



Función Pública

Sentencia 2200 de 2002 Consejo de Estado

FCE080462002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil dos (2002)

Radicación número: 15001-23-31-000-2001-2200-01(8046)

Actor: PROCURADOR 46 EN LO JUDICIAL - ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Demandado: JOSE OTONIEL CAÑON ALONSO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA (PERDIDA DE INVESTIDURA)

Se decide el recurso de apelación, oportunamente interpuesto por el apoderado del demandado JOSÉ OTONIEL CAÑON ALONSO, contra la sentencia de 5 de abril de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se decretó la pérdida de su investidura de Concejal del Municipio de Turmequé (Boyacá).

I.- FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

I.1.-El actor, señor PROCURADOR 46 ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, en apoyo de su pretensión, adujo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

1º: Señala que el demandado resultó elegido Concejal en los comicios electorales del 29 de octubre de 2000, por el Municipio de Turmequé, habiendo sido concejal en varias oportunidades.

2º: Expresa que el concejal demandado es propietario del establecimiento de comercio denominado "Estación de Servicio San Vicente", situado en el perímetro urbano del Municipio de Turmequé y contrató con este en el mes de enero de 2001 el suministro de combustible para la maquinaria y equipo municipal, según la orden de suministro firmada por el Alcalde MARIO ANTONIO VILLAMARIN el 12 de enero de 2001.

3º: Destaca que la prueba del contrato es la cuenta de cobro núm. 22 de 1º de febrero de 2001, en la cual se hace constar que la Tesorería de Turmequé debe a la Estación de Servicio San Vicente la suma de \$3.186.800.00 por concepto de pago de combustible mes de enero maquinaria municipal, y donde aparece la firma del ordenador del gasto, esto es, la del Alcalde, y la del Concejal. Que así mismo, sirve de prueba la factura de venta núm. E1606 de 31 de enero de 2001, por el mismo valor, suscrita por CAÑON ALONSO.

4º: A su juicio, la existencia de la relación contractual constituye violación al régimen de incompatibilidades, según el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, y es causal de pérdida de investidura.

I.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente:

Que la Procuraduría investigó al Alcalde de Turmequé y al Concejal, por la misma conducta aquí cuestionada, habiéndose ordenado el archivo definitivo de la investigación mediante providencia de 22 de abril de 1999, al considerar que tener un establecimiento de comercio y ofrecer un servicio al público, sin que se utilice el cargo para presionar a la compra, no constituye inconveniente de tipo legal alguno.

Aduce que la causal de incompatibilidad no está probada porque a la demanda no se aportó la prueba documental requerida por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para demostrar la existencia del contrato de suministro, pues la orden de suministro, la cuenta de cobro y la factura de venta, que se relacionan en aquella, presentan los siguientes vicios:

a): La orden de suministro, que es el único documento con capacidad de perfeccionar el contrato, solo aparece suscrita por el Alcalde Municipal y en ningún lado se observa la aceptación expresa por parte de CAÑON ALONSO, además de que esa orden tiene fecha 12 de enero de 2001, por

lo que no podía ser anterior al último día del mes de enero que es cuando se tiene el dato exacto de los galones de combustible utilizados.

b): La cuenta de cobro constituye un procedimiento interno del Municipio que fue firmado por CAÑON ALONSO por requerimiento expreso de la Tesorería; y la factura de venta se expide a cualquier persona que requiere carga de combustible, solo que por razones de funcionalidad, y dadas las características del cliente, se cobró por el mes y no día a día, por lo absurdo del procedimiento.

Argumenta que la condición de Concejal y único proveedor de combustible, doble condición que recae en CAÑON ALONSO, a la luz de las especialísimas circunstancias, no engendra nocividad, daño ni reproche social alguno.

A su juicio, para el demandado no representa ventaja aparente o utilización de su investidura en provecho particular, pues el precio de los combustibles está regulado por la ley y la venta a los vehículos del Municipio se dio bajo el concepto de ÚNICO PROVEEDOR, que se erige como causa de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que la antijuricidad requerida para sancionar no existe y no solo sería injusto y abusivo ordenar la pérdida de investidura, sino que, adicionalmente, se obligaría al Alcalde a violar principios de rango constitucional.

Finalmente, alega que el demandado actuó en procura del beneficio de la comunidad, respetándose los artículos 209 de la Carta Política, 25 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 5º de la Ley 136 de 1994.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá decretó la pérdida de investidura del concejal demandado, en síntesis, por lo siguiente:

Que se encuentra establecido que, en forma sistemática, la Estación San Vicente, cuyo propietario es el Concejal CAÑON ALONSO, ha venido contratando con el Municipio de Turmequé el suministro de combustible y otros insumos para vehículos y que, concretamente, el 12 de enero de 2001 el Alcalde expidió una orden para el suministro de insumos tales como ACPM y aceites.

Enfatiza en que la venta de los productos no tenía lugar en las mismas condiciones en las que los particulares acceden a la adquisición de un artículo ofrecido de manera masiva e indiscriminada al público, sino que se realizaban de manera sistemática y con perfecta identificación y particularización de los sujetos vinculados, como quiera que internamente la Administración del Municipio disponía de los trámites indispensables para la ejecución del presupuesto sobre la base de los suministros dispensados.

Aduce que en el proceso no se demostró la condición de proveedor único alegada por el demandado, ni mucho menos que esa contingencia subsuma una hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, no se sabe si para el Municipio o para el dueño de la Estación de Servicio, pues es inaceptable imaginar que fatalmente esta estuviera obligada a vender aceites y combustible a aquél o que esa presión externa obligara al Municipio a tener que comprar el combustible.

Resalta que la prueba documental allegada al proceso no permite concluir con certeza que las compras de combustible y aceites realizadas representen un evento de aquellos generales e indiscriminados propios de actos de comercio ocurridos en los establecimientos abiertos al público y, por el contrario, el trámite administrativo refleja una orden de suministro absolutamente identificada que liga al Municipio y a la Estación en una relación jurídica sui generis y distinta a la genérica que ocurre en aquellos actos de comercio en establecimientos abiertos al público.

Recaba en que la fuerza mayor o el caso fortuito alegado como eximente de cualquier ingrediente responsabilizante en la conducta del Concejal no encuentra ningún apoyo probatorio que la demuestre.

Finalmente, estima que las órdenes de suministro condensan la hipótesis de un contrato estatal y en esa medida subsume un supuesto de incompatibilidad descrito en el numeral 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que en armonía con el numeral 2 del artículo 55 de la misma Ley y con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, da como consecuencia la pérdida de investidura.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

JOSÉ OTONIEL CAÑON ALONSO, a través de apoderado, adujo como motivos de inconformidad, principalmente, que el a quo olvidó valorar la prueba sobre el carácter de único proveedor de combustibles; que dentro de la resolución proferida por la Procuraduría Departamental que absolvió al Alcalde y al Concejal, por la misma conducta aquí cuestionada, se establece esa condición de único proveedor, que para el ente de control constituyó suficiente motivo para ordenar el archivo de las diligencias.

Aduce que no existen municipios cercanos que puedan proveer los combustibles y que dentro de la investigación de la Procuraduría se encontró que el Municipio de Turmequé intentó opciones alternativas de adquirir combustible en otro Municipio y almacenarlo en canecas o barriles para evitar los desplazamientos cotidianos de los vehículos y de la maquinaria, y que la comunidad y posteriormente la oficina de saneamiento ambiental exigieron el cese de ese procedimiento por constituir riesgo tanto por su transporte como por su almacenamiento sin condiciones mínimas de seguridad.

En su opinión, las anteriores circunstancias son constitutivas de fuerza mayor, conforme se tuvo en cuenta en las diligencias de la Procuraduría, y que es gravísimo que el juzgador de primer grado se hubiera olvidado de referirse a ellas, no obstante estar demostradas en forma idónea en el proceso.

Resalta que el Concejal en muchas oportunidades se negó a correr el riesgo de vender el combustible al Municipio, pero que después cambió de parecer, en virtud de los fallos de la Procuraduría.

IV- ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se confirme la sentencia apelada, por cuanto, a su juicio, el Concejal demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el artículo 55, ibídem, sin que proceda la eximente de responsabilidad alegada, pues no fue demostrada en el proceso.

Hace énfasis en que las diligencias de la Procuraduría, a las que alude el demandado, se refieren al señor Alcalde de Turmequé José Antonio Moreno Muñoz, por hechos similares a los aquí investigados, pero donde no intervino el Concejal CAÑON ALONSO, sino un tercero: el señor ARQUÍMEDES ALBA, quien al parecer usufrutuaba la Estación de Servicio San Vicente.

Por último, aduce que si el Concejal era el único proveedor del combustible, conocedor de la imposibilidad de ser concejal simultáneamente con la de realizar contratos con cualquier entidad pública, debió oportunamente renunciar a cualquiera de tales condiciones.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**COMPETENCIA:**

Sea lo primero advertir que esta Sección 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 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

EL FONDO DEL ASUNTO:

Como se desprende del resumen que antecede, la demanda se fundamenta en que el Concejal JOSE OTONIEL CAÑÓN ALONSO está incurso en la causal de violación al régimen de incompatibilidades, por cuanto no obstante su calidad de tal, celebró con el Municipio de Turmequé (Boyacá) contrato de suministro de combustible para vehículos y maquinaria, en razón de ser el propietario de la Estación de Servicio San Vicente.

El artículo 55 de la Ley 136 de 1994, invocado como sustento de la acción incoada, prevé:

" Pérdida de investidura de concejales. Los concejales perderán su investidura por:

....2. Violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses".

Por su parte, el artículo 45, ibídem, en su numeral 1, establece:

" INCOMPATIBILIDADES: Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura..."

En el proceso aparece acreditado que el demandado ostenta la calidad de Concejal del Municipio de Turmequé (Boyacá) para el período 2001-2003, según consta en el documento obrante a folios 15 a 16 del cuaderno principal. También está demostrado que dicho señor se ha venido desempeñando como concejal en dicho municipio desde el año de 1998, exceptuando el período 1992-1994 (folios 15 a 45 y 92).

Resalta la Sala que en el caso sub examine el demandado al contestar la demanda admitió el hecho de ser el propietario de la Estación de Servicio San Vicente, hecho este que, por lo demás, se acredita con el certificado visible a folio 190, expedido por la Cámara de Comercio de Tunja, que da cuenta de que dicho establecimiento se adquirió desde el 19 de septiembre de 1996.

Aún cuando en la contestación de la demanda se trata de controvertir la prueba del contrato de suministro que según el libelo celebró el demandado y el Municipio de Turmequé, a la vez que a los documentos aportados con tal fin se le endilgan irregularidades, estima la Sala que la existencia del contrato se encuentra acreditada, no solo porque los documentos allegados al expediente permiten colegirla, sino porque la fuerza mayor o caso fortuito alegada por el demandado necesariamente está referida a tal suministro. No de otra manera puede entenderse la invocación de ser "proveedor único" que se hizo en la contestación de la demanda, para hacer derivar de esta calidad la eximente de responsabilidad frente a la incompatibilidad atribuida.

Es preciso resaltar que el hecho de que la Ley 80 de 1993 en su artículo 39 exija que los contratos estatales consten por escrito, lo que a juicio del demandado no está probado en este caso, no descarta la existencia del que aquí se aduce el cual, por su cuantía, no requería del cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley. Además, la certificación expedida por el Tesorero Municipal de Turmequé acerca de que "....revisados los libros de ejecución presupuestal de los años 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, se encontró (sic) registrados pagos al señor JOSE OTONIEL CAÑÓN ALONSO, por concepto de suministro de combustibles, como consta en las copias anexas" (folio 1), es indicativa de la existencia del suministro, entendido éste, según el artículo 968 del C. de Co., como aquel por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

También obran en el expediente la factura de venta núm. E1606, de fecha 31 de enero de 2001 (folio 13), la cuenta de cobro núm. 022 de 1º de

febrero de 2001 (folio 14), que demuestran la relación contractual de marras.

Resta por analizar si el hecho de ser proveedor único constituye circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que exima de responsabilidad al demandado frente a la causal de pérdida de investidura alegada, y si se probó o no tal eximente.

Cabe advertir que el a quo en la sentencia afirmó que la condición de proveedor único no se probó y que, por lo demás, esa contingencia no subsume una hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo anterior, al interponer el recurso de apelación el demandado aportó unos documentos a fin de que se tuvieran como prueba en la segunda instancia, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 214 del C.C.A., lo que le fue negado por no encajar dentro de las situaciones previstas en esta disposición.

Estima la Sala que la calidad de proveedor único no es constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

En efecto, en relación con esta eximente de responsabilidad, la Sala, en providencia de 15 de junio de 2000 (Expediente núm. 6048, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero) reiteró como elementos indispensables para su configuración la imprevisibilidad e irresistibilidad, los cuales no se dan en este caso, pues el hecho de que en un Municipio no haya sino una sola Estación de Servicio - lo que, por lo, demás constituye una situación muy generalizada en los municipios pequeños del país-, no guarda relación alguna con la libre determinación de postularse como candidato a un cargo de elección popular. En otras palabras, qué de imprevisible tiene que una persona, que se dedica a una actividad única en determinado Municipio, decida también, por su propia voluntad, participar en una elección para concejal?. Y qué de irresistible tiene no renunciar o mantenerse en un cargo de elección popular?. Siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues estas suponen la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir.

Decidir "correr el riesgo" de suministrar el combustible, bajo la consideración de estar exonerado por ser proveedor único, conlleva la decisión de asumir las consecuencias que de ello se derivan, como por ejemplo, colocarse en una causal de incompatibilidad. Luego, decidir, voluntariamente, seguir suministrando el combustible y, al mismo tiempo, desempeñarse como Concejal, no fue un imprevisto al que es imposible resistir, sino todo lo contrario, una situación, a todas luces previsible.

Ahora, con ocasión del recurso el demandado alude a circunstancias relativas a la no existencia de Municipios cercanos al de Turmequé, a la imposibilidad de este, por el riesgo que ofrecía, de almacenar el combustible, a las que también les atribuye el carácter de fuerza mayor o caso fortuito, y respecto de las cuales allegó documentación para que fuera tenida como prueba en la segunda instancia.

Sobre este punto la Sala advierte que se trata de argumentos que no expuso en la oportunidad procesal respectiva, cual es la contestación de la demanda y, por lo mismo, no se tuvieron en cuenta en la sentencia impugnada; empero tales argumentos no pueden tomarse como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pues son consecuencia de la existencia de una sola Estación de Servicio en el Municipio, circunstancia esta que, se repite, no guarda relación alguna con la libre determinación de postularse como Concejal.

De otra parte, es preciso resaltar que dentro de las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que el artículo 10^o1 de la Ley 80 de 1993 consagra, no encaja la del proveedor único. Tal circunstancia autoriza una contratación directa, según las voces del artículo 24, literal j², pero sin perjuicio del respeto a dicho régimen, como se infiere de lo consagrado en el parágrafo 1^o3, ibídem.

De tal manera que es evidente que el demandado incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, lo que ameritaba la pérdida de su investidura, como lo dispuso el a quo.

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

CONFÍRMASE el fallo impugnado.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 30 de agosto de 2002.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA

CONCEJAL - Pérdida de la investidura por violación del régimen de incompatibilidades: celebración de contratos / CONTRATO SIN FORMALIDADES

PLENAS - Existencia deducida de los pagos de libros de ejecución presupuestal / CONTRATO DE SUMINISTRO - Concepto / PROVEEDOR UNICO - No es causal exonerativa en relación con violación del régimen de incompatibilidades de concejal / PERDIDA DE LA INVESTITURA DE CONCEJAL - Violación del régimen de incompatibilidades: celebración de contratos

La demanda se fundamenta en que el Concejal JOSE OTONIEL está incurso en la causal de violación al régimen de incompatibilidades, por cuanto no obstante su calidad de tal, celebró con el Municipio de Turmequé contrato de suministro de combustible para vehículos y maquinaria, en razón de ser el propietario de la Estación de Servicio San Vicente. El hecho de que la Ley 80 de 1993 en su artículo 39 exija que los contratos estatales consten por escrito, lo que a juicio del demandado no está probado en este caso, no descarta la existencia del que aquí se aduce el cual, por su cuantía, no requería del cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley. Además, la certificación expedida por el Tesorero Municipal de Turmequé acerca de que "...revisados los libros de ejecución presupuestal de los años 1994, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, se encontró (sic) registrados pagos al señor JOSE OTONIEL, por concepto de suministro de combustibles, como consta en las copias anexas", es indicativa de la existencia del suministro, entendido éste, según el artículo 968 del C. de Co., como aquel por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios. Decidir "correr el riesgo" de suministrar el combustible, bajo la consideración de estar exonerado por ser proveedor único, conlleva la decisión de asumir las consecuencias que de ello se derivan, como por ejemplo, colocarse en una causal de incompatibilidad. Luego, decidir, voluntariamente, seguir suministrando el combustible y, al mismo tiempo, desempeñarse como Concejal, no fue un imprevisto al que es imposible resistir, sino todo lo contrario, una situación, a todas luces previsible. Dentro de las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que el artículo 10^o de la Ley 80 de 1993 consagra, no encaja la del proveedor único. Tal circunstancia autoriza una contratación directa, según las voces del artículo 24, literal j^o, pero sin perjuicio del respeto a dicho régimen, como se infiere de lo consagrado en el parágrafo 1^o, ibídem. De tal manera que es evidente que el demandado incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, lo que ameritaba la pérdida de su investidura, como lo dispuso el a quo.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 "De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten., ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política."

2 "Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1° La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente...

...j) Cuando no existe pluralidad de oferentes."

3 "Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1o. del presente artículo, no impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato".

4 "De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten., ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política."

5 "Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1° La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente...

...j) Cuando no existe pluralidad de oferentes."

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:17:23