



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 70001-23-33-000-2020-00005-01
Demandante: ALBERTO CARLOS VERGARA SIERRA
Demandado: ANDY JOSÉ RUÍZ SERNA – concejal de Sincelejo periodo 2020-2023

Tema: Inhabilidad por representación de entidades de seguridad social en salud del régimen subsidiado. Reiteración de jurisprudencia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 2 de marzo de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre declaró la nulidad de la elección de Andy José Ruíz Serna como concejal de Sincelejo para el periodo 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma

El señor Alberto Carlos Vergara Sierra, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, establecido en el artículo 139 del CPACA, solicitó que se anule la elección de Andy José Ruíz Serna como concejal de Sincelejo para el periodo 2020-2023. Asimismo, requirió como medida cautelar la suspensión de los efectos del correspondiente acto, es decir, del formulario E-26CON de 10 de noviembre de 2019, expedido por los delegados del Consejo Nacional Electoral.

1.1. Hechos

El demandante reseñó los siguientes elementos fácticos:

Para la fecha de la declaratoria de elección, el elegido Andy José Ruíz Serna y su padre Guillermo Ruíz Vergara, eran socios con 5 y 407 acciones, respectivamente, del total del capital accionario de la Institución Prestadora de Servicios de Salud - IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., ubicada en Sincelejo. Además, tenían la calidad de miembros principales de la junta directiva de la mencionada institución.

Asimismo, el actor sostuvo que Guillermo Ruíz Vergara, padre del demandado, funge también como representante legal de la mencionada IPS desde el 26 de abril de 2011 hasta la fecha en que se presentó la demanda.

Agregó que el señor Andy José Ruíz Serna fue miembro principal de la junta directiva de dicha sociedad hasta el 30 de marzo de 2019, cuando se produjo su cambio en la asamblea extraordinaria de socios, plasmada en el Acta 01 de 2019, la cual fue registrada en la Cámara de Comercio, el 28 de junio de ese año.

Por último, adujo que la referida IPS prestó servicios médicos asistenciales y hospitalarios a las personas vinculadas al régimen subsidiado en salud, a través de las diferentes empresas promotoras de salud - EPS, como: Mutual Ser, Nueva EPS; Comfasucre, Salud Vida y Sanitas, entre otras, dentro de los 12 meses anteriores a la elección del demandado.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante alegó la configuración de la causal de nulidad consagrada en el artículo 275-5 del CPACA, por considerar que era inelegible, por estar inmerso en las causales de inhabilidad establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por cuanto:

(i) Guillermo Ruíz Vergara y el demandado, tienen una relación de parentesco por consanguinidad de primer grado, es decir, son padre e hijo.

(ii) Guillermo Ruíz Vergara fungió como representante legal de la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., dentro de los 12 meses anteriores a la elección de su hijo Andy José Ruíz Serna como concejal de Sincelejo, período 2020-2023.

(iii) En ese lapso, dicha IPS suscribió 3 contratos de prestación de servicios de salud del régimen subsidiado.

(iv) La celebración y ejecución de esos contratos de prestación de servicios de salud, así como la obtención de recursos del régimen subsidiado, se dio en el municipio de Sincelejo.

Agregó el actor que también se configuran los supuestos de la incompatibilidad descrita en el numeral 5 del artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994-, que a letra dice que *“los concejales no podrán ser representantes legales, miembros de junta o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, en el respectivo municipio”*.

En consecuencia, consideró procedente que se anule el acto acusado.

2. Trámite de la demanda

Por auto de 6 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección de Andy José Ruíz Serna y negó la suspensión provisional deprecada. La reforma fue admitida el 2 de marzo del mismo año.

3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante sentencia de 2 de marzo de 2021, declaró la nulidad de la elección de Andy José Ruíz Serna como concejal de Sincelejo para el periodo 2020-2023.

Indicó que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

“...establecer, si el acto de elección del señor ANDY JOSÉ RUÍZ SERNA, como Concejal Municipal de Sincelejo, período 2020-2023, contenido en el formulario E – 26 CON de fecha 10 de noviembre de 2019, se encuentra viciado de nulidad, por violación al régimen de inhabilidades previsto en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, o por violación a los dispuesto en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994”.

Luego de referirse al derecho a elegir y ser elegido; las inhabilidades y la libertad de configuración legislativa; el régimen de previsto para los concejales; y al concepto de entidades que prestan servicios de seguridad social del régimen subsidiado, el Tribunal se ocupó del caso concreto.

En este acápite, relacionó las pruebas allegadas oportunamente y encontró probados los siguientes presupuestos fácticos:

- Andy José Ruíz Serna, es hijo de Guillermo Ruíz Vergara, según se indica en la copia del folio de su registro civil de nacimiento.
- Guillermo Ruíz Vergara es el representante legal de la Clínica Especializada La Concepción S.A.S., nombrado mediante Acta 3 de 26 de abril de 2011 por la Junta de Socios, registrada en el libro mercantil el 5 de septiembre de 2011, según se indica en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Sincelejo, calidad que ostentaba, por lo menos, a la fecha de presentación de la demanda.
- La Clínica Especializada La Concepción S.A.S., suscribió contratos de prestación de servicios de salud para el régimen subsidiado con: i) la Nueva EPS S.A.; ii) la Caja de compensación familiar de Sucre – Comfasucre y iii) Mutual Ser – empresa solidaria de salud.
- El lugar de ejecución de los respectivos contratos es la ciudad de Sincelejo.
- En dichos contratos se indica que esas empresas actúan como promotoras de salud (EPS) o entidades habilitadas por las autoridades nacionales de salud para la

operación y administración de los recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud y, a la mencionada clínica, como instituto prestador de salud (IPS).

- La Secretaría de Salud Municipal de Sincelejo, certificó que la Clínica Especializada La Concepción S.A.S., presta los servicios de salud a la población del régimen subsidiado registrados en el SISBEN (sistema de información de beneficiarios de programas sociales), haciendo parte de la red de servicios de las empresas promotoras de salud: Comfasucre, Nueva E.P.S., Mutual Ser, Salud vida EPS y Sanitas EPS, en virtud de los contratos suscritos con ellas, para prestar el servicio de salud al régimen subsidiado en dicho municipio.
- La misma Secretaría certificó que los contratos celebrados entre la Clínica Especializada La Concepción S.A.S. y i) la Nueva EPS (02- 0500156-2018 celebrado); ii) Confasucre (2018-246); ii) Mutual Ser (18430), tuvieron por objeto la prestación de servicios a personas del régimen subsidiado y fueron debidamente ejecutados.
- Según extracto de “reporte de giros a IPS – Clínica Especializada la Concepción S.A.S., enero 2018 a 2019”, de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, dicha IPS recibió giros por concepto de recursos provenientes de las EPS.

A continuación, el Tribunal se ocupó de determinar si se desconoció el artículo 41 de la Ley 617 de 2000 que adicionó un numeral 5 al artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Sostuvo que dicha norma no contiene una circunstancia que inhabilite para ser elegido concejal pues se trata de una prohibición para quien ya se está desempeñando en esa condición, es decir, es una incompatibilidad, la cual se predica del ejercicio del cargo respectivo, de modo que no es posible plantear su infracción como causal que invalide una elección.

De otra parte, el juez de primera instancia analizó la causal prevista en el numeral 3 artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y señaló que no existe prueba de que el demandado haya detentado la representación legal de alguna entidad prestadora de servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en Sincelejo dentro de los 12 meses anteriores a su elección.

Precisó que lo que se probó es que Andy José Ruíz Serna tuvo la calidad de miembro principal de la junta directiva de la Clínica Especializada La Concepción S.A.S., pero esa condición, no encaja en el supuesto descrito en el numeral 3 del artículo en mención.

Finalmente, el Tribunal estudió la causal prevista en el numeral 4 artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para cuya configuración se requiere la acreditación de los siguientes elementos:

(i) Hecho generador de inhabilidad: que el candidato o declarado electo, tuviese vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con quien hayan sido representantes legales de entidad que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

(ii) Espacio temporal: ejercicio de la representación legal en los 12 meses antes de la elección como concejal.

(iii) Espacio territorial: en el respectivo municipio donde se inscribió o fue declarado electo.

Consideró que, estando probado que Andy José Ruíz Serna tiene vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad, con Guillermo Ruíz Vergara (quien es su padre), y que éste, incluso hasta la fecha de la elección de aquel, era representante legal de la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., se debe establecer si se configura el hecho generador de inhabilidad, es decir, si dicha institución privada de salud, se entiende comprendida entre las entidades prestadoras de servicios de seguridad social en el régimen subsidiado de que trata la norma referida.

Al respecto, resaltó que en dicho supuesto se incluyen las IPS, cuando en ejercicio de su actividad legal –Ley 100 de 1993-, prestan servicios de salud en ejecución de un contrato prestación de servicios de salud celebrado con entidades promotoras de salud a favor y en beneficio de sus afiliados en el régimen subsidiado. Es decir, las EPS prestan de manera indirecta los servicios de salud que ofrecen a sus afiliados, a través de las IPS.

Agregó que, a partir de la normativa que regula la seguridad social en salud, en lo especial al régimen subsidiado, se deduce cuáles integrantes del sistema en comento, se incluyen en la expresión *“entidad que preste servicios de seguridad social en el régimen subsidiado”*, entre ellas, las IPS, siempre y cuando se acredite que la prestación del servicio a afiliados del régimen subsidiado, con ocasión de la celebración y ejecución de contrato de prestación de servicios de salud con EPS, u otras habilitadas legalmente para efecto, como las cajas de compensación familiar, y empresas solidarias de salud del régimen subsidiado.

En el caso concreto, la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., representada legalmente por Guillermo Ruíz Vergara, celebró contratos de prestación de salud con Comfasucre, Nueva EPS, y Mutual Ser, a efectos de prestarle servicios de salud a sus afiliados que hacen parte del régimen subsidiado.

De modo que, aquella EPS-S, a través de la suscripción de contratos con la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., buscaban garantizarles a sus afiliados del régimen subsidiado, la prestación de los servicios de salud que ofrecen, no de manera directa, es decir, por medio de IPS propias, sino indirectamente a través de un agente externo.

Los contratos además de celebrados, fueron ejecutados por dicha IPS, como lo certificó la Secretaría de Salud de Sincelejo, así:

- “Que el contrato No. 02-0500156-2018 celebrado entre la NUEVA EPS y la CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., que tiene por objeto “la prestación de los servicios de salud básicos contenidos en el plan de beneficios vigentes al momento de la prestación del servicio de salud a los afiliados al régimen subsidiado validados por la BDUA para una cohorte poblacional asignada, perteneciente al régimen subsidiado, con y sin condiciones clínicas idénticas”, fue suscrito el día 13 de junio de 2019, con una duración de un (1) año, por lo que su vigencia iría hasta el 13 de junio de 2020 en el municipio de Sincelejo;
- Que el contrato No. 2018-246 celebrado entre la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE - COMFASUCRE y la CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., cuyo objeto es” la prestación de los servicios de salud de atención complementaria correspondiente a la atención integral de urgencias, servicios de hospitalización, especialidades clínicas y quirúrgicas en la modalidad de evento. (...). Dicho esto comprende, los servicios, procedimientos, actividades y suministros al S.G.S.S.S. que garantizan a las personas subsidiadas en el régimen subsidiado en salud.”, estuvo vigente desde el 1º de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018;
- Que el contrato de prestación de servicios de salud No. 18430 celebrado entre la (sic) la EMPRESA SOLIDARIA EN SALUD MUTUAL SER y la CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., cuyo objeto es “prestar los servicios de salud incluidos en el plan de beneficios de salud con cargo a la unidad de pago por capitación UPC **régimen subsidiado** y contributivo vigente a la prestación de servicios de salud”, estuvo vigentes desde el 1º de febrero de 2018 al 30 de septiembre de 2019;
- Que los contratos sí fueron **ejecutados en debida forma** cumpliendo con el respectivo objeto contractual, por parte de la CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., como contratista prestador de servicios de salud de seguridad **para el régimen subsidiado** con las mencionadas EPS **en el municipio de Sincelejo**”. (Negrillas del texto original).

El Tribunal puso de presente que, en escrito complementario de los alegatos de conclusión, el demandado sostuvo que la certificación referida no se ajusta a la realidad, sin perjuicio que no se trata de un documento idóneo para demostrar la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Sobre dicho reproche, el juez de primera instancia adujo que la parte demandada tuvo conocimiento de la existencia y contenido del certificado, al momento de notificársele la admisión de la reforma de la demanda pues con ella se aportó, luego la oportunidad para controvertir la veracidad de su contenido, mediante instrumentos como la tacha por falsedad, era en la contestación donde debía expresar en qué consistía aquella y pedir las pruebas para su demostración.

El *a quo* descartó la supuesta falta de idoneidad del documento, dado que corresponde legalmente a la Secretaría de Salud de Sincelejo, certificar lo relacionado con la administración, contratación, vigilancia y operación del régimen subsidiado en su respectivo ámbito territorial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 257 del CGP según el cual *“los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza”*.

Por lo tanto, recaía en la parte demandada, la carga argumentativa y probatoria de desvirtuar, no solo el alcance del contenido de las certificaciones expedidas por la Secretaría de Salud Municipal de Sincelejo, sino la legalidad de las mismas, como manifestaciones emanadas de la administración pública, lo cual no ocurrió.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., prestó servicios de salud, en el marco del sistema de seguridad social, a afiliados del régimen subsidiado de las EPS Comfasucre, Nueva E.P.S., y Mutual Ser, en virtud de la celebración y ejecución de contratos de prestación de salud a ese sector de la población.

Añadió que ese hecho fue ratificado en el certificado de la Secretaría de Salud de Sincelejo al informar que *la “CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., presta los servicios de salud a la población del régimen subsidiado registrados en el SISBEN (sistema de información de beneficiarios de programa sociales), haciendo parte de la red de servicios de las empresas promotoras de salud CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE – COMFASUCRE, EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S., EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD MUTUAL SER, SALUD VIDA EPS Y SANITAS EPS, en virtud de los contratos suscritos con ellas, para prestar el servicio de salud al régimen subsidiado en el Municipio de Sincelejo”*. (Negrilla del texto original).

Sumado lo anterior, se probó que la ejecución de 3 de los 4 contratos de prestación de servicios de salud mencionados en antecedencia –que da certeza de la prestación de servicios de salud a afiliados del régimen subsidiado de las empresas promotoras de salud atrás descritas-, se dio dentro del término inhabilitante.

En ese orden, para el Tribunal, se acreditaron todos los elementos de la inhabilidad endilgada al demandado y, por consiguiente, decretó la nulidad de su elección.

4. El recurso de apelación

El apoderado judicial del demandado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que, en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Aseguró que el fallo, erradamente, dio por probada la inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 del 2000.

Resaltó que dicha norma carece de adecuada técnica legislativa por lo que, para extraer su sentido lógico, se debe comparar con la que la antecede, esto es, el numeral 3 y luego, integrarla con el marco constitucional y legal de prohibiciones para el sector de seguridad social y de salud.

En ese orden, sostuvo que al demandado no le era aplicable la inhabilidad pues esta recae única y exclusivamente, en tratándose de aspirantes a concejo municipal, que tengan vínculo por matrimonio, unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad con representantes legales de entidades que **administren** la prestación del servicio del régimen subsidiado en salud.

Lo anterior, porque es a partir del marco de funciones que tienen las EPS, que pueden realizarse actos que verdaderamente influyan en la voluntad del votante, es decir, se da lugar a una ventaja para aquél aspirante que tenga parientes en una posición de estas privilegiadas.

Al efecto, trajo a colación los siguientes artículos: 156 -características básicas del sistema general de seguridad social en salud-; 215 -administración del régimen subsidiado- de la Ley 100 de 1993; y 2.3.1.8 -obligaciones de las entidades EPS del régimen subsidiado- del Decreto 786 de 2016.

Agregó que, a partir ese ese conjunto normativo se debe concluir que:

- Desde este marco de facultades de las EPS-S, es en donde pueden realizarse acciones que marquen ventaja cuando se tiene un pariente representante legal de alguna de ellas en determinado municipio en que el mismo aspire.
- Promover la afiliación y afiliar a población vulnerable, por supuesto que marca un acto de ventaja e influencia hipotética; por ejemplo, por agradecimiento de aquel beneficiario vulnerable, como también por las demás facultades dispuestas en los numerales subsiguientes, entre ellas, la organización de la red de prestadores de servicio de salud, la organización de las citas médicas; programación de cirugías y toda esa amalgama de beneficios desde donde pueden verdaderamente obtenerse ventaja.
- Las IPS, son entidades oficiales mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las EPS o fuera de ellas. Prestan sus servicios de salud, mediante contratos de prestación de servicios suscrito con las EPS, Usualmente, mediante la modalidad de capitación e ignoran qué usuarios van a atender.

El recurrente afirmó que la Clínica Especializada la Concepción S.A.S:

a) Tiene como objeto: i) la prestación de los servicios de salud de 1, 2, 3 y 4 nivel de complejidad; ii) la prestación de los servicios de la prevención de la enfermedad y promoción de la salud; iii) la prestación de servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, clínicos especializados y paraclínicos.

b) Su domicilio es Sincelejo, pero presta servicios a pacientes que provienen de municipios distintos. Además, brinda sus servicios a beneficiarios afiliados a EPS, con quienes se haya celebrado contratos, ya sea en el régimen contributivo o en el subsidiado.

c) Ha suscrito contratos con EPS-S, los cuales, por sus características especiales, impiden tener certeza del municipio de donde provendrá el usuario que debe ser atendido.

Ejemplo de ello, son los siguientes contratos:

a) Contrato 2018-246 suscrito con Comfasucre, el 9 de mayo de 2018, para la prestación de servicios de salud en atención complementaria correspondientes a la atención integral de urgencias servicio de hospitalización, especialidades clínicas y quirúrgicas en la modalidad de evento.

Según la cláusula sexta de ese contrato, en la actualidad, Comfasucre tiene la administración de recursos del régimen subsidiado con los municipios de Colosó, Coveñas, Corozal, El Roble, Galeras, Guaranda, Los Palmitos, Majagual, Morroa, Ovejas, San Antonio de palmito, San Juan de Betulia, Sampués, San Benito Abad, San Marcos, San Pedro, Sincé, Sincelejo, Tolú y Tolviejo del Departamento de Sucre.

Por tanto, la IPS ignora de donde provendrá el usuario a atender dado que debe prestar el servicio a quienes son residentes en municipios diferentes de Sincelejo.

De otra parte, mencionó que el artículo 316 de la Constitución, señala que, en las elecciones territoriales, solo pueden participar los residentes en el respectivo municipio.

b) Contrato 02-05-00156-2018 suscrito con la Nueva EPS S.A., en cuya parte considerativa se dice que esta empresa, dentro del proceso precontractual divulgó la información geográfica y demográfica de la población objeto del contrato, así como el modelo de atención, la organización de la red de servicios para sus afiliados. Por tanto, no se precisó que los usuarios sean residentes en la ciudad de Sincelejo.

Indicó que el objeto del contrato es la prestación de los servicios de salud básicos contenidos en el Plan de beneficios vigente al momento de la prestación de servicios de salud a los pertenecientes al régimen subsidiado.

Por consiguiente, es claro que la IPS no participa en la afiliación de los beneficiarios del régimen subsidiado en salud pertenecientes a la Nueva EPS, quienes provienen de distintos municipios, diferentes de Sincelejo.

Además, resaltó que se estableció como domicilio contractual la ciudad de Bogotá.

Afirmó el apelante que ese marco contractual desdice la conclusión a la que llegó el Tribunal según la cual, mediante estos contratos, se demostró la inhabilidad en cuestión.

c) Contrato 18430 suscrito con Mutual Ser cuyo domicilio contractual es Cartagena. En su objeto se incluyó de manera global que se atendería afiliados al régimen contributivo y al régimen subsidiado en salud, es decir, no se dio un listado de quiénes eran los afiliados de uno u otro régimen, ni de los municipios donde estos residen. La única condición para la atención es que estén afiliados y figuren en la página administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (ADRES).

Reiteró el recurrente que se demuestra lo equivocada de la conclusión del Tribunal y dijo que:

*“Tal hecho, incluso es ratificado por el mencionado certificado de la Secretaría de Salud Municipal de Sincelejo, al informar que la **“CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S., presta los servicios de salud a la población del régimen subsidiado registrados en el SISBEN (sistema de información de beneficiarios de programa sociales)**, haciendo parte de la red de servicios de las empresas promotoras de salud CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE – COMFASUCRE, EMPRESA PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S., EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD MUTUAL SER, SALUD VIDA EPS Y SANITAS EPS, en virtud de los **contratos suscritos con ellas, para prestar el servicio de salud al régimen subsidiado en el Municipio de Sincelejo**”.* (Negrilla del recurrente).

Agregó que está probado que se atienden ciudadanos residentes en municipios distintos a Sincelejo y que la residencia en el respectivo municipio, es un requisito *sine qua non*, para participar en las elecciones de carácter territorial.

Mencionó el artículo 275-7 del CPACA; el artículo 183 de la Ley 136 de 1990 y el Decreto 1294 de 2015.

Adujo que el Consejo Nacional Electoral - CNE, mediante acto administrativo, reguló el procedimiento breve y sumario a seguir en las investigaciones para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas de ciudadanía cuyos titulares no residan en la correspondiente circunscripción electoral y para ello, son relevantes los cruces de las bases de datos de los programas asistenciales de las políticas públicas estatales.

Por tanto, en criterio del demandado, se impone como castigo la nulidad de la elección del concejal, por atender en salud en la ciudad de Sincelejo a ciudadanos que sufragaron en otros sitios. Es decir, la sentencia impone una sanción por haber trasteado votantes residentes en municipios distintos de Sincelejo, a partir de la presunción de que todo afiliado atendido, por agradecimiento en favor de él sufragó, dado que su padre es el representante legal de la IPS.

A continuación, el apelante dijo que *“Desde ya anunciamos, que una vez admitido el recurso de apelación que estamos interponiendo, haremos uso del mecanismo de solicitud de unificación jurisprudencial, por razón de importancia jurídica, que ameritan la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial”*.

Añadió que el fallo de primera instancia se basó en las sentencias de i) 27 de octubre de 2006, expediente 233100020050108101 y ii) 23 de marzo de 2017, expediente 11001032500020110011300, en las cuales se concluyó erradamente que, el contrato de prestación de servicios en salud entre una IPS y una EPS-S, convierte a aquella en entidad que presta servicio de seguridad social en el régimen subsidiado, lo cual no es cierto, pues bajo esa interpretación, en ausencia del contrato, deja de ser entidad prestadora del servicio de seguridad social.

Afirmó que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política; el capítulo VII de la Ley 1122 de 2007 establecen las disposiciones que enmarcan el sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema de Seguridad Social en Salud como el conjunto de normas, agentes y procesos articulados entre sí el cual está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Trajo a colación los artículos 211, 212 de la Ley 100 de 1993; 29 de la Ley 1438 de 2011; y el 2.3.1.8. del Decreto 786 de 2016 para concluir que, según ellos, las EPS son las únicas responsables de garantizar la adecuada prestación del servicio en su función de aseguramiento, frente al usuario y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Es decir, son las EPS los verdaderos aseguradores del servicio de salud de régimen subsidiado, no las IPS.

Dijo el recurrente que, según el artículo 2.3.2.1.14 del referido decreto, sobre contratos de capitación y correcta aplicación de los recursos de la seguridad social, las EPS-S son las que contratan con una o varias IPS los servicios que serán prestados por éstas. Además, es la EPS-S la que determina el número de afiliados o usuarios de dicho régimen que serán atendidos por la IPS contratada, así como la duración del contrato.

Reiteró que las EPS son las únicas que prestan servicios de seguridad social en salud del régimen subsidiado en Colombia, porque son los aseguradores del servicio a la población afiliada, cuestión diferente es que puedan gestionar y coordinar la oferta, directamente o a través de la contratación con IPS.

La prestación del servicio de salud a los afiliados del régimen subsidiado está a cargo de las EPS, previamente autorizadas por la Superintendencia de Salud para ese fin y solo cuando no puedan hacerlo directamente, la ley las autoriza para que contraten a las IPS.

Luego, el apelante transcribió apartes de las sentencias C-064 de 2008 y T-880 de 2009, según las cuales es claro que las IPS no son entidades prestadoras de servicios de salud del régimen subsidiado, el cual es un sistema administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben

contratos de administración del subsidio con las EPS-S, cuya función es afiliar y garantizar la prestación del servicio a sus beneficiarios.

Indicó que, de acuerdo con esos pronunciamientos, las IPS no son entidades prestadoras de servicios de salud del régimen subsidiado.

Por tanto, con base en las sentencias del Consejo de Estado antes referidas, el Tribunal hizo una interpretación extensiva y analógica de la causal en cuestión, dado que concluyó que *“la cooperativa empresa solidaria de salud y desarrollo integral, Coosalud ESS- **prestó de manera indirecta el servicio de salud en el régimen subsidiado, a través de prosalud IPS**”*. (Negrilla del texto original).

Señaló la parte demandada que la norma que consagra la inhabilidad nunca habla de entidades que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado de manera directa o indirecta en el respectivo municipio, lo cual es una interpretación incorrecta del Consejo de Estado.

En el acápite denominado “defecto sustantivo por indebida transcripción y aplicación de la norma que impone la nulidad”, reiteró la falta de técnica legislativa del numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 del 2000, cuyo verbo rector es administrar.

Por tanto, el sentido verdadero de interpretación que debe darse es: *“No podrá ser inscrito como candidato ni elegido como concejal municipal o distrital quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, con representantes legales de entidades **que administren el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito**”*. (Negrilla del texto original).

Es mediante la administración del régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito, como se obtiene la ventaja. La administración no la tienen las IPS.

En el acápite de la apelación “defecto sustantivo por creación extensiva, más gravosa al demandado”, sostuvo que de acuerdo a la errada interpretación del Consejo de Estado y el Tribunal, el castigo debe ser mayor si el contrato es celebrado por un pariente, que cuando es celebrado directamente por el propio aspirante.

Dijo que el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 del 2000, tiene un marco temporal más benigno, pues lo que inhabilita es la fecha de la celebración del contrato así su ejecución se extienda.

Sostuvo que, por una interpretación errada, se invade el ámbito de competencias del Congreso de la República, porque una inhabilidad solo se puede establecer mediante norma de rango constitucional o legal y que *“[l]a conclusión a la que se llega por el marco jurídico de competencias del Congreso de la República, es que, en definitiva en presencia de contrato, el régimen de inhabilidad siempre debe ser enjuiciado bajo la perspectiva del numeral 3° del art. 617 del 2000.”*

Finalmente, manifestó el apelante que “[e]n la oportunidad procesal de la segunda instancia, haremos uso de la solicitud de pruebas. Con el propósito de demostrar la atención de pacientes no residentes en la ciudad de Sincelejo en donde resultó elegido concejal mi poderdante. No nos fue posible obtener esta documentación por tener carácter reservado las historias clínicas de los pacientes, por protección constitucional del habeas data”.

5. Trámite del recurso de apelación

Por auto de 26 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo de Sucre concedió la apelación interpuesta por la parte demandada, contra la sentencia de 2 de marzo del mismo año, que declaró la nulidad de la elección de Andy José Ruíz Serna como concejal de Sincelejo 2020-2023.

A su turno, el magistrado ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado por auto de 21 de abril de 2021, admitió el recurso y ordenó poner a disposición de la parte contraria el escrito impugnatorio por el término de 3 días para presentar los alegatos de conclusión y, agotado este último, el Ministerio Público tendría 5 días para emitir su concepto, si así lo consideraba.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

6.1. El demandante solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia en la medida que los argumentos del apelante no están llamados a prosperar.

Adujo que el anuncio del demandado sobre la petición de que se dicte sentencia de unificación no resulta viable.

Agregó, con base en jurisprudencia de la Sección Quinta y las pruebas recaudadas, que se demostraron los elementos configurativos de la causal de nulidad.

6.2. El demandado intervino en esta etapa y reiteró los argumentos de la apelación. Además, formuló la siguiente petición:

Comendidamente solicitamos se solicite (sic) a la Clínica Especializada la Concepción S.A.S. domiciliada en la ciudad de Sincelejo, a la División: SIAU, e-mail: siau@laconcepcion.org; para que envíe al proceso la relación de los pacientes mayores de edad con lugar de procedencia o residencia de los mismos, que fueron atendidos entre el 27 de octubre de 2018 y 27 de octubre de 2019, con ocasión de la ejecución de los contratos:

Nº 2018-246 suscrito con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE de 9 de mayo de 2018.

Nº 02-05-05-00156-2018, suscrito con la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. “NUEVA EPS S.A.”

Esta información se hará apoyándose en las respectivas Historias Clínicas de los mismos.

Para justificar la procedencia de la petición, explicó que no fue posible aportar la

prueba con la contestación de la demanda debido a la reserva legal que ampara a las historias clínicas. A su juicio, esta circunstancia encuadra en las hipótesis previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 327 del Código General del Proceso, conforme a los cuales el juez decretará pruebas en segunda instancia “3. *Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos*” y “4. *Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria*”.

7. Concepto del agente del Ministerio Público

Mediante concepto 2021-05-NE-1163 de 5 de mayo de 2021, la procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la providencia apelada.

Al efecto, hizo referencia a los elementos para la configuración de la causal del numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por la Ley 617 de 2000 y, al estudiar el caso concreto, concluyó que los argumentos la apelación no están llamados a prosperar, con fundamento en el reciente pronunciamiento de la Sección¹ al analizar la inhabilidad por representación de entidades de seguridad social en salud del régimen subsidiado, las cuales son pertinentes para el presente proceso, pese a que en dicha oportunidad se analizaba la inhabilidad respecto de los gobernadores.

La agente del Ministerio Público consideró que, a partir de dicha sentencia, se debe considerar como entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado, tanto a las EPS como a las IPS, dado que se trata de evitar que quienes representan legalmente a entidades que disponen de los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud (EPS) y tienen el deber y la facultad de prestar los servicios que impone el POS (IPS), puedan incidir en el electorado vulnerable, propiciando desigualdad entre los contendores.

En ese orden, para la delegada, la interpretación del apelante según la cual, la inhabilidad debe leerse como referida a “*representantes legales de entidades que administren el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito*”, no tiene asidero según el texto de la norma que la consagra.

Agregó que no es cierto, como lo alegó el recurrente, que la interpretación del juez de primera instancia haya establecido una inhabilidad no contemplada en la norma o que haya invadido el ámbito de competencias del legislador.

De otra parte, frente a la ejecución de los contratos celebrados por la IPS, sostuvo que el mismo apelante reconoció que los servicios de salud se debían prestar a usuarios del régimen subsidiado de varios municipios de Sucre, entre ellos, Sincelejo, municipio en el que el demandado resultó elegido como concejal.

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, expediente: 1001-03-28-000-2020-00002-00 y 2020-00003-00 (Acumulados), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

Además, como lo explicó el Tribunal, las pruebas demuestran que los contratos que celebró la IPS implicaban la atención a usuarios en Sincelejo, es decir, a potenciales electores.

De otra parte, conviene destacar que la IPS Clínica Especializada La Concepción SAS, tiene su domicilio en la ciudad de Sincelejo, lo que permite afirmar que, principalmente la representación legal, se ejerce en dicha ciudad, sin que para los efectos de la configuración de este elemento de la inhabilidad deba tenerse en cuenta el domicilio que para efectos relacionados con litigios fijen las partes en un contrato, como parece entenderlo el apelante.

8. Pruebas en segunda instancia

El 19 de julio de 2021 el magistrado ponente rechazó la solicitud de pruebas formulada por la parte demandada en el escrito de alegatos de conclusión, por considerar que no satisface las exigencias legales para su procedencia, en tanto no se acompasa con las citadas causales del artículo 212 del CPACA.

Por auto de 24 de agosto del mismo año, se dispuso no reponer el auto anterior.

El 16 de septiembre de 2021, la Sala resolvió el recurso súplica interpuesto por el apoderado del demandado en contra del auto proferido el 19 de julio de 2021, mediante el cual el magistrado ponente rechazó la petición probatoria solicitada por el señor Andy José Ruiz Serna, en el sentido de confirmar dicha providencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152-8 del CPACA y en el artículo 13, numeral 7 del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, en la que el Tribunal Administrativo de Sucre, accedió a las pretensiones de la demanda.

2. Cuestión previa

El 29 de abril de 2021, el Partido Liberal, por intermedio de apoderado judicial, presentó escrito en calidad de tercero impugnador para respaldar la defensa de Andy José Ruíz serna, a quien le otorgó el aval.

Solicitó que se de aplicación al artículo 271 del CPACA “*y proceder a someter el reparto del presente asunto, dada su importancia jurídica, social y por la necesidad de sentar jurisprudencia frente a las divergencias en la interpretación de otras sentencias y la aplicación del derecho, para que expida una sentencia que unifique jurisprudencia...*”.

Agregó que, como consecuencia de lo anterior, se conceda la apelación dejando sin efectos jurídicos el fallo de primera instancia proferido dentro del radicado de la referencia.

Al respecto, la Sala precisa que el Partido Liberal no ha sido reconocido como impugnador² de modo que carece de legitimación para la petición de que se dicte sentencia de unificación, dado que según el artículo 271 del CPACA, dichas providencias se dictarán i) cuando el conocimiento del asunto se asuma de oficio por el Consejo de Estado; ii) por remisión de las secciones o subsecciones de dicha Corporación o de los tribunales o iii) por **solicitud** de las partes, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o al Ministerio Público.

Por tanto, aun de haber sido admitido como tercero, dicha organización política no corresponde a los sujetos procesales habilitados para elevar una solicitud de esta naturaleza, de modo que no es procedente el estudio de su petición.

De otra parte, precisa la Sala que aun cuando la parte demandada anunció en su escrito de apelación que una vez admitido el recurso haría uso del mecanismo de solicitud de unificación jurisprudencial, para que se emitiera una sentencia por importancia jurídica, lo cierto es que no lo hizo, pues no obra en el expediente petición en tal sentido.

3. Problema jurídico

Conforme a los argumentos expuestos en el recurso de apelación esta Sala determinará si confirma, modifica o revoca la sentencia de 2 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró la nulidad de la elección del demandado como concejal de Sincelejo para el periodo 2020-2023.

Para resolver las censuras planteadas en el escrito de alzada, la Sala abordará los siguientes tópicos: **(i)** los elementos de la inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y, **(ii)** el estudio del caso concreto.

4. La causal de inhabilidad del artículo 43, numeral 4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000

Las inhabilidades están erigidas como especiales condiciones objetivas que pueden recaer sobre una persona y que tienen como único fin que quienes accedan o estén en la función pública, desempeñen su cargo bajo los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad, garantizando de esta forma la prevalencia de los intereses generales de la comunidad sobre los personales³.

² La segunda instancia no es la oportunidad procesal para presentar dicha solicitud, artículo 228 del CPACA.

³ Sentencia C-564 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver también sentencias C-558 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-483 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En este sentido, las diferentes circunstancias que configuran una inhabilidad examinan la órbita personal del aspirante o servidor en ejercicio, de manera que *“auscultan en los antecedentes personales, las relaciones familiares, el ejercicio profesional y las actividades lucrativas del interesado”*⁴.

Acorde con lo anterior, al constituir las inhabilidades una restricción al derecho de acceso a cargos públicos, la Constitución de 1991 dispuso que el desarrollo de su régimen jurídico tiene una cláusula de reserva legal, lo cual ha sido enfatizado por parte de esta Corporación, estableciéndose en diferentes oportunidades que el único facultado para estructurar las circunstancias especiales que limitan el referido derecho es el legislador.⁵

Precisamente, tratándose de los concejales municipales y distritales, fue con la Ley 136 de 1994 que se enlistaron las causales inhabilitantes de estos servidores públicos para inscribirse o ser elegidos como tales. En relación con el supuesto de hecho objeto de estudio, se tiene que el mismo fue dispuesto con el siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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 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. (Subrayas de la Sala).

Dado que la norma transcrita establece varios supuestos inhabilitantes, la Sala se referirá a aquel que fue objeto de apelación.

4.1. La inhabilidad por representación de entidades de seguridad social en salud del régimen subsidiado⁶

⁴ OSORIO CALDERIN, Ana Carolina, Manual de Inhabilidades Electorales, 2ª Edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 24.

⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 19 de septiembre de 2013, radicado N° 110010328000201200051-00, 110010328000201200052-00 110010328000201200057-00 Acumulado. CP. Alberto Yepes Barreiro Dte: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, expediente: 1001-03-28-000-2020-00002-00 y 2020-00003-00 (Acumulados), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

4.1.1. Es de recordar que esta Sala ha sostenido⁷ que para comprender esta causal se impone hacer una breve mención a la forma como está estructurado el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Conforme a las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1438 de 2011 y el Decreto 780 de 2016, el sistema de salud está integrado por dos regímenes a saber: el contributivo y el subsidiado. El contributivo es aquel que rige la afiliación de la población con capacidad de pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El subsidiado es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado.

Para lograr la afiliación de esta población al régimen subsidiado, se entregó esta responsabilidad a los entes territoriales, quienes tienen a su cargo la operación adecuada de dicho proceso, en virtud de su competencia descentralizada para atender esa labor, conforme a la Constitución y la Ley. De esta forma, los municipios, distritos y departamentos tienen funciones específicas frente a la identificación y afiliación de la población objeto, así como sobre la inversión, contratación y seguimiento de la ejecución de los recursos que financian el régimen, (recursos propios, de la Nación (SGP) y del FOSYGA)⁸. Así mismo, es deber de los entes territoriales el seguimiento y vigilancia al acceso efectivo a los servicios contratados por las EPS-S, por parte de la población beneficiaria, es decir, sobre la ejecución misma de los contratos suscritos con las EPS-S.

Dentro de los organismos que integran el sistema de seguridad social en salud, están las Empresas Promotoras de Salud, EPS, las cuales, según el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en cada régimen, esto es, tanto en el contributivo como en el subsidiado, son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento⁹, referida a la afiliación y el registro de la población objeto, las cuales cuando operan en el régimen subsidiado, se identifican con la sigla como EPS-S.

En relación con los recursos que manejan las EPS, el literal f) del artículo 14 de la ley *ibidem*, dispone que: *“El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado.”* A su turno, el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones establece:

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, expediente: 1001-03-28-000-2020-00002-00 y 2020-00003-00 (Acumulados), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

⁸ El artículo 11 de la Ley 1122 de 2007, *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, precepto que modificó el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, señala todas las fuentes de financiamiento del régimen subsidiado de salud.

⁹ Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Artículo 29. *Administración del Régimen Subsidiado.* Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

*El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las **Instituciones Prestadoras de Salud** con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo. (Negrilla añadida).*

4.1.2. Del contenido normativo expuesto la Sala observa que se consagran 4 hipótesis que constituyen inhabilidades autónomas o independientes:

(i) Aquella relativa al ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar por parte de parientes del candidato.

(ii) La referida a que el cónyuge, compañero (a) permanente o pariente del candidato se haya desempeñado como representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el municipio.

(iii) La relacionada con coexistencia de inscripciones.

Para este proceso interesa la segunda, es decir, aquella que se genera por el parentesco con quien ha sido representante legal de una entidad que preste servicios públicos de seguridad social en el respectivo municipio o distrito.

Frente a esta causal la Sala identifica los siguientes elementos¹⁰:

- a. Vínculo: exige que exista parentesco -hasta en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil- o matrimonio o unión libre con el candidato.
- b. Material: consiste en que el pariente, cónyuge o compañero (a) permanente haya sido representante legal de una de las entidades que indica la norma.
- c. Orgánico: se refiere a que la entidad sea de aquellas que (i) administren tributos, tasas o contribuciones o (ii) presten servicios públicos domiciliarios o (iii) de seguridad social en salud que pertenezca al régimen subsidiado.

¹⁰ Frente a la inhabilidad similar consagrada para los diputados puede consultarse la sentencia de 16 de septiembre de 2021, expediente: 70001-23-33-000-2019-00297-01 (ppal), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

- d. Temporal: según el cual, la representación legal debe haberse ejercido en el periodo inhabilitante, esto es, durante el año anterior a las elecciones.
- e. Espacial: impone que la entidad administre tributos, tasas o contribuciones, o preste sus servicios en el respectivo municipio o distrito.

4.1.3. Reitera la Sala¹¹, en punto a la naturaleza de las instituciones que integran el sistema de salud y la finalidad de la inhabilidad especial relacionada con la representación legal de entidades de la seguridad social en salud, esta Corporación¹² acotó lo siguiente:

“Para establecer a quienes de los integrantes del sistema se refiere la causal de inhabilidad examinada como “entidades que prestan los servicios de seguridad social en salud” se debe considerar, en primer término, que la finalidad que persigue dicha causal es la de garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos, en el caso concreto, impidiendo que quienes representan legalmente a entidades que disponen de los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud y tienen el deber y la facultad de prestar los servicios que impone el POS puedan hacer uso de los medios de poder de que disponen para inducir a los ciudadanos sujetos a su influencia a que voten por ellos. La razón por la que la causal de inhabilidad no comprende a quienes presten servicios de salud en el régimen contributivo sino en el subsidiado es que éste está dirigido a una población que por su condición de pobreza y vulnerabilidad es más susceptible de ser influida por quienes tienen en sus manos directamente la facultad de administrar los recursos del régimen subsidiado o de prestar los servicios de salud a los que no tienen acceso por medios distintos”. (Subraya añadida).

Se concluye entonces, que la teleología de esta inhabilidad está fundada en la necesidad de salvaguardar el proceso electoral de las influencias de quienes administran estos cuantiosos dineros pertenecientes al régimen subsidiado en salud, vinculado a la población más necesitada y vulnerable del país, en detrimento de la igualdad de los participantes en las elecciones.

5. Caso concreto

Precisa la Sala que el estudio que efectuará se circunscribirá al aspecto orgánico y territorial de la causal de inhabilidad referida a la representación legal de una empresa que presta servicios públicos domiciliarios, puesto que, en relación con el vínculo y los elementos material y temporal no existe controversia alguna, dado que los mismos se dieron por acreditados en primera instancia, sin que al respecto el apelante planteara algún reproche.

5.1. En cuanto al elemento orgánico, el argumento central de la apelación es que la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S., no puede considerarse como una entidad que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado, pues

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, expediente: 1001-03-28-000-2020-00002-00 y 2020-00003-00 (Acumulados), M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 27 de octubre de 2006. M.P.: Reinaldo Chavarro Buriticá. Rad.: 52001-23-31-000-2005-01081-01(4081). Actor: Cecilia Bravo Russey. Demandado: Yolanda Gómez Espinosa - alcaldesa del Municipio de La Cruz - Periodo 2005-2007.

solo pueden tenerse como tales a las EPS y, por ende, no se configura la inhabilidad mencionada.

Al respecto, como se expuso en detalle en el acápite anterior y, como lo dijo el Ministerio Público, se debe considerar como entidades que **presten servicios públicos de seguridad social en el régimen subsidiado**, tanto a las EPS como a las IPS, dado que se trata de evitar que quienes representan legalmente a entidades que disponen de los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud (EPS) y tienen el deber y la facultad de prestar los servicios que impone el POS (IPS), puedan incidir en el electorado vulnerable, propiciando desigualdad entre los contendores.

Es de resaltar que, el numeral que contiene la inhabilidad endilgada al concejal, contiene varios supuestos, entre ellos que, el pariente del candidato haya sido el representante legal de (i) entidades que administren tributos, tasas o contribuciones; o (ii) de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios; o (iii) de las entidades que presente servicios de seguridad social en el régimen subsidiado.

En consecuencia, contrario a lo afirmado por el demandado, el entendimiento del Tribunal no desconoció el carácter restrictivo de la interpretación del régimen de inhabilidades, o establecido una inhabilidad no contemplada en la norma, tampoco es cierto que haya invadido el ámbito de competencias del legislador, pues, se insiste, la ley se refiere a la **prestación del servicio** de seguridad social en el régimen subsidiado.

La lectura que propuso el apelante, sí implicaría desconocer dicho parámetro hermenéutico.

El texto de la inhabilidad que se analiza es el siguiente:

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 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. (...) (negrilla y subrayas añadidas).

Como se observa, los supuestos están separados por la letra **o**, es decir, una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa¹³, de modo que, estará inhabilitado quien tenga parentesco, matrimonio o unión permanente con:

Un funcionario que haya ejercido autoridad (i); **o** con quien haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones (ii); **o** con quien

¹³ <https://dle.rae.es/o>

haya sido representante legal de entidades que presten servicios públicos domiciliarios (iii); **o con quien haya sido representante legal de entidades que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado (iv).**

En consecuencia, cuando la norma emplea el verbo **administrar**, se refiere a las entidades que tienen a su cargo dicha labor respecto de tributos, tasas o contribuciones, que es un supuesto inhabilitante diferente al que le fue endilgado al demandado.

En el caso de la inhabilidad atribuida al señor Ruíz Serna, el verbo que contiene el presupuesto normativo es **prestar** servicios.

Para mayor ilustración, la norma, suprimiendo los apartes que no son pertinentes para este caso, sería la siguiente:

Quien tenga vínculo de parentesco hasta en segundo grado de consanguinidad, con quienes dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, hayan sido representantes legales de las entidades que presten servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Para la Sala, no es cierto que el Tribunal haya realizado una interpretación extensiva y analógica de la causal en cuestión, dado que, como se dijo recientemente, el criterio de esta Sección, es que las entidades que prestan servicios públicos de seguridad social en el régimen subsidiado, son tanto a las EPS como las IPS.

Ahora bien, el apelante reprodujo apartes de las sentencias C-064 de 2008 y T-880 de 2009, según las cuales, en su opinión, para la Corte Constitucional es claro que las IPS no son entidades prestadoras de servicios de salud del régimen subsidiado.

Al respecto, la Sala observa que, en la primera de dichas providencias, el tribunal constitucional dijo que “[l]as *Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la **prestación de los servicios de salud** a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas.*” (Negrilla añadida).

En el fallo de tutela invocado por el recurrente, la Corte explicó:

*“De conformidad con dicho marco normativo, el **Régimen Subsidiado** es administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, quienes suscriben contratos de administración del subsidio con las **Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, cuya función es afiliar y garantizar la prestación del servicio a sus beneficiarios**. Estos contratos se financian con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga– y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.*

A su vez, la afiliación a dicho régimen se efectúa, previa identificación de los potenciales beneficiarios a través de la encuesta Sisbén –Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales– o por el listado censal que realizan los municipios a petición de los

ciudadanos, de la cual se obtiene un puntaje y un nivel que les prioriza para la asignación de subsidios.

Así, las personas que se encuentran clasificadas en los niveles 1 ó 2 del Sisbén, tienen derecho a afiliarse, junto con su núcleo familiar, al Régimen Subsidiado mediante subsidio total o pleno. Para tal efecto, deben elegir una **Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado (EPS-S)** de las que se encuentran inscritas y autorizadas para operar en su municipio, **entidad que en adelante administrará y prestará los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud de respectivo Régimen a sus afiliados**. También lo harán, mediante subsidio parcial, aquellas personas que se encuentran registradas en el nivel 3 del Sisbén, toda vez que se encuentran en un periodo transitorio con miras a ingresar al Régimen Contributivo”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Observa la Sala que en las sentencias que invocó el apoderado del demandado, la Corte resaltó que las IPS son organizadas para la **prestación de los servicios de salud** a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud en una EPS -régimen contributivo- o en una EPS-S -régimen subsidiado-. Además, hizo énfasis en que las EPS no solo tienen a cargo la administración del respectivo régimen a quienes se afilien, sino que también **prestan** los servicios del plan obligatorio de salud.

Por tanto, a partir de los textos transcritos, se refuerza la tesis de esta Sección según la cual, tanto las EPS como las IPS son entidades que prestan servicios de salud, de manera que la apreciación del apelante no es de recibo.

En ese orden, se impone concluir que la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S. prestó servicios de salud en el régimen subsidiado en Sincelejo y, por ende, se satisface esta premisa de la inhabilidad atribuida al señor Ruíz Serna.

5.2. Como lo planteó el Ministerio Público, la Sala entiende que cuando el apelante alegó que los contratos que celebró la IPS Clínica Especializada La Concepción S.A.S. contienen cláusulas que impiden tener certeza del municipio de donde provendrá la población objeto de cobertura y que atienden a usuarios provenientes de diversos municipios de Sucre, cuestionó la configuración del elemento territorial de la inhabilidad.

Sin embargo, dicho reproche no está llamado a prosperar pues, como se explicó antes, este elemento exige que la prestación de los servicios se lleve a cabo en el respectivo municipio o distrito, lo cual está acreditado.

Como lo expuso en detalle el Tribunal, los contratos celebrados por la mencionada IPS fueron ejecutados en Sincelejo, es decir, si bien se previó la atención de población de distintos municipios, las obligaciones contractuales contemplaron la atención de quienes pertenecen al mencionado régimen cuyo domicilio sea la capital de Sucre, por lo que esta se prestó en dicha ciudad, como se corrobora a continuación:

- El “contrato de prestación de servicios de salud para el **régimen subsidiado** en la modalidad de pago global prospectivo celebrado entre Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. y Clínica Especializada La concepción SAS” suscrito el 13 de junio de 2019, con una duración de 1 año con la Nueva EPS prevé en la cláusula segunda - lugar de ejecución que: “La IPS proporcionará los servicios contratados en la ciudad de Sincelejo”.
- El contrato suscrito con Comfasucre el 9 de mayo de 2018, cuyo objeto es la “Prestación de servicios de salud de atención complementaria correspondientes a la atención integral de urgencias, servicio de hospitalización, especialidades clínicas y quirúrgicas... Dicho objeto comprende los servicios, procedimientos, actividades y suministros que el S.G.S.S.S. garantiza a las personas aseguradas en el **Régimen Subsidiado**, incluidas dentro del nivel contratado...” con vigencia hasta el 31 de diciembre de ese año, establece como una de las obligaciones del contratista determinadas en la cláusula segunda: “Atender en las instalaciones de la CLÍNICA ESPECIALIZADA LA CONCEPCIÓN S.A.S. ubicada en la calle 38 No. 52-249 los Alpes, Sincelejo – Sucre...”.

En este punto, conviene destacar que el apelante reconoció que los servicios de salud se debían prestar a usuarios del **régimen subsidiado** de varios municipios de Sucre, entre ellos, Sincelejo, municipio en el que Andy José Ruíz Serna resultó elegido como concejal, pues afirmó que así lo establece la cláusula sexta de ese contrato.

- El contrato suscrito con Mutual Ser, cuyo objeto “...comprende la prestación de servicios y tecnologías en salud contenidas en el plan de beneficios en salud con cargo a la unidad de pago por capitación **UPC subsidiado** y contributivo...” y vigencia comprendida entre el 1º de febrero de 2018 y el 30 de septiembre de 2019, establece, en su cláusula vigésima novena - lugar de ejecución contractual: “El CONTRATISTA se compromete para con EL CONTRATANTE, a ejecutar el objeto de presente contrato en el Municipio de Sincelejo”.

Como se ve, dichos acuerdos contractuales para la atención de usuarios del régimen subsidiado -aspecto no discutido en esta etapa- se ejecutaron en Sincelejo, es decir, el servicio se prestó en el ente territorial en el cual el demandado resultó elegido concejal.

5.3. La parte demandada alegó que el CNE, mediante acto administrativo, reguló el procedimiento breve y sumario a seguir en las investigaciones para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas de ciudadanía cuyos titulares no residan en la correspondiente circunscripción electoral y para ello, son relevantes los cruces de las bases de datos de los programas asistenciales de las políticas públicas estatales.

Por tanto, en criterio del demandado, en este caso se impone como castigo la nulidad de la elección del concejal, por atender en salud en la ciudad de Sincelejo a ciudadanos que sufragaron en otros sitios.

Al respecto, la Sala considera que el apelante confunde la inhabilidad del artículo 43-4 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que se enmarca en la causal de nulidad del artículo 275-5 del CPACA con aquella consagrada en el numeral 7, esto es, *“Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción”*.

Recientemente¹⁴, esta Sala reiteró que la trashumancia, como vicio electoral, se ha entendido como la *“acción de inscribir la cédula para votar por un determinado candidato u opción política en un lugar distinto al que se reside o en el que se encuentre un verdadero arraigo o interés”*¹⁵.

Es claro entonces que, si bien la inhabilidad atribuida al demandado y la trashumancia son causales de nulidades, se materializan a partir de supuestos muy distintos.

En el presente caso, no hay duda de que la pretensión de nulidad de la elección de Andy José Ruíz Serna se fundamentó en el hecho de haber estado incurso en una causal de inhabilidad -subjetiva- y no en la causal objetiva de trashumancia.

Finalmente, se debe recordar que la declaratoria de nulidad de un acto electoral, no tiene naturaleza sancionatoria dado que, se insiste, *“El juez solo debe confrontar la disposición que se dice vulnerada con el acto de elección o designación, para determinar si el mismo se aviene o no a los supuestos exigidos por la disposición que se dice desconocida, juicio meramente objetivo que protege la voluntad popular del electorado”*¹⁶.

5.4. De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que los elementos de la inhabilidad atribuida al demandado no fueron desvirtuados y, en consecuencia, se impone la confirmación del fallo que anuló su elección.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 2 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró la nulidad de la designación de Andy José Ruíz Serna como concejal del municipio de Sincelejo para el periodo 2020-2023, de conformidad con las consideraciones consignadas en este proveído.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de septiembre de 2021, expediente: 11001-03-28-000-2020-00013-00, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de febrero de 2017, Rad. 2014-00112-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de septiembre de 2016, expediente: (SU) 11001-03-15-000- 2014-03886-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Reiterada por la Sección Quinta en sentencia de 18 de febrero de 2021, expediente: 05001-23-33-000-2019-02852-02, M.P. Rocío Araújo Oñate.



SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”