

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Momento desde el que se hace efectivo para concejales municipales llamados. Reiteración jurisprudencial / CONCEJAL MUNICIPAL LLAMADO - Aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades desde la fecha de la elección

Debe la Sala comenzar por establecer si la violación del régimen de inhabilidades constituye o no causal de pérdida de investidura en relación con los concejales llamados atendiendo el hecho de que esa es la condición que exhibe la demandada en este caso. El artículo 134 de la Constitución Política establece: "ARTICULO 134. Modificado por el artículo 1 del A.L. 3 de 1993. Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral." Por su parte, el parágrafo 1º del artículo 261 ibidem señala que "las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia." A su vez, el artículo 293 ibidem dispone que "sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales." La Sala Plena de esta Corporación, en forma unánime y reiterada, ha sostenido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Congresistas en el artículo 179 de la Constitución Política se aplica a los "elegidos" y a los "llamados" desde el momento en que toman posesión del cargo, pues es en ese instante en que adquieren la calidad de concejales, pero siempre referida la inhabilidad en relación con el momento de la elección que es lo que se busca preservar a fin de evitar el manejo indebido del electorado. Este criterio jurisprudencial fue reiterado en sentencias de 18 de noviembre de 2008 (C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo) y 6 de octubre de 2009 (C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta). (...) Según lo expuesto, la Sala reitera que conforme a su jurisprudencia, las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en la Constitución Política y en la ley, son aplicables a los concejales llamados en relación con la fecha de la elección y no de la fecha de posesión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 134 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 261 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 293 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 179

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL LLAMADO - Improcedencia. Miembro de UTL no ejerce autoridad / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Supuestos para que se configure por ejercicio de autoridad. Miembro de UTL / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO - Naturaleza del cargo. Sus miembros no ejercen autoridad / EJERCICIO DE AUTORIDAD - No la ejercen miembros de Unidad de Trabajo Legislativo

El actor aduce que la concejal demandada incurrió en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque durante el año anterior a su elección como Concejal de Cartagena se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI. Para que se configure la causal de inhabilidad consignada en esta norma, es necesario que concurren los siguientes supuestos fácticos: (i) que ocurra dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección como concejal, (ii) que haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad

política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o (iii) que como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. En cuanto al primero de los supuestos, cabe advertir que las inhabilidades son aquellas circunstancias personales, previas a la elección, creadas por la Constitución o la ley, que imposibilitan a un ciudadano para ser elegido popularmente. (...) Las elecciones para el periodo 2008-2011 se llevaron a cabo el 28 de octubre de 2007, es decir que el período inhabilitante estaba comprendido entre el 28 de octubre de 2006 y el 28 de octubre de 2007. Está probado que mediante Resolución 6695 de 10 de julio de 2007, la Dirección General Administrativa del Senado de la República aceptó la renuncia presentada por la señora DUVINA TORRES COHEN al cargo de Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI. Para la Sala, la señora DUVINA TORRES COHEN se encontraba vinculada con el Congreso de la República durante el término inhabilitante, pues pese a no encontrarse prueba en el expediente respecto de la fecha a partir de la cual se desempeñaba como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo, sí es cierta la fecha en que fue aceptada la renuncia a dicho cargo, esto es, el 10 de julio de 2007. La Sala mediante sentencia de 3 de julio de 2008 sostuvo que las Unidades de Trabajo Legislativo hacen parte del Congreso de la República y por tanto integran la Administración Pública y quienes laboran en ellas como Asistente o Asesor, tienen la calidad de empleados públicos (...) Ahora bien, corresponde a la Sala establecer si en el desempeño de la demandada en el referido cargo, durante el año anterior a la elección, ejercía autoridad civil, política o administrativa. Los conceptos de autoridad civil, política o administrativa están definidos en la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (...) la autoridad política, civil, administrativa o política no es propia de aquellos que laboran como Asistentes o Asesores en las UTL, pues estos se encuentran subordinados al Senador o Representante a la Cámara y es el propio legislador quien les asigna sus funciones y las certifica ante la Corporación (...) Lo anterior permite concluir que este cargo resulta infundado, al haberse demostrado que la señora DUVINIA TORRES COHEN si bien se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI hasta el 10 de julio de 2007, es decir dentro de los doce meses anteriores a la elección de concejales, no ejerció autoridad política, civil o administrativa, puesto que su rol de colaboradora de la actividad legislativa de la citada Congresista no le otorgaba ninguna atribución o competencia que permitiera arribar a esa conclusión.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 40.2 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 55 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 188 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 189 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 190

NOTA DE RELATORIA: Sobre los conceptos de inhabilidad y autoridad civil, política o administrativa sentencia y la calidad de los empleados de las UTL, Consejo de Estado, Sala Plena y Sección Primera, del 22 de enero de 2002, Radicado 2001-0148, M.P. Germán Ayala Mantilla; del 3 de julio de 2008, Radicado 2005-1211, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; del 20 de agosto de 2004, Radicado 2004-0008, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y del 8 de mayo de 2007, Radicado 2007-00016, M.P., María Nohemí Hernández Pinzón.

ESTADO CIVIL - Prueba / RELACION DE CONYUGE O DE COMPAÑERO PERMANENTE - El registro civil no constituye un mecanismo ad substantiam

actus / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL - Afirmación contenida en acta de posesión

Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de sentar su criterio en cuanto a la prueba del vínculo matrimonial y ha sostenido que en casos en los que de su demostración dependen controversias relativas a inhabilidades e incompatibilidades, el registro civil no constituye un mecanismo ad substantiam actus (...). A juicio de la Sala, la demostración de la relación de cónyuge o de compañero permanente entre dos personas no puede restringirse a una única prueba, o, como bien se expuso a un mecanismo ad substantiam actus, que para el caso del Decreto 1260 de 1970, vendría a ser el registro civil, máxime cuando obran en el plenario otros elementos de juicio, que conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por integración de materia a este asunto, pueden probar como cierta la circunstancia que pretende demostrarse. En tal sentido y habida cuenta de que al proceso se allegó copia del acta de posesión 436 de 29 de abril de 2010 de la señora DUVINA TORRES COHEN como Concejal de Cartagena, en la cual ella manifestó que su esposo era el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, afirmación que no fue desvirtuada por la demandada; la Sala considera que existen los elementos de juicio necesarios para que se entienda probada la relación de cónyuge o compañero permanente de la demandada con el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1260 DE 1970 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la prueba del vínculo matrimonial sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera y Sala Plena, del 24 de agosto de 2006, Radicado 2005-01477-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; y del 22 de enero de 2008, Radicado 2007-00163-00, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causal de inhabilidad del artículo 40, numeral 4, de la Ley 617 de 2000 / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Negada por no haberse probado que la entidad de la cual es representante legal su esposo preste servicios en el régimen subsidiado

Se imputa a la Concejal DUVINA TORRES COHEN la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 (...) la demanda plantea que la Concejal DUVINA TORRES COHEN estaba incurso en inhabilidad porque su cónyuge dentro del año anterior a la elección, era representante legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL, entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en Cartagena. Los elementos o supuestos necesarios para que se presente la inhabilidad alegada en el caso concreto son los siguientes: 1. Tener vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. 2. Que dicho vínculo se tenga con quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección, haya sido representante legal entre otras, de entidades que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. (...) Ahora bien (...) entra la Sala a estudiar si el señor TOVAR SÁNCHEZ se desempeñó como representante legal de una entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Obra en el expediente el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 30 de abril de 2010, en el que consta que el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ es el Representante Legal y Director Ejecutivo de la Fundación COOSALUD Para el Desarrollo Social. El artículo 211 de la Ley 100 (Libro II) «El

Sistema General de Seguridad Social en Salud», define el Régimen Subsidiado (...) Los beneficiarios del régimen subsidiado son las personas inscritas y calificadas como tales por la respectiva Dirección de Salud (art. 213 idem). La administración del régimen subsidiado se realiza a través de contratos celebrados por las entidades territoriales con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios (...) De otra parte, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 distingue entre la prestación del servicio en el régimen subsidiado (literal o.) y su prestación por la Nación y las entidades territoriales, bien sea directamente por las instituciones hospitalarias públicas «a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud» o bien a través de instituciones privadas mediante contrato de prestación de servicios (...) Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 “por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” señala cuáles son las entidades habilitadas para administrar los recursos del régimen subsidiado (...) Según certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 30 de abril de 2010, la Fundación COOSALUD para el Desarrollo Social (...) es una persona jurídica sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio está destinado al cumplimiento de un fin determinado entre otras, la prestación del servicio de salud en sus distintos niveles de complejidad. Para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es necesario demostrar que la entidad de la cual es Representante Legal el esposo de la concejal demandada, preste servicios de seguridad social en el régimen subsidiado y ante la falta de prueba que permita establecerlo, como el caso presente, debe interpretarse a favor de la demandada. No pudiéndose acreditar que la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL presta sus servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en salud, observa la Sala que falta uno de los elementos de la causal endilgada. Dado el carácter sancionatorio del proceso de pérdida de investidura, la Sala debe aplicar restrictivamente las causales que la determinan. Por ello, si el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 exige que la entidad debe prestar servicios en el régimen subsidiado (lo que no se demostró), fuerza concluir que no se configuró la inhabilidad alegada.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 40.4 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 211 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 213 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 215 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 156 / DECRETO 1804 DE 1999 – ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 13001-23-31-000-2010-00453-01(PI)

Actor: WILLIAM DE JESUS CASTRO WATTS

Demandado: DUVINA TORRES COHEN

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el actor y por el Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de 23 de noviembre de 2010, que negó la pérdida de la investidura de DUVINA TORRES COHEN como Concejal de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano WILLIAM DE JESÚS CASTRO WATTS solicitó el 10 de agosto de 2010 la pérdida de investidura de la Concejal DUVINA TORRES COHEN, con los siguientes fundamentos:

1.1. Las causales invocadas

Se imputan a la demandada las causales establecidas en los numerales 3º y 4º del artículo 40 y numeral 6º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

1.2. Hechos

El 2 de agosto de 2007, la ciudadana DUVINA TORRES COHEN se inscribió como candidata para el Concejo de Cartagena por el Partido Social de Unidad Nacional (Partido de la U).

Mediante Resolución 090 de 27 de abril de 2010, DUVINA TORRES COHEN fue llamada para suplir la vacancia por falta absoluta del primero de los concejales que resultaron elegidos por el partido Social de la Unidad Nacional (partido de la U) en los comicios del 28 de octubre de 2007.

El 29 de abril de 2010, la señora DUVINA TORRES COHEN tomó posesión como Concejal de Cartagena.

La demandada se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI hasta el 10 de julio de 2007, esto es, dentro del año anterior a su elección.

El señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ es esposo de la demandada y se desempeña como Representante Legal y Director Ejecutivo de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA, entidad que administra contratos para atender a la población subsidiada al régimen de seguridad social en salud.

La concejal demandada incurrió en violación al régimen de inhabilidades, por haber desempeñado el cargo de Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI y también por tener vínculo matrimonial con el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, quien dentro del año anterior a su elección se desempeñaba como Representante Legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA, entidad que presta servicio de seguridad social en el régimen subsidiado en Cartagena.

2. LA CONTESTACIÓN

La demandada DUVINA TORRES COHEN se opuso a las pretensiones de la demanda y sostuvo que el cargo como Asistente Grado IV que tuvo con la Senadora PIEDAD ZUCARDI en la Unidad de Trabajo Legislativo, no supone el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política, administrativa o militar en el Distrito de Cartagena. Tampoco se encuentra acreditado que la demandada hubiese intervenido como ordenadora del gasto en mismo distrito.

Los trabajadores de las Unidades de Trabajo Legislativo (UTL) del Congreso de la República tienen un vínculo con la Administración Pública, que de acuerdo con artículo 388 de la Ley 5ª de 1992, hace referencia a labores legislativas, las cuales nada tienen que ver con ejercer jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar y tampoco intervienen en la gestión de negocios ateniendo la naturaleza y finalidad del cargo.

En cuanto a la inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sostuvo que la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA es una entidad de derecho privado, sin ánimo de lucro, dotada de personería jurídica, capacidad civil y patrimonio propio. Es una

institución auxiliar del cooperativismo y de economía solidaria, lo que la hace ser independiente de su fundador COOSALUD E.P.S.

Según lo certifica la Superintendencia Nacional de Salud, la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA no hace parte de las entidades adscritas y vigiladas por esa entidad que administran recursos del régimen subsidiado en salud.

3. LA AUDIENCIA

El 19 de noviembre de 2010 se celebró la audiencia pública, con asistencia del Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar, el apoderado del demandante, la demandada y su apoderado.

3.1. El demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y manifestó que las pruebas allegadas demuestran que la demandada no podía inscribirse como aspirante al Concejo, ya que dentro de los 12 meses anteriores a su elección, se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI, lo que significa que ejerció autoridad política en la circunscripción nacional.

Por otra parte, también está demostrado en el expediente que su esposo, el señor TOVAR SÁNCHEZ es el Representante Legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA y ha firmado varios contratos con entidades que prestan servicios públicos.

3.2. El Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar consideró que la demandada no ejerció autoridad civil, política o militar en el cargo de Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo del Congreso de la República, supuestos fácticos que la norma establece para perder la investidura como concejal.

Por otra parte, la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA no es una empresa de aquellas a las que se refieren el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 22 del Decreto 1804 de 1999, esto es, una caja de compensación o entidad promotora de salud, por lo tanto no administra recursos del régimen subsidiado ni está autorizada para ello por parte de la Superintendencia de Salud.

3.3. El apoderado de la demandada solicitó declarar la nulidad del auto admisorio de la demanda e inhibirse para fallar de fondo, toda vez que no se acreditó la calidad de concejal electa de la demandada, pues ella entró a suplir una vacancia de otro candidato.

Sostuvo que no es posible decretar la pérdida de investidura a un concejal por violación al régimen de inhabilidades, por cuanto el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 derogó el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y excluyó como causal de pérdida de investidura, la violación del régimen de inhabilidades.

II. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia de 23 de noviembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal sostuvo que la violación del régimen de inhabilidades se encuentra vigente como causal de pérdida de investidura para los concejales.

Bajo esta premisa planteó como problema jurídico el siguiente: *“¿Viola el régimen de inhabilidades e incurre, por tanto, en causal de pérdida de investidura el concejal municipal o distrital que dentro del año anterior a la elección haya sido asistente de un Senador de la República o que, su cónyuge o compañero permanente dentro de los doce meses anteriores a la elección sea representante legal de una entidad de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito?”*

Frente a este interrogante consideró que no se viola el régimen de inhabilidades por parte de la Concejal DUVINIA TORRES COHEN, *“puesto que, ésta no fue elegida, sino que entró a suplir una vacante absoluta en el Distrito de Cartagena, lo cual hace que el presupuesto “dentro del año anterior a la elección” no se de en su caso, así como tampoco se prueba la calidad de esposo o de cónyuge de la demandada, respecto de quien se dice representa a una entidad de seguridad social en el régimen subsidiado en el Distrito de Cartagena”.*

En cuanto a la primera causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, señaló que son supuestos de la misma: i) ser concejal y ii) haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel

municipal o distrital 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 o distrito, o haber fungido como representante legal de entidades administradoras de tributos, tasas o contribuciones, o que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito dentro del año anterior a la elección.

Argumentó que esta causal no se configura en el caso presente, por cuanto es aplicable únicamente a quienes hubieren resultado elegidos en comicios populares, situación que no se predica de la demandada, pues ésta se posesionó como Concejal para suplir la vacancia absoluta del Concejal Alfonso Raad.

Tampoco se demostró que la concejal hubiera incurrido en cualquiera otro de los supuestos previstos en la norma, esto es, intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas de Cartagena, ni celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de un tercero o ejercicio como representante legal de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado de Cartagena.

El Tribunal consideró que no era posible analizar la causal prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por cuanto no se allegó prueba alguna que soporte los supuestos de la misma, esto es, que acredite que entre la señora DUVINIA TORRES COHEN y el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ existe vínculo matrimonial que la inhabilite, en cuanto éste presta servicios de seguridad social del régimen subsidiado en la Fundación de la cual es Representante Legal.

III. LAS IMPUGNACIONES

3.1. El actor manifiesta que el Tribunal fundó su decisión en consideraciones apartadas de la realidad, pues dentro del expediente obra el Acta 436 de 2010 (29 de abril) de posesión como Concejal de la señora DUVINIA TORRES COHEN, en la cual confiesa que su esposo es el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, a quien agradece y dedica su triunfo.

Afirma que es paradójico que el Tribunal no haya aceptado como prueba dicha acta, toda vez que esta demuestra el vínculo matrimonial existente entre la demandada y el señor TOVAR SÁNCHEZ, quien a su vez es el Representante

legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMIA SOLIDARIA, a través de la cual tenía contrato con entidades que prestan servicios públicos en el Distrito de Cartagena como CORVIVIENDA.

El Tribunal no tuvo en cuenta que el artículo 40 numeral 3° de la Ley 617 de 2000, establece que la señora DUVINIA TORRES no podía inscribirse como aspirante al Concejo de Cartagena por estar inhabilitada, pues para el día en que fue inscrita no habían transcurrido los doce (12) meses establecidos en dicha norma puesto que, se desempeñaba como funcionaria pública del Senado de la República, circunscripción territorial que tiene injerencia en cada una de las entidades territoriales, con lo cual además ejercía autoridad política en la circunscripción nacional.

La sentencia no es congruente, por cuanto no tuvo en cuenta las pruebas allegadas al proceso sobre el vínculo matrimonial existente entre el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ y la Concejala DUVINIA TORRES COHEN, y el cargo de Representante Legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA que desempeña el señor TOVAR SÁNCHEZ y que además firmó contrato por la suma de \$3.810.265.920 con CORVIVIENDA.

3.2. El Procurador 130 Judicial II Administrativo de Bolívar solicita no dar prosperidad a la acción de pérdida de investidura, pero se aparta de la motivación del Tribunal, bajo los siguientes argumentos jurídicos:

Sostiene que no puede desatenderse el hecho de que son las elecciones y no el llamado que hace la Mesa Directiva, las que generan la vocación del candidato no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo, lo cual fundamenta en la jurisprudencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya¹.

La causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, prevé como supuestos: que la demandada, dentro del año anterior a la elección, haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital 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 o distrito.

Así mismo, el evento en el cual la demandada, dentro del año anterior, 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Si bien es cierto que la Concejal DUVINIA TORRES COHEN se desempeñó como Asistente en la Unidad Legislativa de la Senadora PIEDAD ZUCARDI, hasta el 10 de julio de 2007, tal proceder no se adecua a la descripción de la inhabilidad endilgada en la demanda.

Argumenta que podría pretenderse que la causal alegada sería la señalada en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual incurre en inhabilidad quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, 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 en la celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

De lo acreditado en el proceso concluye que las funciones desempeñadas por la demandada las ejercía en el Congreso de la República en la ciudad de Bogotá, no en el respectivo municipio o distrito donde resultó electa como Concejal; además el cargo como empleada pública en la UTL, no le confería jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, según las definiciones que para el efecto se establecen en los artículos 188, 189, 190 y 191 de la Ley 136 de 1994, por lo que la demandada no se encuentra incurso en ninguna de dichas circunstancias. Agregó que el ejercicio del cargo como funcionaria en la UTL no conlleva ordenación del gasto, luego no habría lugar a la pérdida de investidura por esta causal.

En cuanto a la causal de inhabilidad de que trata el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, estima que para que se configure la misma, se requieren los siguientes presupuestos: que se tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de mayo de 2001, radicación AC-

anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Estima el Procurador que así se tenga probado el vínculo de matrimonio entre la Concejal demandada y el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, lo determinante para resolver sobre la pérdida de investidura es establecer si la Fundación COOSALUD es una entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado.

Para el efecto, considera necesario establecer quiénes están facultados para administrar recursos de la salud del régimen subsidiado. Así, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1804 de 1999, *“podrán administrar los recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud las Empresas Solidarias de Salud –ESS-, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud –EPS- de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente decreto”*.

Posteriormente, el artículo 215 de la Ley 100 de 1993, reguló los aspectos relativos a la administración del régimen subsidiado, definió las Entidades Promotoras de Salud –EPS- y estableció sus funciones, campo de acción, requisitos de existencia, tipología y son ellas las que tienen a su cargo la afiliación de los usuarios y la prestación del servicio a los usuarios.

Dentro de este contexto normativo y de conformidad con el certificado de existencia y representación de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMIA SOLIDARIA, concluye que ésta no es una Empresa Solidaria de Salud, Caja de Compensación Familiar o Entidad Promotora de Salud, por lo tanto, no tiene facultad de administrar recursos del régimen subsidiado, para lo cual requiere además autorización de la Superintendencia de Salud, la cual no posee, según se acreditó en certificación obrante a folio 12.

Manifiesta que si bien resulta cuestionable que el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ (de quien se afirma es el esposo de la concejal demandada), sea el representante legal de la Fundación COOSALUD, la cual se nutre financieramente

de COOSALUD ESS-EPS, de la cual se afirma, administra en la ciudad de Cartagena el régimen subsidiado de salud, tal circunstancia no es constitutiva de causal de pérdida de investidura, puesto que las causales que dan lugar a dicha sanción, deben estar expresamente previstas en la ley, sin que sea posible ampliarlas o hacer extensiva una descripción normativa más allá de los supuestos de hecho y de derecho.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El actor y la demandada no alegaron de conclusión.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado pone de presente que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de 28 de julio de 2002², sostuvo que pese a que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no contiene la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales, ello no significa que ésta haya sido suprimida para los concejales, pues el numeral 6º ibídem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura.

En el caso presente, las inhabilidades endilgadas a la concejal demandada son las previstas en los numerales 2º y 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y aclaró que para entrar a estudiarlas debe partirse del supuesto señalado por el Agente del Ministerio Público en el recurso de apelación, según el cual son las elecciones y no el llamado que hace la Mesa Directiva, las que generan la vocación del candidato no elegido a suplir la vacancia de quien resultó electo, como lo ha precisado la jurisprudencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya³.

En cuanto a la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, afirma que se encuentra demostrado en el proceso que la señora DUVINIA TORRES COHEN se encontraba vinculada con el Congreso de la República mediante una relación legal y reglamentaria y no por contrato de prestación de servicios y que en efecto la señora DUVINIA TORRES COHEN se

² Radicación 7177. Actor: Julio Vicente Niño Mateus. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 15 de mayo de 2001, radicación AC-12300.

desempeñó en un cargo público dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, como se establece en el proceso y se acepta por la concejal demandada.

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado⁴ retomó el concepto de autoridad civil, política, administrativa y militar, que nos permite concluir que la vinculación con la Unidad de Trabajo Legislativo no implica el ejercicio de función que implique el ejercicio de dichas modalidades de autoridad, puesto que por definición el trabajo en la Unidad Legislativa tiene por objeto "**el logro de una eficiente labor legislativa**".

Con lo anterior, estima que no es necesario continuar con el análisis de los supuestos de esta inhabilidad, por cuanto no se cumple con el segundo supuesto exigido por la disposición de haber ejercido autoridad civil, administrativa, política o militar, para efecto de que se configure la causal analizada.

Respecto de la causal establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sostiene en primer lugar que la prueba para demostrar el vínculo o parentesco, en tratándose del régimen de inhabilidades, el Consejo de Estado ha señalado que procede cualquier medio de prueba.

Tal vínculo como lo señala el actor, fue acreditado con el acta de posesión número 436 de 29 de abril de 2010 de la señora DUVINIA TORRES COHEN, como concejal del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, en la cual pone de presente que su esposo es el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, lo cual no fue desvirtuado por la demandada.

En segundo lugar, afirmó que está acreditado que el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ es el actual Representante Legal y Director Ejecutivo de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL, según consta en el Certificado de Cámara de Comercio de Cartagena de fecha 30 de abril de 2010.

Igualmente se demostró que la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL no es una entidad que preste servicios de seguridad social en el régimen subsidiado dentro del respectivo municipio o distrito, puesto que como lo señaló el Agente del Ministerio Público, que impugnó la providencia, las entidades autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud pueden

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., febrero (15) de dos mil once (2011), Ref.: 11001-03-15-000-2010-01055-00.

únicamente administrar los recursos del Régimen Subsidiado de Salud, a través de aquéllas entidades autorizadas por la ley y el reglamento.

Según el párrafo del artículo 215 de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 y con la certificación del Superintendente Delegado para la Atención en Salud, la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA no se encuentra dentro de dichas categorías, esto es, las Empresas Solidarias de Salud –ESS-, Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud –EPS-, de naturaleza pública, privada o mixta que cumplieran con los requisitos exigidos y previamente autorizados por la Superintendencia Nacional de Salud.

En estos términos, el Procurador Delegado considera que los argumentos de la apelación efectuada por el actor no tienen vocación de prosperidad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

Como lo ha advertido la Sala en otras oportunidades, 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. Al Concejal “Llamado” le son aplicables las causales de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades desde la elección.

Debe la Sala comenzar por establecer si la violación del régimen de inhabilidades constituye o no causal de pérdida de investidura en relación con los concejales llamados atendiendo el hecho de que esa es la condición que exhibe la demandada en este caso.

El artículo 134 de la Constitución Política establece:

«ARTICULO 134. Modificado por el artículo 1 del A.L. 3 de 1993. Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de

inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.»

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 261 ibidem señala que «*las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.*»

A su vez, el artículo 293 ibidem dispone que «*sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.*»

La Sala Plena de esta Corporación, en forma unánime y reiterada, ha sostenido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los Congresistas en el artículo 179 de la Constitución Política se aplica a los “*elegidos*” y a los “*llamados*” desde el momento en que toman posesión del cargo, pues es en ese instante en que adquieren la calidad de concejales, pero siempre referida la inhabilidad en relación con el momento de la elección que es lo que se busca preservar a fin de evitar el manejo indebido del electorado. Este criterio jurisprudencial fue reiterado en sentencias de 18 de noviembre de 2008 (C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo)⁵ y 6 de octubre de 2009 (C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)⁶. En esta última, se anotó lo siguiente:

“Respecto de los **extremos en el tiempo** para la efectividad de las causales de inhabilidad, a propósito de los llamados a ocupar las curules de congresistas que quedan vacantes, se ha dejado sentado de manera uniforme y constante la posición jurisprudencial que en el fallo atrás reseñado, proferido en proceso de pérdida de investidura adelantado también contra el Senador ahora inculpado, consistente en que **las inhabilidades para ser congresista tanto elegidos como llamados a ocupar las curules vacantes se aplican en función de la fecha de la elección y no de la posesión**, lo cual se reiteró así en dicho fallo:

“Para determinar el momento a partir del cual se cuenta el término de inhabilidad de los Congresistas llamados si bien la antigua jurisprudencia que el demandante invoca establecía que el término regía a partir de la fecha de la posesión, la Sala Plena de lo

⁵ Radicación 20080031600. Demandante: Jorge Alberto Méndez García. Demandado: Jorge Enrique Gómez Montealegre.

⁶ Radicación No. 11001 03 15 000 2008 01234 00. Actora: Adriana González Medina. Demandado: Jorge Enrique Gómez Montealegre.

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desde el 15 de mayo de 2001 reconsideró -en forma reiterada- el debido entendimiento del inciso 2° del artículo 181 y concluyó que las inhabilidades consagradas en los numerales 2° y 3° del artículo 179 de la Carta Política se aplican, tanto para los congresistas elegidos como para los llamados, **en función de las elecciones y no de su posesión**⁷.

Según lo expuesto, la Sala reitera que conforme a su jurisprudencia, las causales de inhabilidad e incompatibilidad establecidas en la Constitución Política y en la ley, son aplicables a los concejales llamados en relación con la fecha de la elección y no de la fecha de posesión.

6.3. Marco legal y jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales

Para entrar a resolver, la Sala considera necesario establecer el marco legal y la jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales.

El artículo 55 de la Ley 136 de 1994 establece:

«Artículo 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:
[...]
1. Por violación del **régimen de inhabilidades, incompatibilidades** o de conflicto de intereses.
[...]

El artículo 48 de la Ley 617 de 2000 dispone:

«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:
[...]
2. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses.
[...]
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.
[...]

⁷ Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Expediente 110010315000200800316 00, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

La Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 28 de julio de 2002⁸ sostuvo que pese a que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no contiene la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, no significa que ésta haya sido suprimida para los concejales, pues el numeral 6º ibidem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura.

Dijo la Sala:

«Teniendo en cuenta que, ciertamente, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no reguló “íntegramente” lo relacionado con las causales de pérdida de investidura, no deben entenderse derogadas las demás disposiciones alusivas al punto, pues a simple vista se advierte que tal norma no agotó en su totalidad el tema, ya que expresamente permitió que otras leyes también lo trataran, organizaran o definieran, cuando en el numeral 6 dispuso que se perdería la investidura: “por las demás causales expresamente previstas en la ley”. Tal regulación reconoce de manera expresa la vigencia, y por ende, la obligatoriedad de lo que otras leyes señalan al respecto. Y es preciso tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, como ya se advirtió, sólo introdujo cambios parciales al Código de Régimen Municipal, pues no se trató de una derogatoria total ni de una “sustitución en bloque”, aspecto en el que resulta muy ilustrativo su título o encabezamiento en el que se precisa su alcance así: “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994...”. Como no existe razón meritoria que induzca a una consideración distinta, la Sala concluye que la violación al régimen de inhabilidades sigue siendo causal de pérdida de investidura para los Concejales, exégesis que habrá de orientar la definición de esta litis.»

Así, tratándose de la imputación de unas causales de inhabilidad, la Sala pasa a considerarlas.

6.4. El caso concreto

6.4.1. Se imputa a la Concejala DUVINIA TORRES COHEN la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, del siguiente tenor:

“Artículo 40.- DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 43. Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal 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

⁸ Radicación 7177. Actor: Julio Vicente Niño Mateus. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. [...]"

El actor aduce que la concejal demandada incurrió en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque durante el año anterior a su elección como Concejal de Cartagena se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI.

Para que se configure la causal de inhabilidad consignada en esta norma, es necesario que concurran los siguientes supuestos fácticos: (i) que ocurra dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección como concejal, (ii) que haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o (iii) que como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

En cuanto al primero de los supuestos, cabe advertir que las inhabilidades son aquellas circunstancias personales, previas a la elección, creadas por la Constitución o la ley, que imposibilitan a un ciudadano para ser elegido popularmente. Así lo expuso la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 22 de enero de 2002⁹:

«Las inhabilidades hacen referencia a aquellas circunstancias personales previas a la elección, creadas por la Constitución o la ley que imposibilitan en que un ciudadano sea elegido como congresista y cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura. Pueden ocurrir también inhabilidades sobrevinientes como la pena privativa de la libertad. Estas circunstancias sobrevinientes no hacen nulo el nombramiento o la elección, solo que el elegido o nombrado no podría permanecer en el cargo o empleo. Tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Los hechos que el constituyente o el legislador tipifican como causales de inhabilidad son de distinta índole, algunas son de carácter general ya que operan para toda clase de servidores públicos, mientras que otras solo se establecen para determinada entidad o rama del poder público; algunas

⁹ Expediente: 2001-0148. Actor: Luis José Argemiro Cárdenas Agudelo. M.P. Dr. Germán Ayala Mantilla.

son temporales mientras que otras son permanentes; algunas se encuentran consagradas como absolutas y otras como relativas, etc. Entratándose de las inhabilidades para ser elegido a los cargos de representación popular, éstas constituyen una restricción al derecho constitucional fundamental y político que tiene todo ciudadano de ser elegido, razón por la cual, dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.»

Las elecciones para el periodo 2008-2011 se llevaron a cabo el 28 de octubre de 2007, es decir que el período inhabilitante estaba comprendido entre el 28 de octubre de 2006 y el 28 de octubre de 2007.

Está probado que mediante Resolución 6695 de 10 de julio de 2007, la Dirección General Administrativa del Senado de la República aceptó la renuncia presentada por la señora DUVINA TORRES COHEN al cargo de Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI.

Para la Sala, la señora DUVINA TORRES COHEN se encontraba vinculada con el Congreso de la República durante el término inhabilitante, pues pese a no encontrarse prueba en el expediente respecto de la fecha a partir de la cual se desempeñaba como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo, sí es cierta la fecha en que fue aceptada la renuncia a dicho cargo, esto es, el 10 de julio de 2007.

La Sala mediante sentencia de 3 de julio de 2008¹⁰ sostuvo que las Unidades de Trabajo Legislativo hacen parte del Congreso de la República y por tanto integran la Administración Pública y quienes laboran en ellas como Asistente o Asesor, tienen la calidad de empleados públicos.

“Puesto que las UTL hacen parte del Congreso, también integran la Administración Pública. Fuerza es, entonces, aplicar a quienes laboran en ellas la incompatibilidad por desempeñar simultáneamente cargos en la administración pública, que acarrea pérdida de la investidura. Para reafirmar la calidad de empleado público de los asesores vinculados a las UTL y la observancia que estos deben al régimen de incompatibilidades con miras a garantizar su dedicación exclusiva a las labores que le fueron encomendadas, resulta pertinente el concepto de 12 de diciembre de 1978 en que la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó: «[...] Referente a incompatibilidad, sobre la base de que los abogados, economistas y arquitectos a que se refiere la consulta están, como esta misma lo dice

¹⁰ Expediente: 2005-1211. Actor: CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA. M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

“incorporados a la planta de personal del H. Senado (Congreso) como asesores” la Sala considera que se trata de “empleados públicos”. Los empleados públicos, se repite, tienen funciones expresamente determinadas y deben consagrarse al desempeño de los mismos durante horas normales de trabajo. Y así la Sala opina que están inhabilitados para atender sus oficinas particulares y prestar simultáneamente sus servicios en libre ejercicio de su respectiva profesión. [...]». Se concluye que los asesores de las UTL tienen la obligación de dedicarse exclusivamente a las labores que les fueron asignadas, incluso debiendo abstenerse de ejercer su profesión.”

Ahora bien, corresponde a la Sala establecer si en el desempeño de la demandada en el referido cargo, durante el año anterior a la elección, ejercía autoridad civil, política o administrativa.

Los conceptos de autoridad civil, política o administrativa están definidos en la Ley 136 de 1994 “*por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”. Los artículos 188, 189 y 190 establecen:

“Artículo 188. Autoridad Civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”

“Artículo 189. Autoridad Política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.
Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo”

“Artículo 190. Dirección Administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.
También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”

La Sala mediante sentencia 20 de agosto de 2004¹¹, precisó el alcance del concepto del ejercicio de autoridad civil, política o administrativa en los siguientes términos:

“En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 1º de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad: “...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, **si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie.** Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...”. Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló que “... **la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares.** Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes o allegados ... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos ...” (negrilla fuera de texto).

Visto lo anterior, la autoridad política, civil, administrativa o política no es propia de aquellos que laboran como Asistentes o Asesores en las UTL, pues estos se encuentran subordinados al Senador o Representante a la Cámara y es el propio

¹¹ Expediente: 2004-0008. Actor: HECTOR ANTONIO CASTRO MORALES. M.P. Dr. Gabriel E.

legislador quien les asigna sus funciones y las certifica ante la Corporación. Así lo sostuvo la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia de 8 de mayo de 2007¹². Dijo la Sala:

“Vista la ley 5° de 1992, en ella se manifiesta el carácter auxiliar o colaboracionista de quienes integran las Unidades de Trabajo Legislativo, tanto los que fungen como Asistentes como aquellos que actúan en calidad de Asesores, bien como empleados ora como contratistas. La autoridad no es propia de los miembros de las Unidades de Trabajo Legislativo, su subordinación al Senador o Representante a la Cámara que lo haya postulado, quien además puede libremente provocar su remoción, los sujeta al reparto funcional que el Congresista haya dispuesto, sin que entre ellas se cuente el ejercicio de autoridad alguna, lo cual se explica, además en lo dicho por el propio artículo 388 de la Ley 5ª de 1992 al señalar que “La certificación de cumplimiento de labores de los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo, será expedida por el respectivo Congresista”, de donde se infiere que es el propio legislador quien asigna las funciones de los integrantes de su U.T.L. y a su vez las certifica ante la Corporación.”

Lo anterior permite concluir que este cargo resulta infundado, al haberse demostrado que la señora DUVINIA TORRES COHEN si bien se desempeñó como Asistente Grado IV en la Unidad de Trabajo Legislativo de la Senadora PIEDAD ZUCARDI hasta el 10 de julio de 2007, es decir dentro de los doce meses anteriores a la elección de concejales, no ejerció autoridad política, civil o administrativa, puesto que su rol de colaboradora de la actividad legislativa de la citada Congresista no le otorgaba ninguna atribución o competencia que permitiera arribar a esa conclusión.

6.4.2. Se imputa a la Concejala DUVINIA TORRES COHEN la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, del siguiente tenor:

“Artículo 40.- DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 43. Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

[...]

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores

Mendoza Martelo.

¹² Expediente: 2007-00016. Actor: ROBERT MORALES SALAMANCA. M.P. Dra. María Noemí Hernández Pinzón.

a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha. [...]"

La demanda plantea que la Concejal DUVINIA TORRES COHEN estaba incurso en inhabilidad porque su cónyuge dentro del año anterior a la elección, era representante legal de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL, entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en Cartagena.

Los elementos o supuestos necesarios para que se presente la inhabilidad alegada en el caso concreto son los siguientes:

1. Tener vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.
2. Que dicho vínculo se tenga con quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección, haya sido representante legal entre otras, de entidades que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

En cuanto al primero de los supuestos, esta Corporación ya ha tenido oportunidad de sentar su criterio en cuanto a la prueba del vínculo matrimonial y ha sostenido que **en casos en los que de su demostración dependen controversias relativas a inhabilidades e incompatibilidades, el registro civil no constituye un mecanismo *ad substantiam actus*.**

A esa conclusión llegó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2006¹³ en la que sostuvo:

¹³ Sentencia de 24 de agosto de 2006; Exp: 25000-23-15-000-2005-01477-01 (PI); C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

«[...] Para verificar su ocurrencia es menester tener en cuenta que esa circunstancia corresponde al ámbito de las relaciones familiares, que es un supuesto distinto al del estado civil, aunque ambos constituyen los dos aspectos básicos de la estructura jurídica familiar, los cuales se deben distinguir en este caso debido a que el régimen de la prueba de uno y otro es diferente en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior obedece a diferencias tácticas entre dichos fenómenos, de allí que si bien la mayoría de los estados civiles se funda en una relación de parentesco, v. gr. el estado civil de hijo, la ley también reconoce relaciones familiares que no generan estados civiles propiamente dichos, que es el caso de las relaciones familiares de afinidad (cuñado, suegra, etc.) y las de compañero o compañera permanente; así como igualmente prevé estados civiles que no surgen del parentesco, como ocurre con el estado civil de cónyuge (artículos 5º, 44, 67 y concordantes del Decreto 1260 de 1970). Quiere ello decir que, no son dos aspectos inescindibles o inseparables, sino que pueden darse el uno sin el otro. Puede haber relación de parentesco sin que se produzca un correspondiente estado civil o, contrario sensu, un estado civil determinado sin una relación de parentesco que lo hubiera originado.

Esa diferencia probatoria también está determinada por el fin que se persigue con la invocación del estado civil o de la relación familiar. Es así que cuando el estado civil se aduce como fuente de “derechos” y de “obligaciones” (artículo 1º del Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio, establecido en los artículos 101 y ss. del Decreto 1260 de 1970, tal como se explica adelante; mientras que cuando se aduce “una relación parental” o “parentesco” para deducir consecuencias distintas de las antes mencionadas, como las concernientes a inhabilidades o incompatibilidades electorales, el parentesco de que se trate puede demostrarse con la prueba del estado civil correspondiente, si lo hay, o mediante cualquiera de los demás medios probatorios legales, previstos en el artículo 175 del C de P.C.

3.2.1. En cuanto al estado civil, se tiene que el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 establece que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 y hasta 1970, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificado expedido con base en los mismos; y que en caso de pérdida o destrucción de ellos, se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100; de modo que en cuanto a los estados civiles constituidos entre 1938 y 1970, su prueba legal será siempre la copia del registro del estado civil como prueba principal y, en caso de reconstrucción del mismo, las pruebas supletorias atrás mencionadas, lo cual significa que el régimen probatorio del estado civil varía según la época de ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo.

Ahora bien, para efectos de la reconstrucción del registro con fundamento en sentencia judicial, esto es, cuando el *thema probandi* es el estado civil, esa prueba, según el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, puede ser “las declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y, en defecto de estas

pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil" (artículo 19, parte final, de la Ley 92 de 1938). Es decir, a falta del "registro en que debiera encontrarse" el correspondiente hecho o acto, el estado civil puede probarse según el artículo 399 del C.C. mediante un conjunto de testimonios fidedignos (20 ó más) que declaren de manera irrefragable que determinada persona ha pasado ante su familia y ante los demás durante más de cinco años continuos" (Art. 398 C.C.), por ejemplo, como hijo de otro, a fin de que se tenga supletivamente demostrado la posesión notoria del estado de hijo, que por no controvertirse, no requiere todos los requisitos para la declaración de un estado controvertido (Art. 397 C.C.).

Al punto, el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, dispone:

"Artículo 105. Hechos posteriores al 1933. Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1933. se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos con el folio resultante de la nueva inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo 100.

Inciso 3º. Modificado por el artículo 9º del Decreto 2158 de 1970. Y en caso de falta de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos de estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil.

En todo caso, el estado civil surgido con posterioridad a la vigencia del Decreto 1260 de 1970, para efectos de los derechos u obligaciones que genera, solo puede ser demostrado mediante documento idóneo, el cual no puede ser otro que los señalados en la citada disposición, esto es, mediante copia de la correspondiente partida o folio o certificado del registro civil respectivo, lo cual excluye otro medio probatorio, como testimonio, confesión, indicio, etc.; y la regulación del estado civil de las personas es de orden público, por lo cual su aplicación no depende de la voluntad de éstas, de allí que esta jurisdicción tenga dicho que no tienen libertad probatoria frente a ellas.

[...]»

El anterior criterio fue objeto de ratificación por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 22 de enero de 2008¹⁴, en la que se dijo:

«[...]

3. La prueba del parentesco en la jurisprudencia de esta Corporación.

Es bueno señalar ab initio, que es reiterada la jurisprudencia, que establece la necesidad de probar la relación de parentesco constitutiva de las causales de inhabilidad, a través de las respectivas actas del registro civil de las personas, tal como lo señala el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, esto es, la perentoria aplicación de la tarifa legal, establecida en tal sentido.

4. La prueba aportada acerca del parentesco.

[...]

Ante este estado de cosas, y atendiendo las pautas sugeridas por la jurisprudencia entorno a la prueba del estado civil de acuerdo a los postulados del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, el juez se va enfrentando a definir que conforme a este precepto el único modo de acreditar el parentesco para establecer inhabilidades electorales es el registro civil de nacimiento, no obstante cuando éste falta, cualquier otra evidencia resulta inapreciable dada la tarifa legal impuesta por la norma en mención, creándose con ello una situación que conviene razonablemente analizar:

¿Está en verdad el juez imposibilitado de establecer mediante el sistema probatorio de la sana crítica el hecho del parentesco?. O la tarifa legal que deriva del artículo 105 citado, en verdad, no representa un mecanismo ad-substantiam actus para establecer judicialmente el hecho cuya relevancia jurídica se reclama.

La respuesta a este desideratum, de primera mano la ofrece el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil aplicable por integración normativa a esta jurisdicción, en cuanto precave que las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos, de donde deduce la Sala que es deber del fallador lograr la coexistencia de los sistemas probatorios admitidos por nuestro ordenamiento dentro de los que puede emerger, como en este caso, la calificación legal que ordena el fallador tener en cuenta para establecer el estado civil de las personas la correspondiente acta del registro civil del hecho correspondiente.

En éste ámbito de la coexistencia de los sistemas de pruebas, es razonable señalar que ésta no significa la exclusión ni tampoco imperio de un solo sistema probatorio, por consiguiente la confluencia de la denominada tarifa legal con el esquema de la sana crítica y libre

¹⁴ Sentencia de 22 de enero de 2008; Exp: 11001-03-15-000-2007-00163-00; C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

valoración, derivada del artículo citado, conduce inexorablemente a atenuar la prevalencia de un mandato legal como el contenido en el artículo en análisis que restrinja la prueba del estado civil, exclusivamente, a la copia de la correspondiente partida o folio del acta e registro del estado civil.

Esta modulación de la prescripción jurídica contenida en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, deriva de un punto de vista que sostiene que el derecho solo depende de hechos históricos evidentes y que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico en tanto el derecho depende del hecho evidente, de manera que si por fuerza mayor, ocurre en este caso, no es posible establecer el vínculo de parentesco mediante la prueba del registro civil, ello no implica que el juez deba cerrar los ojos a otros mecanismos de convicción que establecen con certeza el hecho ignorado sobre el que descansa la causa petendi de la acción.

Sobre el punto la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 24 de agosto de 2006 retomando el pensamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, distinguió el ámbito de las razones familiares del supuesto correspondiente al estado civil advirtiendo que si bien ambos componentes integran dos aspectos básicos de la estructura familiar, es posible distinguir en este caso el régimen de la prueba de uno y otro fenómeno pues puede darse relación de parentesco sin que se produzca un correspondiente estado civil, o, contrario sensu, un estado civil determinado sin una relación de parentesco que lo hubiera originado, así pues, cuando el estado civil se aduce como fuente de derecho y de obligaciones (artículo Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970, mientras que cuando se aduce una relación parental, o simplemente de parentesco para deducir consecuencias jurídicas distintas a la esfera propia del estado civil, como las concernientes a las inhabilidades o incompatibilidades electorales, el parentesco de que se trate puede demostrarse con la prueba del estado civil si lo hay o mediante cualquier de los medios probatorios legales, previstos en el artículo 175 del C. de P.C.; en esta medida el parentesco como generador de inhabilidades o incompatibilidades, sin que implique una controversia sobre el estado civil, es susceptible de establecerse procesalmente mediante todos los instrumentos de prueba legal posibles en el derecho procesal.

En síntesis teniendo en cuenta que la controversia que convoca la atención de la Sala no plantea la necesidad de prueba del parentesco para establecer sobre él una fuente de derechos y obligaciones, sino una circunstancia jurídica integrante del cuadro de inhabilidades e incompatibilidades, estima la Sala que es conveniente acudir a la prueba del estado civil, y, en su defecto, a cualquier medio probatorio de los previstos en el artículo 175 de llamadas pruebas supletorias del estado civil surgido entre 1938 y 1970.

Este criterio permite neutralizar eventos en los que los ciudadanos prescinden de registrar los hechos del estado civil, posición omisiva que eventualmente brinda ventajas para evadir caer en la subsunción restrictiva descrita por el cuadro ético para el ejercicio de la función

pública principalmente para los cargos de elección popular, pues la experiencia ilustra las dificultades del juez contencioso para resolver la definición probatoria que implica una relación de parentesco, que extrañamente no se registra atendiendo al mandato legal sobre la identificación de las personas de forma que tal omisión equivocadamente constituye una ventaja para atender las controversias judiciales originadas por la aplicación del cuadro de inhabilidades e incompatibilidades del estatuto ético de los servidores públicos, situación que amerita esta Sala, sobre la tesis expuesta, viabilice la posibilidad para ampliar el esquema del hecho del parentesco de modo que exista mayor riqueza de medio a la hora de evidenciar esa circunstancia, que desde luego es todo relevante para la definición de la causa.[...]»

A juicio de la Sala, **la demostración de la relación de cónyuge o de compañero permanente entre dos personas no puede restringirse a una única prueba**, o, como bien se expuso a un mecanismo *ad substantiam actus*, que para el caso del Decreto 1260 de 1970, vendría a ser el registro civil, máxime cuando obran en el plenario otros elementos de juicio, que conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por integración de materia a este asunto, pueden probar como cierta la circunstancia que pretende demostrarse.

En tal sentido y habida cuenta de que al proceso se allegó copia del acta de posesión 436 de 29 de abril de 2010 (fl.33) de la señora DUVINIA TORRES COHEN como Concejal de Cartagena, en la cual ella manifestó que su esposo era el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ, afirmación que no fue desvirtuada por la demandada; la Sala considera que existen los elementos de juicio necesarios para que se entienda probada la relación de cónyuge o compañero permanente de la demandada con el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ.

Ahora bien, una vez demostrada la relación de cónyuges o compañeros permanentes existente entre los señores DUVINIA TORRES COHEN y JORGE TOVAR SÁNCHEZ dentro del año inmediatamente anterior a la elección como concejal, entra la Sala a estudiar si el señor TOVAR SÁNCHEZ se desempeñó como representante legal de una entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Obra en el expediente el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 30 de abril de 2010 (fl. 12), en el que consta que el señor JORGE TOVAR SÁNCHEZ es el Representante Legal y Director Ejecutivo de la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL.

El artículo 211 de la Ley 100 (Libro II) «El Sistema General de Seguridad Social en Salud», define así el *Régimen Subsidiado*:

«[...] CAPÍTULO II.

DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

ARTÍCULO 211. DEFINICIÓN. El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley.
[..]»

Los beneficiarios del régimen subsidiado son las personas inscritas y calificadas como tales por la respectiva Dirección de Salud (art. 213 idem).

La administración del régimen subsidiado se realiza a través de contratos celebrados por las entidades territoriales con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios:

LEY 100 DE 1993

«[...] ARTÍCULO 215. ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

Las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las Entidades Promotoras de Salud para administrar los subsidios. (La palabra subrayada fue declarada exequible por sentencia C-033/99).
[...]

De otra parte, el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 distingue entre la prestación del servicio en el régimen subsidiado (literal o.) y su prestación por la Nación y las entidades territoriales, bien sea directamente por las instituciones hospitalarias públicas «*a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud*» o bien a través de instituciones privadas mediante contrato de prestación de servicios (literal p):

«[...] ARTÍCULO 156. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

[...]

o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente Ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente Ley;

p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal.

[...]»

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1804 de 1999 *“por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* señala cuáles son las entidades habilitadas para administrar los recursos del régimen subsidiado, cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 1o. ENTIDADES HABILITADAS PARA ADMINISTRAR RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. Podrán administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, ESS, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente decreto y sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud.”

Según certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 30 de abril de 2010 (fl. 12), la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL es una persona jurídica sin ánimo de lucro, la cual destina su patrimonio a: *“contribuir a la educación, capacitación, asistencia técnica y al desarrollo social del país en general, implementando estrategias de tal forma que posibiliten el desarrollo integral y sostenible del ser humano y en particular del sector solidario y cooperativo para que logre su integración y el fortalecimiento de la economía de carácter social”*.

En desarrollo de su finalidad, la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL podrá *“realizar actividades de utilidad y prestar servicios de interés social, consistentes en: a) fomentar el establecimiento de organismos cooperativos y otras entidades que propendan al desarrollo económico social del sector solidario en general y cooperativo en particular bien directamente o como apoyo a las funciones que desarrolla COOSALUD ESS –EPSS. (...)”*

También podrá realizar: *“(...) w) La prestación de servicios de salud en sus distintos niveles de complejidad, haciendo énfasis en la promoción en salud y prevención de la enfermedad. De igual forma, terapia en la salud mental, desarrollo y ejecución de actividades de programas de promoción y prevención de enfermedades de alto costo, para lo cual podrá realizar convenios con empresas especializadas públicas o privadas del orden nacional y/o internacional legalmente habilitadas. Dentro de su objeto, la Fundación podrá comprar, vender y distribuir medicamentos, toda clase de equipos médicos y quirúrgicos necesarios para la prestación del servicio(...)”.*

Lo anterior demuestra que la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL es una persona jurídica sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio está destinado al cumplimiento de un fin determinado entre otras, la prestación del servicio de salud en sus distintos niveles de complejidad.

Para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es necesario demostrar que la entidad de la cual es Representante Legal el esposo de la concejal demandada, preste servicios de seguridad social **en el régimen subsidiado** y ante la falta de prueba que permita establecerlo, como el caso presente, debe interpretarse a favor de la demandada.

No pudiéndose acreditar que la FUNDACIÓN COOSALUD PARA EL DESARROLLO SOCIAL presta sus servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en salud, observa la Sala que falta uno de los elementos de la causal endilgada.

Dado el carácter sancionatorio del proceso de pérdida de investidura, la Sala debe aplicar restrictivamente las causales que la determinan. Por ello, si el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 exige que la entidad debe prestar servicios

en el régimen subsidiado (lo que no se demostró), fuerza concluir que no se configuró la inhabilidad alegada.

Procede entonces la Sala a confirmar la sentencia apelada proferida por el tribunal Administrativo de Bolívar mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, conforme se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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 la sentencia apelada proferida el 23 de noviembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 16 de junio de 2011.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidente
Ausente con permiso

MARIA ELIZABETH GARCÍA G.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO