



SALVAMENTO DE VOTO

Número único de radicación: 11001031500020190077100

PÉRDIDA DE INVESTIDURA

ACTOR: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE CALVACHE

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión de 10 de mayo de 2022, que **REVOCÓ** la sentencia de 3 de diciembre de 2019, proferida por la Sala 27 Especial de Decisión de esta Corporación y, en su lugar, **DENEGÓ** la solicitud de pérdida de investidura contra el Representante a la Cámara **HERNAN GUSTAVO ESTUPIÑAN CALVACHE**, pues, a mi juicio, ha debido confirmarse el fallo que la decretó.

Las razones que me llevan a manifestar esta posición radican en el análisis que el fallo realizó que, según su plan de exposición, se desarrolló en tres partes¹, lo que dio lugar a las conclusiones a la que arribó frente a la situación normativa y fáctica examinada.

Pues bien, el reproche del apelante radicó en desvirtuar y controvertir las conclusiones del fallador de primera instancia frente a la valoración probatoria² y a la supuesta exigencia de informes escritos sobre el

¹ Las partes son:

“[...] **Primera parte:** el nombramiento del miembro de la UTL para que no realizara ninguna función y compartiera su salario, configura la indebida destinación de dineros públicos, pero no se dio por demostrado en la sentencia de primera instancia.

Segunda parte: el incumplimiento de las funciones relativas al control y la certificación del <<cumplimiento eficiente>> de las funciones por parte del integrante de la UTL imputadas al Congresista no estructura la destinación indebida de dineros públicos.

Tercera parte: la imputación por la cual se decretó la pérdida de investidura no está probada ni en su aspecto objetivo, ni en su aspecto subjetivo. [...]”

² Las razones que se adujeron se concretan en la **valoración de pruebas que no fueron decretadas** ni practicadas en el proceso. Se alegó que se tuvieron en cuenta, entre otros documentos: (i) varias Gacetas del Congreso; (ii) el informe de rendición de cuentas presentado por el Demandado para los periodos 2017-



ejercicio de las funciones asignadas a un funcionario integrante de la UTL a cargo del congresista accionado, mientras que el fallo de segunda instancia se decantó por un análisis de la conducta del demandando, en la que propuso un entendimiento de ésta, sin constatar los elementos de la causal invocada, el precedente judicial fijado por la Corporación y el análisis de los reproches planteados contra la sentencia de primer grado, que sí la encontró probada.

En efecto, si bien el fallo consideró que un Congresista incurre en esta causal de indebida destinación no solo cuando se "**designa al funcionario**" sino "*cuando lo postula para que sea **designado***", sometió dichas conductas a una condición adicional sobre **la voluntad** del congresista para el momento de la vinculación del funcionario - o *designación* - orientada a que debía acreditarse materialmente, que la designación fue "*para que **no desempeñe la función que legalmente le corresponde** y le transfiera el salario a un tercero*".

Bajo este entendido, el fallo planteó un requisito temporal para examinar los elementos de la causal, que asimiló con la probanza del vicio de legalidad de los actos administrativos cuestionados de desviación de poder, cuyo planteamiento desconoce que el objeto de la solicitud de pérdida de investidura tiene un propósito "*ético que exige de los representantes elegidos popularmente un comportamiento recto,*



*pulcro y transparente*³, para lo cual determinó que esa destinación debía probarse al momento de la vinculación, en este caso, del funcionario que recibiría el pago de su salario con dineros públicos. Así se lee en el fallo:

*"[...] 26. La causal **no se** configura únicamente cuando formalmente el congresista **expide un acto** en el que destina indebidamente dineros públicos. **Se configura también cuando, aunque formalmente no ocurra lo anterior, se acredita que ejerció su competencia, en realidad, para destinar indebidamente dineros públicos.** Si la desviación de poder le permite a la jurisdicción contenciosa realizar un control material sobre la actividad de la Administración - porque este control no se limita a verificar el ejercicio formal de sus competencias a partir de lo que se consigna en los actos, **sino que es un control material respecto del ejercicio real de las mismas-**, es claro que en el análisis de la causal en el caso concreto obra de la misma manera: se determina a partir de los medios de prueba que obren en el expediente, que den cuenta sobre la conducta **material realmente desarrollada por el demandado** [...]"*

Ciertamente, esta primera conclusión es la que sirve de fundamento para explicar que el **incumplimiento** de las funciones de control y de certificación imputadas al Congresista accionado **no** estructuran la causal alegada, con lo cual despoja de las responsabilidades que tienen estos funcionarios frente a las actuaciones que cumplen para habilitar el pago de los salarios que se realizan a los funcionarios que son miembros de la Unidad de Trabajo Legislativo a su cargo, las cuales están referidas indefectiblemente a la destinación de los dineros públicos.

³ Corte Constitucional Sentencia SU073-2020. Esta decisión está referida en el fallo.



Dicho razonamiento excusó la responsabilidad del congresista de certificar el cumplimiento de las funciones asignadas a su equipo de trabajo y lo desligó de los efectos de la causal endilgada, basado en que no se probó que el funcionario de la UTL hubiese **designado** al funcionario con el **ánimo** de "**no hacer nada**". Así lee en el fallo:

*"[...] 28.- **Certificar indebidamente el cumplimiento de las funciones del miembro de la UTL, y con ello propiciar que los dineros públicos con los que se le pagó su salario fueran MAL UTILIZADOS, no estructura la causal de destinación de dineros públicos** prevista como causal de pérdida de investidura. Si en el proceso no se probó que el Congresista **designó al funcionario** de la UTL para que **<<no hiciera nada>>** y le <<entregara su sueldo a él o a un tercero>>, **no puede decretarse la pérdida de investidura por desarrollar una conducta que no está prevista como causal para imponer tal sanción**, que es lo que se hace en la sentencia de primera instancia a partir de las siguientes consideraciones: [...]"*

Precisamente, estos elementos circunstanciales de tiempo y modo, que agregó a la causal y que se concretan en la necesidad de que se pruebe que la intención del Congresista al **momento de la designación era vincularlo para que "no hiciera nada"**, no hacen parte de los presupuestos que el constituyente identificó⁴ y que el legislador⁵ desarrolló para su concreción.

Tal interpretación es contraria a los análisis que sobre el particular ha efectuado la Jurisprudencia respecto de esta causal de pérdida de investidura y frente a la cual ha sido reiterativa, bajo el entendido de

4 Artículo 183 de la Constitución Política.

5 Leyes 1881 de 2018 y 2003 de 2019



que a pesar de no ser claras las acciones que la configuran, sí podrían darse cuando hay una utilización indebida de dineros públicos para pagar o autorizar el pago de salarios a personas que no han ejercido sus funciones. Así lo prohibió la Sala Plena, en reciente pronunciamiento:

"[...] El artículo 183 numeral 4º de la Constitución y el artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, establecen que los congresistas perderán su investidura **«por indebida destinación de dineros públicos»**. No obstante lo anterior, en estas disposiciones ni en la Ley 1881 de 2018, se concretan cuáles son las acciones u omisiones que dan lugar a la estructuración de la causal, razón por la cual **la jurisprudencia ha venido identificando una gran variedad de supuestos fácticos que podrían configurar la indebida destinación de dineros públicos**. En términos generales, la causal invocada en este proceso, censura cualquier **UTILIZACIÓN** de los dineros públicos para fines no previstos, distintos, prohibidos o no autorizados por la Constitución o la ley, **con el propósito de erradicar y sancionar aquellas prácticas que se apartan de los fundamentos deontológicos propios de la función parlamentaria**. Una de esas conductas reprochables la constituye el hecho de **pagar o autorizar el pago de salarios a personas que en realidad no han ejercido sus funciones** o prestado sus servicios o la remuneración, con cargo al erario de aquellas tareas, funciones, servicios o actividades ajenos a las misiones institucionales del Congreso. Esta corporación ha entendido que el comportamiento sancionable se configura cuando el parlamentario, en su condición de servidor público, **al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento para los dineros públicos**; destina o aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, innecesarias o injustificadas; busca un incremento patrimonial o un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, independientemente de que dicha actuación configure o no un delito penal. Lo importante, **es que el congresista sea el determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar dineros públicos a un fin no autorizado**. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 28 de marzo de 2017 precisó, que la causal se configura cuando se acreditan



*los siguientes presupuestos: (i) que se ostente la condición de miembro de una corporación de elección popular, (ii) que se esté frente a dineros públicos y (iii) que **estos sean indebidamente destinados** [...]”⁶.*

De tal manera que restringir el examen de la causal invocando los principios de taxatividad y de legalidad propuestos en el fallo, es un claro desconocimiento de las acciones reprochables que fueron probadas respecto del Congresista, las cuales acreditaron, como lo concluyó el fallo de primera instancia⁷, que se probó un actuar reprochable del demandado que permitió la indebida destinación de dineros públicos para el pago de salarios de un funcionario de la UTL a su cargo que incumplió con las funciones encomendadas.

Entonces, a mi juicio, las diferenciaciones que hace el fallo frente a la **“destinar indebidamente”** dineros públicos y a **“utilizarlos indebidamente”**, para explicar que la causal no se configura por esta última acción, representa una interpretación sustentada en una distinción semántica que además de apartarse sin justificación del precedente judicial, también descarta la valoración del material probatorio que se aportó y decretó en el curso de la solicitud.

⁶ Consejo De Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 10 de agosto de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04001-01(PI) Actor: Oromairo Avella Ballesteros. Demandado: César Augusto Ortiz Zorro. C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁷ Entre otros puntos concluyó que: “[...] 274. Dado que el proceso de pérdida de investidura que se sigue contra el señor Representante a la Cámara Hernán Gustavo Estupiñán Calvache señala que el parlamentario incurrió en la indebida destinación de dineros públicos porque certificó el cumplimiento de labores del señor Jahir Alexander Mena Quiñones, quien se desempeñó en el cargo de Asistente I de la UTL, sin que este hubiere cumplido sus funciones, lo probado en el proceso lleva al grado de certeza acerca de la aquiescencia que tuvo el parlamentario para con el señor Mena Quiñones, respecto del incumplimiento de las funciones de su cargo y de que le fueran remunerados, en forma inmerecida, el periodo comprendidos entre el 10 de abril y el 21 de mayo de 2018.”



En efecto, esta postura llevó a restringir el análisis probatorio de los documentos y testimonios que se acompañaron y decretaron en la solicitud, puesto que les restó el alcance probatorio otorgado en el fallo de primera instancia, material que se controvertió y valoró y que dio por acreditada la causal, y a la que se opuso el apelante, análisis al que ha debido circunscribirse el fallo de segunda instancia, pero de ningún modo a controvertir la conducta que configuró la causal.

Entonces, a mi juicio es equivocada la conclusión del fallo frente a que la causal invocada se da únicamente⁸ cuando "se ejecuta[r]

⁸ Estos son los partes del fallo que plantean esta postura:

"[...] 29.-Destinar indebidamente dineros públicos **no** puede asimilarse a utilizarlos indebidamente. Y no puede estructurarse la causal en una conducta que **NO SE LE IMPUTA DIRECTAMENTE AL CONGRESISTA SINO A UN TERCERO**, para incluir como conducta constitutiva de la causal propiciar la indebida utilización de dineros públicos, porque ello, además de violar la tipicidad, violaría el principio de personalidad de la sanción que se deriva de la disposición legal conforme con la cual <<el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva>> en el que para decretar dicha sanción es necesario acreditar **que el congresista, con su conducta dolosa o gravemente culposa, incurrió en una causal de pérdida de investidura**.

30.-La destinación indirecta de dineros públicos, que conforme con la jurisprudencia se estructura cuando el congresista no tiene la condición de ordenador del gasto, **SOLO PUEDE CONFIGURARSE CUANDO LA CONDUCTA CONSISTE EN DESTINAR EL DINERO PÚBLICO DE MANERA INDEBIDA, Y ELLA SOLO PUEDE PRESENTARSE CUANDO EL CONGRESISTA, EN DESARROLLO DE SUS COMPETENCIAS, DECIDE DARLE AL DINERO PÚBLICO UNA FINALIDAD DISTINTA A LA DEBIDA**. El incumplimiento de las funciones dirigidas a garantizar que efectivamente se utilice para dicho fin, que se presenta con posterioridad a su destinación, no configura la causal de pérdida de investidura imputada al demandado.

31.-Por tal razón, la causal de indebida destinación de dineros públicos **NO SE ESTRUCTURA AL TENER POR DEMOSTRADO QUE EL CONGRESISTA NO CUMPLIÓ ADECUADAMENTE SU OBLIGACIÓN DE VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES POR PARTE DEL FUNCIONARIO DE LA UTL. NO LE PIDIÓ INFORMES ESCRITOS, O CERTIFICÓ EL CUMPLIMIENTO EFICIENTE DE SUS FUNCIONES, SIN ESTABLECER SI LAS LABORES DESARROLLADAS ERAN CONEXAS O ÚTILES PARA LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS QUE AQUEL DEBÍA PRESENTAR**, y sin considerar que había sido informado de la existencia de problemas de comunicación con el funcionario y que este no había cumplido las instrucciones de trasladarse a Bogotá y de presentar informes escritos de su gestión.

32.- **Una cosa es ejecutar conscientemente un acto dirigido a destinar indebidamente dineros públicos (que es lo que ocurre cuando se nombra a un funcionario simplemente para que reciba el sueldo y le exige que se lo transfiera a otro) y otra cosa obrar de manera ineficaz o negligente en el cumplimiento general de sus funciones**, y permitir o propiciar con esa conducta que los recursos públicos destinados al pago de los salarios resulten perdidos o invertidos de manera ineficiente. Extender la conducta prevista como causal de pérdida de investidura que es <<destinar dineros públicos>> a una conducta Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar distinta como es la de <<propiciar la indebida utilización de dineros públicos>>, implica incluir en ella una <<gama de conductas>> abierta e indeterminada en la que quede incluida cualquier actuación del congresista que coadyuve o permita que los dineros públicos no se utilicen correctamente, o no se utilicen para el fin previsto en el presupuesto. Esto viola la garantía del debido proceso del congresista, porque supone imponerle una sanción por una conducta que no está prevista en la ley de manera clara y precisa como constitutiva de causal de pérdida de investidura y viola la prohibición de hacer interpretaciones extensivas o analógicas para decretar la pérdida de investidura.

33.-La tipicidad es <<aquella parte esencial de garantía material del principio de legalidad que comporta un mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y sus correspondientes sanciones>>. La tipicidad <<evita que la interpretación del órgano sancionador ampare aplicaciones de la norma, en las que esta se proyecte sobre conductas, que con arreglo a su contenido no podrían preverse y razonablemente encuadrarse en el tipo o ilícito descrito por



conscientemente un acto dirigido a destinar indebidamente dineros públicos (que es lo que ocurre cuando se nombra a un funcionario simplemente para que reciba el sueldo y le exige que se lo transfiera a otro) y otra cosa **obrar de manera ineficaz o negligente en el cumplimiento general de sus funciones, y permitir o propiciar con esa conducta que los recursos públicos destinados al pago de los salarios resulten **perdidos o invertidos de manera ineficiente**", en tanto la restringe a que únicamente se configuraría cuando el propósito del Congresista con el nombramiento o designación, sea indefectiblemente para destinar indebidamente los dineros públicos y se presente con voluntariedad en el acto de nombramiento o la designación del funcionario, según corresponda.**

Esta conclusión, en la que se fundó el fallo, resulta contraria a la posición de esta Corporación, al imponer un límite temporal y una característica predicable de la voluntad manifestada del Congresista, que no es coherente con el objeto y los fines de la solicitud de pérdida de investidura.

Finalmente, y aunque en la solicitud se aludió también a la conducta de "entrega de los recursos pagados como salario a favor de un tercero", lo cierto es que el fallo de primera instancia no examinó este tópico u alegación y, por lo mismo, ningún reproche se hizo en el recurso de

aquella>>. Para que se cumpla la garantía de la tipicidad es indispensable que la conducta sancionable <<sea reconocible por sus eventuales destinatarios, debiendo rechazar el aplicador, todas aquellas interpretaciones que claramente no encuentran cobertura en la misma(...)Cuando mediante una elemental inferencia lógica el intérprete pueda concretar sin dificultad la previsión normativa, el precepto sancionador en cuestión cumplirá los requisitos de tipicidad y certeza>>²³.



Número único de radicación: 110010315000201900771-01
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOBAR

apelación por el demandado, por cuanto no fue esta conducta la que se declaró probada, por lo que las referencias hechas por el *ad quem* sobre el particular, representan un fallo *extra petita* en cuanto al planteamiento de la apelación.

En estos términos dejo expuestas las razones de mi salvamento de voto, y por las cuales consideré que procedía confirmar el fallo de primera instancia que decretó la pérdida de investidura.

Fecha ut supra,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera