



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

**Consejero Ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil siete (2017)

**Ref.: Expediente 2016-00234-01**

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL –POLONUEVO**

**Actor: CARLOS OROZCO TAMAYO**

**Demandada: ELINA ESTHER MASS OROZCO**

**Tema: Se encuentra acreditada la violación al régimen de incompatibilidades de la concejal demandada, por haber sido empleada de una empresa que presta servicios de seguridad social en el respectivo municipio, de conformidad con el numeral 5 del Artículo 45**

**de la Ley 136 de 2 de junio de 1994<sup>1</sup>, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000<sup>2</sup>.**

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la concejal Elina Esther Mass Orozco, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 16 de junio de 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura, presentada contra la ciudadana Elina Esther Mass Orozco, concejal del Municipio de Polonuevo (Atlántico), elegida para el periodo 2016-2019.

## **1.- Antecedentes**

### **1.1.- La demanda**

**1.1.1.-** El ciudadano Carlos Orozco Tamayo solicitó la pérdida de la investidura de Elina Esther Mass Orozco, concejal del Municipio de Polonuevo (Atlántico), por haber incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617<sup>3</sup>, lo cual constituye causal de pérdida de la investidura para los concejales

---

<sup>1</sup> Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

<sup>2</sup> Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

<sup>3</sup> "ARTICULO 41. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES. Adiciónase el artículo [45](#) de la Ley 136 de 1994, con los siguientes numerales:

"5o. Ser representantes legales, miembros de juntas 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." Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179-05 de 1 de marzo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

municipales por virtud del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617<sup>4</sup>, esto es, por haber sido empleada o contratista de empresas que prestan servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

**1.1.2.-** Como sustento de la solicitud, el demandante relata que la concejal Elina Esther Mass Orozco se encuentra vinculada laboralmente a la EPS-S Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó ESS -EPS-S-AMBUQ ESS-, entidad de derecho privado que ejerce funciones públicas como prestadora de los servicios del régimen subsidiado de salud en el municipio de Polonuevo (Atlántico).

**1.1.3.-** Agrega que la concejal demandada incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5° del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617, al desempeñarse simultáneamente como concejal del municipio de Polonuevo y ejercer el cargo de Técnico en Servicios de Salud en la EPS-S AMBUQ ESS.

## **1.2.- Contestación de la demanda por parte de la concejal Elina Esther Mass Orozco**

**1.1.2.-** El *a quo*, mediante auto de 31 de mayo de 2016 (folio 37), dejó constancia de que la ciudadana Elina Esther Mass Orozco contestó la demanda de manera extemporánea, pues el auto admisorio de la misma le fue notificado el 3 de mayo de 2016 y hasta el 17 de mayo del mismo año, la demandada presentó el escrito contentivo de la contestación, esto es, por

---

<sup>4</sup> ARTICULO 48. PERDIDA 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:

(...)

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

fuera de los tres (3) días previstos en el artículo 9 de la Ley 144 de 19 de julio de 1994<sup>5</sup>.

### **1.3.- La sentencia de primera instancia**

La Sala Plena del Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante providencia del 29 de junio de 2016, resolvió lo siguiente: *“Primero.- Denegar las súplicas de la demanda, acorde con las motivaciones precedentes.”*

**1.3.1.-** En este sentido, la primera instancia consideró que para la ocurrencia de la causal alegada, es necesario que concurren los siguientes elementos: (i) la calidad de concejal, (ii) fungir simultáneamente como empleado o contratista de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social y, (iii) el desarrollo de las funciones debe ser en la comprensión territorial del municipio en el cual haya sido elegido concejal.

**1.3.2.-** Precisó que la calidad de concejal de la demandada se encuentra probada en el expediente con el certificado suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil de Polonuevo (Atlántico).

**1.3.3.-** Respecto del segundo elemento, sostuvo que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) tienen como finalidad la administración idónea de recursos públicos por expresa delegación del Estado. Los artículos 178 de la Ley 100 de 1993<sup>6</sup>, y 2 del Decreto 1485 de 1994<sup>7</sup>, establecieron las funciones que desempeñan las EPS, dentro de las cuales se encuentra la de

---

<sup>5</sup> Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas.

<sup>6</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

<sup>7</sup> Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud

gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y con profesionales de la salud.

Precisó que el artículo 179 de la Ley 100 estableció que, con el fin de garantizar los servicios que ofrece el Plan Obligatorio de Salud (POS) a sus afiliados, las EPS prestan directamente los servicios de salud o los contratan con las IPS y los profesionales. Esta norma también establece que para racionalizar la demanda por servicios, las EPS podrán adoptar modalidades de contratación y pago, tales como capacitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y control de costos.

En este sentido, afirmó que las EPS no prestan servicios médicos sino que promueven dichos servicios a los usuarios en un esquema de aseguramiento, mientras que de conformidad con lo previsto en el artículo 156 de la Ley 100, las IPS son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud.

Recalcó que al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las EPS están encargadas de realizar las labores de intermediación financiera y administrativa en su calidad de responsables de la afiliación, registro y recaudo de las cotizaciones por delegación del Estado.

Afirmó que como las EPS reciben fondos del Fosyga y de los entes territoriales, una de las principales funciones que tienen es la de garantizar la prestación del plan obligatorio de salud (POS) a sus afiliados, bien sea de

manera directa o mediante contratos de servicios con las IPS y los profesionales de la salud.

Adujo que las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) son personas naturales o jurídicas, públicas, mixtas o privadas, hospitales, centros de salud, etc., encargadas de prestar al usuario el servicio de salud, el cual es pagado por el respectiva EPS.

Precisó que a partir de la Ley 1438 de 19 de enero de 2011<sup>8</sup>, por la cual se creó el mecanismo de giro directo, mediante el cual el Ministerio de la Protección Social envía directamente a nombre de las entidades territoriales la Unidad de Pago por Capitación a las EPS o podrá hacer pagos directos a las IPS.

**1.3.4.-** Afirmó que las pruebas allegadas al plenario demuestran que la concejal demandada se encuentra vinculada en calidad de Profesional Universitario de Recobro a la EPS AMBUQ ESS.

Consideró que el ejercicio de las funciones de concejal del Municipio de Polonuevo y la vinculación laboral demostrada, en modo alguno implica que la demandada se encuentre incurso en la incompatibilidad prevista en el numeral 5º del artículo 41 de la Ley 617, pues esta norma se refiere exclusiva y de manera excluyente a las empresas prestadoras de servicios de seguridad social, categoría que no ostenta la EPS AMBUQ ESS, pues si bien las EPS conforme al artículo 155 de la Ley 100, tienen la calidad de integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal aspecto *per se* no las convierte en prestatarias del servicio de salud, sino que son

---

<sup>8</sup> Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

promotoras, organizadoras y garantes de la prestación de los mismos, función que no se puede confundir con la prestación efectiva del servicio, razón por la cual aquéllas deben contratar su prestación con las IPS en punto a lograr su materialización.

#### **1.4.- El recurso de apelación**

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y, en su lugar, le despoje a la demandada de su investidura, esgrimiendo las siguientes inconformidades:

**1.4.1.-** Afirma que el *a quo* omitió considerar de fondo la condición relevante del caso presente, pues el sistema de seguridad social en Colombia está integrado por instituciones públicas y privadas, las cuales deben apuntar a garantizar el cumplimiento del servicio de salud. De manera que, resulta ineludible aceptar que las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) son las únicas que prestan servicios de salud.

**1.4.2.-** Asegura que, independientemente de la interpretación que el *a quo* realizó con relación a la actividad de las EPS y de las IPS, el hecho de que la demandada se encuentre vinculada laboralmente con la EPS AMBUQ ESS, incurre en la incompatibilidad prescrita en el numeral 5º del artículo 41 de la Ley 617, comportamiento que es reprochable por el legislador porque va en detrimento de los valores correspondientes a la transparencia y a la moralidad pública inmersos en la Constitución y las leyes.

### **1.5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público**

De conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el magistrado sustanciador del proceso, mediante auto de 31 de agosto de 2016, admitió el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

**1.5.1.-** El demandante y el demandado alegaron de conclusión y reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial.

**1.5.2.-** El agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito de 6 de octubre de 2016 y solicitó, luego de un estudio integral del proceso judicial, la confirmación de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con los siguientes argumentos:

Está demostrado dentro del plenario, que la concejal demandada está vinculada desde el 1º de junio de 2004 a la EPS-S- AMBUQ ESS, bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido, en donde se desempeñó en principio en el cargo de “Técnico en Servicios de Salud” y, a partir del 19 de agosto de 2015, fue ascendida al cargo de “Profesional Universitario de Recobro”.

Indica que de conformidad con el literal i) del artículo 156 de la Ley 100, 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, lo que traduce que estas no prestan servicios médicos, sino que simplemente “promueven” los servicios de salud en el régimen subsidiado y contributivo a los usuarios del sistema de seguridad en salud en general.

Sostiene que el artículo 177 de la Ley 100 define a las EPS, como las responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica está cimentada en organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía de que trata el título III de la ley en mención.

Afirma que las IPS se encargan de la prestación del servicio de salud a los afiliados al sistema y las EPS son las responsables de la afiliación y al sistema de salud, pero no de la prestación del servicio de salud a los afiliados, toda vez que su labor se limita a organizar de manera estructural la promoción de salud a los usuarios en el sistema de salud en general y no en la prestación de salud como pretende argumentar el actor en el escrito de demanda.

Manifiesta que, en el caso *sub examine*, se encuentra probado que la demandada: (i) es concejal del municipio de Polonuevo - Atlántico y, (ii) la concejal al ser empleada de la EPS-S- AMBUQ ESS, solo promueve el servicio de salud, a sus afiliados y no lo presta y, (iii) aunque funja como empleada de la EPS en el municipio de Polonuevo –Atlántico-, no configura la causal invocada por el actor, teniendo en cuenta que uno de los elementos

requeridos para la configuración normativa no se encuentra contemplado como antecede.

Concluyó que no encuentra configurada la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, por violación al régimen de incompatibilidades, instaurada en contra de la señora Elina Esther Mass Orozco, Concejal del municipio de Polonuevo –Atlántico-, por lo que solicita la confirmación de la decisión de primera instancia.

## **2.- Consideraciones de la Sala**

### **2.1.- Procedibilidad de la acción pérdida de investidura**

Obra en el expediente<sup>9</sup>, el certificado suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil en el que consta lo siguiente: *“verificando el formato E-26 CO “Acta de Resolución de Escrutinio”, elección de Concejo Municipal de Polonuevo-Atl., para el periodo constitucional de 2016 a 2019, la señora ELINA ESTHRER MASS OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.569.878 expedida en Polonuevo Atlántico, fue declarada Concejal Electa por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia -AICO”*.

Cabe advertir que esta Sala, en sentencia de 8 de julio de 2000<sup>10</sup>, sostuvo que la ausencia de credencial es jurídicamente irrelevante ante la existencia de otro medio de prueba igualmente idóneo para la acreditación de la investidura de concejal. En esa oportunidad, la Sala consideró sobre el particular:

---

<sup>9</sup> Folio 10, cuaderno principal.

<sup>10</sup> Expediente: 76001233100020090076401, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

“Por lo anterior, la cuestión a dirimir en la presente instancia es la planteada en el recurso, esto es, si la circunstancia de que la autoridad electoral competente no le ha expedido al demandado su correspondiente credencial de concejal, lo sustrae de la presente acción, y si al no haberse presentado la prueba de esa credencial no se ha dado cumplimiento al requisito de la demanda señalado en el artículo 4, literal b), de la Ley 144 de 1994. Al respecto se observa que tal cuestión ha sido planteada por la defensa del inculpado desde la contestación de la demanda, y que el a quo no se detuvo en considerarla. Sin embargo, baste decir que la condición o calidad de concejal no nace de la credencial de concejal que expida la autoridad electoral respectiva, sino del acto administrativo que declara electa a la persona de que se trate o, en su lugar, del cumplimiento del acto que lo convoque o de llamamiento a tomar posesión del cargo en caso de vacancia en una de las curules que conforman la correspondiente corporación de elección popular, cuando tiene las condiciones para ser llamado, esto es, ser parte de la lista a la que pertenece quien hubiere hecho dejación del cargo, y seguir en turno frente a éste. En ese orden, la credencial no es más que un instrumento para acreditar la calidad o el estatus que se adquiere con el acto administrativo que declara la elección o que lo llama a ocupar la curul que quede vacante, de modo que es un documento que resulta del hecho de haber sido declarado elegido por la autoridad electoral del caso, y nada obsta para que quien hubiere sido posesionado por llamamiento a ocupar la curul, solicite su expedición a dicha autoridad. Pero como tal es apenas uno de los posibles instrumentos válidos para acreditar ese status o la tenencia de la investidura de que se trate, en este caso, de concejal, de modo que no es la única, ni es absustantian actus, como lo pretende la apoderada del encausado, sino meramente ad probationem. En ese orden, otros documentos públicos pueden servir para ese mismo fin, como en efecto lo son las actas de escrutinio donde se indica la votación obtenida por cada candidato y quiénes de ellos resultaron elegidos; la certificación de la autoridad electoral donde haga constar que determinada persona fue elegida para el cargo de elección popular de que se trate; la certificación del Secretario de la respectiva corporación, en este caso, del concejo municipal, sobre la ocupación o desempeño de cargo de concejal por alguna persona, así como copia auténtica del acta de toma de posesión de dicha dignidad. Así las cosas, la acreditación que se exige en el artículo 4º, literal b), de la Ley 144 de 1994, en cuanto señala que cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos “Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional”, no puede tomarse de manera literal o restrictiva, en el sentido de que esa acreditación sólo pueda darse mediante la credencial o por la organización electoral, sino como un requisito susceptible de cumplir con cualquier prueba idónea, como las atrás anotadas.”

Conforme a lo anterior, la Sala considera que el certificado allegado por el Registrador Municipal del Estado Civil demuestra la calidad de concejal de la demanda y, por lo tanto, la hace sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura.

Esta Sección es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Diputados, de una parte, en virtud del artículo 48, párrafo 2, de la Ley 617, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

## **2.2.- El problema jurídico**

Corresponde a la Sala establecer si la demandada, Elina Esther Mass Orozco, concejal del Municipio de Polonuevo (Atlántico), por ser empleada o contratista de empresas que presten servicios de seguridad social en el respectivo municipio, pueda estar incurso en causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617, por violar el régimen de incompatibilidades establecido en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617.

## **2.3. La causal de pérdida de investidura por violación a régimen de incompatibilidades en que habría incurrido la demandada**

A la demandada se le endilga la incompatibilidad prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617, que al tenor establece:

**Ley 617 de 2000**

“**Artículo 41. De las Incompatibilidades de los Concejales.** Adiciónase el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, con los siguientes numerales: (...)

5. **Ser** representantes legales, miembros de juntas 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.**” (negrilla fuera de texto)»

La violación del régimen de incompatibilidades prevista para los concejales está contemplada como causal de pérdida de investidura al tenor del artículo 48 de la Ley 617 de 2000:

*«ARTICULO 48. PERDIDA 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:*

*1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general».*

## **2.4.- Análisis del problema jurídico y del caso concreto**

### **2.4.1.- Las pruebas que obran en el plenario**

En el expediente reposan las siguientes pruebas documentales:

Oficio sin número de 10 de junio de 2016 (folio 51), en el que el Alcalde de Polonuevo hace constar que entre el Municipio de Polonuevo y la EPS-S AMBUQ ESS existe una relación contractual, cuyo objeto consiste en “garantizar el aseguramiento efectivo y la prestación de los servicios de salud

contemplados en el POS-S, a través del adecuado flujo de los recursos, hacia la red prestadora de servicio de salud en el Municipio. Fecha de inicio 05-05-2016; vigencia 2016.” (subrayado fuera de texto)

Está probada la calidad de empleado o contratista, así:

Oficio sin número de 7 de junio de 2016 (folio 53), mediante el cual el Gerente Técnico Jefe Administrativo de la EPS-S AMBUQ ESS certificó que “la señora MASS OROZCO ELINA ESTHER, identificada con cédula de ciudadanía No. 22569878, se encuentra vinculada a esta empresa mediante contrato indefinido en la ciudad de Barranquilla –Atlántico-, desde el 01 de Junio del 2004 en el cargo del TÉCNICO EN SERVICIOS DE SALUD y que a partir del 19 de Agosto de 2015, fue ascendida al cargo de Profesional Universitario de Recobro, cargo que está asignado al área de calidad, con la función de brindar soporte al proceso de recobro”.

#### **2.4.2.- Análisis del caso concreto**

Del contenido del numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, disposición legal que adicionó el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, para la configuración de la incompatibilidad se requiere la presencia de los siguientes elementos:

- (i) Tener la condición de concejal;
- (ii) Simultáneamente al cargo de concejal, ser empleado o contratista de una empresa;
- (iii) Que la empresa preste servicios de seguridad social;

(iv) Que los servicios de seguridad social se presten en el municipio en el que se es concejal.

(i) En relación con el primer elemento, esto es, la prueba de la condición de concejal, la misma fue acreditada, mediante certificado suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil, en el que consta que “*verificando el formato E-26 CO “Acta de Resolución de Escrutinio”, elección de Consejo Municipal de Polonuevo-Atl., para el periodo constitucional de 2016 a 2019, la señora ELINA ESTHRER MASS OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.569.878 expedida en Polonuevo Atlántico, fue declarada Concejal Electa por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO*”. (folio 10, cuaderno principal)

(ii) Ahora bien, en relación con el segundo de los elementos, esto es, que simultáneamente al cargo de concejal sea empleada o contratista de una empresa, cabe precisar que la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1 de marzo de 2005<sup>11</sup>, declaró exequibles las expresiones “*empleados o contratistas*” y “*en el respectivo municipio*”, contenidos en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, por considerar que esta incompatibilidad, establecida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, porque impide la confluencia de intereses personales y públicos en un mismo sujeto. Dijo la Corte:

“(…)

Lo primero que corresponde examinar es si esa restricción de derechos persigue alguna finalidad constitucionalmente relevante que la justifique; en el presente caso, como se acaba de decir, esa finalidad radica en la necesidad de garantizar la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, objetivos que no solo son legítimos, sino

---

<sup>11</sup> Sentencia C-179-05 de 01 de marzo de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

también importantes en el Estado Social de Derecho. Ahora bien, en cuanto al medio escogido por el legislador para alcanzar el anterior propósito constitucional, en el presente caso consiste en diseñar una **causal de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de concejal, que impide que quienes sean empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos que operen en el municipio, simultáneamente se desempeñen como concejales**. Al parecer de la Corte, esta incompatibilidad, escogida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, pues impide la confluencia de intereses personales y públicos en cabeza de un mismo sujeto. En tal virtud, se cumple con la adecuación de medio a fin que debe estar presente en las normas legales que restringen derechos fundamentales para el logro de objetivos constitucionales relevantes.» (negrilla fuera de texto)

En esa misma sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que los concejos municipales tienen un alto grado de injerencia en la administración de los recursos de la seguridad social.

Esta Sala, en sentencia de 14 de octubre de 2004<sup>12</sup>, sostuvo que el propósito de esta incompatibilidad no es solo evitar que el concejal pueda incidir en materias concernientes a la prestación de servicios públicos o de seguridad social en los cuales el municipio tiene reservada una posición protagónica, sino también impedir que dada su condición de contratista pueda influir en el electorado en cuanto a su voluntad de voto, derivando ventaja frente a los demás aspirantes al concejo.

El propósito de esta incompatibilidad está en el hecho de que el concejal pueda incidir en materias concernientes a la prestación de servicios públicos

---

<sup>12</sup> Sentencia del 14 de octubre de 2004, Expediente: 2004-0480, Actor: EMILIO AUGUSTO LAGOS BRUCE, M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.

o de seguridad social en los cuales el municipio tiene reservada una posición protagónica.<sup>13</sup>

Mediante Oficio sin número de 7 de junio de 2016, el Gerente Técnico Jefe Administrativo de la EPS-S AMBUQ ESS (folio 53, cuaderno principal) hizo constar que, desde el 1 de junio de 2004 hasta la fecha de expedición del certificado, la ciudadana Elina Esther Mass Orozco se encuentra vinculada laboralmente, bajo la modalidad de contrato indefinido, con la EPS-S Asociación Mutual Unidos de Quibdó (EPS-S- AMBUQ ESS).

Probado el segundo de los elementos de la causal alegada a la demandada, resulta pertinente establecer si la EPS-S- AMBUQ ESS es una empresa que presta servicios de seguridad social. Para este efecto, entonces, será necesario determinar el alcance de la expresión “empresa que presta servicios de seguridad social”.

(iii) El Sistema de Seguridad Social Integral vigente en Colombia fue instituido por la Ley 100 de 1993<sup>14</sup> y reúne de manera coordinada un conjunto de instituciones, normas y procedimientos a los cuales pueden tener acceso las personas y la comunidad, con el fin principal de garantizar una calidad de vida que esté acorde con la dignidad humana. Hace parte del Sistema de Protección Social junto con políticas, normas y procedimientos de protección laboral y asistencia social.

El artículo 1º de la Ley 100 dispone que el Sistema de Seguridad Social Integral comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las

---

<sup>13</sup> Sentencia del 14 de octubre de 2004, exp. 2004-0480, C.P. Dr Gabriel Eduardo Martínez Martelo.

<sup>14</sup> “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y de servicios complementarios.

De acuerdo con esta norma, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia se compone entonces, de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios.

Por su parte, el numeral 3º del artículo 155 de la Ley 100 establece que el Sistema General de la Seguridad Social en Salud<sup>15</sup> está integrado, entre otras personas, por los organismos de administración y financiación dentro de los cuales se encuentran las Entidades Promotoras de Salud: Esta norma dispone:

**“Artículo 155. Integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:

- a) Los Ministerios de Salud y Trabajo;
- b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud;
- c) La Superintendencia Nacional en Salud;

**2. Los Organismos de administración y financiación:**

- a) Las Entidades Promotoras de Salud;**
- b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;
- c) El Fondo de Solidaridad y Garantía.

---

<sup>15</sup> La Ley 100 de 1993 en su preámbulo define la Seguridad Social Integral como «el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.»

El artículo 4º ibidem dispone que «la seguridad social es un servicio público obligatorio, dirigido, coordinado y contratado por el Estado, y prestado por entidades públicas y privadas, en los términos y condiciones establecidas en la presente ley».

3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas.
4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.
5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.
6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.
7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud." (negrilla fuera de texto)

De conformidad con el artículo 177 ibidem, las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar, garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago al Fosyga. El tenor de la norma es el siguiente:

**“ARTICULO. 177.-Definición.** Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.”

Dentro de las funciones que el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 le asigna a las Empresas Promotoras de Salud (EPS) se encuentran las siguientes:

**ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud.** Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:

1. [Modificado por el art. 43, Decreto Nacional 131 de 2010](#). El Decreto 131 de 2010 fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-289 de 2010. Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.
7. [Modificado por el art. 43, Decreto Nacional 131 de 2010](#). El Decreto 131 de 2010 fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-289 de 2010. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.”

El artículo 179 de la Ley 100 dispone que las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras, con el fin de garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados.

De manera que, la Ley 100 es clara cuando establece que uno de los organismos de administración y financiación que integran el sistema de seguridad social en salud son las EPS, las cuales pueden prestar el servicio de salud de manera directa o indirecta.

Esta Sala, en sentencia de 10 de febrero de 2005<sup>16</sup>, antecedente jurisprudencial, tuvo la oportunidad de analizar un supuesto de hecho en el que el concejal demandado se desempeñaba simultáneamente como Representante Legal de una Entidad Promotora de Salud, la cual tenía por objeto social la administración de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y precisó que como se trata de una empresa que presta servicios de seguridad social, se configura la violación de la incompatibilidad alegada. En esa oportunidad la Sala puso de presente lo siguiente:

“Que la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD INDÍGENA GUAITARA E.P.S.I INDÍGENA es una **entidad de derecho público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía presupuestal, financiera y administrativa, que se transformó para la administración de recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud para las comunidades indígenas**, mediante Resolución Núm. 0018 de 9 de marzo de 2001, de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, según consta en certificación expedida por esa dependencia que obra en fotocopia simple a folio 31 del expediente. **El artículo 4º de sus estatutos señala que su objeto social es la administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud**, promover el desarrollo integral de las comunidades indígenas, fortalecer la autonomía y participación de sus comunidades indígenas; la defensa y desarrollo de la Seguridad Social Indígena, la medicina tradicional, la organización del acceso oportuno y adecuado de los servicios de promoción, prevención, atención y recuperación de la salud en todos los niveles, y brindar servicios de salud a la población no indígena que lo requiera en los términos establecidos por la ley. En estas circunstancias no cabe duda de que se trata de una empresa o entidad que presta servicios de seguridad social en el municipio donde el demandado es concejal, de suerte que se configura la violación de la incompatibilidad invocada, pues se halla revestido de calidades o investiduras que la norma no permite que se ostenten simultáneamente, como son, de una parte miembro de junta directiva y, además, representante legal, de una empresa prestadora de servicio de seguridad social en el municipio de Ipiales y, de otra parte, concejal del mismo municipio. La violación de esa incompatibilidad constituye causal de pérdida de la investidura de concejal por disposición del artículo 48, numeral 1, de la Ley 617 de 2000, y como esa

---

<sup>16</sup> Expediente: 2004-00413, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

norma o alguna otra no prevé excepción respecto de la incompatibilidad examinada, la Sala no halla fundamento para excluir de ésta al demandado por la circunstancia de que en su caso la entidad prestadora del servicio de seguridad social está conformada por comunidades indígenas, amén de que la norma tampoco hace diferencia entre esas entidades por cualquier razón, y menos por su origen social o composición. Tampoco hay sustento alguno para exonerar al inculpado de la referida incompatibilidad por su condición de miembro y Gobernador de una comunidad indígena, ni por los motivos que lo hacen miembro de la junta directiva de la aludida entidad promotora de salud indígena. Como lo advierte el *a quo*, la normativa que se está aplicando en este caso, es la de una institución administrativa común, que como tal se rige por el derecho público general del país, de suerte que no hace parte de la organización e instituciones indígenas, ni se encuentra sujeta a los usos y costumbres de ese mismo carácter.”

De lo anteriormente expuesto, la Sala colige que la EPS-S- AMBUQ ESS es una empresa que presta servicios de seguridad social, para efectos de la configuración de la incompatibilidad que se le atribuye a la demandada.

Cabe advertir que, en la medida en que la incompatibilidad alegada como vulnerada hace referencia a las empresas que prestan servicios de seguridad social de manera general, sin especificar si se trata de EPS o IPS, los argumentos expuestos por el *a quo* en primera instancia, consistentes en que las EPS no prestan servicios médicos sino que promueven dichos servicios, resultan impertinentes al presente caso, pues como lo establece la Ley 100, las EPS hacen parte del sistema de seguridad social y no solo son organismos de administración y financiación del mismo sino que también prestan de manera directa e indirecta el servicio de salud.

Por lo anterior, resulta probado el tercer elemento de la causal de incompatibilidad alegada como demandada.

(iv) Frente a la acreditación de que la prestación del servicio de seguridad social se realice en el mismo municipio en el que la demandada ostenta la

condición de concejal, obra en el plenario el oficio sin número de 10 de junio de 2016 (folio 51), en el que consta que entre el Municipio de Polonuevo y la EPS-S AMBUQ ESS existe una relación contractual, cuyo objeto es prestar los servicios de salud en el municipio de Polonuevo (Atlántico).

Esta Sala, en sentencia de 16 de agosto de 2007<sup>17</sup> tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca del elemento circunstancial de lugar donde debe ocurrir la incompatibilidad endilgada y precisó que *“el lugar donde el implicado preste sus servicios no es lo que determina si está incurso o no en la causal, sino el hecho de que la entidad a que se encuentra vinculado laboral o contractualmente, preste sus servicios en la respectiva localidad”*. En esa oportunidad la Sala dijo:

*“(...) la prestación del servicio se predica de la empresa y no de su empleado o contratista, pues el complemento circunstancial de lugar “en el municipio” se refiere a la prestación del servicio por parte de la “empresa de seguridad social”<sup>18</sup>. Por lo tanto, el lugar donde el implicado preste sus servicios no es lo que determina si está incurso o no en la causal, sino el hecho de que la entidad a que se encuentra vinculado laboral o contractualmente, preste sus servicios en la respectiva localidad, así aquel cumpla sus funciones en municipios distintos.”*

Visto lo anterior, para la Sala es claro que, en el caso *sub examine*, se cumplieron los elementos para que la causal de incompatibilidad se configurara, esto es, que la concejal, Elina Esther Mass Orozco está vinculada laboralmente con la EPS-S- AMBUQ ESS, empresa que presta servicios de seguridad social en el Municipio de Polonuevo (Atlántico), lugar

---

<sup>17</sup>Expediente: 15001-23-31-000-2005-02321-01(PI), Actor: ELVER VELASCO AVENDAÑO, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

<sup>18</sup> «Artículo 27 CC.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.»

donde funge como concejal, conducta violatoria del numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617.

Verificada la configuración de la causal de pérdida de investidura, cabe advertir que de conformidad con lo previsto en el artículo 123 de la Constitución Política y el artículo 34 de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002<sup>19</sup>, los concejales son servidores públicos por ser miembros de las corporaciones públicas y, como tal, están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el Reglamento.

De manera que, cuando la ciudadana Elina Esther Mass Orozco resultó elegida como concejal del municipio de Polonuevo (Atlántico) debía conocer las conductas o supuestos de hecho configurativos de incompatibilidades, como la descrita en el numeral 5º del artículo 41 de la Ley 617, pues tal como lo ha dicho la Corte Constitucional<sup>20</sup>, las incompatibilidades tienen como función primordial, preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, impedir el ejercicio simultáneo de actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública; de igual manera, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Conforme a lo expuesto, la Sala considera que los argumentos del recurso de apelación presentados en contra de la sentencia de primera instancia

---

<sup>19</sup> Por el cual se expide el Código Disciplinario Único

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

tienen vocación de prosperidad y, en consecuencia, se procederá a revocar dicha decisión, para en su lugar, decretar la pérdida de investidura de la ciudadana Elina Esther Mass Orozco, como concejal del Municipio de Polonuevo para el periodo 2016-2019.

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

**F A L L A :**

**REVÓCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 29 de junio de 2016 por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar:

**DECRETAR** la pérdida de investidura de la ciudadana Elina Esther Mass Orozco como concejal del municipio de Polonuevo (Atlántico) para el periodo 2016-2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 25 de mayo de 2017.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Presidente

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**