**RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES - Presupuestos para configuración de la causal 4ª del artículo 45 de la Ley 136 de 1994** / **RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES – En el caso concreto no se configura la causal 4ª del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.**

La Sala precisa que, el actor indicó que el demandado al ejercer como concejal del municipio de Duitama, no le era permitido celebrar contrato con una entidad estatal, en consecuencia, que su elección como alcalde se tornó viciada. En ese orden de ideas, la Sala recurre al régimen de incompatibilidades aplicable a los concejales descrita en el numeral 4° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, en razón que el señor Hernel David Ortega Gómez fue electo como concejal, en virtud del estatuto de la oposición, para las votaciones del mes de octubre de 2019 y el contrato objeto de estudio (887 del 18 de febrero de 2021), fue celebrado luego de tal elección. Así las cosas, la base normativa señala: “ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán: (…) 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.” – Resaltado por la Sala – Por consiguiente, para la configuración de la incompatibilidad, debe constatarse que el concejal, estando en ejercicio, haya celebrado contratos en los que se administren recursos públicos del respectivo municipio o sean contratistas del mismo municipio en donde ejercen. Al respecto el Consejo de Estado, sobre dicha causal de incompatibilidad, explicó: “Ahora bien, con relación a la restricción legal del artículo 45, numeral 4, de la Ley 136, debe constatarse que el concejal, estando en ejercicio de sus funciones, haya celebrado contratos o realizado gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado: (i) que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del mismo municipio para el cual resultó elegido, o (ii) que sean contratistas de dicho ente territorial o (iii) reciban donaciones de este. En los eventos comprendidos en este numeral 4, como en las restantes incompatibilidades descritas en el artículo 45 de la Ley 136, debe tenerse en cuenta que se exceptúa de su configuración el ejercicio de la cátedra” – Resaltado por la Sala -De esta manera, la Sala no observa que el señor Hernel David Ortega Gómez al fungir como concejal (a través del estatuto de la oposición), haya vulnerado el régimen de incompatibilidades, en razón que el Contrato No. 887 del 18 de febrero de 2021 celebrado con la Gobernación de Boyacá, tuvo por objeto que el demandado asesorara a la Secretaría de Hacienda del departamento en la proyección de actos administrativos y aporte jurídico en varias áreas de tal dependencia, por lo tanto, no se avizora que el hoy alcalde, haya administrado recursos del municipio de Duitama o que en el contrato hiciera parte el mismo ente territorial donde fue electo. En ese orden, no se configura la incompatibilidad alegada, en el momento en que el demandado ejerció como concejal de Duitama, por consiguiente, ello tampoco afectaría su elección como alcalde del mismo ente territorial.

**INHABILIDADES – Concepto / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DE LOS ALCALDES – Causal prevista en el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.**

Las causales de inhabilidad han sido definidas por el Consejo de Estado como “… circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público”. En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “quiénes no pueden” ocupar un cargo. Una de ellas es la consagrada en el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000: ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: "Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: (…) 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.La inhabilidad por gestionar negocios o celebración de contratos tiene una clara finalidad constitucional tendiente a proteger la moralidad e imparcialidad del proceso electoral y del cargo al que se aspira, pues, de un lado, “busca evitar una confusión entre intereses públicos y privados”, ya que, “quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado”; y del otro, “obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales”. Del contenido de esa disposición, se deduce que la mencionada inhabilidad se configura en tres hipótesis distintas, a saber, cuando el candidato o elegido, durante el año anterior a la elección, haya intervenido en: (i) la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros ante entidades públicas del nivel distrital o municipal, (ii) la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, con un interés propio o a favor de terceros, siempre que se deban ejecutar en la respectiva circunscripción territorial; o (iii) haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas y contribuciones o entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado, dentro del municipio o distrito correspondiente. La inhabilidad así consagrada tiene un sentido eminentemente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelante ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DE LOS ALCALDES – Suscripción de contrato previa elección y elementos para que se configure esta inhabilidad.**

Respecto a la celebración de contratos con entidades públicas, para la configuración de la inhabilidad es necesario que i) que el candidato haya celebrado o intervenido en la celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel, ii) durante el año anterior a la inscripción como alcalde, iv) en interés propio o de terceros y iv) que aquel debiera ejecutarse o cumplirse dentro del respectivo municipio. Igualmente, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción, distinguió los elementos de configuración de la inhabilidad por celebración o gestión de contratos, así: “i) Un elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás. ii) Un elemento material u objetivo consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato se ejecute o cumpla en el municipio o distrito para el cual resultó electo (elemento territorial). (…) iii) Un elemento subjetivo relacionado con el interés propio o de terceros. Ahora bien no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros”.De igual forma, se destaca que el legislador, en el marco de este régimen de inhabilidades, no previó ningún tipo de excepción relacionada con la naturaleza, alcance y contenido del objeto pactado en el contrato, que impidiera la configuración de esta causal de inhabilidad; o, lo que es igual, al margen de cuáles sean las obligaciones contraídas por las partes, lo que debe determinar la activación de la causal es que el contrato celebrado se hubiera cumplido o ejecutado en el municipio, en donde se pretenda la elección.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DE LOS ALCALDES – En el caso concreto no se cumplen todos los presupuestos para que se configure la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en relación con la suscripción de contrato previo a la elección.**

Ahora, para el caso concreto, si bien el demandado y el Departamento de Boyacá suscribieron el contrato No. 887 el día 18 de febrero de 2021, es decir con anterioridad a los 12 meses de la inscripción del señor Hernel David Ortega Gómez como alcalde para las votaciones atípicas del 12 de septiembre de 2021, lo cierto es que no se cumplen todos los presupuestos para la configuración de la inhabilidad, especialmente lo relativo al elemento material u objetivo de la causal. Lo anterior en razón que, como se explicó en líneas atrás, el contrato suscrito por el demandado con la Gobernación de Boyacá, no contuvo algún objeto que debiera ser ejecutado o cumplido en el municipio de Duitama, contrario a ello, el contrato de prestación de servicios No. 0887 de 2021, en la cláusula sexta indicó: “Lugar de Ejecución: Las actividades se realizaran en la Secretaria de Hacienda, Gobernación de Boyacá, Tunja - Calle 20 No. 9- 90, Departamento de Boyacá”;con lo cual, se tiene que el contrato no tuvo injerencia alguna en el municipio de Duitama. Por tal razón y tal como lo precisó el Ministerio Público, el señor Hernel David Ortega Gómez, no recayó en la inhabilidad descrita en el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues el contrato suscrito con anterioridad a los 12 meses a su inscripción como alcalde en las elecciones atípicas en el municipio de Duitama, no tuvo relación alguna con dicho ente territorial. En ese orden de ideas, no está llamado a prosperar el cargo de nulidad, por violación al régimen de inhabilidades.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DE LOS ACALDES – Inexistencia de violación de la causal ejercer como empleado público dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección / EMPLEADO PÚBLICO – Concepto / CONCEJALES – Son servidores públicos, pero no empleados públicos.**

En la parte final del concepto de la violación, la parte demandante indicó que el señor Hernel David Ortega Gómez debía prever la nulidad de la elección de la alcaldesa de Duitama, por lo tanto, no debió aceptar la curul de concejal, puesto que con ello quedó inhabilitado para luego inscribirse como candidato a la alcaldía. Lo referido por el actor, se enmarcaría en la previsión normativa del numeral 2 del artículo 37 de la Ley 610 de 2000, que precisó: (…). La anterior base normativa, como elemento subjetivo, trae consigo que el candidato a alcalde no se haya desempeñado como “empleado público” en los 12 meses anteriores a su elección; sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado que no todo cargo desempeñado en entidades de carácter público, implica en sí mismo, la calidad referida. En sentencia del 30 de mayo del 2019 la Sección Quinta del Consejo de Estado, conceptualizó frente a la expresión servidores públicos -como categoría que consagra el género-, que estos se desagregan en i) empleados públicos, ii) miembros de corporaciones públicas y, iii) trabajadores oficiales. Sobre los empleados públicos, el Órgano de Cierre, explicó que es “aquel que está vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, nombrado y posesionado en los respectivos empleos que han sido creados, de conformidad con la nomenclatura, clasificación, funciones, requisitos y grado salarial, expresamente previstos en las normas pertinentes. Ahora, los miembros de corporaciones públicas, como los concejales de los diferentes municipios, por expresa disposición constitucional, no son considerado empleados públicos, sobre el particular el artículo 312 de la Carta Política estableció: “Artículo 312. (...) La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. (...).” – Resaltado por la Sala *-* Si bien, el artículo 123 de la Constitucional señala que los concejales serán servidores públicos, lo cierto es que no son empleados públicos, sobre esta diferencia la Corte Constitucional precisó: (…). En ese sentido, es dable concluir que los concejales no son empleados públicos, pues hacen parte de una categoría denominada miembros de una corporación político-administrativa, elegidos popularmente, con funciones, competencias específicas y régimen especial de honorarios y seguridad social. “Por lo tanto, si el juez electoral los tratara dentro de esa categoría, se estaría desconociendo de manera flagrante y palmaria la carta constitucional que es de obligatorio cumplimiento”. En ese orden de ideas, la Sala no comparte el argumento del actor relativo a que el demandado en el año anterior a la elección como alcalde de Duitama, se desempeñó como empleado público al ostentar una curul en el concejo municipal, toda vez que no resulta procedente una interpretación en que se entienda a los concejales como empleados públicos, con el fin de endilgarle la causal de inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 610 de 2000. Por lo expuesto, el cargo planteado por el demandante no tiene vocación de prosperar y, por la misma razón, no se analizarán los demás elementos de la norma.

**NULIDAD DEL ACTO DE ELECCIÓN DEL ALCALDE DE DUITAMA – Se niegan pretensiones en razón a que en este caso no vulneró el régimen de incompatibilidades e inhabilidades.**

La Sala negará las pretensiones de la demanda, en razón a que el señor Hernel David Ortega Gómez, no vulneró el régimen de incompatibilidades al momento de ser concejal, a su vez no se halló inhabilitado para inscribirse como candidato a la alcaldía de Duitama, toda vez que el Contrato No. 887 de 2021 no se desarrolló en el citado ente territorial, sino que tuvo por objeto asesorar a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Boyacá. En igual sentido, el demandado al desempeñarse como concejal no recayó en la inhabilidad de haber ejercido como empleado público, pues dichos cargos hacen parte de las corporaciones públicas, que por mandato del artículo 312 de la Constitución no deben ser tomados como empleados públicos.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150012333000202100700001500123 |



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No. 5

Magistrada Ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Tunja, febrero veintidós (22) de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control:  | Nulidad Electoral  |
| Demandante:  | **Juan Camilo Vargas Roberto**  |
| Demandado:  | Hernel David Ortega Gómez y otro  |
| Expediente:  | 15001-23-33-000-2021-00700-00  |
| **Link Consulta** https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150012333000202100700001500123  |

# OBJETO DE LA DECISIÓN

Se profiere sentencia de primera instancia en el medio de control de nulidad electoral interpuesto por el señor Juan Camilo Vargas Roberto, en contra del ciudadano Hernel David Ortega Gómez, en su calidad de alcalde del municipio de Duitama.

 **I. ANTECEDENTES**

**La demanda (a. 6)**

## Pretensiones

1. El señor Juan Camilo Vargas Roberto, en nombre propio, solicitó:

*“Primera. Declarar la nulidad del acto administrativo definitivo – formulario E-26 ALC – que contiene la elección de Hernel David Ortega Gómez como alcalde actual de Duitama por lo que falta del periodo 2020 al 2023 elegido en elecciones atípicas del 12 de septiembre de 2021.*

*Segunda. En consecuencia de la anterior declaración, que anulada la elección de Hernel David Ortega Gómez como Alcalde de Duitama y, por disposición expresa del numeral 2 del artículo 288 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, se Ordene la cancelación de la credencial de fecha 12 de septiembre de 2021 por la cual la comisión escrutadora determinó en el formulario E-27 a Hernel David Ortega Gómez como Alcalde de Duitama para complementar lo que falta del periodo 2020 a 2023.*

*Tercera. Líbrense las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes notificado las decisiones que anteceden”*

## Hechos

1. En las elecciones de autoridades territoriales para el periodo 2020-2023, resultó electa la ciudadana Costanza Isabel Ramírez Acevedo como alcaldesa de Duitama y el señor Hernel David Ortega Gómez, al obtener la segunda mayor votación, se posesionó como concejal del citado municipio, en virtud de lo consagrado en el estatuto de la oposición.

1. El demandado Hernel David Ortega Gómez en su calidad de concejal suscribió contrato de prestación de servicios No. 887 del 18 de febrero de 2021 con el

Departamento de Boyacá como “*asesor de la secretaría de hacienda por cincuenta millones (50.000.000) de pesos y por un periodo de 8 meses con vencimiento el día 17 de octubre de 2021*”.

1. El Consejo de Estado decretó la nulidad de la elección de la ciudadana Costanza Isabel Ramírez Acevedo como alcaldesa de Duitama, por lo que se convocó a elecciones atípicas para el 12 de septiembre de 2021, en la cual resultó electo el demandado Hernel David Ortega Gómez por el periodo que restaba.

## Concepto de violación

1. La parte actora refirió que es causal de inhabilidad para desempeñarse como alcalde, que la persona electa celebre contratos con el Estado dentro del año anterior a la inscripción de la candidatura.

1. Explicó que, para el caso en concreto, el señor Hernel David Ortega Gómez celebró contrato de prestación de servicios con el Departamento de Boyacá, por la suma de $50.000.000, con inicio a partir del 18 de febrero de 2021 y vencimiento del 17 de octubre de 2021, honorarios que fueron utilizados para realizar la campaña como alcalde.

1. Manifestó que el contrato No. 0887 celebrado con la Gobernación de Boyacá, fue suscrito cuando el señor Hernel David Ortega Gómez se desempeñaba como concejal del municipio de Duitama.

1. Agregó que el demandado “*igualmente se desempeñó como auxiliar en el cargo UTL del representante a la Cámara Rodrigo Rojas vinculación de la cual recibió dineros públicos por sus servicios*”.

1. Señaló que al actual alcalde de Duitama por “*el hecho de haberse posesionado como concejal del municipio, en virtud del Estatuto de la oposición que permite que la persona que quedó en segundo lugar en las elecciones de la Alcaldía ocupe la dignidad de concejal, no por ello desaparece la inhabilidad para contratar y por ende para ser electo alcalde”.*
2. Precisó que “*otro fundamento que denota la no desaparición de la inhabilidad es que el candidato en su momento debía prever la posible destitución de Constanza Ramírez como alcaldesa de Duitama al llegar a ser elegida, más aún si se tiene en cuenta que David Ortega, es abogado y manifiesta tener especializaciones y maestrías en dicha disciplina. Por lo tanto; al presumir la destitución de Constanza Ramírez, este no debió haber aceptado la curul ni posesionarse como concejal. Pues él era consciente de que, eventualmente, podría participar como candidato en las respectivas elecciones atípicas; y que por ende el acto de posesión como concejal lo inhabilitaría para ser alcalde de Duitama”.*

 **I. TRÁMITE PROCESAL**

## Presentación y admisión de la demanda

1. La demanda fue presentada el 12 de octubre de 2021 (a. 01) correspondiéndole a la presente Sala de Decisión, que en auto de 13 de octubre del mismo año (a. 4) la inadmitió en razón que la parte actora demandaba un acto administrativo que no tenía carácter de electoral (Credencial E-27) y se solicitó aportar el acto por el cual se declaró la elección de Hernel David Ortega como alcalde de Duitama.

1. EL demandante subsanó la demanda en el sentido de adecuar las pretensiones, pero no aportó el acto administrativo por el cual se declaró la elección del demandado como alcalde de Duitama, por lo anterior, en auto de fecha 10 de noviembre de 2021 (a. 08) se rechazó la demanda.

1. Sin embargo, el Consejo de Estado – Sección Quinta en auto de fecha 21 de abril de 2022 (a. 016) revocó la anterior decisión, al señalar que el Tribunal Administrativo de Boyacá debía solicitar de forma oficiosa el acto administrativo demandado previo a admitir la demanda.

1. En proveído del 27 de mayo de 2022 (a. 17) se obedeció y cumplió lo resuelto por el Consejo de Estado, en consecuencia, se requirió a la Registraduría Nacional del Estado Civil, con el fin que aportara el formulario E-26 ALC, por el cual se declaró la elección de Hernel David Ortega como alcalde de Duitama.

1. Una vez allegada la respuesta, en auto del 14 de junio de 2022 (a. 22) se admitió la demanda en contra de Hernel David Ortega y la Registraduría Nacional del Estado Civil, se negó la medida cautelar solicitada y se ordenó efectuar las notificaciones de rigor.

## Contestación de la demanda

1. La Registraduría Nacional del Estado Civil (a. 26) se opuso a las pretensiones de la demanda, fundamentó su contestación en que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, en razón que la verificación de los requisitos de calidades de los candidatos corresponde a los partidos políticos y al Consejo Nacional Electoral.

1. Por su parte, el señor Hernel David Ortega guardó silencio.

## Trámite sentencia anticipada

1. En auto del 26 de agosto de 2022 (a. 28) se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en razón que de conformidad con el artículo 277 del CPACA, en el proceso electoral, debe comparecer la autoridad que intervino en la expedición del acto demandado, en este caso, del formulario E-26 ALC.

1. Una vez en firme la anterior decisión, por auto del 29 de septiembre de 2022 se aplicó el contenido del artículo 182-A del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021, en el sentido de emitir sentencia de carácter anticipado, ante la falta de solicitudes probatorias de las partes, en consecuencia, se fijó el litigio de la siguiente manera:

* 1. *Corresponde dilucidar ¿si es procedente o no la declaratoria de nulidad del formulario E-26 ALC del 21 de septiembre de 2021, por el cual se declaró electo al señor Hernel David Ortega Gómez como alcalde de Duitama, para el periodo Constitucional restante 2020-2023?*

* 1. *En ese orden, deberá dilucidarse si ¿el actual alcalde del municipio de Duitama vulneró el régimen de incompatibilidades al desempeñarse como contratista de una entidad estatal en el momento en que se desempeñó como concejal o alcalde del respectivo municipio?*

1. En el mismo auto, se requirió a la Gobernación de Boyacá con el fin de que allegara copia del contrato No. 00887 suscrito con el señor Hernel David Ortega

Gómez y los documentos postcontractuales que se suscribieron en virtud del acuerdo.

1. Una vez allegada la respuesta por parte de la Gobernación de Boyacá (22 de noviembre de 2022) y corrido el traslado de la prueba documental, en auto calendado el 20 de enero de 2023, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales.

## Alegatos de conclusión

1. La **Registraduría Nacional del Servicio Civil** replicó los fundamentos de la contestación de la demanda (a. 51).

1. El **Procurador 45 Judicial II de Asuntos Administrativos** emitió concepto el 8 de febrero de 2023 (a. 54), en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, sin embargo, precisó que el fondo del asunto no debe ser analizado bajo la presunta vulneración al régimen de incompatibilidades por la suscripción del contrato, cuando el demandado ostentaba la calidad de concejal, sino por el régimen de inhabilidades cuando fue electo alcalde de Duitama.

1. Aclaró que en apartes de la demanda se solicitó la nulidad por la inhabilidad que recae en el alcalde, descrita en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, por lo que es sobre dicha base normativa que se debe hacer el estudio del presente medio de control.

1. Indicó que la causal de inhabilidad anotada señala que no podrá ser inscrito como alcalde *“Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio*”.

1. Precisó que en el presente caso no se estructura la causal de inhabilidad alegada por el demandante*, “pues aunque se demostró que dentro del año anterior a la elección del demandado como alcalde de la ciudad de Duitama, éste celebró el Contrato de prestación de Servicios No. 887 del 18 de febrero de 2021, con el Departamento de Boyacá, el negocio jurídico no se cumplió en el Municipio*”.

1. Adujo que, en gracia de discusión, de analizarse la incompatibilidad en la que pudo incurrir el demandado cuando ejerció como concejal, no afectaría la siguiente elección como lo fue la de alcalde, puesto que no existe una causal que señale, que será nula la elección del Burgomaestre por haberse desempeñado anteriormente como concejal y haber suscrito un contrato estatal.

 **II. CONSIDERACIONES**

## Competencia

28. Esta Sala es competente para conocer del presente asunto en primera instancia de conformidad con lo señalado en el artículo 152, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011 (sin la modificación del al Ley 2080 de 2021, en razón que las competencias entraron a regir a partir del 2022), y la demanda se radicó con anterioridad y toda vez que se trata de un proceso de nulidad electoral sobre la designación del alcalde del municipio de Duitama, el cual sobrepasa los 70.000 habitantes.

## Oportunidad

1. De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, frente a la demanda en ejercicio de la pretensión de nulidad electoral, establece las reglas que han de tenerse en cuenta para el efecto. Concretamente el término es de treinta (30) días que se contarán,” a *partir del día siguiente al de su publicación”*.

1. Según la respuesta emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se tiene que el formulario E-26 por el cual resultó electo el demandado como alcalde, se publicó el 12 de septiembre de 2021, por lo tanto, el término para promover el medio de control venció el 25 de octubre de 2021, y la demanda se radicó el día 12 de octubre de 2021, es decir en término.

## Legitimidad en la causa

1. Conforme al artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 *“cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales*…” lo que impone entender que la legitimación para formular ese tipo de demandas es universal, dado que ninguna limitación se estableció por parte del legislador sobre el particular y en tal medida, bien puede ejercerla cualquier persona, como en el caso objeto de estudio.

1. Respecto a la legitimidad en la causa por pasiva, como se demanda la elección del señor Hernel David Ortega Gómez, a él le asiste legitimación para actuar como demandado.

1. En relación a la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien indicó en los alegatos de conclusión que no le asistía legitimación para actuar, advierte la Sala que el numeral segundo del artículo 277 de CPACA., contiene un mandato claro respecto de las autoridades y las formas de practicar la notificación del auto admisorio de la demanda, en el sentido de que aquella debe realizarse “*(…) personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales*”.

1. Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado, y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este.

1. En ese orden de ideas, como el acto demandado -Formulario E26ALC- fue proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, debe ser llamada a juicio por intervenir en la expedición del acto de elección.

## Problema jurídico

1. En ese punto, debe precisar la Sala que la demanda no resulta ser suficientemente clara en establecer la causal de nulidad de elección del alcalde de Duitama, en razón que: i) en los hechos 4, 6 y 8 señala que, al aquí demandado, como concejal, no le era dable celebrar contratos con entidades del estado, ii) en los fundamentos que se incorporaron en los hechos y en el concepto de violación se hace alusión a que el demandado no podía ser inscrito como candidato en razón que en el año anterior a su inscripción celebró contrato estatal y iii) en la parte final de la demanda refiere que en razón a que fue concejal no podía ser posteriormente alcalde.

1. En ese sentido y de conformidad con la totalidad de los argumentos de la demanda y el concepto rendido por el Ministerio Público, se debe determinar si:

* 1. El señor Hernel David Ortega Gómez vulneró el régimen de incompatibilidades descrito en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, al celebrar un contrato estatal, al momento de ostentar la calidad de concejal de Duitama, derivada de lo consagrado en el estatuto de la oposición.
	2. Si el señor Hernel David Ortega Gómez desconoció el régimen de inhabilidades descrito en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por los siguientes eventos:

* + 1. Por suscribir el Contrato No. 887 del 18 de febrero de 2021 con la Gobernación de Boyacá, en los 12 meses anteriores a la inscripción como candidato a Alcalde a las elecciones atípicas del 12 de septiembre de 2021.
		2. Por desempeñar un cargo público, como lo es el de concejal, en el año inmediatamente anterior a la elección como Alcalde de Duitama.

1. Para resolver los anteriores interrogantes, la Sala se detendrá en los siguientes temas: **(i)** hechos probados y **(ii)** caso concreto.

## Sentido de la decisión

39. La Sala negará las pretensiones de la demanda, en razón a que:

1. El señor Hernel David Ortega Gómez, no vulneró el régimen de incompatibilidades al momento de ser concejal, pues celebró contrato de prestación de servicios con la Gobernación de Boyacá, pero en el mismo no se administraron, ni gestionaron recursos del ente territorial para el cual fue electo.

1. Igualmente, el demandado no desconoció el régimen de inhabilidades, en razón que:

* 1. ) Si bien suscribió contrato de prestación de servicios en los 12 meses anteriores a su inscripción como alcalde, lo cierto es que el mismo, no se ejecutaba, ni cumplía en el municipio de Duitama; y,

* 1. Si bien se desempeñó en el cargo de concejal, en el año anterior a la elección como alcalde, lo cierto es que para que se configure la causal de inhabilidad, es necesario que el demandado haya ejercido un empleo público, y el cargo de concejal, por disposición del artículo 312 de la Constitución, no ostentan esa calidad.

## Valoración probatoria

40. **Prueba documenta:** se otorgará valor probatorio a los documentos que reposan en el plenario. Ello, en la medida que no fueron tachados y las partes los tuvieron a su disposición durante todo el proceso, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, con ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth[[1]](#footnote-1).

## Hechos probados

1. Contrato No. 0887 del 18 de febrero de 2021, suscrito entre el señor Hernel David

Ortega Gómez y la Gobernación de Boyacá, que tuvo por objeto: “*El (La) Contratista se obliga para con El Departamento a la Prestación de Servicios como Asesor de la*

*Secretaria de Hacienda 1,02”,* por un valor de $50.608.000 y una duración de 8 de meses. Además, las obligaciones del demandado fueron las siguientes (a. 46):

*“B). OBLIGACIONES ESPECÍFICAS: 1. Realizar la revisión de resoluciones del Despacho de la Secretaria de Hacienda de Boyacá y aquellas que de manera conjunta suscriba o participe esta sectorial con otras secretarías o Direcciones, incluso de las que de ella hacen parte.*

* 1. *Proyectar respuestas a derechos de petición dirigidos a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Boyacá o de sus dependencias, siempre y cuando no sean del resorte específico de las mismas y de los funcionarios que de ellas hagan parte. Lo anterior no obsta para que el contratista pueda revisar la juridicidad y legalidad de los mismos y sean allegados al despacho del Titular de la Sectorial para su firma.*

* 1. *Realizar la revisión conjunta provenientes de las diferentes dependencias de la Gobernación de Boyacá.*

* 1. *Colaborar al despacho de la Sectorial en el aporte jurídico a que haya lugar en el direccionamiento y definición de los procedimientos de la contratación estatal y la rendición de informes periódicos sobre los mismos a las instancias pertinentes. Esto en complementación al ejercicio que en esta materia tenga cada dependencia de la sectorial.*

* 1. *Realizar la revisión de contratos de prestación de servicios, de suministro, de obra, de consultaría y de convenios interadministrativos celebrados por la Gobernación de Boyacá; cuando así lo requiera la titular de la sectorial de acuerdo al producto entregado por sus dependencias.*

* 1. *Proyectar respuestas a los requerimientos realizados por los diferentes entes de control; con la información que entregue la dependencia que se comprometa en el requerimiento del Organismo de Control.*

* 1. *Proyectar respuestas a los requerimientos realizados por las diferentes dependencias de la Gobernación de Boyacá; que sean encargados por la titular de la Sectorial dentro de su marco de competencias, siempre y cuando no obedezcan a un empleo en particular de acuerdo a su manual de funciones.*

* 1. *Proyectar respuestas a los requerimientos realizados por los diferentes Despachos Judiciales; que sean encargados por la titular de la Sectorial dentro de su marco de competencias, siempre y cuando no obedezcan a un empleo en particular de acuerdo a su manual de funciones.*

* 1. *Realizar las liquidaciones de condenas judiciales, conciliaciones y laudos arbitrales que deban ser suscritos por la Secretaria de Hacienda en cumplimiento de la función conjunta delegada por el Decreto 1392 de 2010.*

* 1. *Revisión, seguimiento y control de procesos judiciales y acciones legales que afecten financiera, presupuestal y contablemente al Departamento de Boyacá, para la adopción de políticas, procedimientos y actividades de mejora para la defensa jurídica y prevención del daño antijurídico del Departamento.*

* 1. *Apoyo a la Secretaría de Hacienda en los asuntos relacionados con el Sistema Integrado de Gestión, planes de mejoramiento y control interno de gestión.*

* 1. *Las demás que sean encargadas por el titular del despacho de la Secretaría de Hacienda que se identifiquen con el objeto contractual y la naturaleza del mismo.”*

1. Formulario E-26 ALC del 12 de septiembre de 2021, en el que la comisión escrutadora de Duitama declaró al señor Hernel David Ortega Gómez como alcalde de Duitama, al obtener la mayor votación en las elecciones atípicas del 12 de septiembre de 2021 (a. 20 fl. 6 y 7).

1. Credencial E-27 expedida por la Registraduría General de la Nación, en la que señaló “*Que, Hernel David Ortega Gómez ha sido elegido alcalde por el municipio de Duitama, para completar el periodo constitucional 2021-2023, por el Partido Coalición*

*Duitama para Todos*” (a. 2 fl. 40).

1. Acta No. 003 del 17 de septiembre de 2021, por la cual el señor Hernel David Ortega Gómez tomó posesión como alcalde de Duitama (a. 2 fl. 36 y 37).

## Caso concreto

45. Conforme se precisó en el problema jurídico, la presente providencia se enmarcará en tres temas, en razón a la falta de claridad del actor al elevar la solicitud de nulidad de la elección del señor Hernel David Ortega Gómez como alcalde Duitama.

## i) Violación al régimen de incompatibilidades

1. La Sala precisa que, el actor indicó que el demandado al ejercer como concejal del municipio de Duitama, no le era permitido celebrar contrato con una entidad estatal, en consecuencia, que su elección como alcalde se tornó viciada.

1. En ese orden de ideas, la Sala recurre al régimen de incompatibilidades aplicable a los concejales descrita en el numeral 4° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, en razón que el señor Hernel David Ortega Gómez fue electo como concejal, en virtud del estatuto de la oposición, para las votaciones del mes de octubre de 2019 y el contrato objeto de estudio (887 del 18 de febrero de 2021), fue celebrado luego de tal elección.

1. Así las cosas, la base normativa señala:

***“ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:***

*(…)*

*4.* ***Celebrar contratos*** *o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos* ***procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo*** *o reciban donaciones de éste.” – Resaltado por la Sala –*

1. Por consiguiente, para la configuración de la incompatibilidad, debe constatarse que el concejal, estando en ejercicio**, haya celebrado contratos en los que se administren recursos públicos del respectivo municipio o sean contratistas del mismo municipio** en donde ejercen.

1. Al respecto el Consejo de Estado, sobre dicha causal de incompatibilidad, explicó:

*“Ahora bien, con relación a la restricción legal del artículo 45, numeral 4, de la Ley 136, debe constatarse que el concejal, estando en ejercicio de sus funciones, haya celebrado contratos o realizado gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado: (i)* ***que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del mismo municipio para el cual resultó elegido, o (ii) que sean contratistas de dicho ente territorial o*** *(iii) reciban donaciones de este. En los eventos comprendidos en este numeral 4, como en las restantes incompatibilidades descritas en el artículo 45 de la Ley 136, debe tenerse en cuenta que se exceptúa de su configuración el ejercicio de la cátedra”[[2]](#footnote-2) – Resaltado por la Sala -*

1. De esta manera, la Sala no observa que el señor Hernel David Ortega Gómez al fungir como concejal (a través del estatuto de la oposición), haya vulnerado el régimen de incompatibilidades, en razón que el Contrato No. 887 del 18 de febrero de 2021 celebrado con la Gobernación de Boyacá, tuvo por objeto que el demandado asesorara a la Secretaría de Hacienda del departamento en la proyección de actos administrativos y aporte jurídico en varias áreas de tal dependencia, por lo tanto, no se avizora que el hoy alcalde, haya administrado recursos del municipio de Duitama o que en el contrato hiciera parte el mismo ente territorial donde fue electo.

1. En ese orden, no se configura la incompatibilidad alegada, en el momento en que el demandado ejerció como concejal de Duitama, por consiguiente, ello tampoco afectaría su elección como alcalde del mismo ente territorial.

## ii) violación al régimen de inhabilidades de alcalde por suscripción de contrato previa elección

1. Las causales de inhabilidad han sido definidas por el Consejo de Estado como *“… circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público*”[[3]](#footnote-3). En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “*quiénes no pueden*” ocupar un cargo[[4]](#footnote-4). Una de ellas es la consagrada en el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000:

*ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:*

*"Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:*

*(…)*

*3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros,* ***siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.*** *Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.*

1. La inhabilidad por gestionar negocios o celebración de contratos tiene una clara finalidad constitucional tendiente a proteger la moralidad e imparcialidad del proceso electoral y del cargo al que se aspira, pues, de un lado, “*busca evitar una confusión entre intereses públicos y privados*”[[5]](#footnote-5), ya que, “*quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado*”[[6]](#footnote-6); y del otro, “*obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales*”.

1. Del contenido de esa disposición, se deduce que la mencionada inhabilidad se configura en tres hipótesis distintas, a saber, cuando el candidato o elegido, durante el año anterior a la elección, haya intervenido en: (i) la gestión de negocios en interés propio o favor de terceros ante entidades públicas del nivel distrital o municipal, **(ii) la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, con un interés propio o a favor de terceros, siempre que se deban ejecutar en la respectiva circunscripción territorial**; o (iii) haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas y contribuciones o entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado, dentro del municipio o distrito correspondiente.

1. La inhabilidad así consagrada tiene un sentido eminentemente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelante ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado[[7]](#footnote-7).

1. Respecto a la celebración de contratos con entidades públicas, para la configuración de la inhabilidad es necesario que i) que el candidato haya celebrado o intervenido en la celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel, ii) durante el año anterior a la inscripción como alcalde, iv) en interés propio o de terceros y iv) que aquel debiera ejecutarse o cumplirse dentro del respectivo municipio.
2. Igualmente, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción, distinguió los elementos de configuración de la inhabilidad por celebración o gestión de contratos, así:

*“i) Un* ***elemento temporal*** *limitado al año anterior a la fecha de la* ***elección****, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás.*

* 1. *Un* ***elemento material u objetivo*** *consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando el contrato se ejecute o cumpla en el municipio o distrito para el cual resultó electo* ***(elemento territorial).*** *(…)*

* 1. *Un* ***elemento subjetivo*** *relacionado con el interés propio o de terceros. Ahora bien no es suficiente con que se pruebe el elemento temporal, material y territorial de la inhabilidad, sino que además es necesario que se acredite que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros”[[8]](#footnote-8).*

1. De igual forma, se destaca que el legislador, en el marco de este régimen de inhabilidades, no previó ningún tipo de excepción relacionada con la naturaleza, alcance y contenido del objeto pactado en el contrato, que impidiera la configuración de esta causal de inhabilidad; o, lo que es igual, al margen de cuáles sean las obligaciones contraídas por las partes, lo que debe determinar la activación de la causal es que el contrato celebrado se hubiera cumplido o ejecutado en el municipio, en donde se pretenda la elección.

1. Ahora, para el caso concreto, si bien el demandado y el Departamento de Boyacá suscribieron el contrato No. 887 el día 18 de febrero de 2021, es decir con anterioridad a los 12 meses de la inscripción del señor Hernel David Ortega Gómez como alcalde para las votaciones atípicas del 12 de septiembre de 2021, lo cierto es que no se cumplen todos los presupuestos para la configuración de la inhabilidad, especialmente lo relativo al elemento material u objetivo de la causal.

1. Lo anterior en razón que, como se explicó en líneas atrás, el contrato suscrito por el demandado con la Gobernación de Boyacá, no contuvo algún objeto que debiera ser ejecutado o cumplido en el municipio de Duitama, contrario a ello, el contrato de prestación de servicios No. 0887 de 2021, en la cláusula sexta indicó: “***Lugar de Ejecución****: Las actividades se realizaran en la Secretaria de Hacienda, Gobernación de Boyacá, Tunja - Calle 20 No. 9- 90, Departamento de Boyacá”;* con lo cual, se tiene que el contrato no tuvo injerencia alguna en el municipio de Duitama.

1. Por tal razón y tal como lo precisó el Ministerio Público, el señor Hernel David Ortega Gómez, no recayó en la inhabilidad descrita en el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues el contrato suscrito con anterioridad a los 12 meses a su inscripción como alcalde en las elecciones atípicas en el municipio de Duitama, no tuvo relación alguna con dicho ente territorial.

1. En ese orden de ideas, no está llamado a prosperar el cargo de nulidad, por violación al régimen de inhabilidades.

## iii) Violación al régimen de inhabilidades por ejercer como empleado público

1. En la parte final del concepto de la violación, la parte demandante indicó que el señor Hernel David Ortega Gómez debía prever la nulidad de la elección de la alcaldesa de Duitama, por lo tanto, no debió aceptar la curul de concejal, puesto que con ello quedó inhabilitado para luego inscribirse como candidato a la alcaldía.

1. Lo referido por el actor, se enmarcaría en la previsión normativa del numeral 2 del artículo 37 de la Ley 610 de 2000, que precisó:

*ARTICULO 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:*

*"Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:*

*2. Quien dentro de los doce (12)* ***meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público****, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.*

1. La anterior base normativa, como elemento subjetivo, trae consigo que el candidato a alcalde no se haya desempeñado como “*empleado público*” en los 12 meses anteriores a su elección; sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado que no todo cargo desempeñado en entidades de carácter público, implica en sí mismo, la calidad referida.

1. En sentencia del 30 de mayo del 2019[[9]](#footnote-9), la Sección Quinta del Consejo de Estado, conceptualizó frente a la expresión servidores públicos -como categoría que consagra el género-, que estos se desagregan en i) **empleados públicos**, ii) miembros de corporaciones públicas y, iii) trabajadores oficiales.

1. Sobre los empleados públicos, el Órgano de Cierre, explicó que es “aquel que está vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, nombrado y posesionado en los respectivos empleos que han sido creados, de conformidad con la nomenclatura, clasificación, funciones, requisitos y grado salarial, expresamente previstos en las normas pertinentes.

1. Ahora, los miembros de corporaciones públicas, como los concejales de los diferentes municipios, por expresa disposición constitucional, no son considerado empleados públicos, sobre el particular el artículo 312 de la Carta Política estableció:

*“Artículo 312. (...) La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos.* ***Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos****. (...).” – Resaltado por la Sala -*

1. Si bien, el artículo 123 de la Constitucional señala que los concejales serán servidores públicos, lo cierto es que no son empleados públicos, sobre esta diferencia la Corte Constitucional precisó:

*(...) Respecto de los concejales municipales, la Constitución consagra en forma enfática (art. 312 C.P.) que "****los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos****". No obstante, en el artículo 123 Ibídem sí se establece con claridad que los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos. Y es que no es lo mismo pertenecer a este género (servidor público) -que abarca a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual- que ser catalogado como empleado público, una especie de aquél, que se caracteriza por una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexo con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por contrato.* ***Los empleados públicos son servidores públicos. Los concejales también, pero sin tener el carácter específico de empleados públicos, dado el origen de su vinculación, por elección popular, que difiere del de aquéllos****.”[[10]](#footnote-10)*

1. En ese sentido, es dable concluir que los concejales no son empleados públicos, pues hacen parte de una categoría denominada miembros de una corporación político-administrativa, elegidos popularmente, con funciones, competencias específicas y régimen especial de honorarios y seguridad social. “*Por lo tanto, si el juez electoral los tratara dentro de esa categoría, se estaría desconociendo de manera flagrante y palmaria la carta constitucional que es de obligatorio cumplimiento”[[11]](#footnote-11)*.

1. En ese orden de ideas, la Sala no comparte el argumento del actor relativo a que el demandado en el año anterior a la elección como alcalde de Duitama, se desempeñó como empleado público al ostentar una curul en el concejo municipal, toda vez que no resulta procedente una interpretación en que se entienda a los concejales como empleados públicos, con el fin de endilgarle la causal de inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 37 de la Ley 610 de 2000.

1. Por lo expuesto, el cargo planteado por el demandante no tiene vocación de prosperar y, por la misma razón, no se analizarán los demás elementos de la norma.

## Conclusión

74. La Sala negará las pretensiones de la demanda, en razón a que el señor Hernel David Ortega Gómez, no vulneró el régimen de incompatibilidades al momento de ser concejal, a su vez no se halló inhabilitado para inscribirse como candidato a la alcaldía de Duitama, toda vez que el Contrato No. 887 de 2021 no se desarrolló en el citado ente territorial, sino que tuvo por objeto asesorar a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Boyacá. En igual sentido, el demandado al desempeñarse como concejal no recayó en la inhabilidad de haber ejercido como empleado público, pues dichos cargos hacen parte de las corporaciones públicas, que por mandato del artículo 312 de la Constitución no deben ser tomados como empleados públicos.

##  IV. COSTAS

75. Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas*”, como en el caso en concreto se debatió una acción pública que interesa al electorado municipal de Duitama, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

##  V. FALLA

**Primero. Negar las pretensiones** de la demanda presentada por Juan Camilo Vargas Roberto contra el señor Hernel David Ortega Gómez, en su calidad de Alcalde de Duitama.

**Segundo**. Sin costas en esta instancia.

**Tercero.** En firme esta providencia, por Secretaría archívese el expediente, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

*(Firmado electrónicamente)*

## BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Magistrada

*(Firmado electrónicamente)*

## FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

*(Ausente con permiso)*

## FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Magistrado

1. Radicación: 25000-23-26-000-2000-00340-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado – Sección Primera CP Nubia Margoth Peña Garzón Sentencia del 1 de diciembre de 2022, Rad: 52001233300020210018801 [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Alberto Yepes Barreiro, 11 de julio de 2013, rad. 50001-2331-000-2012-00087-02. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 23 de mayo de 2017, rad. 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ). [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, C-618 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibidem [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de enero de 2010, proferida en el proceso número 11001-03-15-000-2009-00708-00(PI). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Alberto Yepes Barreiro, 25 de agosto de 2016, rad. 6600123-33-000-2015-00475-01. Esta providencia reiteró lo esbozado en el siguiente fallo: Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 18 de julio de 2013, rad. 47001-23-31-000-2012-00010-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. Radicación 11001-03-28-000-2018-00091-00; M.P. Rocío Araújo Oñate. [↑](#footnote-ref-9)
10. C-222 de 1999 [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado – Sección Quinta MP Rocío Araújo Oñate sentencia del 1 de diciembre de 2022 Rad: 11001-03-28-000-2022-00058 [↑](#footnote-ref-11)