



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

**Radicación:** 11001-03-15-000-2019-00771-01  
**Solicitante:** José Manuel Abuchaibe Escolar  
**Demandado:** Hernán Gustavo Estupiñán Calvache - Representante a la Cámara por el departamento de Nariño  
**Asunto:** Salvamento de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de esta Corporación, procedo a exponer las razones por las cuales salvé mi voto en relación con la sentencia aprobada el pasado diez (10) de mayo, a través de la cual se revocó la decisión de primera instancia que decretó la pérdida de investidura de Hernán Gustavo Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño y, en su lugar, se negaron las pretensiones de la solicitud presentada por José Manuel Abuchaibe Escolar.

Mi disenso se relaciona tanto con las consideraciones generales que se incluyeron en el fallo respecto de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de recursos públicos (artículo 183.4 de la Constitución Política) —en particular, en aquellos eventos en los que se trata del nombramiento de miembros de UTL sin asignación de función alguna, conocidos comúnmente como *corbatas*—, como con la conclusión a la que se llegó en el caso concreto.

De fondo, la razón fundamental de mi desacuerdo es la inclusión en esa providencia de argumentos que contrarían la tesis que, de manera pacífica, ha defendido el Consejo de Estado respecto del alcance de la causal en esos eventos, a pesar de que modificar esa línea jurisprudencial o modificar la interpretación hogaño imperante no fue el querer ni expreso ni implícito de la Sala Plena, que, sin embargo, terminó por acoger mayoritariamente la ponencia en cuanto a la decisión del caso concreto y no por compartir las consideraciones en ella planteadas, pues las razones de los votos y de las aclaraciones manifestadas en Sala dan cuenta de la multiplicidad de razones por las cuales un grupo mayoritario de Consejeros



acompañó la sentencia pero que no todas ellas lo hicieron por compartir la reinterpretación de la causal que se establece a la postre en el fallo.

Esta circunstancia, me lleva a considerar necesario referirme puntualmente y en detalle a esos argumentos allí planteados, que conflictúan con el entendimiento jurisprudencial de la causal.

## **1. Respecto del alcance de la causal de indebida destinación de recursos públicos**

### **1.1 Sobre el verbo rector de la causal**

En la sentencia de la cual me aparto se afirma que esta causal solo se configura cuando se acredita que el nombramiento se hizo para que el servidor “*no desempeñe la función que legalmente le corresponde y le transfiera el salario a un tercero o al congresista*” (se resalta).

El uso de la conjunción “y”, implica que deben darse las dos circunstancias para que se entienda que hubo una indebida destinación de recursos públicos; es decir, no solo que el nombramiento se hizo para que no desempeñe función alguna sino también para que entregue el salario a un tercero o al congresista, lo cual no encuentra sustento ni en el texto constitucional, ni en las discusiones que sobre la materia se plantearon en la Asamblea Constituyente, ni tampoco en los análisis que las distintas Cortes han efectuado respecto de este asunto.

Por el contrario, como lo reconocieron los propios constituyentes al establecer los términos de esta causal de pérdida de investidura<sup>1</sup>, es perfectamente posible que la indebida destinación de recursos públicos se configure cuando un nombramiento se realiza para que determinada persona, sin ejercer función alguna, pueda percibir los dineros previstos como remuneración de tal cargo en el cual se nombra y beneficiarse a sí misma de esta situación. De hecho, este es el supuesto que corresponde cabalmente al fenómeno conocido como *corbata burocrática*, en la que con el nombramiento se terminan pagando favores políticos o atendiendo requerimientos personales, lo cual, por supuesto, no excluye, como supuesto de la

---

<sup>1</sup> Al efecto consultar los debates de la Comisión Codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del doce (12) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991). Disponible en <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/211/rec/35>.



causal, la situación en la que el congresista exige la entrega de parte del salario a sus colaboradores —con o sin funciones asignadas—, a cambio de mantener su vinculación<sup>2</sup>.

Además de lo anterior, en la sentencia se afirma que es necesario distinguir el alcance de los verbos “destinar”, “propiciar” y “utilizar” cuando se analiza esta causal, pues únicamente el primero da lugar a entender configurada la conducta que lleva a la pérdida de investidura<sup>3</sup>. A partir de esa distinción —que, debo indicarlo, resulta apenas aparente—, se plantean una serie de argumentos dirigidos a limitar el entendimiento y alcance de la causal, afirmando, por ejemplo, que solo los terceros pueden “utilizar” los recursos y no el congresista.

Sin embargo, estimo que esa construcción argumentativa no aporta elementos relevantes para el análisis de configuración de la causal, sino que, por el contrario, lleva a confusiones sobre la aplicación de la misma.

Finalmente, la norma constitucional es clara en establecer que el verbo rector de la conducta que se reprocha es “destinar”, de forma que es bajo ese entendimiento que el Consejo de Estado ha construido su jurisprudencia y decidido estos asuntos. Así, por ejemplo, y en contra de lo dicho en la sentencia de la cual me aparto, esta Corporación ha señalado que quien *propicia o da lugar* a la indebida destinación de recursos públicos también incurre en la causal, pues permite que se “*distorsione o cambie el cometido estatal consagrado en la Constitución, la Ley o el Reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o que estando autorizados sean diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o haya destinado o utilizado los recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o hubiere pretendido derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas*”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil once (2011), radicación, 11001-03-15-000-2010-01357-00 decretó la pérdida de investidura del congresista Luis Enrique Salas Moisés, al encontrar demostrado que éste exigía a los miembros de su UTL contribuciones, a título de diezmos, para la iglesia que este dirigía, dineros que, además, eran utilizados para financiar su actividad política.

<sup>3</sup> Considerandos 28 y siguientes del fallo objeto de salvamento.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, radicación 11001-03-15-000-2013-00865-00.



## 1.2 Sobre el carácter abierto de la causal y la aplicación del principio del efecto útil

En la providencia objeto de salvamento, de manera general y alegando la protección de los principios de legalidad y tipicidad, se afirma que la causal analizada no puede ser entendida como de “*textura abierta*” y que no es posible acuñar interpretaciones que pretendan darle un efecto útil, pues este principio no es aplicable a esta clase de procesos.

No obstante, en contra de esa consideración, las gacetas constitucionales dan cuenta de que fue deseo del constituyente que la causal prevista en el artículo 183.4 de la Carta Política tuviera carácter abierto, pues resultaba imposible enlistar *a priori* y de manera exhaustiva en esa disposición normativa todos y cada uno de los diversos supuestos que pueden dar lugar a una indebida destinación de dineros públicos<sup>56</sup>, circunstancia que así ha sido reconocida de manera uniforme y coincidente tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional<sup>7</sup>.

En ese sentido, no es cierto que, como se afirma en la sentencia, el principio de tipicidad impida que una norma sancionatoria tenga carácter abierto, pues en nuestro sistema jurídico se han avalado este tipo de disposiciones incluso tratándose de asuntos penales —como ocurre con los delitos de injuria y calumnia—, siempre y cuando sean claros los elementos básicos de la conducta y la determinación, así sea genérica, de lo que está permitido y de lo que está prohibido<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre el punto, sesión de la Comisión Codificadora de la Constitución del doce (12) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991) Disponible en <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/211/rec/35>, en la cual se señaló: “(...) O sea, eso sí debe ser causal de pérdida de la investidura porque es que es la sanción política lo [que] interesa, yo creo, no solamente las personas las pueden acusar en un juicio penal que dure 10 años y que se desvanece, como lo decía, bueno un conocido político para que no, pero la pérdida de la investidura, cuando el Consejo de Estado se dé cuenta de que sí es cierto y se lo comprueben, eso es fulminante para un congresista.- Dejémoslo así, si el Congreso lo reglamenta, queda abierto, o sea, hay posibilidad de que lo reglamente.

- Pero nunca lo van a reglamentar así sean los (...) que lleguen allí.  
Bueno, dejémoslo así, a ver qué pasa. Por indebida, no la, sino por indebida destinación de dineros públicos (...).”

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, se ha concluido que hay indebida destinación cuando: i) se destina indebidamente la contratación pública o el pago de anticipos, ii) se hace una cesión de tiquetes aéreos a una persona distinta del congresista, iii) hay apropiación de viáticos, iv) se pagan salarios a personas que no desempeñan función alguna, y v) se exige a los funcionarios un parte del salario a favor del congresista o de terceros.

<sup>7</sup> Consultar entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 22 de noviembre de 2016 (radicación 11001-03-15-000-2015-02938-00), de 28 de marzo de 2017 (radicación 11001-03-15-000-2015-00111-00) y de 28 de septiembre de 2021 (radicación 11001-03-15-000-2020-00517-00).

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2017, que reitera lo dicho en sentencia C-442 de 2011.



En este punto, cabe recordar que los Congresistas, como cualquier servidor público, solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido, de manera que, aplicada esta máxima a la causal analizada en la sentencia de la cual me aparto, es claro que ellos solo pueden destinar los dineros públicos para la satisfacción de los fines previstos de manera clara y concreta en la ley.

Por supuesto, la textura abierta de la causal bajo examen hace que el papel del Consejo de Estado, como juez natural de los procesos de pérdida de investidura, resulte de suma relevancia, pues es el encargado de concretar los supuestos en los que se presentan todos los elementos exigidos por la norma constitucional para la pérdida de investidura, de conformidad con su tenor literal y con la teleología con la que fue ésta fue instaurada en el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, al establecer que *“conforme al querer del constituyente y a las disposiciones constitucionales correspondientes (Art. 184 C.P), es el juez natural del proceso de pérdida de investidura el competente para interpretar, aplicar y desarrollar los conceptos relacionados con las causales consagradas en la Carta para que proceda la figura”*<sup>10</sup> (se resalta).

Bajo esta perspectiva, no se trata, como se asegura en la providencia objeto de disenso, de acudir a *“estándares deontológicos de conducta”*<sup>11</sup> para dar alcance a la causal bajo examen o de crear nuevas categorías que den lugar a la desinvestidura, sino de entender que las causales de pérdida de investidura y, en especial la de indebida destinación de recursos, están redactadas de forma amplia, de manera que corresponde al juez, como parte de la labor hermenéutica inherente a la función judicial, interpretarla y darle efecto, sin que ello apareje violación al debido proceso ni extralimitación de sus funciones.

Y sobre el principio de efecto útil, que según la sentencia de la cual me aparto solo rige para asuntos privados o contractuales, debe precisarse que se trata de una máxima hermenéutica del derecho en virtud de la cual, en todos los casos, incluidos aquellos relacionados con el derecho punitivo o sancionador, *“debe seleccionarse aquel significado que produzca efectos jurídicos, y descartarse aquellos otros que*

---

<sup>9</sup> La Corte Constitucional, en la sentencia SU-073 de 2020 retomó la línea jurisprudencial que sobre el alcance de la causal de indebida destinación de recursos ha construido esta Corporación y concluyó que si bien la posición sobre el alcance de la causal puede ser discutida, aquella resulta razonable y respetuosa de los derechos de los implicados. De ahí que en esa Corporación no ha prosperado ninguna tutela formulada contra esas decisiones por estos cargos.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007.

<sup>11</sup> Considerando 42 de la sentencia objeto de salvamento.



*no generen consecuencias o que carezcan de trascendencia jurídica*<sup>12</sup>. Eso explica el por qué este principio ha sido utilizado por la Corte Constitucional para analizar, por ejemplo, la constitucionalidad de normas incluidas en el Código de Policía —sentencia C-286 de 2017—, es decir, de normas que establecen conductas prohibidas y consecuencias frente a su contravención.

### **1.3 Sobre la relación con la figura de la desviación de poder**

En la providencia que se viene comentando, se plantea toda una argumentación alrededor de la figura de la desviación de poder para dar alcance a la causal de desinvestidura por indebida destinación de recursos públicos<sup>13</sup>, ejercicio que estimo impertinente por cuanto no es posible extrapolar los elementos de una causal de nulidad a un juicio sancionatorio.

Además, es claro que en el proceso de pérdida de investidura por actuaciones como las analizadas en esta sentencia, no se está controlando la legalidad del acto de nombramiento o de vinculación a la UTL, sino determinando si, con esa designación, se han destinado indebidamente recursos públicos.

### **1.4. Sobre la relevancia de analizar los controles ejercidos por el Congresista frente a la labor de los miembros de la UTL y la expedición del certificado de cumplimiento de funciones**

A lo largo del fallo objeto de salvamento se afirma que la indebida destinación no puede entenderse configurada por el hecho de que el congresista no haya ejercido

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-286 de 2017.

<sup>13</sup> Así, en los considerandos 25 y 26 se alude a la desviación de poder para hacer un símil con lo que debe examinarse en esta causal. Al efecto se indica que: *“No puede considerarse que, en la medida en que formalmente el congresista lo único que hace es disponer de un dinero público para el fin que el mismo tiene en el presupuesto (remunerar al funcionario de la UTL), está ejerciendo correctamente tal competencia y no puede calificarse tal destinación como indebida. Eso desconoce el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado acerca de la desviación de poder que aplica en la determinación de alcance de esta causal. En efecto, la desviación de poder ocurre cuando un funcionario expide un acto administrativo o celebra un contrato <<actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento>> pero dicho acto o contrato, en vez de estar dirigido al propósito que expresamente se anuncia en el mismo, tiene por objeto obtener provecho económico para él o para un tercero.*

*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”.*



debidamente el control sobre el cumplimiento de funciones por parte de sus funcionarios, situación que solo puede generar consecuencias disciplinarias.

Si bien comparto la primera parte de esta afirmación, pues es claro que la causal no puede fundarse en ese único hecho, estimo que, como lo ha venido planteando el Consejo de Estado al analizar estos casos, esta circunstancia puede resultar relevante para el proceso de pérdida de investidura como un indicio de que determinado funcionario fue nombrado sin asignación de tareas relacionadas con la labor congresional, pues a quien nada se le exige nada se le controla.

En ese sentido, analizar la conducta del congresista acusado en materia de controles resulta pertinente, como un elemento probatorio más que permitirá la solución del caso.

De otra parte, en el fallo objeto de salvamento (considerandos 79 y siguientes) se afirma que el hecho de que el congresista expida mensualmente una certificación que acredita el cumplimiento de las funciones asignadas a los miembros de su UTL, resulta intrascendente para la configuración de la causal pues, desde la perspectiva del derecho laboral, aquella no constituye requisito para el pago en tanto la remuneración es un derecho fundamental del trabajador.

No obstante, más allá de que esa certificación resulte ser o no un requisito para el pago<sup>14</sup>, lo cierto es que, de nuevo, ello no significa que se trate de un elemento absolutamente irrelevante para el análisis de configuración de la causal, como lo asegura la sentencia, pues tales documentos constituyen una manifestación de que el Congresista conoció, de alguna forma, el alcance de las labores desarrolladas o no por el funcionario o contratista.

#### **1.5. Respetto de otras consideraciones generales marginales**

Además de lo atrás expuesto, advierto necesario dejar claramente sentada mi postura respecto de dos asuntos que se mencionan someramente en el fallo:

---

<sup>14</sup> Prevista en el artículo 288 de la Ley 5 como un deber del congresista, así: “*La certificación de cumplimiento de labores de los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo, será expedida por el respectivo Congresista.*”



- En el considerando 113.2 se afirma que el artículo 177 del Código General del Proceso (CGP), que trata de la prueba de las normas jurídicas, solo *“aplica para las resoluciones, circulares y conceptos”*, conclusión que no solo no se deriva del texto de esa disposición normativa sino que, además, desconoce que las entidades públicas tienen disponible de manera pública y abierta otra clase de información que también estaría en el supuesto previsto en la norma y que, por ende, resultaría oponible a todos, incluidos el juez y las partes.
- Por su parte, en el considerando 114 se pone en duda que las pruebas de oficio sean procedentes en los procesos de pérdida de investidura, a pesar de que el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) —aplicable a estas causas por remisión expresa del artículo 21 Ley 1881 de 2018—, no establece prohibición alguna en ese sentido y de que ese decreto oficioso no riñe con la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, en el que, con mayor empeño, debe garantizarse el *“esclarecimiento de la verdad”*.

## **2. En relación con la solución del caso concreto**

Ahora bien, como anticipé, además de las consideraciones generales de las que me aparto, mi disenso con la providencia también está relacionado con la forma en la que se resolvió el caso concreto.

Así, en primer lugar, estimo que no era posible excluir los argumentos planteados en los alegatos por el solicitante, bajo la consideración de que *“tal análisis resulta improcedente porque solo el demandado apeló la sentencia de primera instancia”*, pues al ser condenatoria la decisión es claro que solo le asistía interés para apelar al Congresista. Además, en sus alegaciones la parte actora solamente reiteró las razones por las que consideraba que, a su juicio, la causal sí estaba demostrada, aspecto que constituía precisamente la cuestión debatida.

De otra parte, en el considerando 106 de la providencia se afirma que la sentencia de primera instancia *“desconoció que la carga de acreditar la imputación le incumbía al Demandante y no podía trasladársele al Demandado sin desconocer que está amparado constitucionalmente por la presunción de inocencia”*, afirmación que, si bien es correcta, excluye el hecho cierto de que en este asunto el planteamiento del



demandante parte de una negación indefinida, según la cual el nombrado no tenía función alguna asignada.

Pero, además, a mi juicio, una valoración conjunta de los elementos probatorios del caso permitía concluir, como lo hizo el juez de primera instancia, que en este proceso se logró demostrar que el nombramiento del señor Mena Quiñones, miembro de la UTL del congresista Calvache Estupiñán, correspondió en estricto sentido a la desafortunada práctica de las *corbatas burocráticas*, estando entonces estructurados los elementos propios de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de recursos.

En los anteriores términos y con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresado el sentido de mi salvamento de voto.

Fecha ut supra.

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Consejero