

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, Cuatro (04) de marzo de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
RADICADO:	760012333000 20220005600
DEMANDANTE:	ALVARO GÓNGORA IBARRA dagarca26@gmail.com
DEMANDADO:	CONCEJO DISTRITAL DE BUENAVENTURA presidencia@concejobuenaventura.gov.co CONTRALOR DISTRITAL DE BUENAVENTURA – JOSÉ ALFREDO LOBATO MONSALVO joselobato2012@gmail.com contraloria@contraloriabuenaventura.gov.co juridicacontraloria@contraloriabuenaventura.gov.co
DECISIÓN:	ADMITE DEMANDA Y DECRETA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO POVEDA PERDOMO

Auto interlocutorio No.20

I. ANTECEDENTES

El señor Álvaro Góngora Ibarra, actuando a través de abogado, en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, pretende la nulidad de los actos administrativos previos a la elección de Contralor Distrital de Buenaventura para el periodo constitucional 2022-2025, expedidos por el Concejo Distrital de Buenaventura, concretamente el que conformó la terna de candidatos (Resolución 349 de 2021) y el que fijó la fecha de elección (Resolución 372 de 2021).

También, la nulidad de la elección adoptada por el Concejo Distrital de Buenaventura en sesión del 10 de diciembre de 2021.

Alega que la elección no se fundó en las normas que debía, por ser adoptada sin el quorum decisorio **mayoritario** de concejales, vulnerando los artículos 68 y 83 del Acuerdo 013 de 2008 del Concejo Distrital de Buenaventura.

Sus pretensiones son:

<<**PRIMERA:** Se Declare la nulidad de las Resoluciones 349 del 23 de noviembre de 2021, “por medio de la cual se conforma la terna de candidatos al cargo de Contralor (a) del Distrito de Buenaventura, periodo 2022-2025”; 372 del 9 de diciembre de 2021 “por la cual se modifica la Resolución No. 366 del 2021 y se procede a fijar fecha de elección al cargo de contralor (a) del Distrito de

Buenaventura, Valle del Cauca, para el periodo 2022-2025 en cumplimiento del fallo de acción de tutela- Auto Interlocutorio No. 1099"; como actos previos y necesarios, y el video de la elección del 10 de diciembre de 2021, por medio de la cual se declara la elección del señor JOSE ALFREDO LOBATO MONSALVO, como Contralor del Distrito de Buenaventura para el periodo 2022-2025.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de la nulidad Electoral que se solicita en la anterior pretensión, se ordene al Honorable Concejo Distrital de Buenaventura, proceda a la elección del Contralor Distrital de Buenaventura para el periodo 2022-2025, de conformidad con los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios que le obligan.

TERCERA: Se condene en costas y gastos procesales a la parte demandada por su actuación administrativa temeraria e ilegal.

CUARTA: Compulse copias a la Procuraduría General de la Nación, a la fiscalía general de la Nación, a la Auditoria General de la República, para que aperturen las investigaciones correspondientes, de conformidad con sus facultades constitucionales y Legales; en virtud de la actuación temeraria e intencionalmente ilegal de los demandados.>>

Con Auto No. 6 del 27 de enero de 2022 este Tribunal inadmitió la demanda y concedió 3 días para que se subsanara las siguientes falencias:

- << - Memorial poder que cumpla con la exigencia de presentación personal (artículo 74 del CGP) o, si a bien lo tiene, conferirlo mediante mensaje de datos en los términos del artículo 5 del Decreto 806 de 2020.
- Individualización del acto en reproche, en lo que al acto de elección se refiere.
- Aportar las pruebas faltantes: con relación al Decreto 403 de 2019, precisar quien lo expidió, y de ser el caso aportarlo; Acuerdo 013 de 2008 del Concejo de Buenaventura; Reglamento interno del Concejo Distrital de Buenaventura; Resolución 372 del 9 de diciembre de 2021 y, el acto de elección acusado o, cumplimiento de lo previsto en el inciso segundo numeral 1.º del artículo 166 del CPACA.
- Señalar el canal digital del contralor electo para recibir notificaciones personales;

El 2 de febrero de 2022 la parte accionante expresó que subsanaba la demanda, en los siguientes términos:

- Poder: conforme el artículo 5 del Decreto 806 de 2020;
- Individualización del acto en reproche en lo que al acto de elección se refiere: aportó el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021 emanada del Concejo Distrital de Buenaventura, en la cual consta la elección del Contralor Distrital de Buenaventura periodo 2022-2025, al igual que el acta de posesión del 1 de enero de 2022 por la cual el alcalde distrital dio posesión del cargo al señor José Alfredo Lobato.

Advirtió que el acta de la sesión del concejo distrital no se encontraba firmada por el presidente y la secretaria del concejo; también que no se ha cumplido el procedimiento de la publicidad en los términos del artículo 65 del CPACA.

Solicitó proceder conforme el artículo 166 numeral 1.º inciso segundo del CPACA, <<habida cuenta de que el acto administrativo cuya nulidad se impetra no ha sido publicado, no reposa en ninguna parte accesible para el suscrito, más allá de la copia simple que se recibió de parte de la Alcaldía Distrital de Buenaventura, con el que el señor ALCALDE de manera irregular, le da posesión al señor Lobato(...) >>

- Aportar las pruebas faltantes: aclaró que el Decreto 403 de 2019 es de alcance nacional pero en igual medida lo aportó; allegó los acuerdos del Concejo Municipal de Buenaventura No. 01 y 013 de 2007, y 013 de 2008, la Resolución 372 del 9 de diciembre de 2021, el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021 del Concejo Distrital de Buenaventura y el acta de posesión del 1 de enero de 2022 expedida por el Alcalde Distrital de Buenaventura.
- Señaló el canal digital del contralor.

En la subsanación agregó que se desconoció el inciso final del **artículo 82 del Acuerdo 013 de 2018** que expresamente asigna al voto en blanco validez en la elección y que, para el caso concreto, superó los votos recibidos por el señor Lobato (9 votos en blanco, 8 votos por el contralor electo), pero aun así recibió posesión por el alcalde.

II. DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En el mismo escrito de la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto administrativo contenido en el acta de elección del señor José Alfredo Lobato como Contralor Distrital de Buenaventura.

Consideró que el acto de elección viola los artículos 68 del **Acuerdo 013 de 2008** del Concejo de Buenaventura y, 79 numeral 7 (sin precisar el compendio normativo), normas en que debía fundarse, que establecen respectivamente:

<<la mayoría, ósea [sic] la mitad más uno de los votos de los asistentes que constituyan Quorum [sic] decisorio declara la voluntad del concejo salvo disposiciones constitucionales>>

<<Entregado el resultado la presidencia preguntará a la corporación si declara constitucional y legalmente elegido para el cargo que se trate y el periodo correspondiente al candidato mayoritario en votos>>

Sustentó la violación de las normas en, (i) el quorum deliberatorio y decisorio fue de 17 concejales, el señor José Alfredo Lobato obtuvo 8 votos a favor y, se presentaron

9 votos en blanco y, (ii) la declaración de elección por parte del presidente del Concejo Distrital de Buenaventura ocurrió sin someterlo a decisión de la plenaria.

Considera que esa contradicción entre el actuar de la mesa directiva del concejo y las normas en que debía fundarse, son violación en forma directa y flagrante, y le habilitan para pedir la suspensión provisional del acta de elección.

2.1. Traslado de la medida cautelar

Se ordenó el traslado con Auto No. 31 del 17 de febrero de 2022 dictado por este Tribunal, y se cumplió por el término de cinco (5) días.

2.1.1. José Alfredo Lobato Monsalvo – Contralor Distrital de Buenaventura

El 28 de febrero de 2022, el contralor electo solicitó negar la solicitud de medida cautelar, tras considerar una escueta sustentación de la parte actora y la ausencia de pruebas que respalden la violación de las normas invocadas.

Cuestionó que la parte demandante la sustentara en el artículo 68 del Acuerdo 013 de 2008 del Concejo Distrital de Buenaventura, como quiera que esa norma solo posee cuatro artículos y, en punto de las elecciones del Concejo solo existe mención en el artículo segundo numeral 12 y 13, referente a las mayorías calificadas exigidas a la corporación distrital para citar y decidir sobre la moción de censura de los secretarios de despacho de los alcaldes, que en nada se atempera a su elección de Contralor.

Analizados los fundamentos de la parte actora, dijo que el artículo 68, pero del Acuerdo 01 de 2007, es la norma que sirve de fundamento a los reparos de la parte actora, pero no es aplicable a su elección porque se surtió de la terna conformada mediante la Resolución No. 349 del 23 de noviembre de 2021, siendo el señor José Alfredo Lobato el ternado que sacó la mayor votación, en consecuencia, el electo en la dignidad.

Estimó que las pruebas aportadas por el demandante no eran concluyentes sobre la violación de las normas invocadas.

Se pronunció sobre lo que consideró otros conceptos de violación planteados en forma escueta por el demandante, referentes a la forma como la Universidad del Atlántico calificó su experiencia profesional y, la supuesta inhabilidad por haber sido Contralor de Buenaventura encargado.

2.1.2. Concejo Distrital de Buenaventura

El Presidente de la Corporación pidió no acceder a la suspensión provisional del acta de elección, después de advertir que el Acuerdo 013 de 2008 solo contempla

tres artículos y no existe violación alguna a la norma citada, que no prevé los artículos 68 y 79 numeral 7.

Tras realizar un recuento del proceso de convocatoria pública para la elección de Contralor Distrital de Buenaventura hasta la confección de la terna de candidatos mejor puntuados en firme, hizo mención a una acción de tutela que le ordenó al presidente del Concejo Distrital, citar a sesión plenaria de la Corporación para efectuar la elección de Contralor Distrital el 10 de diciembre de 2021. Aseguró haber garantizado el quorum, acorde con el fallo de tutela, con un total de 17 concejales.

Indicó que, en su calidad de Presidente de la Corporación y en uso de las funciones previstas en el Acuerdo 01 de 2007 del Concejo Distrital de Buenaventura, artículo ochenta y nueve, numerales 1¹ y 4², una vez realizada la votación por los 17 concejales en sesión plenaria y ratificada por la Secretaría General del Concejo, consistente en ocho (8) votos a favor del candidato José Alfredo Lobato, cero (0) votos para el candidato Jorge Alberto Chaverra Mena y cero (0) votos para el candidato Oscar Antonio Salcedo Hurtado, le correspondía replicar la votación y dar el nombre del candidato electo por mayoría como Contralor Distrital de Buenaventura 2022-2025.

Dijo que el contralor fue elegido de la terna en firme y acorde con la jurisprudencia para los casos de acceso por mérito, no por elección popular, y que el voto en blanco no computa dada la existencia de unos ternados.

Se refirió al artículo tercero del Acuerdo 01 de 2007, que, en ausencia de disposición aplicable al asunto, faculta acudir a normas que regulen casos, materias o procedimiento semejantes y, en su defecto al reglamento del Congreso Nacional, a la jurisprudencia y a la doctrina.

Alegó que, ante la generalidad de ese acuerdo, se acudió a la Sentencia No. 0114 del 2017 proferida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De esa decisión resaltó lo referente al mandato constitucional según el cual el voto en blanco únicamente tiene efectos si se trata de las elecciones para alcaldes, gobernadores, miembros de una corporación pública o primera vuelta presidencial; además el caso estudiado, relativo a los efectos del voto en blanco por parte de los miembros de las JAL que impedía conformar la terna para designar el alcalde local, en la que se remitió a los reglamentos internos de las autoridades territoriales, las cuáles en ese caso particular, computaban el voto en blanco para el quorum decisorio pero no para determinar la mayoría en las votaciones.

¹ <<1. Presidir las sesiones de la corporación. >>

² <<4. Cumplir y hacer cumplir el reglamento, mantener el orden durante las sesiones y decidir las dudas que surjan sobre la aplicación del mismo>>

Destacó que el artículo 80 del Acuerdo 01 del 2007 hace referencia a los votos en blanco y nulos, pero ni en esa disposición ni en la normatividad vigente se establece que el voto en blanco sea mayoría para determinar la suspensión o nulidad de una elección a un servidor público por mérito, como la del contralor distrital; que al momento de la elección había surtido todas las etapas de una convocatoria de conformidad con la Ley 1904 de 2018 y resoluciones 728 del 2019 y 318 del 2021, emitidas por el Concejo Distrital; y había firmeza de la terna.

También alegó una falta de legitimación en la causa por activa y pasiva por no demostrarse la existencia de una relación jurídica sustancial, como quiera que el demandante, Álvaro Góngora Ibarra, no allegó prueba de que tuviera un vínculo con el proceso de selección y elección de contralor; al igual que por la falta de participación de las personas que realmente intervinieron en los hechos de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Admisión de la demanda

Preliminarmente, anota la Sala que el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021 emanada del Concejo Distrital de Buenaventura, en la cual consta la elección del Contralor Distrital de Buenaventura periodo 2022-2025, documento allegado por el actor, sí está signada por el presidente y la secretaria del Concejo.

Además, deja sentado que la acción pública electoral puede ser ejercida por toda persona, motivo por el cual no debe ser riguroso o estricto el examen de la demanda, ni pueden primar asuntos de técnica procesal con inflexibilidad, como la que podrá exigirse en otros medios de control ante esta jurisdicción, en los que por mandato legal se debe actuar a través de abogado.

Entonces, en lo relacionado con la individualización del acto de elección en reproche, la Sala debe interpretar la demanda con los anexos y, de esa manera, entiende que ella ataca el acto administrativo contenido en el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021 celebrada por el Concejo Distrital de Buenaventura, que contiene la elección del Contralor Distrital de Buenaventura periodo 2022-2025.

Así se encuentra expresado en la pretensión primera de la demanda, que se entiende por la Sala al referir el documento <<y el video>> esa parte es reemplazada por <<el acta>> del 10 de diciembre de 2021, donde señala que se declara la elección del señor JOSE ALFREDO LOBATO MONSALVO, como Contralor del Distrito de Buenaventura para el periodo 2022-2025.

Por otra parte, la Sala precisa que el acto objeto de reproche es una elección realizada en una audiencia pública, por un cuerpo en función electoral, el Concejo Distrital de Buenaventura y, se trata de un acto administrativo de carácter

particular, en tanto crea una situación jurídica con efectos individualmente considerados.

Al ser el acto de elección un acto administrativo de carácter particular, se comunica de manera verbal y por escrito y debe ser publicado, según el artículo 67 del CPACA.

Ahora bien, pese a la alegada falta de publicación de esa decisión por parte de la administración, es improcedente la solicitud del demandante para que se aplique el inciso segundo numeral 1.º del artículo 166 del CPACA, pues el acto administrativo objeto de reproche fue aportado con la subsanación de la demanda y no ha sido tachado por los demás sujetos procesales.

En cuanto a la caducidad del medio de control, se observa que el acto electoral en audiencia pública del **10 de diciembre de 2021**, cuenta con treinta (30) días para interponer demanda, que es a partir del **13 de diciembre de 2021** y la fecha límite es **el 15 de febrero de 2022**, en consideración a que el viernes 17 de diciembre no se prestó servicio por ser el día de la Rama Judicial, los días 18 y 19 eran inhábiles (sábado y domingo, respectivamente) y del 20 de diciembre de 2021 al 10 de enero de 2022 se cumplía la vacancia legal de la rama judicial.

Dado que la demanda se presentó el **25 de enero de 2022**, no hay caducidad en el asunto bajo análisis.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala que se subsanó la demanda que reúne los requisitos exigidos en los artículos 162, 166 y 281 del CPACA, y es competente esta Corporación para conocer del proceso de conformidad con el literal b) numeral 7.º del artículo 152 del CPACA, por lo que es procedente admitirla para ser tramitada en primera instancia.

3.2. Medida cautelar

3.2.1. Marco normativo general de la medida cautelar

En el medio de control de nulidad electoral, el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 establece que la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado debe solicitarse en la demanda y, la solicitud debe resolverse en el auto admisorio de la demanda, señala la disposición:

<<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.>>

La norma en cita no reguló el trámite y la forma de adoptar la medida cautelar.

Consonante con lo anterior, el artículo 296 de la misma norma, contenido en el <<Título VIII Disposiciones Especiales para el Trámite y Decisión de las Pretensiones de Contenido Electoral>> enuncia:

<<En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.>>

En ese orden de ideas, las normas generales sobre medidas cautelares previstas en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011, son aplicables al medio de control de nulidad electoral, siempre que sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral y no sean contrarias a las disposiciones especiales del título VIII.

El artículo 229 del CPACA establece que <<En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, (...) a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo>>. (Subrayado propio)

El artículo 231 del CPACA prevé los requisitos para decretar la medida provisional de suspensión provisional cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, disposición del siguiente tenor:

<<ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.>>

De manera que, la ley le impone a la parte demandante una carga procesal elemental en punto de una medida cautelar, esto es, que la solicitud esté soportada normativa y probatoriamente.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia del 17 de marzo de 2015 indicó³:

³ Expediente núm. 2014-03799, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

Así mismo, la Sección Tercera con auto del 13 de mayo de 2015 agregó⁴:

<<(…) Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.>> (Negrilla de la Sala).

Lo anterior lleva a concluir que, el decreto de una medida cautelar en el medio de control de nulidad electoral debe reunir los siguientes elementos:

- i) que la solicitud de medida cautelar esté debidamente soportada normativa y probatoriamente;
- ii) que tenga apariencia de buen derecho, en el entendido que se acredite, con los elementos disponibles en esa etapa procesal, alguna vocación de prosperidad por la violación de las disposiciones invocadas derivada de la confrontación del acto demandado y la norma **o, del estudio de las pruebas allegadas** con la solicitud.

3.2.2. Normas violadas en el caso concreto

Una vez analizados los acuerdos aportados por el demandante con la subsanación de la demanda, la Sala advierte que el contenido normativo que guarda relación con el trasliterado en la demanda emerge del Acuerdo 01 de 2007 y no de los acuerdos citados en el líbelo, como se advierte a continuación:

Normas citadas por el actor en la demanda:	Acuerdo 01 de 2007
---	---------------------------

⁴ Expediente núm. 2015-00022, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



<p>Artículos 68 del Acuerdo 013 de 2008 del Concejo de Buenaventura que establece:</p> <p><<la mayoría, ósea [sic] la mitad más uno de los votos de los asistentes que constituyan Quorum [sic] decisorio declara la voluntad del concejo salvo disposiciones constitucionales>></p>	<p>Artículo 68 del Acuerdo 01 de 2007 emanado del Concejo de Buenaventura:</p> <p><<ARTICULO SESENTA Y OCHO. La mayoría o sea [sic] la mitad más uno de los votos de los asistentes que constituyan quórum decisorio declara la voluntad del Concejo, salvo disposiciones Constitucionales [sic]>></p>
<p>Artículo 79 numeral 7:</p> <p><<entregado el resultado la presidencia preguntará a la corporación si declara constitucional y legalmente elegido para el cargo que se trate y el periodo correspondiente al candidato mayoritario en votos>></p>	<p>Artículo 79 numeral 7.º:</p> <p><<ARTICULO SETENTA Y NUEVE. En caso de elección. En las elecciones que se efectúen en el Concejo se adelantará en [sic] el siguiente procedimiento.</p> <ol style="list-style-type: none">1. Postulados los candidatos, el presidente designará una comisión escrutadora.2. Abierta la votación cada uno de los Concejales en forma secreta, escribirá en una papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo, o lo dejará en blanco.3. El secretario llamará a lista y cada Concejal depositará en una urna su voto.4. Recogidas todas las papeletas, serán contadas por uno de los escrutadores a fin de constatar la igualdad con el número de votantes. En caso contrario se repetirá la votación.5. El secretario leerá en voz alta y agrupará según el nombre, uno a uno los votos, colocando la papeleta a la vista de los escrutadores y anotará separadamente los nombres y votación que los postulantes obtuvieron.6. Agrupados por candidatos las papeletas, la comisión escrutadora las contará y entregará el resultado indicando el número de votos de cada uno de los candidatos, los en blanco, los nulos y el total.7. <u>Entregado el resultado, la Presidencia preguntará a la corporación si declara constitucional y legalmente elegido, para el cargo que se trate y el periodo correspondiente al candidato mayoritario en votos.</u>8. Declarado electo al candidato, será invitado por el presidente para tomarle el

	juramento de rigor si se hallaré en la cercanía del recinto o se dispondrá su posesión para una sesión posterior.>> (Subrayado propio).
<<Artículo 83 del acuerdo 013 que determina que no hay elección y debe procederse a una nueva en caso de que “ninguno de los candidatos reúna la mayoría absoluta de votos”>>	Artículo 83: << ARTÍCULO OCHENTA Y TRES: No elección. Se entiende que no hay elección y debe procederse a una nueva, en estos casos: 1. Cuando ninguno de los candidatos reúna la mayoría absoluta de votos. 2. Cuando el total de los votos fuese inferior al quórum legal superior al número de votantes. 3. Cuando el total de los votos fuese inferior al quórum legal o superior al número de votantes.>>

Adicionalmente, el Acuerdo 013 de 2008 citado por el actor como la norma que compendia las normas por él citadas, reformó parcialmente el Acuerdo 01 de 2007 antes referido, en cuanto a los temas incluidos en el orden del día de las sesiones y comisiones del concejo, sus funciones generales y su organización como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico; temáticas que no se relacionan con los cargos de la demanda.

En punto de la naturaleza de la acción de nulidad electoral, la Corte Constitucional ha establecido⁵:

<< De la naturaleza de esta acción [la de nulidad electoral] se destaca su carácter público, ya que cualquier persona (bajo la normativa anterior estaba reservada a los ciudadanos) puede solicitar la nulidad de los actos electorales referidos teniendo en cuenta que quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley.>> (Negrilla y subrayado de la Sala).

En armonía con la naturaleza de este medio de control, el Consejo de Estado ha señalado que debe considerarse la interpretación de la demanda en un sentido útil y eficaz, conforme el derecho al acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre la formalidad, que permita dar un sentido lógico a las acusaciones que en ella se plantean. El Alto Tribunal ha precisado⁶:

<<Para decidir, es importante destacar que a pesar del carácter rogado de esta jurisdicción, el juez en procura del derecho al acceso a la administración de justicia tiene la facultad de interpretar en su totalidad la demanda, como se hará en este caso, potestad que con mayor ahínco debe utilizarse en este tipo de acciones

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-437 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. C.P. Mauricio Torres Cuervo. Bogotá, veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación No. 76001-23-31-000-2010-01764-01.

públicas que tienen la característica de poder ser ejercidas por cualquier persona, así lo expuso esta Sala⁷:

“En la jurisdicción contencioso administrativa se impone como carga procesal al demandante la determinación de los presupuestos básicos para delimitar el marco de competencia del juez contencioso administrativo (artículo 137 del Código Contencioso Administrativo). De ahí que la demanda de contenido electoral constituye el punto de partida y de llegada del juez administrativo, en tanto que, en principio, solamente puede pronunciarse respecto de lo solicitado y con fundamento en los hechos y derechos que pretenden desvirtuar la presunción de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos de contenido electoral.

Sin embargo, el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa no impide que el juez interprete la demanda en un sentido útil y eficaz que le permita al demandante acceder a la administración de justicia para que se le resuelva de fondo el conflicto jurídico que plantea. De hecho, la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda electoral deriva directamente del principio constitucional según el cual el derecho sustancial debe prevalecer sobre la formalidad, de tal manera que se garantice a toda persona el derecho de acceso a la administración de justicia y, en especial, el derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley (artículos 228, 229 y 40, numeral 6°, de la Carta).

Ahora, teniendo en cuenta, de un lado, que la acción de carácter electoral es pública, esto es, que puede ser instaurada por cualquier persona y, de otro, que el juez contencioso administrativo tiene la facultad de interpretar la demanda y dar un sentido lógico a las acusaciones de la misma, la Sala concluye que debe estudiar de fondo el asunto planteado en la demanda porque su lectura integral evidencia que se invocó la violación del artículo 43, numeral 3°, de la Ley 136 de 1994, tal y como fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000”.>>

En consonancia con esa naturaleza, el anterior pronunciamiento y el deber de estudiar las pruebas para definir la medida cautelar, las disposiciones transliteradas en el *sub-lite* pertenecen al Acuerdo 01 de 2007, norma que se tendrá como la transgredida en armonía con el interés general que reviste el medio de control invocado, sumado a que no se trata de cargos de violación distintos a los planteados en la demanda, pues no se transforma o altera su contenido inicial.

Consonante con las normas invocadas, su transgresión puede resumirse así: (i) artículos 68 y 83 del Acuerdo 01 de 2007 por ser adoptada la elección sin el quorum mayoritario de concejales; (ii) artículo 68 del Acuerdo 01 de 2007 por el quorum deliberatorio y decisorio de 17 concejales, de cara a los 8 votos obtenidos por el señor José Alfredo Lobato en contraste con los 9 votos en blanco; (ii) artículo 79.7 del Acuerdo 01 de 2007 dado que la declaración de elección por parte del

⁷ Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Consejero Ponente Dario Quiñones Pinilla, Exp. 2003-1084.

Presidente del Concejo Distrital de Buenaventura ocurrió sin someterlo a decisión de la plenaria.

3.2.3. Análisis de la solicitud de medida cautelar

Para analizar el sustento de la solicitud de medida cautelar, en relación con las normas citadas en el acápite 3.2.1. de esta providencia, se debe relacionar las pruebas que lo soportan, como a continuación se procederá.

Del acta de la sesión adelantada el 10 de diciembre de 2021 por parte del Concejo Distrital de Buenaventura, aportada por la parte actora, se extrae los siguientes apartes relevantes:

<< **PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO:** Honorables Concejales muy buenos días secretaria, público que nos asisten [sic] el día de hoy para la sesión del Concejo Distrital de Buenaventura señores periodista [sic] y público que nos sigue desde las diferentes plataformas señorita secretaria sírvase llamar a lista los Honorables Concejales para verificar el quorum del día de hoy.

SECRETARIA: Honorable Concejal

HC: RICARDO ALEXANDER BONILLA SINISTERRA: presenté [sic]

HC: THOMSON PASKUINELLI CÁRDENAS POLANCO: presenté [sic]

HC: MADELEYNE CELORIO PANAMENÑO

HC: ALEXANDER DELGADO ARAGÓN: presente

HC: NILSON GARCÍA VALENCIA: presente

HC: RAÚL GONZÁLEZ VALENCIA: presente

HC: HUMBERTO HURTADO PEDROZA: presente

HC: JAIRO IBÁÑEZ RAMÍREZ: presente

HC: RAÚL DARÍO JIMÉNEZ TORRES: presente

HC: JAIME OSVAL MARINEZ: presente

HC: LUCILA MONTAÑO: presente

HC: LUIS HENRY MONTAÑO: presente

HC: JOSÉ LUIS OCORO CAICEDO: presente

HC: FRANCISCO JAVIER PAREDES TORRES: presente

HC: JULIO RAMÍREZ GARCERA: presente

HC: ROBINSON RENTERÍA HINESTROZA: presente

HC: WILSON RODALLEGRA PANAMENÑO: presente

HC: TIMOTEO RUIZ MANYOMA

HC: JOHAN FERNANDO VALENCIA VALENCIA

Para informarle señor presidente que si [sic] tenemos quórum
(...)

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Continúe secretaria con el desarrollo del orden del día

SECRETARIA:

5°. Elección de Contralor Distrital de Buenaventura para el período 2022 a 2025.

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Honorables Concejales vamos a iniciar la elección del contralor para el Distrito de Buenaventura para el período 22-25 vamos a iniciar con la elección la votación Honorables Concejales para este caso llamado el Honorable

Concejal manifestará el nombre de la persona por la cual desea hacer su elección dar sujeto señorita secretaria sírvase llamar a los Honorables Concejales para conocer su intención de voto en el día de hoy a elegir Contralor Distrital de Buenaventura periodo 2022 2025.

(...)

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Honorable estamos en el Honorable manifesté a la señorita secretaria que por favor llamé a los Honorables Concejales para tener su intención de voto por cuál de las tres personas van a ejercer su voto en el día de hoy señorita secretaria por favor.

SECRETARIA: Señor presidente le informo que para la elección de Contralor tenemos el externado [sic] el Doctor José Alfredo Lobato monsalvo [sic] el Doctor Óscar Antonio Hurtado Salcedo y el Doctor Óscar Alberto Mena chaverra [sic] procedo a hacer el llamado para la votación

Honorable Concejal

HC: RICARDO ALEXANDER BONILLA SINISTERRA: Mi voto es en blanco

HC: THOMSON PASKUINELLI CÁRDENAS POLANCO

HC: MADELEYNE CELORIO PANAMEÑO Mi voto es para Lovato

HC: ALEXANDER DELGADO ARAGÓN Mi voto para contralor es para José Alfredo Lobato monsalvo [sic]

HC: NILSON GARCÍA VALENCIA Mi voto es en blanco

HC: RAÚL GONZÁLEZ VALENCIA Mi voto es en blanco

HC: HUMBERTO HURTADO PEDROZA Mi voto es en blanco

HC: JAIRO IBÁÑEZ RAMÍREZ José Alfredo Lobato

HC: RUBEN DARÍO JIMÉNEZ José Alfredo Lobato

HC: JAIME OSVAL MARINEZ Mi voto es en blanco

HC: LUCILA MARTINEZ Mi voto es en blanco

HC: LUIS HENRY MONTAÑO Mi voto es para el señor Alfredo Lovato [sic]

HC: JOSÉ LUIS OCORO CAICEDO

HC: FRANCISCO JAVIER PAREDES TORRES Mi voto es en blanco

HC: JULIO RAMÍREZ GARCERA Mi voto es en blanco

HC: ROBINSON RENTERÍA HINESTROZA. Mi voto es por el doctor José Alfredo Lobato Monsalve [sic]

HC: WILSON RODALLEGA PANAMEÑO Lobato

HC: TIMOTEO RUIZ MANYOMA Mi voto es en blanco

HC: JOHAN FERNANDO VALENCIA VALENCIA

el [sic] anuncio señor presidente una totalidad de 9 votos en blanco y 8 votos positivos para el candidato Tornado [sic] José Alfredo Lobato.

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Gracias secretario en blanco para uno de los candidatos el señor José Alfredo Lobato dejar constancia que dentro del reglamento interno que maneja el Concejo Distrital de Buenaventura no existe un candidato que se llame blanco no hay voto en blanco ya no hay voto en blanco por lo tanto por lo tanto Honorables Concejales Concejales del Distrito.

HC: JULIO RAMÍREZ GARCERA: Presidente solicito un receso de 10 minutos por favor.

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: La votación queda 8 votos para el candidato Lobato cuántos votos sacó el otro candidato.

SECRETARIA: No señor presidente no hubo voto.

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Y el otro candidato.

SECRETARIA: Para ningún otro candidato.

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Gracias señorita secretaria y voto en blanco

SECRETARIA: 9 votos en blanco

PDTE: LUIS HENRY MONTAÑO: Gracias señorita secretaria señorita secretaria de esta manera de esta forma con 8 latas que saca el señor José Alfredo Lobato con 8 votos le pido a los Honorables Concejales que por favor con 8 votos se declara elegido Contralor del Distrito de Buenaventura para la vigencia 22 25 en señor Jorge Alfredo lo continúe secretaria continuamos con el siguiente punto el cual hacemos el cambio la secretaría AH-DOC por favor.>>

De acuerdo con la página del Concejo Distrital de Buenaventura (<https://www.concejobuenaventura.gov.co/categorias/concejales#page>), la corporación está integrada por 19 concejales.

En armonía con el artículo 45 del acuerdo 01 de 2007, la Presidencia declara abierto un debate y permite su desarrollo, siempre y cuando esté presente al menos la cuarta parte de los miembros del Concejo, lo que en efecto atiende el mandato constitucional previsto en el artículo 145 aplicable según lo previsto en el artículo 148 de la C.P. y corresponde al quorum deliberatorio⁸.

Éste se verifica en el caso objeto de análisis, pues la cuarta parte de los miembros del Concejo corresponde a 5 de sus miembros y, cuando inició la sesión plenaria se encontraban **presentes 16 concejales, es decir, 3 concejales se encontraban ausentes.**

Seguidamente, atendiendo el artículo 145 de la C.P., el quorum decisorio⁹ también se cumplió, pues al momento de la decisión se encontraban presentes la mayoría de los integrantes de la corporación, según la votación, ejercieron su derecho al voto dieciséis (16) concejales.

Ahora bien, en lo relativo a la regla de las mayorías, consonante con el artículo 68 del Acuerdo 01 de 2007, en las votaciones la voluntad del Concejo corresponderá a la mayoría de votos, que se determinará por la mitad más uno de los votos de los asistentes que constituyan quórum decisorio, disposición concordante con el artículo 146 de la C.P., lo que en el caso de la elección de contralor distrital correspondía a 9 votos.

⁸ Número mínimo de miembros que debe estar presente en la corporación para que pueda deliberar.

⁹ Número mínimo de miembros que debe estar presente en la corporación para que pueda decidir.

En este punto, advierte la Sala que, acorde con el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021, que la suma de los votos individuales a favor del señor José Alfredo Lobato Monsalvo, da como resultado **siete (7)**. Pese a ello, al concluir la votación, la secretaria de esa Corporación y el Presidente anunciaron un conteo total de ocho (8) votos a favor de ese candidato, lo que no es coincidente con la votación individual de cada corporado anotada en esa misma acta.

La parte demandada no realizó ninguna manifestación en detalle sobre el acta aportada por la parte demandante, tampoco aportó el acta de elección, por lo cual esta Sala reconoce plena eficacia a ese documento allegado por el actor.

Según se corrobora en el acta, con relación a la elección del Contralor para el Distrito de Buenaventura durante el periodo 2022-2025, ejercieron su derecho al voto 16 concejales, de los cuales 9 votaron en blanco y 7 por el señor José Alfredo Lobato Monsalvo. Lo anterior quiere decir que el señor Lobato Monsalvo no obtuvo 9 votos, que es la mayoría.

Nótese que ni siquiera de haber obtenido 8 votos, como erradamente concluyeron la secretaria y el presidente, el candidato obtuvo aquella mayoría decisoria, pues se requerían 9 votos por alguno de los candidatos y ninguno los obtuvo.

En ese orden de ideas, la elección no se acompasa al reglamento del concejo distrital que se rige por la **mayoría de votos** de los concejales, comoquiera que el candidato electo no los obtuvo, lo que desconoce los artículos 68 y 83 del Acuerdo 01 de 2007¹⁰ emanado del Concejo de Buenaventura, razón suficiente para decretar la suspensión provisional del acta de elección del señor José Alfredo Lobato como Contralor Distrital de Buenaventura, al constatar que está debidamente soportada normativa y probatoriamente y la demanda goza de un principio de vocación de prosperidad.

Amén de lo expuesto, es prístina la afectación de los principios constitucionales al debido proceso y el democrático con el acto de elección acusado.

Resuelto lo anterior, es inocuo proceder al análisis de los demás cargos de violación y otras normas vulneradas, al igual que los argumentos de defensa de la parte demandada.

3.2.4. Conducta procesal del apoderado accionante

La Sala no puede pasar por alto, los errores evidenciados hasta este momento procesal por parte de quien lo propone, especialmente en lo relativo a las normas invocadas y que, habiendo tenido la oportunidad para subsanar la demanda, dada su inadmisión, procedió como a continuación se precisará.

¹⁰ <<Por medio del cual se reforma parcialmente el acuerdo No. 03 de 2003 y el acuerdo 01 de 2004 y se adapta de conformidad con los parámetros normativos contenidos en la Ley 974 de 2005>>

Tanto la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, como la demanda en sí misma, ambas comprendidas en el mismo escrito, **transcriben el contenido normativo que invocan**, sin embargo, al citar las normas, señala que corresponden a un acuerdo distinto al que forzosamente tuvo que haber consultado para realizar su transcripción.

Esa conducta procesal, es una conducta manifiestamente descuidada, gravemente culposa o dolosa, conforme con el artículo 63 del Código Civil:

<< Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

(...)

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.>>

Lo anterior, si se tiene en cuenta que ese descuido es tan manifiestamente claro que no pareciera que fuera un error sino un acto malicioso, que eventualmente conduciría a la inutilidad del ejercicio del medio de control electoral, en perjuicio del interés social.

Bajo la perspectiva de que puede ser un actuar malicioso, entiéndase la cita de la transcripción equivocada, en el contexto, porque al no aportar inicialmente los documentos, junto a que luego no rectifica el acuerdo, para citar el que sí contenía las normas transcritas en su escrito de subsanación de la demanda, para la Sala, hipotéticamente, la parte actora no buscaría realmente la prosperidad del interés social que conlleva el medio de control.

Realmente quien sí podría beneficiarse de ese actuar sería exclusivamente el “candidato”, quien de haber sido elegido ilegalmente, no vería afectada esa decisión administrativa, ni con una posterior providencia judicial, de manera que esas equivocaciones solo conducirían a afectar en realidad el interés público, atando al juez a la eventual ilegalidad, por formalismo procesal.

Para sustentar lo anterior conviene recordar que, sobre existencia del proceso, se ordena desde la admisión de la demanda informar **a la comunidad** y ello puede conducir a que algunas personas se abstengan de adelantar un trámite idóneo al considerar o suponer que se ha demandado argumentando correctamente.

La experiencia ha demostrado que amigos del beneficiado con la ilegalidad demandan deficientemente, con el propósito arriba indicado, llevando adelante un trámite que termina sirviendo a lo espurio.

Es por lo anterior que se tiene en cuenta la conducta del apoderado de la parte demandante que se pudo dirigir o conducir a la inutilidad del medio de control propuesto, para un resultado que, finalmente, es en contra del interés, contra todo

el conglomerado social, afectaría el interés general, aunque en apariencia fuera para su beneficio.

En este escenario, la Sala quiere resaltar que el silencio del apoderado de la parte actora en el escrito de subsanación de la demanda, como declaración tácita de voluntad de persistir en el error, el cual solo él podía rectificar pues tenía en su poder los acuerdos (normas de alcance no nacional), que por demás desconocía este tribunal porque no fueron aportadas con la demanda sino que solo se allegaron posteriormente a la inadmisión, advierte un error malicioso con aquella vocación de consecuencias contra el interés de toda una sociedad¹¹.

Por tanto, la Sala compulsará copias a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que, si a bien lo tiene, investigue la conducta del mandatario judicial Daniel Garcés Carabalí.

En estos casos, de difícil resolución por lo que puede estar oculto al juez, se rememora el Código Klein u Ordenanza de 1895, sobre los poderes del funcionario para alcanzar el conocimiento de la verdad, esencia de una decisión justa.

En consecuencia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la demanda presentada por el señor Álvaro Góngora Ibarra en ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral, en contra de la elección del señor José Alfredo Lobato Monsalvo como Contralor Distrital de Buenaventura – Valle del Cauca y del Concejo Distrital de Buenaventura.

SEGUNDO: NOTIFICAR por estado esta providencia a la parte actora.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente la admisión de la demanda:

- Al señor José Alfredo Lobato Monsalvo, en los términos del literal a) numeral 1.º del artículo 277 del CPACA. De no ser posible la notificación personal, se deberá realizar la forma de notificación prevista en los literales b) y c) de la misma disposición, con la advertencia que prevé el numeral f).
- Al Concejo Distrital de Buenaventura y al Ministerio Público, en los términos de los numerales 2.º y 3.º del artículo 277 del CPACA, concordante con los artículos 197 y 199 de la misma norma.

CUARTO: CONCEDER a las demandadas un término de quince (15) días para contestar la demanda de acuerdo con los artículos 279 y 277 numeral 1 literal f del CPACA.

¹¹ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro. Derecho Civil Tomo I. Parte General y personas. Editorial TEMIS S.A. 2010: <<a nadie se permite aprovecharse en su beneficio particular del dolo o mala fe cometido, especialmente cuando tal aprovechamiento busca perjudicar a otro (Nemo propriam turpitudinem allegans potest)>>.

QUINTO: Por Secretaría de la Corporación, **INFORMAR** a la comunidad de la existencia del proceso, en los términos del numeral 5.º del artículo 277 del CPACA.

SEXTO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la elección del Contralor Distrital de Buenaventura periodo 2022-2025 contenida en el acta de la sesión del 10 de diciembre de 2021, emanada del Concejo Distrital de Buenaventura, por las razones expuestas en esta providencia.

SÉPTIMO: COMPULSAR COPIAS a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para lo de su competencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Magistrado

(Firma electrónica)
ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Magistrado

(Firma electrónica)
ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrado