar.

2.5.2. Concejal Pedro Rafael Torres Ochoa

Por intermedio de apoderado judicial, estimó que no es cierto que exista mala digitación en el reporte de los votos obtenidos por el demandado y destacó que las reclamaciones fueron resueltas por las respectivas comisiones, aunque desfavorablemente para el actor.

Propuso la excepción de falta del presupuesto procesal por ausencia del requisito de procedibilidad porque la reclamación estuvo apoyada en un error aritmético en la suma de votos consignados en el acta, lo cual es distinto a las razones expuestas en la demanda.

También propuso las excepciones de falta de derecho para demandar y falta de legitimación en la causa por pasiva porque el actor no indicó la falsa motivación que alegó, no es cierto que las autoridades electorales se hayan negado a resolver las reclamaciones y el demandado fue vinculado a un proceso que no debía enfrentar.

2.5.3. Consejo Nacional Electoral

No presentó contestación de la demanda.

6. Actuaciones procesales

Mediante providencias de enero veintidós (22) y febrero dos (2) de 2016 fueron admitidas las demandas correspondientes a los expedientes 13001-23-33-000-2016-00033-00 y 13001-23-33-000-2016-00034-00, respectivamente (ff. 46 y 47 cdno 1 y 87 a 89 cdno 1).

En consecuencia se ordenaron las notificaciones a los demandados, a la Registraduría Nacional, al Ministerio Público y posteriormente se vinculó al proceso al Consejo Nacional Electoral (ff. 103 cdno 1 y 177 y 178 cdno 1).

A partir de la existencia de dos (2) demandas contra la elección de los concejales de El Carmen de Bolívar basadas en posibles irregularidades en el escrutinio y según lo previsto en el artículo 282 del CPACA, mediante auto de junio ocho (8) de 2016 se decretó la acumulación de los procesos (ff. 587 cdno 3).

Contestada la demanda, el veintiuno (21) de abril de 2016 fue celebrada la audiencia inicial en el expediente 13001-23-33-000-2016-00033-00, en la cual el magistrado conductor del proceso no observó ninguna irregularidad que debiera ser saneada, admitió al señor Marcelo Arturo Tapia Ariza como coadyuvante, declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de agotamiento del requisito de procedibilidad propuestas por la Registraduría Nacional y resolvió sobre las pruebas (ff. 194 a 197 cdno 1).

El litigio quedó fijado así:

“Atendiendo a las diferencias manifestadas por las partes, considera el ponente de manera provisional, que se debe resolver en este caso, lo siguiente:

1º Si está acreditado que en las mesas de votación 1 a 31 ubicadas en la Zona 1, Puesto 1 de El Carmen de Bolívar, se presentaron de manera extemporánea a los claveros y si dicha circunstancia resulta ser razón suficiente para declarar la nulidad de la elección de la totalidad de los concejales de ese municipio.

2º Si está acreditado que la Resolución No. 014 del 6 de noviembre de 2015, que resolvió un recurso de apelación y decidió excluir del escrutinio los votos correspondientes a las mesas denunciadas, no fue incluida en el acta general de escrutinios, y si dicha circunstancia resulta suficiente para declarar la nulidad de la elección de la totalidad de los concejales de ese municipio”. (ff. 194 a 197 cdno 1).

El dieciocho (18) de mayo de 2016 fue realizada la audiencia de pruebas, al final de la cual el magistrado sustanciador consideró innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento y ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión (ff. 209 y 210 cdno 2).

En el expediente 13001-23-33-000-2016-00034-00, el diecinueve (19) de abril de 2016 fue llevada a cabo la audiencia inicial, en cuyo desarrollo la magistrada sustanciadora advirtió el cumplimiento de las ritualidades y formalidades legales, fijó el litigio y resolvió sobre las pruebas (ff. 186 a 192 cdno 1).

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

“[...] este Tribunal deberá resolver el siguiente interrogante como problema jurídico central:

¿Es nulo el acto de elección del señor PEDRO RAFAEL TORRES OCHOA como

Concejal del Municipio de El Carmen de Bolívar, por haber existido diferencias injustificadas en los votos consignados en los formularios E-14 y E-24 en ciertas mesas de votación, y ese sentido se encuentra demostrada o no la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 3º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, referente a que en los documentos electorales se consignaron datos contrarios a la verdad con el propósito de modificar los resultados electorales?

Como problemas jurídicos asociados al anterior, deben resolverse los siguientes interrogantes:

¿La Comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar, violó las reglas del debido proceso previsto en los artículos 29 Superior y 166 del Código Electoral, al declarar a través del formulario E-26 la elección de los Concejales del Municipio de El Carmen de Bolívar, estando pendiente resolver recursos y/o reclamaciones ante la Comisión Escrutadora del Departamento de Bolívar?

¿Al expedirse la Resolución 010 de 13 de noviembre de 2015 por parte de la Comisión Escrutadora del Departamento de Bolívar, se violó del (sic) debido proceso previsto en los artículos 29 Superior, 166 y 189 del Código Electoral, porque según el demandante no resolvió de fondo los recursos dirigidos a esa comisión no obstante estar facultado (sic) legalmente para ello?”.

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional, pues indicó que dos (2) de los actos demandados en el expediente 13001-23-33-000-2016-00034-00 fueron suscritos por el registrador de El Carmen de Bolívar, como secretario de la Comisión Escrutadora Municipal, lo cual permite concluir que la entidad intervino excepcionalmente en su expedición.

También declaró no probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad frente a las demandas del proceso acumulado, ya que las pruebas aportadas al expediente demuestran que fue cumplido ante las autoridades electorales respecto de las irregularidades descritas por los actores, independientemente del pronunciamiento que haya podido emitirse sobre el particular.

En lo que corresponde al proceso 13001-23-33-000-2016-00033-00, advirtió que no hay lugar a declarar la nulidad del acto de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar porque “[...] el actor partió de la indebida aplicación del artículo 144 del C.E en el caso concreto y la interpretación errónea del artículo 192-7 ibídem, en la medida en que la extemporaneidad en la entrega de los pliegos electorales no puede comprobarse con los formularios E-20, sino con los formularios E-17, y en el proceso no se acreditó que los Presidentes de los jurados de votación los hubiesen entregado con posterioridad a las 11 de la noche a los Registradores del Estado Civil o sus Delegados. El actor parte de la premisa falsa que dichos formularios debían ser entregados por los Presidentes de los Jurados de votación a los claveros antes de las once de la noche y no a los Registradores del Estado Civil o sus Delegados como lo dispone el artículo 144 del Código Electoral que es la norma que debió aplicarse; de ahí el error en que incurrió el actor”.

Como uno de los hechos relevantes, precisó que el escrutinio fue iniciado el veintiséis (26) de octubre de 2015 y que en dicha actuación hubo constancia

según la cual los pliegos de las mesas de la zona 1, puesto 1, Institución Educativa “Julio César Turbay”, treinta y uno (31) en total, fueron introducidos en términos y que el sobre que los contenía estaba en buen estado.

Insistió en que contrario a lo expuesto en la resolución 014 de 2015, los pliegos electorales de las referidas mesas fueron entregados oportunamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 del Código Electoral.

Sin embargo, para salvaguardar el principio fundante de la democracia y los derechos del electorado, declaró la excepción de ilegalidad de la Resolución 014 de noviembre seis (6) de 2015 expedida por la Comisión Escrutadora Municipal, mediante la cual ordenó la exclusión de unas mesas de votación, por haber sido dictada irregularmente al desconocer el artículo 144 del Código Electoral.

En cuanto al proceso 13001-23-33-000-2016-00034-00, consideró que hubo inconsistencias relevantes en la votación del candidato Pedro Rafael Torres Ochoa, por el Partido Verde, dado que le fueron adicionados indebidamente cinco (5) votos así: cuatro (4) en la mesa 1, zona 99, en el corregimiento de Verdúm y 1 en la mesa 6, zona 002, puesto de votación de la Institución Educativa “Edmundo Mendoza” (INEMEN).

Subrayó que dicha adición de votos no encontró justificación en las actas generales de escrutinio de las comisiones escrutadoras auxiliares de las respectivas zonas, ni en aquellas de la Comisión Escrutadora Municipal pese a que el demandante advirtió dichas anomalías en las reclamaciones y recursos, sin que fueran objeto de pronunciamiento por las autoridades electorales de última instancia.

Explicó que después de la corrección de dicha irregularidad constitutiva de falsedad, la exclusión de los votos indebidamente sumados y el efecto que tuvo en la votación total del Partido Verde, el umbral, la cifra repartidora y la asignación de curules, llevó a concluir que la nulidad debía limitarse a la elección del señor Torres Ochoa.

Subrayó que hubo falsa motivación al expedirse el auto de trámite 007 de 2015, dado que la testigo Sonia Vásquez alegó el error aritmético en la suma de los votos y sin embargo la Comisión Auxiliar rechazó la reclamación por considerar que no corresponde a las establecidas taxativamente en el artículo 192 del Código Electoral.

Igualmente, señaló que las reglas del debido proceso fueron violadas en el trámite de los recursos por parte de la Comisión Escrutadora Departamental, puesto que mediante la resolución 010 de 2015 no podía ratificar la declaratoria de elección contenida en el acta parcial de escrutinio E-26 CON de noviembre siete (7) de 2015, sin que previamente hubiese resuelto las reclamaciones y recursos.

Estimó procedente declarar la inexistencia del acta parcial de escrutinios E-26 expedida por la Comisión Escrutadora Municipal, el siete (7) de noviembre de 2015, por la falta de firma en dicho documento.

Concluyó que la declaración de voluntad sobre la elección de los concejales de El Carmen de Bolívar fue expresada por la Comisión Escrutadora Municipal en el acta general de escrutinios de noviembre siete (7) de 2015 y en el formato E-26 expedido en la misma fecha.

En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Dentro de la demanda con radicación 000-2016-00034-00, **DECLARAR NO PROSPERAS** las excepciones previas de **“falta de legitimación en la causa por pasiva”** y **“falta de agotamiento del requisito de procedibilidad,”** propuestas por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, y la última también por la defensa del señor PEDRO MANUEL TORRES OCHOA, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEXISTENCIA del acta parcial de escrutinio E-26 proferida por la Comisión Escrutadora Municipal del Carmen de Bolívar del 7 de noviembre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del acto administrativo mediante el cual se declaró la elección de Concejales del Municipio de El Carmen de Bolívar, para el período constitucional 2016-2019, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal, contenido en el Acta General de Escrutinio de dicha Comisión de fecha 7 de noviembre de 2015 y en el formulario E-26 CON proferido por la misma comisión en la misma fecha; pero únicamente en cuanto a la elección de **PEDRO RAFAEL TORRES OCHOA**, candidato 015 del Partido Político Alianza Verde, con fundamento en los motivos expuestos en esta providencia.

DECLARAR LA NULIDAD del formulario E-26 CON de fecha 4 de diciembre de 2015 proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar, por medio del cual se declaró la elección de los Concejales del Municipio de El Carmen de Bolívar periodo constitucional 2016-2019.

CUARTO: CON FUNDAMENTO EN LO ANTERIOR:

- a. **DECLARAR LA ELECCIÓN** de **JORGE ELIECER SANABRIA RIVERA**, candidato 003 del Partido Político Alianza Verde, como Concejal del Municipio de El Carmen de Bolívar-Bolívar, período constitucional 2016-2019.
- b. **CANCELAR** la credencial que la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar, le entregó a **PEDRO RAFAEL TORRES OCHOA**.
- c. **ORDENAR A LA REGISTRADURINA (SIC) NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**, que una vez en firme este fallo, expida y entregue a **JORGE ELIECER SANABRIA RIVERA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 73430819, la **CREDECIAL** como Concejal del Municipio de El Carmen de Bolívar-Bolívar, período constitucional 2016-2019.

SEXTO: (SIC) DECLARAR la NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

- i. **Auto de Trámite No. 007 del 29 de octubre de 2015**, “Por medio del cual se resuelve la solicitud número 009 presentada en la MESA 1, VERDUN (sic) ZONA 99, con ocasión de las elecciones de autoridades Locales del 25 de octubre de 2015”, expedido por la Comisión

Escrutadora Auxiliar de la Zona 99 del Municipio de El Carmen de Bolívar.

- ii. **Resolución No. 010 del 13 de noviembre de 2015**, “Mediante la cual la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar, resuelve una situación fáctica, que presentan los pliegos electorales puestos a su disposición por la comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar referente a la elección de Concejo Municipal”, expedida por la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar; **precisando que este se declara nulo con fundamento en los cargos de nulidad expuestos en la demanda con radicado 000-2016-00033-00, y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.**

SEPTIMO: DICTAR FALLO INHIBITORIO respecto de las **Resoluciones Nos. 015 del 6 de noviembre de 2015 y 025 del 7 de noviembre de 2015**, proferidas por la Comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y particularmente frente al estudio de cargos de nulidad de la demanda **2016-00034-00**.

OCTAVO: APLICAR (sic) **la excepción de ilegalidad** frente la **Resolución 014 del 6 de noviembre de 2015**, expedida por la Comisión Escrutadora Municipal de El Carmen de Bolívar, dentro del proceso radicado **2016-00033-00** y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda con radicado **2016-00033-00**, presentada por el señor **Ramiro Rafael Ortega Buelvas**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

DECIMO: COMUNÍQUESE esta providencia al Registrador Nacional del Estado Civil, al presidente del Consejo Nacional Electoral y al presidente del Concejo Municipal de El Carmen de Bolívar.

DECIMO PRIMERO: REMÍTASE copia de este fallo y de los formularios E-14 Delegados, E-14 Claveros, E-24 mesa a mesa y del acta de escrutinio respectivo de las mesas de votación en las que se probó el cargo de falsedad, con destino a la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo [...]. (Negritas y mayúsculas del texto original).

8. Recursos de apelación

8.1. Ramiro Rafael Ortega Buelvas²

Luego de exponer las competencias de las comisiones escrutadoras, insistió en que la resolución 014 de 2015, que excluyó algunas mesas en el proceso electoral de El Carmen de Bolívar, debió ser tenida en cuenta al definir la elección de los concejales.

² Es importante precisar que mediante auto de febrero trece (13) de 2017, el magistrado sustanciador rechazó por extemporáneo el memorial de adición de la sustentación del recurso de apelación presentado el treinta y uno (31) del enero del año en curso por el apoderado del señor Ortega Buelvas (f. 810 cdno 5).

Destacó que dicho acto administrativo está revestido de la presunción de legalidad que no podía ser desconocida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y estimó que tenía que ser demandado por quien estuviera interesado en que no fuera aplicado.

Advirtió la violación del debido proceso porque el *a quo* declaró la excepción de ilegalidad de la resolución 014 de 2015 sin pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, ya que entre las pruebas que aportó con la demanda no reposan los formularios E-17 y E-20.

8.2. Concejal Pedro Rafael Torres Ochoa

Subrayó que hubo indebida valoración de la falta del requisito de procedibilidad de la acción, pues en su criterio la reclamación hecha por el actor, el veintinueve (29) de octubre de 2015, fue apoyada en un error aritmético por la suma de votos consignados en el acta.

Reiteró que las razones expuestas para la reclamación adelantada ante la autoridad electoral son distintas de aquellas planteadas en la demanda, por lo cual no puede entenderse agotada la exigencia previa del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Precisó que el actor no mencionó que la Comisión Escrutadora Municipal rechazó su por falta de requisitos formales respecto de la mesa 001 del corregimiento de Verdúm, como lo señaló la resolución 007 de 2015 que no fue demandada.

Insistió en que la reclamación presentada por la apoderada del actor no fue valorada y resaltó que también hubo apreciación equivocada de las pruebas, dado que no existe prueba que los votos fueron adicionados al demandado, ni que haya sido alterada la verdad.

Afirmó que frente a la causal invocada por el demandante debió buscarse la verdad sobre la adición de votos, a petición de parte o de oficio, por cuanto la situación no puede ser descifrada con los formularios E-24 y E-26 porque fueron expedidos por una comisión señalada de haber cometido irregularidades.

Aseguró que la sentencia se detuvo solo en los formularios E-14 reportados por los jurados de mesa, quienes ante la congestión electoral, la inexperiencia y otros factores pudieron consignar anomalías y aseguró que las ventajas alegadas por el actor pudieron ocurrir indebidamente en el conteo y no en el escrutinio.

Explicó que en caso de valorarse correctamente las pruebas, podría verificarse que las reclamaciones del actor no fueron hechas sobre el saneamiento del proceso sino para solicitar el recuento de los votos.

Manifestó que la resolución 025 de 2015 expuso que la solicitud del demandante fue basada en un error de digitación, que no es causal de reclamación, ya que como lo tiene señalado esta corporación una cosa es que los resultados consignados no sean exactos porque se incurrió en error al anotarlos y otra que la diferencia tenga capacidad de producir alteración sustancial de los resultados electorales.

Recalcó que la decisión judicial debe agotar todos los medios para inferir que pueda reemplazarse la voluntad popular, pues no quedó esclarecido cuál documento, E-14, E-24 o incluso E-26, contiene la falsedad.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

9.1. Concejal Héctor Sierra Rojas

Consideró que hubo inactividad probatoria del actor sobre la hora en que los documentos llegaron a los claveros y agregó que la entrega al registrador fue hecha dentro del término legal, lo que descarta la extemporaneidad. Agregó que la resolución 014 de 2015 es inexistente y expresó que la situación ocurrida alrededor de la expedición de dicho acto no tiene la virtud de viciar la elección de los concejales, por lo cual respaldó que haya sido inaplicada por ilegal.

9.2. Jorge Eliécer Sanabria Rivera

Insistió en la ilegalidad de la elección del concejal Torres Ochoa debido a que el acta general de escrutinio no expuso las razones que justifiquen las diferencias existentes entre los guarismos consignados en los formularios E-14 y E-24 en la votación de los concejales.

9.3. Registraduría Nacional

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda alrededor de la falta de injerencia de la entidad en la expedición de los actos acusados y en la determinación del número de votos válidos que otorgan el cargo de elección popular que se discute.

9.4. Concejal Pedro Rafael Torres Ochoa

Repitió los diferentes argumentos esbozados en la apelación, ya que como alegato de conclusión presentó el mismo memorial que contiene la alzada interpuesta contra la sentencia de primera instancia.

10. Concepto del Ministerio Público

Frente al recurso de apelación interpuesto por el actor Ramiro Rafael Ortega Buelvas, el procurador séptimo delegado ante esta corporación advirtió que las mesas 1 a 31 de la zona 1, puesto 1, en la institución educativa “Julio César Turbay”, no deben ser excluidas porque en el expediente no está demostrado que hayan sido entregadas extemporáneamente por parte de los jurados de votación.

Agregó que al quedar establecido que la decisión contenida en la resolución 014 de 2015 fue expedida en contravención de las normas en que debería fundarse, pese a no ser demandada, era procedente declarar oficiosamente la excepción de ilegalidad y tener en cuenta los votos depositados en las referidas mesas de votación, como lo hizo el Tribunal Administrativo.

Acerca de la apelación presentada por el concejal demandado, destacó que el requisito de procedibilidad del medio de control electoral fue agotado en debida forma por el actor porque las irregularidades puestas en conocimiento de las autoridades electorales, por las diferencias entre los formularios E-14 y E-24 en algunas mesas del corregimiento de Verdúm y las instituciones educativas “Julio César Turbay” e INEMEN, coinciden con aquellas expuestas en la demanda.

Acogió la conclusión a la cual llegó el *a quo* según la cual al concejal Torres Ochoa le fueron computados votos adicionales en el formulario E-24, respecto de los registrados y reflejados en el formulario E-14, sin justificación alguna, con

variación del resultado electoral y en detrimento del candidato Jorge Eliécer Sanabria Rivera, quien debió ocupar el primer renglón de la lista al Concejo por el Partido Verde.

En consecuencia, solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 615 de la ley 1564 de 2012, la Sección Quinta es competente para conocer las apelaciones interpuestas contra la sentencia de noviembre ocho (8) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

2. Oportunidad de los recursos

El fallo fue notificado a las partes mediante correo electrónico remitido el veintidós (22) de noviembre de 2016 y los recursos de apelación fueron radicados por los respectivos apoderados los días veintiocho (28) y veintinueve (29) del mismo mes y año, por lo cual puede concluirse que fueron presentados dentro de la oportunidad establecida en el artículo 292 del CPACA (ff. 610, 612 a 620 y 621 a 639 cdno 4).

3. Problema jurídico

Corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o modifica la sentencia de noviembre ocho (8) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió parciamente a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad de la elección del señor Pedro Rafael Torres Ochoa como concejal de El Carmen de Bolívar y en su lugar declaró la elección del señor Jorge Eliécer Sanabria Rivera como miembro de la corporación municipal para el periodo 2016-2019.

4. Cuestión previa: memorial presentado por el demandante

Estando el proceso al despacho del magistrado ponente para dictar sentencia, el actor Ramiro Rafael Ortega Buelvas allegó un memorial en el que señaló que en sentencia de julio catorce (14) de 2016³, la Sección Quinta resolvió un caso similar en el cual incluyó algunas consideraciones sobre la inaplicación de los actos administrativos por falsa motivación.

Recordó la citada decisión por considerar que podría tenerse en cuenta en este caso, donde el Tribunal Administrativo de Bolívar fundamentó parcialmente la sentencia en la inaplicación de la resolución 014 de 2015, a pesar de que no fue observada en los escrutinios ni acusada por los afectados.

Resaltó que no existe manifiesta ilegalidad de dicho acto para que fuera inaplicado y cuestionó que el *a quo* haya tenido como probada la entrega oportuna de los pliegos electorales cuando afirmó, al mismo tiempo, que no estaban todos los

³ La providencia referida por el demandante corresponde a la sentencia dictada por la Sección en la citada fecha dentro del expediente 11001-03-28-000-2014-00099-00 (Acumulado), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, en el proceso contra la elección del representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

formularios E-17 (ff. 829 y 830 cdno 5).

Advierte la Sala que esos argumentos adicionales sobre la posible legalidad de la resolución 014 de 2015 y la ausencia de los formularios E-17 no serán tenidos en cuenta por haberse expuesto por el actor por fuera de las oportunidades procesales.

5. El marco jurídico de las apelaciones

Precisa la Sala que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 320 del Código General del Proceso⁴, los recursos serán resueltos únicamente en relación con los reparos específicos formulados por los apelantes.

6. El caso concreto

En cuanto a la decisión adoptada frente a los cargos planteados en la demanda correspondiente al proceso **13001-23-33-000-2016-00033-00**, la apelación del señor Ramiro Rafael Ortega Buelvas, excandidato al Concejo, estuvo limitada a los alcances de la resolución 014 de 2015.

Consideró que dicho acto administrativo debió ser tenido en cuenta al definir la elección de los concejales y agregó que está revestido de la presunción de legalidad, que no podía ser desconocida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Subrayó la violación del debido proceso porque el *a quo* declaró la excepción de ilegalidad de la resolución sin pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pues afirmó que entre los elementos que acompañó no reposan los formularios electorales E-17 y E-20.

En el expediente consta que mediante resolución 014 de noviembre seis (6) de 2015, la Comisión Escrutadora Municipal resolvió el recurso de apelación contra la decisión adoptada por la Comisión Escrutadora Auxiliar frente a la reclamación hecha sobre la votación de las mesas 1 a 31 del puesto 1, zona 1, ubicado en la Institución Educativa “Julio César Turbay” de la citada localidad (f. 21 cdno 1).

En este acto, la Comisión Escrutadora Municipal excluyó de los escrutinios veintinueve (29) mesas de la zona 1 puesto 1 de la institución educativa antes mencionada porque en el acta E-20 aparece que los documentos electorales fueron entregados después de la 11:00 de la noche a los claveros, según lo descrito en la solicitud hecha por uno de los candidatos a la alcaldía (ff. 18 a 20 cdno 1).

En la demanda, el actor reveló que por fallas técnicas aducidas por los miembros del citado organismo, la resolución 014 de 2015 no fue incluida en el acta general de escrutinios, pues la actuación ya había sido cerrada cuando fue advertida la citada omisión y el software respectivo no permitía regresar a dicho documento electoral.

En la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Bolívar aplicó la excepción de ilegalidad a la resolución 014 de 2015 por haber sido expedida en forma

⁴ En la parte especial que rige el proceso electoral, el artículo 296 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señaló que “*En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral*”. A su vez, el artículo 306 dispuso que en los aspectos no contemplados en el CPACA se seguirá el Código de Procedimiento Civil, que debe entenderse hoy como Código General del Proceso, en lo que resulte compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

irregular al desconocer las previsiones contenidas en el artículo 144 del Código Electoral (ff. 560 a 600 cdno 3 y 601 a 607 cdno 4).

Advierte la Sala que los argumentos expuestos por el actor no tienen la virtud de desestimar las conclusiones a las cuales arribó el *a quo* para negar la nulidad del acto de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar dentro del expediente 13001-23-33-000-2016-00033-00.

El demandante manifestó que dicho acto administrativo debió ser tenido en cuenta al definir la escogencia de los integrantes del Concejo Municipal, pero dicha afirmación, por sí misma, sin respaldo en otras razones, no desvirtúa la consideración hecha por el *a quo* sobre el desconocimiento del artículo 144 del Código Electoral.

La invocación genérica y aislada de la presunción de legalidad que acompaña a la resolución 014 de 2015 tampoco es suficiente para rebatir la posición asumida por el Tribunal Administrativo frente a dicho acto, en la medida en que el demandante no explicó cómo dicha prerrogativa del acto administrativo podría prevalecer sobre la ilegalidad aplicada por la expedición irregular que advirtió el *a quo*.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la excepción de ilegalidad no excluye el acto administrativo del ordenamiento jurídico, pues sus efectos son inter partes y para el caso concreto, es decir la controversia contra la elección de los concejales por supuesta entrega extemporánea de los pliegos a los claveros en la jornada electoral.

En cuanto al segundo argumento de la apelación, advierte la Sala que la alegación general basada en el debido proceso tampoco desvirtúa la decisión desfavorable para el demandante adoptada por el Tribunal Administrativo en la sentencia objeto del recurso de alzada.

Según el actor, dicha garantía constitucional le fue desconocida porque el *a quo* aplicó la excepción de ilegalidad de la resolución 014 de 2015 sin pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso, dado que entre los elementos que aportó no reposan los formularios E-17 y E-20.

Subraya la Sala que la decisión del Tribunal Administrativo en torno del citado acto de la Comisión Escrutadora Municipal estuvo sustentada en la errónea interpretación que hizo el actor en la demanda, al señalar que los pliegos electorales debían ser entregados por los jurados de votación a los claveros designados para el proceso electoral.

Claramente, el artículo 144 del Código Electoral estableció que en las cabeceras municipales las actas y documentos de la votación serán entregados por los presidentes del jurado a los registradores del estado civil o a sus delegados, no a los claveros como equivocadamente expuso el actor en la demanda al sustentar su principal cargo.

La referencia a los documentos electorales fue hecha por el *a quo* en la sentencia para precisar que la alegada extemporaneidad de los pliegos tiene que probarse con los formularios E-17, donde consta la entrega, no con los E-20 a que hace referencia la resolución 014 de 2015.

Entonces, la explicación hecha por el Tribunal Administrativo sobre la prueba que debía tenerse en cuenta para establecer la entrega oportuna, como es el

formulario E-17, no exigía la verificación detallada de los documentos, como lo echó de menos el actor en la apelación.

A esta conclusión puede arribarse sin perjuicio de tener presente que los documentos del proceso de elección de los concejales de El Carmen de Bolívar fueron allegados al expediente en desarrollo del debate probatorio y que la sentencia impugnada encontró que los pliegos fueron entregados en tiempo por los presidentes de los jurados de votación, sin que este hecho haya sido desvirtuado por el actor en la alzada.

Así, respecto de este proceso la sentencia será confirmada.

En lo que corresponde a la decisión del Tribunal Administrativo que acogió las pretensiones de la demanda del proceso **13001-23-33-000-2016-00034-00**, el primer argumento de la apelación está sustentado en la *“indebida valoración de la falta del requisito de procedibilidad”*.

Según explicó el concejal demandado, las razones descritas en la reclamación radicada ante la autoridad electoral son distintas de las expuestas en la demanda y el actor no mencionó que la Comisión Escrutadora Municipal rechazó su solicitud por falta de requisitos formales frente a la mesa 001 del corregimiento de Verdúm, por lo cual no puede entenderse agotada la exigencia previa del artículo 161 del CPACA.

Antes del análisis que debe hacerse, puede verse que en la contestación de la demanda el apoderado del concejal Torres Ochoa propuso la excepción previa que denominó como falta del presupuesto procesal por ausencia del requisito de procedibilidad (ff. 161 a 168 cdno 1).

Estima la Sala que por tratarse precisamente de una excepción previa debió ser resuelta por la magistrada sustanciadora en la audiencia inicial, como lo tiene ampliamente reconocido la jurisprudencia de esta corporación⁵.

Dado que el eventual incumplimiento de esta exigencia legal impediría la continuación del proceso en sus primeras etapas, por ser condición indispensable

⁵ Sobre el particular puede consultarse, entre otras, el auto de agosto veinticinco de 2016, expediente 66001-23-33-000-2015-00563-01, C.P. Rocío Araujo Oñate, en el cual la Sala precisó lo siguiente: *“El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral⁶. Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común.*

Ello es así, por cuanto el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 señala que pueden ser aplicables las disposiciones del proceso ordinario cuando éstas resulten compatibles con la naturaleza del proceso electoral. Además, de acuerdo con el artículo 180.6 ídem, en la audiencia inicial el Juez o Magistrado, según sea el caso, resolverá de oficio o a petición de parte las excepciones previas o mixtas que se hubieran propuesto, excepciones que también se pueden proponer en el proceso de nulidad electoral.

El trámite especial del proceso de nulidad electoral no contempló de manera expresa la resolución de excepciones previas o mixtas, en el marco de la audiencia inicial (artículo 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); sin embargo, el Juez Electoral en aplicación del principio de integración normativa [...] debe pronunciarse en la audiencia inicial sobre éstas, en razón de la compatibilidad del trámite de las excepciones propuestas en el proceso de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario; además porque con la resolución de las excepciones previas o mixtas puede terminar anticipadamente el proceso electoral.

[...] la figura jurídica de las excepciones en nada se contrapone con el procedimiento especial de nulidad electoral ni con sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que buscan desde el inicio del mismo es determinar si éstas tienen o no la vocación de terminar anticipadamente el proceso”.

para la activación del aparato jurisdiccional, no resulta procedente aplazar su decisión hasta la sentencia.

Hecha esta precisión, observa la Sala que en el fallo apelado el Tribunal Administrativo declaró no probada la excepción de ausencia del requisito de procedibilidad propuesta por el apoderado del concejal Torres Ochoa al contestar la demanda (ff. 560 a 600 cdno 3 y 601 a 606 cdno 4).

Hizo referencia a las solicitudes tramitadas por la testigo electoral Sonia Vásquez⁶ el veintinueve (29) de octubre de 2015, cuyas copias fueron allegadas por el actor, sobre la adición de votos hecha a favor del candidato No. 15 del Partido Verde, señor Torres Ochoa, en la zona 99, mesa 1, ubicada en el corregimiento de Verdúm.

También aludió expresamente a la otra reclamación presentada por el actor el siete (7) de noviembre de 2015 acerca de las diferencias existentes en la votación en las mesas 31 del puesto de votación de la Institución Educativa “Julio César Turbay” y 6 del puesto de la Institución Educativa “Edmundo Mendoza” (INEMEN), zonas 1 y 2 respectivamente.

Igualmente, relacionó las decisiones de distinto carácter adoptadas por las autoridades electorales que recibieron las solicitudes hechas alrededor de los errores advertidos en la suma de la votación para el citado aspirante al Concejo.

Las copias de las reclamaciones formuladas por la testigo electoral y por el actor Sanabria Rivera fueron acompañadas al expediente como parte de las pruebas de la demanda, según consta a folios 35, 42 y 83 del cuaderno 1 del proceso 13001-23-33-000-2016-00034-00.

Precisó el *a quo* que al margen de la forma en que fueron resueltas por las autoridades electorales, las zonas, los puestos de votación, las mesas y las irregularidades que favorecieron al señor Torres Ochoa descritas en dichas solicitudes coinciden con aquellas expuestas por el actor en la demanda.

Entonces no encuentra la Sala que el Tribunal Administrativo haya valorado indebidamente los elementos que sustentaban el requisito de procedibilidad, puesto que la revisión de la actuación permite concluir que llevó a cabo un análisis detenido, detallado y conciso de las condiciones en que fue agotado como presupuesto para el ejercicio del medio de control contra la elección del concejal Torres Ochoa.

Como segundo argumento de la apelación, el demandado consideró que hubo apreciación equivocada de las pruebas por parte del Tribunal Administrativo, ya que no existe prueba de que los votos fueron adicionados al señor Torres Ochoa ni de que haya sido alterada la verdad.

Advirtió que debió buscarse la verdad sobre la adición de votos, a petición de parte o de oficio, porque la situación no puede ser descifrada con los formularios

⁶ Si bien el requisito de procedibilidad establecido en los artículos 237 de la Constitución y 161 del CPACA debe ser acreditado por el actor para que la demanda tenga curso normal, lo cierto es que su agotamiento en sede administrativa puede producirse a instancias de cualquier ciudadano, pues el constituyente y el legislador no delimitaron una legitimación por activa para tales efectos, como lo tiene reconocido la jurisprudencia de esta corporación. Al respecto pueden consultarse, entre otros, auto de enero veintiocho (28) de 2016, expediente 63001-23-33-000-2016-2015-00318-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez y auto de julio veintiuno (21) de 2016, expediente 68001-23-33-000-2015-00537-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

E-24 y E-26 al ser expedidos por una comisión señalada de haber cometido irregularidades. Indicó que la sentencia se centró en los formularios E-14 reportados por los jurados de mesa, quienes ante la congestión electoral, la inexperiencia y otros factores pudieron consignar anomalías y que las ventajas alegadas por el actor pudieron ocurrir en el conteo de votos y no en el escrutinio.

Aseguró que la resolución 025 de 2015 señaló que la solicitud del actor fue basada en un error de digitación e insistió en que la decisión judicial debe agotar todos los medios para que pueda ser reemplazada la voluntad popular.

Frente a las consideraciones hechas en la apelación, advierte la Sala que en la sentencia de primer grado el Tribunal Administrativo del Bolívar no fue ajeno a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido en las mesas y puestos de votación objeto de controversia por las partes.

El estudio detallado de los datos consignados en los formularios electorales allegados al expediente acumulado permitió al *a quo* determinar claramente la adición irregular e injustificada de votos que favoreció al señor Torres Ochoa en su elección como concejal de El Carmen de Bolívar, como lo muestra la lectura detenida de la sentencia.

La certeza a la cual llegó la corporación a partir del análisis comparativo incluido en los cuadros 1, 2 y 3 de la sentencia, visibles a folios 589 y 590 del cuaderno 3, no fue desvirtuada por el demandado, quien al margen de su afirmación general, no demostró que el Tribunal Administrativo hubiera incurrido en error al establecer la diferencia en votos entre los formularios E-14 y E-24 de los dos (2) candidatos del Partido Verde, es decir el señor Torres Ochoa y el actor.

El demandado no precisó las posibles irregularidades en que según su criterio pudo haber incurrido la Comisión Escrutadora al diligenciar y expedir los formularios E-24 y E-26 correspondientes a la elección del Concejo, lo cual impide la confrontación que permita decidir la incidencia que podrían tener en el resultado de la elección.

Al expediente no fue aportado un elemento de juicio que demuestre que el señor Torres Ochoa haya advertido aquellas presuntas irregularidades, ni que haya tramitado las denuncias ante las autoridades penales para que fueran investigadas por la eventual afectación del proceso electoral.

El demandado tampoco acreditó que la situación anómala expuesta por el actor en la demanda, surgida por la adición de votos al candidato Torres Ochoa, corresponda a un simple error derivado del conteo de los sufragios por parte de los jurados de mesa, como señaló en la apelación.

En igual sentido, no acompañó al proceso pruebas que lleven a concluir que la diferencia en votos obedezca a un error de digitación al consignar los votos, pues como quedó explicado esta afirmación contrasta abiertamente con el análisis hecho por el Tribunal Administrativo en los cuadros comparativos de los formularios E-14 claveros, E-14 delegados y E-24 que muestran la adición irregular e injustificada de votos que favoreció al demandado en el proceso electoral.

Este argumento incluso resulta contradictorio porque al contestar el hecho segundo, el apoderado del demandado afirmó que no es cierto que hubiera mala digitación en el escrutinio de la mesa 1, la cual corresponde al corregimiento de

Verdúm de El Carmen de Bolívar.

La diferencia establecida por el *a quo* en dichos formularios, que significó la resta de votos al concejal demandado, también deja sin respaldo la afirmación según la cual no quedó esclarecido el documento electoral que contiene la falsedad alegada por el actor en la demanda.

Concluye la Sala que las anteriores consideraciones hechas por la parte demandada, sin apoyo probatorio, carecen de fuerza para desvirtuar la decisión que anuló la elección del señor Torres Ochoa y declaró la elección del actor Sanabria Rivera como concejal de El Carmen de Bolívar.

Entonces, frente a este proceso la sentencia también será confirmada.

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

F A L L A

PRIMERO: Confírmase la providencia apelada, esto es la sentencia de noviembre ocho (8) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado