

CONCEJAL LLAMADO-Pérdida de la investidura por no tomar posesión: fuerza mayor%FUERZA MAYOR-Requisitos%NO TOMAR POSESION DEL CARGO DE CONCEJAL-Fuerza mayor: cumplimiento del deber legal de renunciar y esperar aceptación / ABANDONO DEL CARGO-Cumplimiento del deber legal de esperar aceptación de la renuncia para tomar posesión del cargo de concejal: fuerza mayor

Debe la Sala determinar si la exigencia legal para el Concejal demandado de renunciar al los cargos de Gerente de la Lotería de Cúcuta, Presidente del Sorteo Extraordinario de Cúcuta y Gerente de la Asociación Departamental de Loterías que venía ejerciendo cuando fue llamado a tomar posesión, configura la eximente por fuerza mayor prevista en el parágrafo 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Conforme a criterio reiterado de esta Corporación, para que opere la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad debe tratarse de una causa extraña y externa al hecho del demandado, de un hecho que razonablemente no se pueda prever ni impedir. Además, quien alega el hecho externo, irresistible e imprevisible no debe haber dado lugar a su ocurrencia, es decir, el hecho constitutivo de fuerza mayor no debe ser imputable al deudor, ni debe haber ocurrido con su culpa. Para la Sala asiste razón a los apelantes pues ciertamente la situación del demandado constituía fuerza mayor, entendida como el imprevisto a que no es posible resistir, habida cuenta del deber legal impuesto por el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, de presentar renuncia al cargo de Gerente de la Lotería ante el Gobernador de Norte de Santander y de ejercer las funciones hasta la fecha del retiro, que determinará la providencia por medio de la cual se acepta, so pena de incurrir en abandono del empleo. No acertó el Tribunal al considerar inconstitucional la Resolución 117, pues es manifiesto que la Mesa Directiva del Concejo calificó las circunstancias expuestas por el demandado como constitutivas de fuerza mayor, y dio aplicación al parágrafo 1º del artículo 48 de la Ley, al fijar el 1º de octubre de 2006, como fecha para tomar posesión. Configurándose por este aspecto la eximente por fuerza mayor, resulta inane analizar la situación administrativa derivada del ejercicio de los cargos de Presidente del Sorteo Extraordinario de Colombia y de Gerente de la Asociación Departamental de Loterías. Fuerza es, entonces revocar la sentencia apelada, para en su lugar, denegar la solicitud de pérdida de la investidura. Así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 54001-23-31-000--2006-01439-01(PI)

Actor: WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ

Demandado: VICENTE GARCIA GRANADOS

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandado y el Procurador Veintitrés Judicial Administrativo de San José de Cúcuta contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander de 30 de enero de 2007 que decretó la pérdida de investidura de VICENTE GARCÍA GRANADOS como Concejal de Cúcuta.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El ciudadano WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ, por medio de apoderado, el 28 de noviembre de 2006, solicitó la pérdida de investidura, con los siguientes fundamentos:

1.1.1. La causal invocada

Es la prevista en el artículo 48 numeral 3° de la Ley 617 de 2000, que preceptúa:

«Artículo 48: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

...

Parágrafo 1°. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

...»

1.1.2. Hechos

El ciudadano VICENTE GARCÍA GRANADOS obtuvo la séptima votación de una lista con voto preferente para el Concejo de Cúcuta durante el período 2004 – 2007.

Desde el 14 de agosto de 2006 en eventos públicos y diferentes medios de comunicación se rumoraba que el Concejal William Villamizar Laguado, electo por la lista en que también aspiró VICENTE GARCÍA GRANADOS, renunciaría a su curul de concejal para aspirar a la Gobernación de Norte de Santander, siendo ello de pleno conocimiento para la comunidad en general.

En Sesión Plenaria Extraordinaria de 24 de agosto de 2006, el Concejal William Villamizar Laguado presentó renuncia a su curul, la cual le fue aceptada por la Mesa Directiva de la Corporación mediante Resolución No. 115 de la misma fecha.

Por Resolución No. 116 de 25 de agosto de 2006 se convocó a VICENTE GARCÍA GRANADOS a suplir la vacancia absoluta ocasionada por la renuncia de William Villamizar Laguado a su curul.

Por Oficio CM/SG 277 de 25 de agosto de 2006, notificado a las 5:58 p.m., la Secretaria General del Concejo de Cúcuta hizo llamado a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado.

Por escrito de 28 de agosto de 2006, radicado a las 3:10 p.m. en la Secretaría de la Corporación, VICENTE GARCÍA GRANADOS aceptó el llamado a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado, y solicitó tomar posesión del mismo el 1° de octubre del mismo año, dado que por motivos de su ocupación le era imposible asumir antes la investidura.

Por Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006 la Mesa Directiva de la Corporación consideró fundadas las explicaciones dadas por VICENTE GARCÍA GRANADOS, e hizo un nuevo llamado para que éste se posesionara como concejal el 1° de octubre de 2006.

En la Resolución No. 117 de 2006 no se consignaron consideraciones jurídicas para aceptar la excusa presentada por VICENTE GARCÍA GRANADOS. En ella se hace un nuevo llamado a suplir la vacancia absoluta sin siquiera modificar el que inicialmente se hizo por la Resolución No. 116 de 2006.

En sesión de 29 de agosto de 2006 de la Junta Directiva de la Lotería de Cúcuta, el demandado intervino como su Gerente, pese a conocer y haber manifestado aceptación ante el llamado a ocupar curul que le hiciera la Secretaría del Concejo Municipal, sin siquiera manifestarle al Gobernador de Norte Santander y a la Junta Directiva de la Lotería que debía lo antes posible retirarse del cargo que desempeñaba.

El ciudadano William Bautista Alvarez radicó el 4 de septiembre de 2006 consulta ante el Consejo Nacional Electoral (CNE), acerca de si es válido que la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta autorizara que un ciudadano que acepta el llamado a ocupar una curul se posesionara fuera del término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Mediante escrito de 12 de septiembre de 2006 William Bautista Alvarez solicitó a la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta ser llamado a ocupar la curul a la que renunció William Villamizar Laguado y de la que no tomó posesión oportunamente VICENTE GARCÍA GRANADOS.

El 12 de septiembre de 2006 VICENTE GARCÍA GRANADOS presentó renuncia como Gerente de la Lotería de Cúcuta, la cual le fue aceptada por el Gobernador de Norte de Santander.

El 13 de septiembre de 2006, en declaraciones públicas concedidas al Programa Avanzada de Radio Monumental, el Presidente del Concejo de Cúcuta manifestó que la Corporación era autónoma y en virtud de ella podía autorizar que VICENTE GARCÍA GRANADOS tomara posesión como Concejal hasta el 1° de octubre.

- Por convocatoria del Alcalde de Cúcuta, el Concejo I sesionó extraordinariamente del 15 al 20 de septiembre de 2006.

VICENTE DÍAZ GRANADOS tomó posesión como Concejal de Cúcuta el 1° de octubre de 2006, pese a conocer que debía posesionarse entre el 25 y el 28 de agosto de 2006, o sea dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que fuere llamado, término previsto en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, omisión que lo hace incurso en causal de pérdida de investidura.

1.2. LA CONTESTACIÓN

Admitida la demanda por auto de 30 de noviembre de 2006, el apoderado de VICENTE DÍAZ GRANADOS contestó que al tenor del numeral 1° del artículo 40 CP el tenía todo el derecho a ser elegido concejal de Cúcuta.

No puede exigirse a quien tenga la expectativa de ser llamado a tomar posesión de un cargo de elección popular en una corporación pública, que ante esa eventual e incierta posibilidad no ocupe cargos públicos o privados, menos cuando de ello depende su subsistencia.

La fuerza mayor debe analizarse en cada caso en particular y ella no puede aplicarse como regla genérica para todas las situaciones fácticas.

Cuando se hizo el llamado a ocupar la curul, VICENTE DÍAZ GRANADOS era Gerente de la Lotería de Cúcuta, Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (AS DE LOTO) (Córdoba- Nariño-Cúcuta) y Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, lo que le impedía de manera absoluta tomar posesión dentro del término señalado por el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Estaba en imposibilidad de posesionarse o en circunstancia de fuerza mayor, dadas las responsabilidades asumidas, la naturaleza de los cargos y el jurado cumplimiento de los deberes que le fueron encomendados.

El término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 resultaba insuficiente para que pudiese dar exitoso cumplimiento a las gestiones encomendadas o hacer entrega de ellas en debida forma a su sucesor, pues de lo contrario hubiese abandonado ilegalmente sus cargos.

VICENTE DÍAZ GRANADOS respondió oportunamente el llamado que le hizo la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta a ocupar la curul vacante. Manifestó su aceptación y solicitó se modificara la fecha del llamado a tomar posesión, con el único propósito de atender cabalmente las obligaciones que sus cargos le imponían.

Los efectos de la Resolución No. 116 de 2006 fueron suspendidos por la solicitud que hizo VICENTE DÍAZ GRANADOS para tomar posesión como concejal el 1° de octubre de 2006.

La Mesa Directiva por Resolución No. 117 de 2006 aceptó las razones que esgrimió VICENTE DÍAZ GRANADOS e hizo un nuevo llamado a tomar posesión el 1° de octubre de 2006, día en que efectivamente se posesionó como Concejal de Cúcuta.

VICENTE DÍAZ GRANADOS se limitó a dar cumplimiento al acto administrativo, Resolución No. 117 de 2006, que se presume legal, según la cual le fueron aceptadas las razones jurídicas y laborales que le impedían tomar posesión como concejal luego de hecho el primer llamado, y se le hizo un nuevo llamado para que el 1° de octubre de 2006 ocupara la curul vacante.

1.3. PRUEBAS

Se destacan en el expediente las siguientes pruebas:

1.3.1. Con la demanda se allegaron copias de los siguientes documentos:

- Acta Parcial de Escrutinio de Votos ¹ (Formulario E-26 MUNICIPAL) en la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil, informó el cómputo total de los votos obtenidos por la lista con voto preferente del Partido Conservador Colombiano y cada uno de sus candidatos al Concejo de Cúcuta para el período 2004 – 2007.
- Acta Parcial de Escrutinio de Votos ² (Formulario E-26 MUNICIPAL) en la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la elección de Concejales de Cúcuta para el período 2004 – 2007.
- Artículo titulado «Al rojo vivo» ³ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 29 de julio de 2006.
- Artículo titulado «Se cocinan candidaturas» ⁴ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 14 de agosto de 2006.

¹ Folio 75 del Cuaderno Principal.

² Folio 77 del Cuaderno Principal.

³ Folio 22 del Cuaderno Principal.

- Artículo titulado «Hora cero para aspiración de Villamizar a la Gobernación»⁵ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 23 de agosto de 2006.
- Artículo titulado «García o Bautista, a curul de Villamizar» ⁶ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 24 de agosto de 2006.
- Artículo titulado «William Villamizar se despidió del Concejo» ⁷ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 25 de agosto de 2006.
- Artículo titulado «Agitación de curules en Concejo de Cúcuta» ⁸ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 26 de agosto de 2006.
- Artículo titulado «Vicente García dijo sí al Concejo» ⁹ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 29 de agosto de 2006.
- Artículo titulado «Renunció Vicente» ¹⁰ publicado en el diario La Opinión «Sección Política», edición de 13 de septiembre de 2006.
- Artículo titulado «Con 5 ó 6 empleados quedará la Lotería» ¹¹ publicado en el diario La Opinión, edición de 7 de septiembre de 2006.
- Acta de Sesión Extraordinaria de 24 de agosto de 2006 ¹² en que consta la renuncia de William Villamizar Laguado como Concejal de Cúcuta, y su aceptación por la Mesa Directiva de la Corporación.
- Oficio CM/SG 277 de 25 de agosto de 2006 ¹³ por el que la Secretaria General del Concejo de Cúcuta hizo llamado a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado.
- Actas de Sesiones Extraordinarias de 25 ¹⁴, 26 ¹⁵ y 27 ¹⁶ de agosto de 2006.

⁴ Folio 23 del Cuaderno Principal.

⁵ Folio 25 del Cuaderno Principal.

⁶ Folio 26 del Cuaderno Principal.

⁷ Folio 27 del Cuaderno Principal.

⁸ Folio 28 del Cuaderno Principal.

⁹ Folio 29 del Cuaderno Principal.

¹⁰ Folio 31 del Cuaderno Principal.

¹¹ Folio 30 del Cuaderno Principal.

¹² Folios 37 a 39 del Cuaderno Principal.

¹³ Folio 81 del Cuaderno Principal.

- Escrito de 28 de agosto de 2006 ¹⁷ por el que VICENTE GARCÍA GRANADOS aceptó el llamado a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado, y solicitó tomar posesión del mismo el 1° de octubre del mismo año.
- Acta de Sesión Extraordinaria de 28 de agosto de 2006 ¹⁸ en que consta que VICENTE GARCÍA GRANADOS acepta el llamado a ocupar la curul dejada por William Villamizar Laguado y solicita que se le llame a tomar posesión el 1° de octubre de 2006.
- Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006 ¹⁹ del Concejo de Cúcuta «por medio de la cual se suple una falta absoluta», y se convoca a VICENTE GARCÍA GRANADOS a tomar posesión como concejal el 1° de octubre de 2006.
- Actas de Sesiones Extraordinarias de 29 ²⁰, 30 ²¹ y 31 ²² de agosto y de 15 ²³, 19 ²⁴ y 20 ²⁵ de septiembre de 2006.
- Derecho de Petición de 31 de agosto de 2006 ²⁶ radicado el 4 de septiembre del mismo año, por medio del cual WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ solicitó al Consejo Nacional Electoral concepto sobre si era legal que la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta, autorizara que un ciudadano que acepta el llamado a ocupar una curul se pudiese posesionar fuera del término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.
- Convocatoria y Acta de Junta Directiva Extraordinaria de la Lotería de Cúcuta de 5 de septiembre de 2006 ²⁷.
- Derecho de Petición de 12 de septiembre de 2006 ²⁸ por medio del cual WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ solicitó a la Mesa Directiva del Concejo de

¹⁴ Folios 40 y 41 del Cuaderno Principal.

¹⁵ Folios 42 y 43 del Cuaderno Principal.

¹⁶ Folios 44 y 45 del Cuaderno Principal.

¹⁷ Folio 82 del Cuaderno Principal.

¹⁸ Folios 46 y 47 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Folio 114 del Cuaderno Principal.

²⁰ Folios 48 a 51 del Cuaderno Principal.

²¹ Folios 52 a 54 del Cuaderno Principal.

²² Folios 55 a 60 del Cuaderno Principal.

²³ Folios 61 y 62 del Cuaderno Principal.

²⁴ Folios 63 y 64 del Cuaderno Principal.

²⁵ Folios 65 a 72 del Cuaderno Principal.

²⁶ Folios 102 y 103 del Cuaderno Principal.

²⁷ Folios 84 a 88 del Cuaderno Principal.

Cúcuta ser llamado a ocupar la curul a la que renunció William Villamizar Laguado y de la que no tomó posesión oportunamente VICENTE GARCÍA GRANADOS.

- Oficio SG/CM 314 de 25 de septiembre de 2006 ²⁹ por el que el Presidente del Concejo en respuesta al derecho de petición de WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ, contestó que el llamado a ocupar la curul vacante era VICENTE GARCÍA GRANADOS, quien previa autorización de la Mesa Directiva tomaría posesión el 1° de octubre de 2007.
- Oficio de 26 de septiembre de 2006 ³⁰ por el cual el CNE contestó la petición e informó que el término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 es perentorio e imprórrogable.
- Acta de Sesión Extraordinaria de 1° de octubre de 2006 ³¹ en que consta que VICENTE GARCÍA GRANADOS se posesionó como Concejal de Cúcuta en esa fecha.
- Certificación de 27 de octubre de 2006 ³² en que la Secretaria General del Concejo de Cúcuta hizo constar que VICENTE GARCÍA GRANADOS se desempeña como Concejal de Cúcuta desde el 1° de octubre de 2006.

1.3.2. Con la contestación se aportaron copias de los siguientes documentos:

- Escritura No. 8973 de 29 de septiembre de 2003 ³³ de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá D.C. «Reforma Estatutaria al Sorteo Extraordinario de Colombia».
- Escritura No. 4385 de 4 de mayo de 2005 ³⁴ de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá D.C. «Reforma Estatutaria al Sorteo Extraordinario de Colombia».
- Escritura No. 4229 de 7 de octubre de 2005 ³⁵ de la Notaría 54 del Círculo de Bogotá D.C. «Constitución de la Sociedad Asociación Departamental de Loterías LTDA (Córdoba- Nariño-Cúcuta)».

²⁸ Folios 89 a 98 del Cuaderno Principal.

²⁹ Folios 99 a 101 del Cuaderno Principal.

³⁰ Folios 104 a 113 del Cuaderno Principal.

³¹ Folios 33 a 36 del Cuaderno Principal.

³² Folio 32 del Cuaderno Principal.

³³ Folios 188 a 200 del Cuaderno Principal.

³⁴ Folios 171 a 187 del Cuaderno Principal.

- Escrito de 24 de agosto de 2005 ³⁶ por el cual William Villamizar Laguado presentó renuncia como Concejal de Cúcuta para el período 2004 – 2007.
- Resolución No. 115 de 24 de agosto de 2006 ³⁷ del Concejo de Cúcuta «por la cual se acepta renuncia al concejal William Villamizar Laguado».
- Oficio CM/SG 277 de 25 de agosto de 2006 ³⁸ por el que la Secretaria General del Concejo de Cúcuta hizo llamado a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado.
- Escrito de 28 de agosto de 2006 ³⁹ por el que VICENTE GARCÍA GRANADOS aceptó el llamado a ocupar la curul dejada por el Concejal William Villamizar Laguado, y solicitó tomar posesión del mismo el 1° de octubre del mismo año.
- Resolución No. 116 de 25 de agosto de 2006 ⁴⁰ del Concejo de Cúcuta «por la cual se suplió una falta absoluta llamando a VICENTE GARCÍA GRANADOS ante la renuncia del concejal William Villamizar Laguado».
- Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006 ⁴¹ del Concejo de Cúcuta «por medio de la cual se suple una falta absoluta», y se convoca a VICENTE GARCÍA GRANADOS a tomar posesión como concejal el 1° de octubre de 2006.
- Oficio de 30 de agosto de 2006 ⁴² en que VICENTE GARCÍA GRANADOS, como Gerente de la Lotería de Cúcuta, presentó renuncia al cargo de Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia que tendría efectos a partir del 30 de septiembre del mismo año.
- Oficio de 30 de agosto de 2006 ⁴³ en que VICENTE GARCÍA GRANADOS, como Gerente de la Lotería de Cúcuta, presentó renuncia al cargo de Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (Córdoba- Nariño-Cúcuta) que tendría efectos a partir del 30 de septiembre del mismo año.

³⁵ Folios 138 a 160 del Cuaderno Principal.

³⁶ Folio 126 del Cuaderno Principal.

³⁷ Folio 127 del Cuaderno Principal.

³⁸ Folio 128 del Cuaderno Principal.

³⁹ Folio 129 del Cuaderno Principal.

⁴⁰ Folios 130 y 131 del Cuaderno Principal.

⁴¹ Folio 133 del Cuaderno Principal.

⁴² Folio 134 del Cuaderno Principal.

⁴³ Folio 135 del Cuaderno Principal.

- Oficio de 12 de septiembre de 2006 ⁴⁴ en que VICENTE GARCÍA GRANADOS, presentó al Gobernador de Norte de Santander renuncia como Gerente de la Lotería de Cúcuta.
- Decreto No. 00601 del 25 de septiembre de 2006 ⁴⁵ por medio del cual el Gobernado de Norte de Santander aceptó la renuncia de VICENTE GARCÍA GRANADOS como Gerente de la Lotería de Cúcuta.
- Certificación de 27 de septiembre de 2006 ⁴⁶ en que el Secretario de la Junta Directiva de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (Córdoba- Nariño- Cúcuta), hizo constar que a VICENTE GARCÍA GRANADOS le fue aceptada la renuncia al cargo de Gerente en esa fecha (Acta No. 003).
- Informe de 29 de septiembre de 2006 ⁴⁷ presentado por VICENTE GARCÍA GRANADOS al entrante Gerente de la Lotería de Cúcuta.
- Informe de 29 de septiembre de 2006 ⁴⁸ presentado por VICENTE GARCÍA GRANADOS a la Representante Legal del Sorteo Extraordinario de Colombia.
- Certificación de 13 de diciembre de 2006 ⁴⁹ en que el Secretario de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, hizo constar que a VICENTE GARCÍA GRANADOS le fue aceptada la renuncia al cargo de Presidente el 21 de septiembre de 2006 (Acta No. 493).

1.3.3. El 15 de enero de 2007 el Tribunal recibió testimonio de William Javier Pabón Moncada ⁵⁰, Hugo Francisco Márquez Peñaranda ⁵¹ y Félix Enrique Herrera Ortega ⁵².

Por decreto del Tribunal se allegaron copias de los siguientes documentos:

⁴⁴ Folio 161 del Cuaderno Principal.

⁴⁵ Folio 202 del Cuaderno Principal.

⁴⁶ Folio 137 del Cuaderno Principal.

⁴⁷ Folios 162 a 164 del Cuaderno Principal.

⁴⁸ Folios 165 a 170 del Cuaderno Principal.

⁴⁹ Folio 136 del Cuaderno Principal.

⁵⁰ Folios 233 y 234 del Cuaderno Principal.

⁵¹ Folios 235 a 239 del Cuaderno Principal.

⁵² Folios 240 a 242 del Cuaderno Principal.

- Oficio de 12 de septiembre de 2006 ⁵³ en que VICENTE GARCÍA GRANADOS, presentó al Gobernador de Norte de Santander renuncia como Gerente de la Lotería de Cúcuta.
- Decreto No. 00601 del 25 de septiembre de 2006 ⁵⁴ por medio del cual le fue aceptada la renuncia.
- Oficio CM/SG 277 de 25 de agosto de 2006 ⁵⁵.
- Escrito de 28 de agosto de 2006 ⁵⁶.
- Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006 ⁵⁷ del Concejo de Cúcuta.
- Actas de Sesiones Extraordinarias de 24 a 31 de agosto de 2006 ⁵⁸.

1.4. LA AUDIENCIA

El 17 de enero de 2007 se celebró la audiencia pública con las siguientes intervenciones:

1.4.1. El apoderado del actor reiteró los argumentos de la demanda. Sostuvo que según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 el llamado a ocupar una curul, no sólo debe dentro de los tres días siguientes manifestar su aceptación, sino que efectivamente debe posesionarse, por tanto, VICENTE GARCÍA GRANADOS, habiendo aceptado el llamado que se le hiciera a ocupar la curul, debió posesionarse entre el 28 y el 30 de agosto de 2006.

Ni la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta ni mucho menos su Presidente están facultados para autorizar prórrogas sobre el término perentorio de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por lo tanto, la Resolución No. 117 de 2006 es ilegal.

Los vicios de que adolece la Resolución No. 117 de 2006 se acentúan cuando del testimonio recibido a Hugo Márquez Peñaranda se infiere que la prórroga

⁵³ Folio 282 del Cuaderno Principal.

⁵⁴ Folio 283 del Cuaderno Principal.

⁵⁵ Folio 285 del Cuaderno Principal.

⁵⁶ Folio 286 del Cuaderno Principal.

⁵⁷ Folio 288 del Cuaderno Principal.

⁵⁸ Folios 289 a 312 del Cuaderno Principal.

concedida a VICENTE GARCÍA GRANADOS para posesionarse, obedeció exclusivamente a su voluntad como Presidente de la Corporación sin contar con un estudio jurídico previo que analizara la circunstancia.

Al solicitar VICENTE GARCÍA GRANADOS prórroga para posesionarse el 1° de octubre y al haber sido ésta concedida por el Presidente de la Corporación, se desatendieron los mandatos constitucionales y legales que deben inspirar la labor del concejal, máxime cuando se probó que el Concejo de Cúcuta sesionó de forma extraordinaria del 15 al 20 de septiembre de 2006 para tramitar asuntos de interés comunitario.

Con el nombramiento de Hugo Niño, anterior Director Administrativo, como Gerente Encargado de la Lotería de Cúcuta se desecha el argumento planteado por VICENTE GARCÍA GRANADOS en el sentido de que su continuidad en el cargo era indispensable hasta el 1° de octubre de 2006. Éste debió separarse inmediatamente del cargo para atender sus responsabilidades como concejal.

VICENTE GARCÍA GRANADOS, por el sólo hecho de ser Gerente de la Lotería de Cúcuta debía ser Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia y Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (Córdoba-Nariño-Cúcuta), por tanto, no eran cargos independientes y mucho menos con funciones autónomas, pues los segundos eran parte del ejercicio del primero. Además, la renuncia presentada en debida forma en ningún caso podrá tomarse como abandono del cargo.

Los hechos planteados por VICENTE GARCÍA GRANADOS no pueden considerarse como fuerza mayor, pues no eran un causa extraña al presunto infractor, ni imprevisibles y tampoco inevitables. En su respaldo citó sentencias de 23 de abril ⁵⁹.y 13 de noviembre de 2001 ⁶⁰ de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

No se discute el derecho que tiene VICENTE GARCÍA GRANADOS a ser elegido y a ocupar la curul a la que fue llamado. Lo que se controvierte es no haber tomado posesión dentro del término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

⁵⁹ Expediente AC 12591. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actores: Pablo Bustos Sánchez y Otra. Demandado: Basilio Villamizar Trujillo.

⁶⁰ Expediente 2001-00133 (PI). C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Actor: Pedro Durán Franco. Demandado: Manuel Guillermo Mora Jaramillo.

1.4.2. El Agente del Ministerio Público solicitó denegar la pérdida de investidura por considerar que VICENTE GARCÍA GRANADOS se encontraba frente a una causal de fuerza mayor, pues antes de posesionarse como concejal debía renunciar en debida forma a los cargos que ostentaba como Gerente de la Lotería de Cúcuta, Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia y Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (Córdoba- Nariño- Cúcuta), y esperar que ésta le fuera aceptada por las autoridades competentes.

La buena fe del demandado se comprueba con el hecho de que al conocer que le fue aceptada la solicitud de prórroga para posesionarse el 1° de octubre de 2006, procedió de forma diligente a renunciar a los cargos que desempeñaba y a gestionar que su determinación le fuere aceptada.

El demandado no desatendió el término de que trata el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, pues actuó conforme se lo autorizó el Presidente del Concejo de Cúcuta en la Resolución No. 117 de 2006, por ello, mal haría en sancionársele con la pérdida de investidura.

Los testimonios de William Javier Pabón Moncada y Félix Enrique Herrera Ortega carecen de valor probatorio, mientras que el de Hugo Francisco Márquez Peñaranda corrobora lo probado con los documentos allegados, por tanto es merecedor de credibilidad.

1.4.3. El apoderado del demandado alegó que el llamado definitivo hecho por el Presidente de la Corporación a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul, mediante la Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006, fue atendido oportunamente, toda vez que tomó posesión como concejal el 1° de octubre de 2006, fecha que le fue autorizada para tal fin, de forma tal que no se contravino lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Fue acertado modificar el llamado hecho a VICENTE GARCÍA GRANADOS, toda vez que éste demostró ante la corporación estar en circunstancias de fuerza mayor que le impedían posesionarse inmediatamente, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

La condición de ser el de mejor opción a ocupar una curul en caso de vacancia temporal o absoluta de uno de los concejales electos por la lista por la que se

aspiró, no hace que ese hipotético llamado deje de ser una situación imprevisible, ni mucho menos que a ella resulte inaplicable la fuerza mayor.

Esa opción, «incertidumbre», sólo se materializó hasta el momento en que se hizo «real», o sea la notificación del acto que llamó a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul y el término para hacerlo, frente al cual se solicitó prórroga para que éste pudiese entregar en debida forma los cargos que desempeñaba, pues de lo contrario los hubiere abandonado, haciéndose merecedor a las sanciones que ello acarrea.

La presente acción no es el mecanismo procesal pertinente para debatir la presunción de legalidad que ampara a la Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006, y a los demás actos administrativos en que se soporta el llamado a ocupar curul y la posterior posesión de VICENTE GARCÍA GRANADOS como Concejal de Cúcuta. Asimismo, en la demanda no se plantean razonadamente acusaciones de inconstitucionalidad e ilegalidad en su contra.

En contra de VICENTE GARCÍA GRANADOS no pueden alegarse las falencias que en la expedición de las Resoluciones Nos. 115, 116 y 117 de 2006 pudieron presentarse, claro está, si fue que las hubo, puesto que de ser ilegal conceder prórrogas en el término para posesionarse como concejal, la demanda debió dirigirse contra el acto administrativo que la confirió y no contra quien se limitó a obedecerlo.

Lo único exigible a VICENTE GARCÍA GRANADOS era atender la voluntad del Presidente y de la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta materializadas en las Resoluciones Nos. 115, 116 y 117 de 2006, conforme a las cuales él procedió.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 30 de enero de 2007 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander inaplicó por inconstitucional la Resolución No. 117 de 29 de agosto de 2006 del Concejo de Cúcuta, y decretó la pérdida de investidura por considerar que el demandado no se posesionó dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que fue llamado, o sea, desatendió el término previsto en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

La posposición de una fecha para la realización de un acto determinado como una posesión, tal como se hizo por Resolución No. 117 de 2006, implica una prórroga de la misma, y no puede considerarse como un nuevo llamado a ocupar curul.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 13 de noviembre de 2001 ⁶¹ precisó que la prórroga para tomar posesión luego de ser llamado a ocupar una curul no tiene desarrollo legislativo.

No existe normativa alguna de la que se pueda inferir que el Presidente o la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta tenga la atribución de aceptar o rechazar la solicitud de prórroga que presente el llamado a ocupar curul, así como tampoco de calificar como constitutivo o no de fuerza mayor los hechos alegados, la cual es competencia exclusiva del juez que conoce la acción de pérdida de investidura, que valga anotar, no tiene requisito de procedibilidad.

Entonces, si no tiene sustento normativo dicha prórroga, por sustracción de materia no podía el llamado recurrir a la misma y mucho menos debió ser ésta otorgada por el Presidente o la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta.

El llamado hecho a VICENTE GARCÍA GRANADOS no podía, como en efecto sucedió, quedar suspendido en el tiempo y mucho menos permitírsele tomar posesión como concejal el 1° de octubre de 2006.

Aunque la demanda no se orienta a debatir la legalidad de las Resoluciones Nos. 115, 116 y 117 de 2006, no es menos cierto que son las que soportan el llamado hecho a VICENTE GARCÍA GRANADOS a ocupar la curul, por tanto, resulta obligado a ellas referirse.

La Resolución No. 117 de 2006 vulnera los artículos 6° y 122 CP puesto que con su expedición el Presidente del Concejo de Cúcuta actuó fuera del marco legal de sus atribuciones, facultades y competencias, y resulta obligatorio inaplicarla. Mal se haría en prohijar su permanencia en el ordenamiento jurídico dada su evidente contrariedad con la Constitución Política.

Como marco legal y jurisprudencial de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad citó el artículo 64 del Código Civil y las sentencias de 7 de marzo

⁶¹ Expediente 2001-00133 (PI). C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Actor: Pedro Durán Franco. Demandado: Manuel Guillermo Mora Jaramillo.

de 199, 5 de julio de 1935 y 22 de julio de 1959 de la Corte Suprema de Justicia⁶².

Concluyó que la alegada fuerza mayor no se probó dado que los hechos en que se sustentaba no eran para el llamado VICENTE GARCÍA GRANADOS ni imprevisibles ni irresistibles, o sea que bien pudo éste preverlos y evitarlos para tomar posesión dentro del término previsto en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

VICENTE GARCÍA GRANADOS al solicitar la prórroga del término para posesionarse propició los hechos por los que se decretó su pérdida de investidura, sin que sea posible alegar inducción al error por parte del Presidente o de la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta.

Tampoco tiene asidero el argumento de haber actuado de buena fe, pues aunque es aceptable que VICENTE GARCÍA GRANADOS debía renunciar en debida forma a los cargos que desempeñaba, ello no implicaba imposibilidad de hacerlo inmediatamente o que para preparar su retiro requiriese mayor lapso de tiempo que los tres (3) días siguientes a la fecha en que fue llamado a posesionarse.

III. LAS IMPUGNACIONES

3.1. El apoderado del demandado insiste en que tomó posesión dentro del término señalado por el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, dado que lo hizo el 1° de octubre de 2006 en acatamiento a la modificación del llamado concedida por la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta.

Inicialmente plantea que no fueron dos llamados a posesionarse sino uno solo, contenido en dos actos administrativos distintos, inseparables y con idéntica finalidad, puesto que lo que hizo la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta por medio de la Resolución No. 117 de 2006, fue modificar el término concedido mediante la Resolución No. 116 a VICENTE GARCÍA GRANADOS para tomar posesión como concejal.

Lo que el Tribunal considera como una prórroga fue en realidad una modificación del término para acatar el llamado a tomar posesión, concedida por la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta a petición de VICENTE GARCÍA GRANADOS.

⁶² No se documenta la fuente por falta de datos.

No es viable jurídicamente solicitar prórroga del término previsto para tomar posesión como concejal y mucho menos competencia de la Mesa Directiva de la Corporación concederla.

La Resolución No. 116 de 2006 contentiva del llamado a tomar posesión era un acto administrativo de forzoso cumplimiento cuya eficacia y ejecutabilidad quedó prorrogada hasta tanto fuere resuelta la solicitud de modificación presentada por el demandado.

Al ser favorable la decisión de la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta, exteriorizada mediante Resolución No. 117 de 2006, era éste el término para tomar posesión que en ultimas debía ser acatado por VICENTE GARCÍA GRANADOS, como en efecto sucedió.

No era indispensable demostrar la ocurrencia de fuerza mayor, pues ésta sólo se requiere en los eventos en que se pretenda emplear como eximente de responsabilidad, cuando el llamado a posesionarse no lo hizo dentro del término de tres días siguientes a la fecha en que fue convocado, lo que no sucedió en este caso, toda vez que VICENTE GARCÍA GRANADOS se posesionó dentro del término que le concedió la Resolución No. 117 de 2006 modificatoria de la Resolución No. 116.

Como segundo argumento asevera que los cargos que desempeñaba VICENTE GARCÍA GRANADOS, por las funciones de que se encuentran revestidos, imposibilitaban que tomara posesión como concejal dentro del término perentorio de tres días siguientes al llamado, de lo cual se deduce la existencia de una causal de fuerza mayor.

Los cargos desempeñados por VICENTE GARCÍA GRANADOS no pueden considerarse como una simple dificultad para posesionarse sino como una irresistible situación, que debía ser solucionada con responsabilidad.

El juez no es el único que puede determinar que constituye fuerza mayor o no, pues ello limitaría la función administrativa que tienen autoridades como aquellas ante quienes se posesionan los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular, de negarse a hacerlo ante la ausencia de los presupuestos exigidos o el incumplimiento de los requisitos fijados. Quien posesiona tiene la facultad de decidir cuando un hecho alegado puede y debe considerarse como fuerza mayor.

Citó el salvamento de voto de la Magistrada María Josefina Ibarra Rodríguez, para reseñar lo siguiente:

La autorización concedida por la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta a VICENTE GARCÍA GRANADOS, para tomar posesión el 1° de octubre de 2006, se presume legal y es conforme a ella que resulta censurable la actuación del demandado, quien se limitó a acatarla.

La fuerza mayor debe ser analizada en cada caso en particular sin que para ello puedan erigirse reglas generales de interpretación.

Los artículos periodísticos no son prueba idónea para acreditar si un hecho futuro es previsible o imprevisible, por tanto, a VICENTE GARCÍA GRANADOS no le era exigible que al momento de conocer el llamado a posesionarse hubiese renunciado a los cargos que desempeñaba.

No puede pretenderse que VICENTE GARCÍA GRANADOS presentara renuncia anticipada a los cargos que desempeñaba bajo la expectativa de un hipotético llamado a posesionarse como concejal. Los tres días de término que tenía VICENTE GARCÍA GRANADOS eran insuficientes para hacer entrega formal de los cargos y para que en ellos por lo menos se nombrara un encargado.

No puede llegarse al extremo de considerar que aquel que tenga alguna expectativa, aunque remota, de ser llamado a posesionarse como concejal por haber sido aspirante no elegido, no pueda aceptar vinculación alguna en el sector público o privado, puesto que si se compromete en alguna responsabilidad de la que no pueda desprenderse dentro del término de tres días siguientes al llamado, se vería avocado a perder su investidura.

La normativa vigente es desigual, pues mientras al congresista llamado se le conceden ocho días siguientes a la convocatoria para tomar posesión, para el concejal sólo son tres.

3.2. El Procurador Veintitrés Judicial Administrativo de Cúcuta solicita revocar la sentencia por considerar que VICENTE GARCÍA GRANADOS antes de posesionarse como concejal, no sólo debía presentar renunciaciones a los cargos que desempeñaba, sino esperar que ellas les fueran aceptadas por las autoridades nominadoras para poder entregarlos formalmente, trámite que por demás sería

imposible de realizar en tan sólo tres días, que es el término que estipula el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, para que el llamado se posesione como concejal.

La presentación de renuncia a un cargo y esperar que ella sea aceptada, es un trámite administrativo complejo que logra estructurarse como una circunstancia de fuerza mayor, que impide que el llamado se posesione como concejal.

En respaldo de sus argumentos citó el Salvamento de Voto de la Magistrada María Josefina Ibarra Rodríguez.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita revocar la sentencia y denegar la pérdida de investidura, pues considera que la Resolución No. 117 de 2006, con la que la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta aceptó la petición de VICENTE GARCÍA GRANADOS de tomar posesión como concejal el 1° de octubre de 2006, está amparada por la presunción de legalidad, por tanto, sólo hasta obtener su declaración de nulidad, perderá su carácter ejecutivo y ejecutorio, mientras, es únicamente conforme a ella que resulta reprochable la conducta observada por el demandado.

La situación laboral de VICENTE GARCÍA GRANADOS y la obligación de resolverla responsablemente, o sea, renunciar, esperar la aceptación de ésta y hacer entrega formal y conforme a ley de los cargos que desempeñaba, se configura como una circunstancia de fuerza mayor, que le imposibilitaba tomar posesión dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fue llamado.

Nadie está obligado a lo imposible, y obtener la aceptación de la renuncia a los cargos desempeñados en sólo tres días escapa a toda lógica. Asimismo por ser cargos de libre nombramiento y remoción, la dejación de funciones sólo puede presentarse una vez se haya designado el reemplazo, pues de lo contrario se incurre en abandono del cargo por tratarse de aquellos considerados como de confianza y manejo. Así lo prevé el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 ⁶³ y su

⁶³ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

desconocimiento da lugar a una falta gravísima de conformidad con lo contemplado en el numeral 55 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 ⁶⁴.

VICENTE GARCÍA GRANADOS sólo presentó renuncia a los cargos que desempeñaba cuando conoció que fue autorizado para tomar posesión el 1° de octubre de 2006, y estar en condiciones de atender el llamado que le fue hecho, pues de lo contrario no habría podido aceptarlo.

Aunque es cierto que se rumoraba la posibilidad de que VICENTE GARCÍA GRANADOS fuera llamado a posesionarse como concejal, ello no dependía de su voluntad sino de que se presentase una vacante que suplir, lo que sólo era una mera expectativa y frente a lo que no le era exigible una renuncia anticipada a los cargos que desempeñaba.

El objetivo del llamado es que no se interrumpa la continuidad del servicio que los concejales prestan, lo que no se desatendió, toda vez que VICENTE GARCÍA GRANADOS se posesionó el 1° de octubre de 2006, fecha en que se reanudaban las sesiones.

VICENTE GARCÍA GRANADOS manifestó dentro de los tres días siguientes al llamado las razones de fuerza mayor que le impedían posesionarse dentro del término inicialmente fijado, argumentos que fueron aceptados por la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta, ante lo cual se fijó nueva fecha para su posesión, con lo que se descarta la posible configuración de la causal endilgada.

El análisis del Tribunal para aplicar la excepción de inconstitucionalidad se limitó a afirmar vagamente que la Resolución No. 117 de 2006 es contraria a la Constitución Política sin desarrollar sustentación alguna.

Erró el Tribunal al aplicar la excepción de inconstitucionalidad con efectos retroactivos, especialmente si se tiene en cuenta que fue para imponer al demandado la sanción de pérdida de investidura, como consecuencia de éste proceso sancionatorio especial.

V. INTERVENCIONES DE LAS PARTES

⁶⁴ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

5.1. El apoderado del demandado reafirmó los argumentos expuestos en la contestación y en el recurso de apelación. Asevera que mal hizo el Tribunal en aplicar la excepción de inconstitucionalidad sin siquiera detenerse a exponer por qué la Resolución No. 117 de 2006 es contraria a la Constitución Política.

El yerro del Tribunal al aplicar la excepción de inconstitucionalidad se pone de manifiesto cuando identifica la aparente contradicción entre la Resolución No. 117 de 2006 y la Constitución Política, en la supuesta prórroga que el Presidente del Concejo de Cúcuta dio a VICENTE GARCÍA GRANADOS para posesionarse, lo que nunca sucedió, puesto que lo que concedió fue una modificación del término para acatar el llamado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 13 de noviembre de 2001 ⁶⁵ precisó que «el llamado a suplir una vacante absoluta debe hacerle conocer a la mesa directiva de la corporación, la razón o razones justas que configuran la fuerza mayor para tomar posesión, en orden a que ella las evalúe y adopte la decisión que corresponda, según los motivos invocados y las pruebas aportadas, pues no es admisible ni conveniente dejar al arbitrio de las personas omitir tomar posesión del cargo o simplemente informar ese evento».

Del precedente en cita se concluye que era la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta la única que podía decidir si eran válidas o no las razones esgrimidas por VICENTE GARCÍA GRANADOS para no posesionarse, y si ellas se estructuraban como circunstancias de fuerza mayor que ameritaban una modificación del término para acatar el llamado.

La expresión «las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor», contenida en el párrafo 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, no presenta «disquisiciones semánticas, gramaticales, doctrinarias y jurisprudenciales», se trata de una «justa causa» que racionalmente impida tomar posesión del cargo, cuya calificación es atribución de la mesa directiva de la respectiva corporación pública.

El concepto de fuerza mayor empleado por el Tribunal y que corresponde al contenido en el Código Civil, hace referencia a los negocios jurídicos en materia

⁶⁵ Expediente 2001-00133 (PI). C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Actor: Pedro Durán Franco. Demandado: Manuel Guillermo Mora Jaramillo.

contractual que ninguna relación guarda con este tipo de procesos sancionatorios especiales.

Las circunstancias que impidieron a VICENTE GARCÍA GRANADOS tomar posesión provienen de causas extrañas que no le son imputables, ya que de una parte no le es exigible renunciar a los cargos que desempeñaba ante la expectativa de un hipotético llamado, y por la otra, no dependía de su arbitrio que el nominador le aceptase el retiro y nombrase a su sucesor.

Es constitutivo de fuerza mayor para no tomar posesión dentro de los tres días siguientes al llamado, el hecho de no asumir el cargo de concejal para no incurrir en delito y falta disciplinaria.

5.2. El apoderado del actor reitera lo planteado en la demanda. Sostiene que aunque se considere que la sanción de pérdida de investidura resulta desproporcionada atendiendo la magnitud de la falta cometida, no por ello puede dejar de aplicarse, máxime cuando el artículo 230 CP impone a los jueces en sus providencias sometimiento a la ley.

No se encuentra ni en la Constitución ni en la ley, norma que entregue a las mesas directivas de los concejos municipales el poder de calificar las razones expuestas por el llamado a ocupar una vacante como constitutivas o no de fuerza mayor.

Al tenor de los artículos 6° y 122 CP ninguna autoridad del estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Resolución No. 117 de 2006 es ilegal, pues para su expedición el Presidente del Concejo de Cúcuta se abrogó facultades que no la normativa vigente no le atribuye.

VICENTE GARCÍA GRANADOS solamente debía renunciar al cargo de Gerente de la Lotería de Cúcuta, para que automáticamente cesaran sus funciones como Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (AS DE LOTO) (Córdoba- Nariño-Cúcuta) y como Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia, dado que estas dos dignidades las desempeñaba por ser anexos al primero, por tanto, no era necesario renunciar a ellos de forma independiente.

No se probó que las dignidades como Gerente de la Asociación Departamental de Loterías LTDA (AS DE LOTO) (Córdoba- Nariño-Cúcuta) y Presidente de la Junta Directiva del Sorteo Extraordinario de Colombia fueran de dirección y manejo, de lo que se concluye que eran de mera representación.

Fue hasta el 12 de septiembre de 2006 que VICENTE GARCÍA GRANADOS manifestó ante el Gobernador de Norte de Santander y la Junta Directiva de la Lotería de Cúcuta su intención de retirarse de la Gerencia, y lo hizo motivado por la incomodidad que le producía la petición elevada por WILLIAM BAUTISTA ALVAREZ ante la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta para ser llamado a ocupar la curul a la que renunció William Villamizar Laguado y de la que no tomó posesión oportunamente el demandado.

Antes de 12 de septiembre de 2006, durante las Sesiones Extraordinarias de 29 de agosto y 7 de septiembre, VICENTE GARCÍA GRANADOS tuvo dos oportunidades de manifestarle al Gobernador de Norte de Santander y a la Junta Directiva de la Lotería de Cúcuta la necesidad de renunciar a la Gerencia, y no lo hizo, con lo que se demuestra su intención de permanecer el mayor tiempo posible en ejercicio de las funciones que desempeñaba, siendo indiferente con el llamado perentorio a ocupar una curul en el Concejo de Cúcuta.

Nada impedía que el Gobernador de Norte de Santander aceptara inmediatamente la renuncia que debía presentar VICENTE GARCÍA GRANADOS, pero al no haberlo hecho de forma seguida al conocimiento del llamado a ocupar la curul, permaneció de forma injustificada en el cargo y desatendió su obligación con la comunidad.

El Concejo de Cúcuta no interrumpió sus labores y mucho menos las reinició el 1° de octubre de 2006, prueba de ello son las Actas de Sesiones Extraordinarias de 24 a 31 de agosto y de 15, 19 y 20 de septiembre de 2006, con lo que se demuestra que al no posesionarse como Concejal, VICENTE GARCÍA GRANADOS, faltó al deber de dedicación exclusiva que tenía con la Corporación.

El argumento con el que se afirma que VICENTE GARCÍA GRANADOS desempeñaba tres cargos carece de sustento legal, toda vez que al tenor del artículo 128 CP «nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo

público», de lo contrario, nos encontraríamos ante un quebrantamiento de la normativa constitucional, que es necesario castigar.

Al llamado a ocupar la vacante la ley no le confiere la posibilidad de discutir el acto administrativo por medio del cual se le requiere a posesionarse, sólo se le exhorta a que se poseione dentro del término de los tres días siguientes.

Las aparentes diferencias entre las expresiones prórroga y modificación del llamado, empleadas para defender la legalidad de la Resolución No. 117 de 2006, nada aportan en esta discusión, puesto que lo pretendido por el demandado, y que en últimas consiguió, fue «alargar o cambiar el plazo» que se le confirió para posesionarse.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Concejales, de una parte, en virtud del artículo 48 párrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de otra, por decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, que adscribió el conocimiento de estos recursos a la Sección Primera del Consejo de Estado.

6.2. El caso concreto

Debe la Sala determinar si la exigencia legal para el Concejal demandado de renunciar al los cargos de Gerente de la Lotería de Cúcuta, Presidente del Sorteo Extraordinario de Cúcuta y Gerente de la Asociación Departamental de Loterías que venía ejerciendo cuando fue llamado a tomar posesión, configura la eximente por fuerza mayor prevista en el párrafo 1º. del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Conforme a criterio reiterado de esta Corporación, para que opere la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad debe tratarse de una causa extraña y externa al hecho del demandado, de un hecho que razonablemente no se pueda prever ni impedir. Además, quien alega el hecho externo, irresistible e imprevisible

no debe haber dado lugar a su ocurrencia, es decir, el hecho constitutivo de fuerza mayor no debe ser imputable al deudor, ni debe haber ocurrido con su culpa.

Para la Sala asiste razón a los apelantes pues ciertamente la situación del demandado constituía fuerza mayor, entendida como el imprevisto a que no es posible resistir, habida cuenta del deber legal impuesto por el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, de presentar renuncia al cargo de Gerente de la Lotería ante el Gobernador de Norte de Santander y de ejercer las funciones hasta la fecha del retiro, que determinará la providencia por medio de la cual se acepta, so pena de incurrir en abandono del empleo.

No acertó el Tribunal al considerar inconstitucional la Resolución 117, pues es manifiesto que la Mesa Directiva del Concejo calificó las circunstancias expuestas por el demandado como constitutivas de fuerza mayor, y dio aplicación al párrafo 1º del artículo 48 de la Ley, al fijar el 1º de octubre de 2006, como fecha para tomar posesión .

Configurándose por este aspecto la eximente por fuerza mayor, resulta inane analizar la situación administrativa derivada del ejercicio de los cargos de Presidente del Sorteo Extraordinario de Colombia y de Gerente de la Asociación Departamental de Loterías.

Fuerza es, entonces revocar la sentencia apelada, para en su lugar, denegar la solicitud de pérdida de la investidura. Así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

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

F A L L A

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal de Norte de Santander de 30 de enero de 2007. En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN