

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: DR. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Expediente: 250000-23-36-000-2012- 0740-00

Demandante: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
REPARACIÓN DIRECTA

Realizadas las audiencias orales de que tratan los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, procede la Sala a proferir sentencia escrita a efectos de resolver la demanda de reparación directa, instaurada por el señor MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, en contra de la NACIÓN –RAMA JUDICIAL y la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

I. PRETENSIONES

La parte actora presentó las siguientes pretensiones en el escrito de fecha 24 de octubre de 2013, por medio del cual se reformó la demanda:

"1. DECLÁRESE que LA NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- RAMA JUDICIAL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL), son administrativa y patrimonialmente responsables por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados al demandante, **DR. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO,** padecidos con ocasión de la ostensible "vía de hecho" en la que incurrieron los demandados, al desconocer su derecho como integrante de la terna para la elección de Fiscal General de la Nación.

2. CONDÉNESE, en consecuencia, a **LA NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- RAMA JUDICIAL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL),** a indemnizar al demandante los siguientes perjuicios:

- 2.1. PERJUICIO POR LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD POR EL DAÑO AL DERECHO DE POSTULACIÓN – O A MANTENER LA CALIDAD DE ELEGIBLE.
- 2.2 PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO AL BUEN NOMBRE.
- 2.2.1. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE PERSONAL.
- 2.2.2. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO AL BUEN NOMBRE PROFESIONAL.
- 2.3. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

Los daños por estos conceptos son estimados en SEISCIENTOS (600) Salarios Mínimos Legales Mensuales, lo que suma el valor de **\$353.700.000,** o los demás que se prueben en el proceso.

2.4. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO A LA INSTITUCIONALIDAD

Causado por cuanto la actuación de la Corte Suprema de Justicia y del Presidente de la República desbordó el orden constitucional y creó un antecedente que de hacer carrera, repetirse, tendría injerencia en todas las elecciones constitucionalmente previstas con la participación de dos autoridades o Corporaciones diferentes, como es el caso de la elección de Auditor General de la República, de Contralor General de la República, de Procurador General de la

PROCESO No. 2012 - 740
SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA

Nación y de Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Se estaría absorbiendo, indebidamente, inconstitucionalmente, la facultad de postulación y discrecionalidad que tiene la otra autoridad autónoma e independiente, encontrándola únicamente en quien expide el acto administrativo e integra la terna para la elección.

3. Que LA NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- RAMA JUDICIAL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL), cumplan la sentencia y/o providencia que aprueba la conciliación, en los términos de los artículos 192, 193, y 194 del C.P.A.C.A. e imputar primero a intereses todo pago que haga teniendo en cuenta que dichas sumas deberán ser actualizadas, incluidos los intereses moratorios.

4. Que se condene en costas a los demandados."

2. ANTECEDENTES –ASPECTOS PROCESALES-

Trabada la relación jurídico procesal y vencido el término de traslado, se fijó fecha para la audiencia inicial, la cual se realizó el día veintinueve (29) de febrero de 2016, fijándose **el litigio**, en los siguientes términos:

"Frente a la Nación – Rama Judicial

Los **hechos 17, 23 y 24** relacionados con: **a)** la presunta dilación de la Corte Suprema de Justicia, en realizar el nombramiento de Fiscal General de la Nación, de la terna enviada por el entonces Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez; **b)** del presunto cuestionamiento al buen nombre, idoneidad y probidad de los ternados, en especial del Dr. Marco Antonio Velilla; **c)** el presunto constreñimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia para la elaboración de una nueva terna; y, **d)** el incumplimiento a su deber de rechazar la nueva terna.

Frente a la Nación - Presidencia de la República

Los **hechos 16, 17 y 25** referidos: **a)** la presunta vía de hecho en la que incurrió el Presidente de la República al realizar el cambio de terna, desconociendo su obligación constitucional de enviar **una terna** (no dos), **b)** el presunto desconocimiento al ordenamiento jurídico y los derechos de los candidatos a mantener su postulación, vulnerando entre otros su buen nombre.

Fijación del litigio relacionada con los perjuicios.

Los hechos **14, 30, 31, 32 y 33** relacionados con los perjuicios reclamados por la parte actora al buen nombre, morales, de pérdida de oportunidad, daño a la institucionalidad."

3. DE LAS INTERVENCIONES RELEVANTES DE LOS SUJETOS PROCESALES.

3.1. LA PARTE ACTORA:

De conformidad con la demanda, la presente relación procesal, tiene como finalidad estudiar la presunta responsabilidad extracontractual que le asiste a las entidades demandadas, por el cambio de terna, para elegir

Fiscal General de la Nación, realizado por el Presidente de la República. Situación que se presentó, ante la presunta renuencia de la Corte Suprema de Justicia, para elegir a este funcionario, de los ternados por el entonces Presidente Álvaro Uribe Vélez.

En sus **alegatos de conclusión**, la parte actora refirió:

- a) Que se causó al Doctor Velilla Moreno, un daño a su imagen, buen nombre y a la vida de relación, toda vez que la Corte Suprema de Justicia, desconoció arbitrariamente y sin el debido proceso, la terna en la que estaba postulado el actor, puesto que, a pesar de las múltiples votaciones, ninguna tuvo éxito; y frente a la Presidencia de la República, porque sin mediar consentimiento de los ternados modificó la terna.

Al respecto el actor indicó:

"Nos encontramos entonces, ante una situación de hecho, creada por la Presidencia de la República, su Ministro del Interior y de Justicia, así como por unos cuantos magistrados interesados, en ocupar a cambio la Presidencia de la Corporación en propiedad (así fuera por una semana, por las vacaciones, o por cualquier espacio de tiempo); y en bloquear la elección de una terna legítima, por el solo hecho de ser propuesta por el Presidente Álvaro Uribe Vélez"

- b) Respecto del acto administrativo que postuló la terna, manifestó el apoderado de la parte demandante, que tal **acto tiene el carácter de definitivo**, pues una vez realizada la terna, la competencia pasa de inmediato a la Corte Suprema de Justicia, y la dilación en la elección no devolvía la competencia al Presidente, por lo que indicó, que el Presidente excedió las facultades otorgadas por la Constitución Política y la Ley, incurriendo en una **vía de hecho** administrativa, que lesionó los derechos de los postulados, situación que en su criterio, puso en tela de juicio ante la sociedad, la idoneidad de los ternados, afectando así el buen nombre y el daño a la vida de relación del demandante.
- c) Indicó que los ternados no tenían una expectativa, sino una oportunidad cierta de acceder al cargo, por lo tanto, se causaron unos perjuicios a la vida de relación, daño al buen nombre profesional y personal y, por la pérdida de oportunidad, respecto de los cuales hizo un recuento, indicando finalmente que los mismos se encuentran probados, con los medios de prueba testimonial practicados. Concluyendo que los perjuicios han tenido origen en la ostensible vía de hecho en la que han incurrido las demandadas.

3.2. PARTE DEMANDADA – NACIÓN - RAMA JUDICIAL

La entidad accionada **contestó** la demanda, manifestando que la Corte Suprema de Justicia, nunca realizó cuestionamientos en cuanto a la idoneidad, probidad y buen nombre de los entonces ternados, aduciendo

que no se hicieron apreciaciones subjetivas sobre cada uno de los candidatos.

Argumentó, que entre los motivos que prolongaron la elección fue el cambio de Presidente de la República, el clamor nacional, la conveniencia institucional y porque las votaciones no alcanzaron el quórum requerido.

Aunado a lo anterior, indicó que la terna como acto **previo de trámite o preparatorio**, no es susceptible de recursos en vía gubernativa, ni puede demandarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, agregando que la situación jurídica de los ternados, es eventual, precaria e incierta, algo que no genera derecho subjetivo alguno.

Vencido el término para presentar **alegatos de conclusión**, no hubo pronunciamiento por parte de la Rama Judicial.

3.3. PARTE DEMANDADA – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

La entidad accionada al **contestar la demanda** adujo que la Presidencia de la República, no puede ser declarada responsable; toda vez que, en el presente caso, no existe una razón jurídica válida para haberlos demandado.

Manifestó que no se identifica ni se configuran los elementos de la responsabilidad, puesto que no se advierte ningún hecho antijurídico atribuible a esta entidad, porque la decisión de declarar inviable la terna en la que estaba incluido el demandante, fue adoptada por una autoridad de la Rama Judicial, independiente de la Rama Ejecutiva, que por lo mismo no ha incurrido en un hecho que pueda tildarse como antijurídico; agregó que la actuación del Presidente de la República, se basó en la opinión autorizada de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Sobre los perjuicios que aduce el demandante, indicó que el hecho que una persona sea incluida en una terna, no genera derechos adquiridos.

En sus **alegatos de conclusión** partió por señalar, que la elección de Fiscal General de la Nación de esa época, estaba afectada por una pugna entre el ex Presidente Álvaro Uribe Vélez y algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, lo cual se tradujo en numerosas rondas de votación, sin éxito, para una elección.

Aseveró, que la administración del Presidente Juan Manuel Santos Calderón, se enfrentó a este caso, aduciendo en el escrito que esta situación lo llevo "*a pensar en soluciones jurídicas a un problema que ni el más imaginativo constituyente o legislador pudiera haber imaginado*", por lo que

acudió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que en el Concepto de 28 de octubre de 2010, dio viabilidad al cambio de terna.

Manifestó, que el Presidente de la República actuó con sujeción a las normas superiores, y concluyó que según los testimonios practicados, se observa la inexistencia de perjuicios, de acuerdo a lo siguiente:

"Lo cierto es que los testigos William Namén Vargas y William Giraldo coinciden en afirmar que esa aspiración no iba a concretarse, y no era el Gobierno Nacional el llamado a ser el garante de una ambición personal carente de futuro, porque luego de 18 meses de zozobra institucional, lo que estaba en juego era la estabilidad de las instituciones y el interés general, que prevalece sobre las meras expectativas que pudiera tener el hoy demandante.

El Doctor Manuel Elkin Patarroyo, amigo muy cercano del demandante y cuyo testimonio pedí ser analizado con esta prevención, no dudó en afirmar, a instancias de la parte actora, que si bien existió un cuadro de depresión (visible en la hora 01:59 del video) en el señor Velilla Moreno, el demandante "...es un luchador que se recupera rápido..." y "...vi que salió rapidísimo del proceso, más que depresivo, yo diría que de tristeza..." (Hora 2:06), y "...desde el punto de vista académico lo veo igual, una persona con su capacidad académica e intelectual bien, y puede que tenga su tristeza y su dolor pero no lo refleja para nada...". Esta exposición, de una persona notoriamente cercana al demandante, de un médico y científico más que reconocido en el país y el exterior, nos ofrece plena credibilidad y da fe de que no se evidencia ningún daño anímico, profesional o académico en el demandante."

3.4. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público rindió concepto, partiendo por señalar que en el presente caso, el **régimen** bajo el cual debe ser decidida esta demanda, es el llamado **daño especial**, en la medida en que no existe en el proceso culpa o dolo de la administración, como tampoco un funcionamiento irregular.

Para el Agente Fiscal, es evidente que los integrantes de la terna poseían unas expectativas legítimas, y que dicha terna no fue anulada, revocada, ni desintegrada válidamente.

Indicó el Agente del Ministerio Público, que configura un daño antijurídico, el hecho de sustituir la terna, ya que es una carga que no corresponde asumir al demandante, puesto que contaba con unas expectativas legítimas, y luego sus aspiraciones le son desconocidas en un acto que se entendería agotado al enviarse dicha lista, que solo podía ser cambiada por otra, ante su revocatoria mediante los mecanismos para hacerlo, o mediante su declaratoria de nulidad, o por su desintegración por causa inherentes a los integrantes.

Manifestó el Ministerio Público, que las expectativas legítimas y los estados de confianza generados por los Agentes del Estado, deben incluirse dentro de las situaciones protegidas por el artículo 90 de la Constitución Política, pues cuando se vulneran las expectativas legítimas o estados de confianza creados por el Estado, se generan daños antijurídicos.

Ahora bien, frente a los perjuicios considera, que al vulnerar las expectativas legítimas, se generó un perjuicio grave en las relaciones de su entorno, sustentado en los testimonios del Doctor William Giraldo y la Doctora Sandra Morelli.

Concluye que, es claro y evidente que la existencia del Doctor Velilla, se vio afectada por el hecho de haberse conformado una nueva terna para elegir Fiscal, a pesar de que estaba en una terna legalmente conformada, pero desechada por el gobierno frustrándole, sus expectativas y su proyecto de vida.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sección Tercera Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidir las pretensiones formuladas por la parte actora, en contra de la NACIÓN –RAMA JUDICIAL y PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- y **determinar, con base en la fijación del litigio**, sí en el caso concreto, se presenta responsabilidad de las entidades demandadas por: a) **La presunta dilación** de la Corte Suprema de Justicia, en realizar el nombramiento de Fiscal General de la Nación; b) **la presunta vía de hecho** en la que incurrió el Presidente de la República, al realizar el cambio de terna, vedando la posibilidad al actor de ser nombrado Fiscal General de la Nación; y c) **en caso que prosperen las pretensiones**, determinar la procedencia de los perjuicios reclamados.

1. ACLARACIONES PREVIAS

- 1.1. Parte la Sala por precisar, que atendiendo al desarrollo de la audiencia inicial, donde quedo resuelto todo lo relacionado con la "*indebida escogencia de la acción*", se estableció que en el presente caso, no se discute la legalidad de actos administrativos, independientemente de si se califican como de trámite, preparatorios o definitivos.
- 1.2. Por lo anterior, la Sala no entrará a determinar la naturaleza jurídica del acto de postulación de la terna, es decir, no es parte de la controversia, y mucho menos aún, competencia de esta Sala de decisión, determinar si el mismo, constituye un acto de trámite o definitivo, así como tampoco, corresponde determinar su legalidad, por cuanto se insiste, es un asunto que no solo escapa de la competencia de esta Sección, sino que no hace parte de la fijación del litigio.

2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

1. Precisa la Sala que la tendencia jurisprudencial respecto de la responsabilidad estatal, ha estado encaminada a no preestablecer algún régimen en particular, sino por el contrario, corresponde al juez

de conocimiento, definir frente a cada caso concreto, con base tanto a la situación fáctica y jurídica, bajo cual régimen de responsabilidad se habrá de estudiar la controversia.

2. Al respecto se advierte, que aun con antelación a la entrada en vigencia de la Constitución Política, y más concretamente del artículo 90, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha utilizado diversos títulos de imputación, para la solución de las controversias puestas a su consideración, sin que el fallador, se halle condicionado a un régimen específico, posición que ha sido sostenida por el H. Consejo de Estado¹.
3. En atención a lo anterior, debe la Sala analizar, **cuál régimen de responsabilidad resulta aplicable en la presente controversia** (responsabilidad objetiva-responsabilidad subjetiva), lo cual debe definirse teniendo en cuenta las imputaciones fácticas y jurídicas realizadas por el propio demandante, al igual que lo definido en la audiencia inicial a título de fijación del litigio.

2.1. Del régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto

Parte la Sala por señalar, que en materia de responsabilidad del Estado, opera el principio "*iura novit curia*", que le otorga precisamente competencia al juez natural de la causa para definir el régimen de responsabilidad; sin embargo, debe precisarse, que con la entrada en vigencia del CPACA, esa situación no puede ser ejercida de manera arbitraria, sino que debe ser coherente, precisamente con la denominada fijación del litigio y atendiendo las consideraciones (fácticas-jurídicas) en el caso concreto.

En ese orden de ideas, la Sala **no encuentra** demostradas las **condiciones para aplicar un régimen de naturaleza objetiva**, y **menos aún**, el señalado por el Agente del Ministerio Público, es decir, **el denominado daño especial**, en el caso concreto, por los siguientes motivos:

a) Como es de conocimiento, en términos generales, dicho régimen de responsabilidad, se caracteriza por la existencia de una **actuación legítima de la administración**, que a pesar de ello, puede causar un determinado daño antijurídico, y consecuentemente, unos perjuicios.

b) Siendo así las cosas, en el presente caso, la demanda no parte de aceptar una conducta legítima, jurídica y legal, por parte de la administración –entidades demandadas–; sino que imputa, irregularidades de diferente orden, como se pasa a exponer:

¹ Ver entre otras, Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515.

- Respecto de **la Corte Suprema de Justicia: a) la presunta dilación en** realizar el nombramiento de Fiscal General de la Nación, de la terna enviada por el entonces Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez; **b) el presunto cuestionamiento al buen nombre**, idoneidad y probidad de los ternados, en especial del Dr. Marco Antonio Velilla y **c) el incumplimiento a su deber** de rechazar la nueva terna.
- Frente a **la Presidencia de la República: a)** la presunta **vía de hecho** en la que incurrió el Presidente de la República al realizar el cambio de terna, desconociendo su obligación constitucional de enviar solo una terna; y **b) el presunto desconocimiento al ordenamiento jurídico y los derechos de los candidatos** a mantener su postulación, vulnerando entre otros su buen nombre.

Por lo anterior, reitera la Sala, que la parte demandante no imputa la existencia de una actividad legítima como causa del daño antijurídico reclamado, sino por el contrario, imputa la existencia de actuaciones contrarias a la Ley y al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, atendiendo a las mencionadas imputaciones, **el caso será analizado bajo el régimen subjetivo de responsabilidad de falla general del servicio**, resaltando igualmente, que la Corte Suprema de Justicia no estaba ejerciendo una función jurisdiccional, sino de naturaleza administrativa.

3. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

3.1. Del Daño Antijurídico – Derecho de postulación – Calidad de elegible-

En el presente caso, la parte actora materializa el daño antijurídico en la *"pérdida de oportunidad por el daño al derecho de postulación o a mantener la calidad de elegible"*. Al respecto, los sujetos que conforman la parte demandada, consideran que no existe ningún daño antijurídico, por cuanto, no se ha demostrado ningún derecho adquirido, habida cuenta que el actor, solo tenía una *"mera expectativa"* para ser nombrado en el cargo de Fiscal.

Para resolver la anterior cuestión, la Sala a continuación entrará a definir, que se entiende por derechos adquiridos, meras exceptivas y un punto intermedio entre estas dos figuras, denominado por la jurisprudencia expectativas legítimas.

a) Derechos Adquiridos – meras expectativas

Tanto jurisprudencial, como doctrinalmente, los derechos adquiridos se han entendido, como aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de su titular, los derechos adquiridos gozan de la garantía de inmutabilidad, mientras que las meras expectativas pueden ser libremente modificadas por el legislador.

El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular, y queda cubierto de cualquier acto oficial, que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con las "meras expectativas", las cuales carecen de relevancia jurídica, y en consecuencia, pueden ser modificadas o extinguidas².

Por su parte, las **meras expectativas** han sido definidas por la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

*"Las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas, resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en el futuro"*³.

Respecto de estas figuras jurídicas, el H. Consejo de Estado, ha considerado que los **derechos adquiridos**, cuentan con total protección constitucional, frente a cualquier interrupción en su goce, y que frente a las **meras expectativas**, no existe protección alguna, así lo ha señalado en los siguientes términos:

"Sobre las meras expectativas: no existen bases firmes para edificar un juicio de responsabilidad, pues son esperanzas inciertas nacidas únicamente en el fuero interno del ciudadano; en ese sentido el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 dispone: "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene."

*La Sala resalta que las meras expectativas no son hechos objetivos, inequívocos y concluyentes, todo lo contrario, se tratan de "aquellas ilusiones de posiciones jurídicas que surgen de la percepción subjetiva de un individuo (...), esperanzas aleatorias que se basan en meras probabilidades (...), expectativas [que] emanan de la mente de un sujeto como consecuencia de la percepción íntima que éste tiene de su entorno jurídico y de las modificaciones que experimenta" ; en palabras de Josseland se trata de "simples esperanzas más o menos fundadas" como "situaciones de hecho más que situaciones jurídicas", como "intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los castillos en el aire"; según la Corte Constitucional "no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto", "aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho", "situaciones jurídicas no consolidadas (...) en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado"*⁴.

A continuación la Sala presenta unas consideraciones generales, frente al concepto de expectativas legítimas.

² Corte Constitucional, sentencia T- 754 de veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012).

³ Corte Constitucional, sentencia del 1 de abril de 2009, exp: 7388.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637)

b) Expectativas Legítimas

La "expectativa legítima" conforme la ha definido la Corte Constitucional, supone la existencia de "una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada". Asimismo ha referido que las mismas, pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si de ello se requiere, para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria, en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos, pues debe "salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico...".⁵

Respecto a las expectativas legítimas, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado señalando:

"Las expectativas legítimas -jus existens in spe-. Se trata de situaciones encaminadas a la formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas que surgen del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada expresado en la constitución de los hechos previstos en la ley para la adquisición del derecho y que, a pesar de no haber ingresado aún el derecho en el patrimonio del sujeto, ofrecen la certeza de que recorrido el camino de los hechos jurídicos se constituirá el derecho. Son, entonces, situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas, en cuanto fundadas en la realización progresiva de los supuestos de hecho tasados legalmente para la obtención del derecho y por ende, gozan de protección."⁶

Conforme a lo anterior, la expectativa legítima es un derecho susceptible de protección, atendiendo a la cercanía que existe frente a la materialización del derecho que se espera adquirir. El H. Consejo de Estado en la mencionada providencia, precisó también algunas condiciones, para que las expectativas legítimas y estados de confianza se consoliden, o, se defrauden⁷.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-663 veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Magistrado Ponente: DR. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637)

⁷ **Primero.** La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones cuyas que generan estados de confianza en los sujetos. Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al arbitrio de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados.

Segundo. La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza, en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serlo previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo.

Tercero. El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. Una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado asumió determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. (...)"

Cuarto. La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados. Debe haber un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal que vulnera de manera cierta y razonable las expectativas legítimas frente a la ley de consolidar el derecho en

3.2. Del daño antijurídico en el caso concreto

3.2.1. Se hace necesario recordar, el daño antijurídico que en el presente caso, reclama la parte demandante, el cual se concreta en el "desconocimiento de su derecho de postulación y el derecho de mantener su calidad de elegible".

3.2.2. Obsérvese, que si ese daño antijurídico reclamado por el demandante, se estudia, frente a su nombramiento de Fiscal, como lo plantea la parte demandada, es claro, que no se está frente a ningún derecho adquirido; pero **en criterio de esta Sala, no es ese análisis el que procede**, por cuanto, en ningún momento la parte demandante, identifica el daño antijurídico con el nombramiento; sino por el contrario, alega: **su derecho de postulación y de mantener la calidad de elegible.**

Desde este punto de vista, encuentra la Sala que no se trata de una simple o mera expectativa, tampoco de una esperanza incierta y mucho menos de intereses que no están jurídicamente protegidos; **sino que se alega el derecho, ya adquirido, de pertenecer a una determinada lista de elegibles**, independientemente, si resulta o no electo, si resulta o no elegido.

Para la Sala, este daño antijurídico reclamado, tiene autonomía propia, consecuencias jurídicas propias, materializa la competencia de una de las autoridades que interviene en el nombramiento del Fiscal, por consiguiente, desde la visión de la reparación directa, puede ser reclamado en sede judicial, independientemente, que el ternado haya o no, salido elegido.

3.2.3. Este daño antijurídico puede igualmente ser analizado bajo la figura de la expectativa legítima, precisando que si bien la jurisprudencia citada del H. Consejo de Estado, ha sido desarrollada al analizar la responsabilidad extracontractual por el hecho del legislador, el concepto de expectativa legítima, resulta plenamente aplicable a la presente controversia.

En este orden de ideas, considera la Sala que en el caso concreto, se materializó igualmente una **expectativa legítima**, por cuanto el demandante ostentó la calidad de postulado, y en consecuencia, solo no

vía de serlo y estados de confianza de los asociados nacidos en virtud de la confianza generada y tolerada por el Estado.

Quinto. La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación. El Estado debe haber omitido cuatro deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: El Estado debe haber omitido deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: i) fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adecuarse y adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas; ii) crear mecanismos idóneos para que los afectados puedan acoplarse a las nuevas medidas y iii) adoptar mecanismos de compensación."

de los ternados podía ser elegido; de manera que hasta tanto no se **nombrara**, la expectativa de los ternados es tan alta y viable, como la del electo.

Aunado a lo indicado, encuentra la Sala que en el presente caso, están debidamente acreditados, los parámetros jurisprudenciales, como se pasa a exponer:

- a) El Fiscal General de la Nación debe ser elegido por la Corte Suprema de Justicia, de una terna remitida por el Presidente de la República, y conforme el material probatorio allegado al proceso, se tiene que el Presidente designó al demandante como integrante de la terna, con la expectativa legítima de ser nombrado en el cargo.
- b) Un segundo supuesto, radica en la conducta uniforme e inalterada de la administración, que permite confiar la obtención de un derecho, al respecto advierte la Sala que el hecho que la Corte Suprema de Justicia sesionara, con el fin entre otros, de designar de la lista enviada por el Presidente (dentro de la cual estaba el actor) al Fiscal General de la Nación, constituyó igualmente la existencia de una expectativa legítima para el demandante.
- c) Finalmente, respecto de la conducta del demandante, se observa que con ocasión a su aspiración, debió presentar entrevistas, hizo seguimiento a las votaciones, a sus resultados, etc., es decir, adelantó actos correspondientes con su postulación en la terna.

Se concluye en consecuencia de lo expuesto, que en el presente caso, se encuentra demostrado el "*daño antijurídico*" reclamado por la parte demandante, por cuanto se le desconoció su derecho **de postulación y mantener la calidad de elegible; situación ésta, que en criterio de la Sala, se materializa aun, tanto desde la visión de la noción de derecho adquirido, como, desde la noción de una expectativa legítima**, con independencia, si era o no nombrando, si era o no elegido Fiscal General de la Nación.

Demostrado en el presente caso la existencia de un daño antijurídico, entra la Sala a analizar el otro elemento esencial de la responsabilidad extracontractual del Estado, es decir, la imputación jurídica.

3.2. De la Falla en el Servicio

Como quedó establecido, el daño antijurídico imputado a las entidades demandadas, no se fundamenta en una conducta legítima, o conforme con el ordenamiento jurídico; que daría lugar al análisis de la responsabilidad estatal, bajo un régimen objetivo (daño especial); por el contrario, tal y como se estableció desde la **propia audiencia inicial, al definir la fijación del litigio**, la parte demandante imputa unas conductas

ilegales, irregulares, que **conlleven a analizar, si esa imputación, se encuentra demostrada, y son la causa del daño antijurídico reclamado.**

Por lo tanto, la Sala procederá conforme a las imputaciones elevadas y a la fijación del litigio, a pronunciarse sobre cada una de ellas, en los siguientes términos:

3.2.1. De las Imputaciones frente a la Corte Suprema de Justicia

1. Dilación en realizar el nombramiento de Fiscal General de la Nación.

Para fundamentar esta imputación, la parte actora sostiene que pasaron más de 18 meses desde su postulación, sin que se hubiese proferido una decisión definitiva.

En primer lugar, debe recordar la Sala, que de conformidad con el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política de Colombia, el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna⁸ enviada por el Presidente de la República. Obsérvese, que **ni el marco constitucional, ni ninguna norma legal o reglamentaria, consagran, un tiempo límite para que la Corte Suprema de Justicia, materialice su función constitucional de elección del Fiscal General de la Nación.**

En segundo lugar, la Sala analizará en el caso concreto, cual fue la actividad desarrollada por la H. Corte Suprema de Justicia, a efectos de cumplir con la función de elección, encontrándose demostrado lo siguiente:

- a) La Corte Suprema de Justicia, el 16 de junio de 2009, envió comunicación al entonces Presidente de la República, señor Álvaro Uribe Vélez, solicitando enviar a esa Corporación, terna para la elección de Fiscal General de la Nación, por cumplimiento de periodo del Doctor Mario Iguarán Arana.
- b) El entonces Presidente de la República, señor Álvaro Uribe Vélez, formuló el 7 de julio del mismo año, una terna de candidatos compuesta por los doctores: María Rosa Virginia Uribe Betancur - Camilo Alfonso de Jesús Ospina Bernal - y Juan Ángel Palacio Hincapié.
- c) La mencionada terna, debió recomponerse completamente, atendiendo a la renuncia de cada uno de los candidatos ternados, conformándose una nueva, por la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco⁹ - y los doctores, - Marco Antonio Velilla Moreno¹⁰ - y Jorge Aníbal Gómez Gallego¹¹.

⁸ **Terna** "Conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar un cargo o empleo." Diccionario de la Real Academia.

⁹ Renuncia de la doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur, el 26 de noviembre de 2009.

¹⁰ Renuncia del doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, el 13 de octubre de 2009.

¹¹ Renuncia del doctor Camilo Ospina Bernal el 13 de mayo de 2010.

- d) Del contenido de las actas de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, los nombres de los ternados fueron sometidos a votaciones desde los días 27 de mayo; 10, 17, 24 y 30 de junio; 8 de julio; 3, 12 y 25 de agosto; 16 y 23 de septiembre y 7 de octubre de 2010¹², sin que se lograra que alguno de los candidatos obtuviera el número de votos requeridos para salir electo.
- e) Como se indicó con anterioridad, el legislador no estableció temporalidad alguna para ejercer la función de elección, por lo tanto, no se puede alegar la existencia de una dilación por parte de la Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento que habían transcurrido más de 18 meses, como lo afirmó la parte demandante.
- f) Aunado a lo anterior, advierte la Sala, del contenido de las actas de sesión de la Sala Plena de esa Corporación, antes relacionadas, que el tema fue objeto de discusión y la terna presentada, compuesta entre otros, por el Doctor Marco Antonio Velilla Moreno, fue votada, cosa distinta es que ninguno de los candidatos, haya obtenido el número de votos requerido para lograr ser elegido en el cargo.
- g) Encuentra la Sala, que al no existir por un lado, temporalidad establecida para proceder a la elección, y por el otro, al observarse que el tema fue objeto de convocatoria, estudio y pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, en sus diferentes sesiones plenarios, de manera alguna, se puede considerar la existencia de una dilación injustificada en su función electora.

Por lo tanto, no se encuentra demostrado este cargo de "dilación".

2. Del presunto cuestionamiento al buen nombre, idoneidad y probidad del señor Marco Antonio Velilla Moreno.

La parte actora considera, que se presentó una descalificación de quienes se encontraban postulados al cargo de Fiscal General de la Nación, por parte de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto manifestaron que "*la terna, no era ajena a reparos sobre su idoneidad y probidad*", los cuales considera acreditados con las consideraciones realizadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto del 28 de octubre de 2010.

Al respecto encuentra la Sala, del material probatorio obrante en el plenario, específicamente, del contenido de las actas de Sesión de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que no se observa la existencia de expresiones o consideraciones, que pusieran en tela de juicio la probidad o idoneidad del accionante.

Estima conveniente la Sala, para claridad del tema, recordar la existencia de una terna inicial, (María Rosa Virginia Uribe Betancur, Camilo Alfonso de Jesús Ospina Bernal y Juan Ángel Palacio Hincapié) respecto de la cual, conforme a lo señalado en las actas de sesión, se presentaron algunos

¹² Del folio 228 al 302 del c.2

cuestionamientos por parte de los medios de comunicación, situación que dio lugar a que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, considerara necesario "un espacio de reflexión"¹³.

Se quiere significar con lo anterior, que el vocabulario empleado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, y que tuvo como suyo la parte actora para sustentar sus pretensiones, hicieron parte de consideraciones ajenas a la situación particular del accionante, máxime cuando se advierte, que fueron proferidos con antelación a que el accionante integrara la terna a Fiscal General de la Nación, tal y como se observa, de las actas de sesión antes relacionadas.

Por lo tanto, no encuentra demostrada la Sala el cargo imputado.

3. El presunto constreñimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia para la elaboración de una nueva terna.

Al respecto, advierte la Sala, que la parte actora presenta este cargo, pero no lo sustenta fáctica, ni probatoriamente; no obstante lo anterior, la Sala analiza esta imputación, señalando que la misma **no se encuentra probada**, como se pasa a exponer:

- a. Es importante para resolver esta controversia jurídica, recordar la existencia de diversos momentos o circunstancias ajenas a la condición de postulado del actor, es decir, ocurrieron con anterioridad a la postulación del señor Velilla Moreno, a la terna para Fiscal General de la Nación.
- b. Entre esas circunstancias, encontramos las relacionadas con algunos cuestionamientos por parte de los medios de comunicación, frente a los candidatos de ese momento (julio de 2009), que dieron lugar a que algunos Magistrados en desarrollo de la Sala Plena, consideraran pertinente acudir a hablar con el entonces Presidente Álvaro Uribe Vélez, para exponerle los inconvenientes y preguntarle, si insistía en los candidatos¹⁴, propuesta que tuvo acogida en sesión del 6 de agosto de 2009, como se observa en el contenido del acta de dicha fecha (Ver folio 182 – 185 c.1).
- c. Finalmente se observa, que dicha circunstancia, es decir, plantear al Presidente de la República de ese entonces, Doctor Álvaro Uribe Vélez, la posibilidad de modificar a los candidatos, ocurrió en una reunión celebrada el 24 de agosto de 2009¹⁵, con el Alto Mandatario, cuyos resultados fueron expuestos en sesión de Sala extraordinaria de fecha 25 de agosto de 2009. (Fl. 187 – 188, c2)

¹³ Acta de Sala Plena de 23 de julio de 2009, folio 174, c2

¹⁴ Acta de Sala Plena de 27 de julio de 2009, folio 175 y 176, c2

¹⁵ Acta de Sala Plena de 20 de agosto de 2009, folio 186, c2

Se quiere significar con lo anterior, que la única posibilidad de modificar la terna se planteó con el mandatario saliente y cuando la terna aún, no estaba conformada por el Doctor Marco Antonio Velilla.

Por lo anterior, tampoco está demostrado el cargo.

4. Incumplimiento de la Corte Suprema de Justicia, a su deber de rechazar la nueva terna.

- a) Es claro para la Sala, que la designación del Fiscal General de la Nación, obedece al desarrollo de dos funciones administrativas: **ternar** (Presidente de la República), y **elegir** (Corte Suprema de Justicia).
- b) El aspecto relacionado con el agotamiento o no de la competencia de un nuevo Presidente de la República a presentar una nueva terna, relacionado con el presente caso, fue debidamente analizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante concepto del 28 de octubre de 2010; resaltando esta Sala, que en la presente controversia no se plantearon cuestionamientos, a esa función consultiva del Consejo de Estado y materializadas en el indicado concepto. Por consiguiente, debido a lo anterior y dado que además, no hace parte de la fijación del litigio, escapa del análisis de esta jurisdicción, por ser ajena a la presente controversia.
- c) Por lo tanto, teniendo en cuenta las competencias que corresponde a las diferentes autoridades, no existe ningún deber legal, que le imponga, a la Corte Suprema de Justicia, una competencia de rechazar una nueva terna, cuando además, venía soportada con un concepto del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- d) Lo que quiere resaltar esta Sala, es que **para que exista una falla en el servicio, debe establecerse igualmente, el incumplimiento de unas propias funciones, legalmente asignadas a la autoridad pública correspondiente**; en el presente caso se insiste, no existe un marco legal, que imponga ese deber a la Corte Suprema de Justicia, y menos, que sea de su propia competencia, definir, las atribuciones o facultades del señor del Presidente de la República, en su función constitucional de presentar la respectiva terna.

Por lo anterior, concluye la Sala que ninguna de las imputaciones hechas por la parte actora, referidas a la dilación de la Corte Suprema de Justicia, en el nombramiento y avalar el cambio de terna para la elección de Fiscal General de la Nación, se encuentran demostradas, y en consecuencia, la Sala **negara las pretensiones de la demanda frente a la Nación – Rama Judicial.**

3.2.2. De las imputaciones frente a la Presidencia de la República - el cambio de terna-

Con respecto a esta entidad, encuentra la Sala que de conformidad con la fijación del litigio, existen dos imputaciones en su contra; sin embargo, de la lectura adecuada de las mismas, se observa que realmente se centra en imputar una "vía de hecho por cambio de terna".

1. De la presunta vía de hecho por el cambio de terna

- 1.1. Retoma la Sala su posición en el sentido, que tal y como se indicó, en el acápite de aclaraciones previas, no es de recibo analizar cuestionamientos jurídicos respecto a decisiones administrativas, específicamente con el acto administrativo mediante el cual, se postuló una nueva terna, por parte del nuevo Presidente de la República, Dr. Juan Manuel Santos Calderón, que implicó dejar sin efectos la terna anterior, que había sido presentada por el Presidente saliente, Álvaro Uribe Vélez, más aún, cuando la propia parte demandante, califica esa decisión como un acto administrativo de **naturaleza definitiva**.
- 1.2. La Sala hace referencia nuevamente a este punto, por cuanto analizado el contenido de la vía de hecho que se imputa, al Presidente de la República, la misma guarda relación en estricto sentido, con la imposibilidad de haberse presentado dos ternas, y de igual manera, haber cambiado la terna, sin obtener el consentimiento de los ternados, específicamente del hoy demandante; situaciones que guardan relación con la legalidad del acto administrativo, y con las medida de suspensión provisional y sus efectos jurídicos, en el evento, de haberse tramitado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
- 1.3. Sin desconocer lo anterior, y a efectos sencillamente de resolver la cuestión, desde la visión de la reparación directa, la Sala presenta las siguientes consideraciones:
 - a) Se resalta en primer lugar, que en estricto sentido, no se puede imputar a título de vía de hecho, que el señor Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón, haya presentado dos ternas; es claro, que la terna de la que hacía parte el hoy demandante, fue presentada por el Presidente saliente, Álvaro Uribe Vélez, y que sencillamente, el nuevo Presidente de la República, ejerció su facultad constitucional, de presentar una terna. Desde esta visión la discusión se centra a otro nivel, en el sentido, de si, *¿un nuevo Presidente de la República, se encuentra limitado para ejercer sus funciones constitucionales, por el hecho, de que su antecesor, haya formulado una terna?*

- b) Al respecto recuerda la Sala, que esta circunstancia - competencia del Presidente para formular una nueva terna-, tiene respaldo, por la **Sala de Consulta y Servicio Civil**¹⁶ (concepto rendido el 28 de octubre de 2010¹⁷), como por la **Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado**¹⁸, en providencia de 6 de marzo de 2012¹⁹; pronunciamientos respecto de los cuales la Sala concluye que existen circunstancias especiales que justifican el cambio de la terna, en aras de garantizar el interés general y obtener el fin último de la postulación, cual es **el nombramiento del Fiscal General de la Nación**.
- c) Se quiere significar con lo expuesto, lo siguiente: i) **en primer lugar**, no existe un mandato a nivel constitucional, legal o reglamentario, que limite de manera expresa, la competencia constitucional, del nuevo Presidente de República, en materia de postular una terna para el cambio de Fiscal, por el hecho de existir una anterior, formulada por su antecesor; ii) **en el presente caso**, esa función constitucional fue precedida o respaldada, por un concepto del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de su Sala de Consulta y Servicio Civil; iii) **desde este análisis**, no está demostrada la vía de hecho²⁰ que se imputa, a la entidad demandada.

2. De la presunta vía de hecho, por no haber solicitado el consentimiento expreso y escrito al demandante Marco Antonio Velilla Moreno, como integrante de la terna, y haber presentado una nueva terna.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, veintiocho (28) de octubre de 2010, radicación no. 2.043 - 11001-03-06-000-2010-00113-00.

¹⁷ "3. La función no se agota por el hecho de haber remitido una terna a la Corte Suprema de Justicia

La tesis del presunto agotamiento de la facultad constitucional para proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación es una opinión que carece de asidero en las reglas de la Carta Política que atribuyen competencia al Presidente de la República y le imponen precisas condiciones para su ejercicio.

Numerosas vicisitudes, de hecho, han requerido o requerirán la intervención presidencial para reintegrar o reformular la terna ya enviada a la Corte: falta de calidades de los candidatos, renuncia, muerte, etc.

Ninguna de estas circunstancias, además de otras que sería posible adicionar, ha sido expresamente prevista en la Constitución, pero razonablemente imponen al Presidente el deber de continuar ejerciendo la función de postular candidatos, de manera que la terna cumpla la finalidad a la cual está destinada: hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Seis (6) De Marzo De Dos Mil Doce (2012), Radicación Numero: 11001-03-28-000-2011-00003-00(lj)

¹⁹ "No obstante, la Sala no desconoce que, eventualmente, pueden presentarse situaciones (particulares y/o excepcionales) que ameriten la sustitución de la terna y que, para garantizar la viabilidad de la elección del Fiscal General, posibiliten su cambio; tal y como acontece en los siguientes eventos: **a). Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a su postulación**. En este caso, el Presidente de la República debe recomponer la terna, sustituyendo a quien (es) renunció (aron), por otro (s) candidato (s). **b). El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegido (s) Fiscal**, situación en la que, como es lógico, el Primer Mandatario queda habilitado para recomponer la terna. **c). La inhabilidad (previa o sobreviniente) de algún (os) candidato (s)**, evento en el cual, por respeto a las disposiciones sobre inhabilidades y a los principios de deben regir la función pública, se deriva la facultad de recomponer la terna. **d). Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna**, en aras de la protección al interés general; caso en el cual el Primer Mandatario del Estado, debe exponer de manera clara y completa, las razones que motivan la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas.

²⁰ La Corte Constitucional la ha definido la vía de hecho: "una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.(...) Únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables".

- 2.1.1. Este cargo, encierra de alguna manera la discusión sobre la propia naturaleza jurídica del acto administrativo de "*postulación*" o "*de terna*"; por cuanto, según el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 28 de octubre de 2010, se trata de un acto de trámite, mientras que la parte demandante, ha sostenido en este medio de control de reparación directa, que es un acto administrativo definitivo.
- 2.1.2. La anterior discusión no es meramente académica, sino que tiene diferentes consecuencias jurídicas, tantos sustanciales como procesales; obsérvese:
- a) Sin desconocer las diferencias que esa distinción conlleva en materia de recursos, de control judicial y de notificaciones; la Sala para el caso concreto, resalta la siguiente: aceptar que se trata de un acto de trámite implicaría, como se observa en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que procede su revocatoria, sin necesidad que medie el consentimiento expreso o tácito de los ternados.
 - b) Por el contrario, la tesis del demandante de otorgarse a ese acto de postulación o de terna, la naturaleza de acto administrativo "*definitivo*", implica que existe una decisión que resuelve el asunto de fondo; que entiende la Sala como la "*materialización concreta*" de la competencia administrativa del Presidente de la República de terner, y por consiguiente, dada esa naturaleza conllevaría igualmente, la condición de solicitar el consentimiento previo, a efectos de su revocatoria.
 - c) De entrada la Sala manifiesta que el argumento de la parte demandante en el presente caso, encierra lo que se puede denominar una contradicción de principio; en el siguiente sentido: afirmar que se trata de un acto administrativo definitivo (con la finalidad de sostener la procedencia del consentimiento a efectos de la revocatoria), pero, de manera contradictoria, no acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la finalidad de sacar avante su tesis sobre la naturaleza jurídica de este tipo de actos administrativos, desvirtuando su presunción de legalidad.
 - d) A efectos de resolver el cargo en sede de reparación directa (sin desconocer el contenido de la aclaración previa de esta providencia), la Sala debe precisar, los siguientes puntos: (i) parte la Sala por sostener, en términos generales, que la función administrativa de naturaleza constitucional, desarrollada por el señor Presidente de la República, en

materia de elaborar la terna para el cargo de Fiscal, obedece a una **facultad discrecional y no reglada**. (Artículo 44 CPACA²¹); (ii) para la Sala, ni la naturaleza jurídica del acto administrativo (trámite o definitivo), ni sí el acto administrativo, ha creado una situación jurídica y particular, o, por el contrario, solamente contenga una simple o mera expectativa, determina, la procedencia de exigir el consentimiento, a efectos de la revocatoria, lo anterior por cuanto, no puede perderse de vista, que se trata de una *competencia de naturaleza constitucional* y como se indicó, *de naturaleza discrecional*.

- e) La Sala acude al principio de efecto útil de interpretación de las normas, para sostener, que aceptar el requisito del consentimiento, en casos como el que se estudia, conlleva a desfigurar constitucionalmente la competencia atribuida al señor Presidente de la República. **Obsérvese: a)** aceptar ese consentimiento implica condicionar la competencia constitucional del Presidente y privilegiar un interés particular, sobre un interés de política pública general; **b)** aceptar ese procedimiento implicaría en vigencia del anterior Código (Decreto 01 de 1984) iniciar toda una actuación administrativa (Ver art. 74 CCA), que igualmente va en contravía de la facultad discrecional del Presidente de la República, para conformar la respectiva terna. Igualmente, desde la visión del nuevo Código (Ley 1437 de 2011), ante la negativa del consentimiento, habría que acudir al órgano judicial para su demanda, lo cual, obviamente implica, un desconocimiento, se insiste, a la facultad discrecional, habida cuenta que esa competencia propia del señor Presidente, estaría sometida a un control, por parte del órgano judicial.
- f) Sin desconocer los anteriores aspectos, se debe señalar como argumento de igual importancia, que en estricto sentido no se está frente a la revocatoria de actos administrativos, por el contrario, es un caso donde por mandato constitucional, se atribuye una competencia al Presidente de la República, para realizar la respectiva terna, el cambio de la terna o el ejercicio de esas atribuciones constitucionales, no implica per sé una revocatoria de un acto administrativo; por cuanto el Presidente en estricto sentido, la ejerce independiente, de que estén configuradas, sí o no, las causales que cualifican la procedencia de la revocatoria. (Art. 93 CPACA y 63 CCA)

En ese orden de ideas, **la Sala no encuentra demostrada** la denominada vía de hecho, imputada por la parte demandante, y relacionada con la

²¹ Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

ausencia de consentimiento, como requisito para que el señor Presidente ejerciera su competencia de orden constitucional en materia de terna, para el cargo de Fiscal.

Por lo anterior, **se negaran igualmente las pretensiones de la demanda**, frente a la Presidencia de la República.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se aceptara que el presente caso, debería estudiarse bajo el régimen objetivo – daño especial- la Sala encuentra que no están demostrados tampoco los perjuicios de orden inmaterial, reclamados por la parte demandante, como se pasa a exponer.

4. PERJUICIOS

Advierte la Sala, que la parte accionante en materia de perjuicios, solo solicita el reconocimiento de perjuicios de orden inmaterial, y bajo ese contexto se procederá a analizar cada una de las solicitudes.

4.1. PERJUICIO POR LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD, POR EL DAÑO AL DERECHO DE POSTULACIÓN O A MANTENER LA CALIDAD DE ELEGIBLE.

El accionante considera que se causó este perjuicio, como quiera que tenía una **oportunidad real** de acceder al cargo de Fiscal General de la Nación, por lo siguiente: a) se encontraba ternado y b), que de haber utilizado la Corte la misma interpretación que se tuvo para nombrar a la Fiscal, Viviane Aleyda Morales Hoyos, su probabilidad era alta, pues obtuvo 14 votos, según el contenido del Acta No. 35.

La Sala **no encuentra demostrado este perjuicio** por cuanto:

1. No se desconoce que efectivamente de conformidad con el acta No. 35 de fecha 23 de septiembre de 2010, el demandante obtuvo en ese momento, 14 votos, pero a efectos del perjuicio reclamado, la Sala debe hacer un análisis sistemático e integral, de los medios probatorios, concretamente, las actas de la H. Corte Suprema de Justicia, relacionadas con el procedimiento de elección.
2. Del análisis de las respectivas actas, se desprende lo siguiente:
 - a) De conformidad con el material probatorio anexo a esta actuación procesal, se encuentran 23 actas relacionadas concretamente con la votación de la terna de la cual hacia parte el demandante.
 - b) Con anterioridad al acta No. 35, el demandante obtuvo votaciones que oscilaron entre 2, 3, 5, 6 y 8 votos.

PROCESO No. 2012 - 740
SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA

- c) Para esa misma temporalidad, igualmente otra de las ternadas, doctora Margarita Cabello Ángel, igualmente, obtenía votos de 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12.
- d) Para la época de septiembre 23 de 2010, Acta No. 35, la votación arrojó los siguientes resultados:
- El doctor Marco Antonio Velilla Moreno: 3 votos, la doctora Margarita Cabello Ángel: 9 votos y el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego: 3 votos.
 - A efectos del empate presentado, se realizó una votación arrojando los siguientes resultados: doctor Marco Antonio Velilla Moreno: 8 votos y el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego: 5 votos.
 - Se continuó la votación exclusivamente entre el doctor Marco Antonio Velilla Moreno y la doctora Margarita Cabello Ángel, arrojando 10 votos a favor de la doctora Cabello, y 4 para el doctor Marco Antonio Velilla Moreno.
 - No obtenida la mayoría de los votos, se sometió a cada uno de los candidatos a una votación frente al voto en blanco, y el resultado fue el siguiente: doctor Marco Antonio Velilla Moreno: 14 votos, la doctora Margarita Cabello Ángel: 11 votos y el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego: 11 votos.
- e) La última votación estando vigente la terna de la cual hacia parte el demandante, llevada a cabo el 7 de octubre de 2010 (Acta no. 37), arroja el siguiente resultado: el doctor Marco Antonio Velilla Moreno; 2 votos, la doctora Margarita Cabello Ángel: 9 votos y el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego: 3 votos. Se continuó la votación con los dos candidatos de mayores votos y ahí, culminó el trámite frente a dicha terna.
- f) Por consiguiente, de acuerdo al análisis probatorio, no se encuentra demostrado que el demandante, Marco Antonio Velilla, hubiese tenido la posibilidad más alta para proveer el cargo de Fiscal, respecto a los demás miembros que conforman la terna.
- g) De igual manera, no es de recibo para la Sala, aceptar en el presente caso, como fundamento del reconocimiento de un perjuicio, un procedimiento irregular o ilegal, en materia de las respectivas votaciones, lo que se quiere significar, es que si bien la señora Vivianne Aleyda Morales Hoyos fue electa Fiscal, con fundamento en una interpretación del reglamento interno de la Corte, tampoco puede perderse de vista que esa elección fue objeto de control de legalidad, y el H. Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 6 de marzo de 2012, declaró la

nulidad de esa elección, por haber sido elegida con 14 votos, con fundamento en la interpretación de modificar el quórum para su elección.

Debe concluir la Sala que no está demostrada la causación del perjuicio alegado.

4.2. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO AL BUEN NOMBRE (BUEN NOMBRE PERSONAL Y BUEN NOMBRE PROFESIONAL).

Respecto al perjuicio al buen nombre personal, lo materializa el demandante, en el cuestionamiento a su **probidad**, esto es, respecto a sus calidades personales (integridad, honradez y moralidad), realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y reafirmado por el Presidente de la República, al haber enviado una segunda terna. Frente al segundo perjuicio - buen nombre profesional-, lo materializa, en el cuestionamiento a su **idoneidad** para el desempeño del cargo.

La Sala no encuentra demostrados los anteriores perjuicios, habida cuenta que la parte actora, se limitó a una simple afirmación, pero no asumió sus respectivas cargas procesales probatorias.

Parte la Sala por entender, que las conductas de probidad e idoneidad, son imputadas directamente a la Corte Suprema de Justicia, mientras que, la misma se pretende hacer extensiva al señor Presidente de la República, por el hecho de haber realizado una nueva terna.

No existe ningún medio probatorio dentro de esta actuación procesal, que demuestre que la H. Corte Suprema de Justicia dentro del ejercicio de su competencia, haya descalificado desde estos dos conceptos, (idoneidad y probidad) la candidatura del demandante.

Ni de las pruebas documentales - actas y demás documentos aportados-, ni de las pruebas testimoniales, cuando se escuchó la declaración de los doctores William Namén Vargas y el doctor Luis Javier Osorio López (ex Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que participaron en este proceso de selección para el cargo de Fiscal), se afirma o sostiene que haya existido una descalificación del demandante. Obsérvese:

Declaración Dr. William Namén Vargas: "...a minuto 45.30 el apoderado de la parte actora pregunta sobre si escucho alguna recriminación de naturaleza profesional o ética con relación al Dr. Velilla. Contestó: Ninguna, el Dr. Velilla tenía una gran imagen ante la Sala Plena por su formación, trayectoria su conocimiento, las únicas dificultades concernían a que era una terna elaborada por el Presidente Uribe con quien algunos compañeros tenían una divergencia..."

En igual sentido, la declaración del doctor Luis Javier Osorio López, se encaminó en hacer una descripción sobre el trámite surtido para la

elección del Fiscal General de la Nación para esa época, respecto a la terna en la que se encontraba el Dr. Velilla Moreno, manifestó "*que siempre se votó por los candidatos, pero ninguno de ellos obtuvo la votación requerida para salir electo*".

En lo referente a la imputación al señor Presidente por el cambio de terna, es una simple afirmación que no tiene respaldo probatorio alguno.

En consecuencia, no se encuentra demostrada probatoriamente la causación de este perjuicio.

4.3. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

El actor solicita este perjuicio por la afectación a sus **relaciones laborales e interpersonales** al interior del Consejo de Estado y por fuera del mismo.

A efectos del análisis probatorio de este perjuicio, se observa:

- a. En estricto sentido, según los fundamentos de la propia demanda, el cambio de terna por parte del señor Presidente de la República, **no reúne el requisito de causa eficiente**, respecto a este perjuicio reclamado.
- b. Lo anterior lo sostiene la Sala, por cuanto el presunto daño a la vida de relación a nivel interno del Consejo de Estado, se fundamenta en el **concepto** rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, y no en la presentación de una nueva terna.
- c. Esta situación, la deduce la Sala, no solamente por lo afirmado por el propio demandante al plantear este perjuicio, sino, asimismo por la declaración rendida en esta actuación procesal, por el señor ex consejero de Estado, señor William Girado Giraldo al manifestar: "*... la molestia que presentó el actor, obedeció a que miembros de su propia Corporación emitieran un concepto que resultaba desfavorable a sus aspiraciones, y más aún, que no lo hubieran puesto en su conocimiento*" (Obsérvese lo indicado a minuto 2.24 de la declaración).
- d. De igual manera con el contenido de la declaración rendida por el doctor Manuel Elkin Patarroyo, al señalar: "*que nunca manifestó cambios de comportamiento o expresiones negativas frente a sus compañeros Consejeros*". (Así se puede escuchar a minuto 1.58 de la declaración rendida).
- e. Respecto al perjuicio que se analiza, desde la visión de verse afectadas las condiciones de existencia, respecto a su esfera social, no se encuentran demostrados, los planteamientos relacionados con

una descalificación pública y mediata de sus cualidades, capacidades y competencias, como fundamento de esa alteración de su vida normal y rutinaria; así como tampoco se demuestran cuales fueron esas otras actividades vitales, que le fueron imposible realizar. La declaración de la doctora, Sandra Morelli Rico, guarda relación en que el demandante se encontraba ofendido con sus compañeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por el concepto emitido, pues precisa que lo tuvo como una "traición". Señala igualmente que el Dr. Velilla tuvo un impacto emocional fuerte, que *"habla mucho del tema y siempre con molestia y realizaba elucubraciones jurídicas sobre el tema"*.

Por consiguiente, es claro, para la Sala, que como se indicó con anterioridad, no se demostró el perjuicio imputado.

4.4. PERJUICIO INMATERIAL POR DAÑO A LA INSTITUCIONALIDAD.

El accionante sostiene que se le causó este perjuicio, por cuanto la actuación de la Corte Suprema de Justicia y del Presidente de la República, desbordó el orden constitucional y creó un antecedente, que puede tener injerencia en todas las elecciones de orden constitucional, que requiere de dos autoridades para el nombramiento (postulación y elección).

Basta para esta Sala señalar, que el perjuicio reclamado debe cumplir el requisito de certeza, pues no se puede indemnizar perjuicios meramente eventuales, o de naturaleza hipotética. Así en el presente caso, se trata sencillamente de consideraciones, hipótesis, criterios subjetivos y simples afirmaciones que no tienen respaldo probatorio alguno, por consiguiente, **tampoco está demostrado este perjuicio.**

5. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Como es de conocimiento, las costas, están conformadas por dos factores: las expensas causadas en la actuación procesal y, las agencias en derecho.

A diferencia del anterior CCA, (artículo 171), el nuevo CPACA (artículo 188), no consagra un criterio subjetivo como el de la *"conducta de las partes"*, por conductas temerarias o de mala fe, a efecto de la condena en costas; por consiguiente se aplicara un criterio objetivo, que se concreta en que la *"parte vencida en el proceso"* debe pagar las costas.

La tasación de las mismas, ha venido siendo regulada por el Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003) y en lo que refiere a las agencias en derecho, para procesos ordinarios de primera instancia con cuantía, en materia de lo Contencioso

PROCESO No. 2012 - 740
SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA

Administrativo, en el numeral 3.1.2, se establece hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En el presente caso se fijará, teniendo en cuenta la actividad judicial, a título de agencias en derecho, el uno (1%) del valor de las pretensiones de la demanda, correspondiente a **cuatro millones ciento treinta y seis mil setecientos veinticuatro pesos (\$4.136.724,00)**, a favor de **cada una, de las entidades demandadas** NACIÓN – RAMA JUDICIAL y PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

La liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia – CGP-.

En mérito de lo expuesto LA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A" DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se fijan como agencias en derecho por valor del **uno ciento (1%)** del valor de las pretensiones de la demanda, correspondiente a **cuatro millones ciento treinta y seis mil setecientos veinticuatro pesos (\$4.136.724,00)**, a favor de cada una de las entidades demandadas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por los artículos 7 y 9 del acuerdo N° 2252 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Aprobado en sesión de la fecha. Acta No.).


JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
MAGISTRADO


BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA
MAGISTRADA


ALFONSO SARMIENTO CASTRO
MAGISTRADO