

Señores
CONSEJO DE ESTADO
Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Quinta
E. S. D

REFERENCIA: **Acción de nulidad.**
Acto administrativo proferido por el Señor Presidente de La Republica el día 3 de noviembre del 2010
Actor: Jaime Ossa Arbeláez
Demandado: La Nación. Presidente de la República.

JAIME OSSA ARBELAEZ, vecino de esta ciudad, portador de la cédula de ciudadanía numero 3.327.739 de Medellín y Tarjeta Profesional de Abogado N° 5304 del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 40 de la Carta Fundamental del Estado, numeral 6°, que facilita el ejercicio de control del poder político para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, procedo a entablar la acción contencioso administrativa de nulidad en orden a lograr que la jurisdicción decrete la Nulidad del acto administrativo pronunciado por el Señor Presidente de la Republica el día 3 de noviembre del año 2010, cuyo texto se inserta a continuación.

ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

El acto administrativo, objeto de esta demanda, dice textualmente lo siguiente:

“Bogotá D.C., noviembre 3 de 2010

Honorable Magistrado
JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
Presidente
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Muy respetado Magistrado:

Por su digno conducto informo a la honorable Corte Suprema de Justicia mi decisión de conformar una nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación, con los nombres de los juristas JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, quienes cumplen a cabalidad los requisitos constitucionales exigidos por el artículo 249 de la Constitución Política para ocupar dicho cargo.

La anterior determinación obedece a la sentida necesidad de superar la situación de interinidad que hoy es ya prolongada en la provisión de

dicho cargo, expresada por amplios sectores de la opinión pública nacional, la comunidad internacional y por la misma Corte que usted preside. Además, procedo con la certeza de que al presentar esta nueva terna, me ciño al debido proceso que debe seguirse para tal efecto, según la Constitución y la Ley.

Ciertamente, como es de público conocimiento, el actual trámite para la elección de Fiscal General de la Nación se inició con la solicitud del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la que se señaló que era necesario que el Presidente de la República presentara una terna para elegir Fiscal General de la Nación, toda vez que el periodo del que se estaba en ejercicio vencía el 31 de julio de 2009, debiendo asumir su rol el nuevo Fiscal a partir del 1 de agosto siguiente, cuya designación por mandato constitucional estaba a cargo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República.

En respuesta a esa comunicación, el 6 de julio de 2009 el entonces Presidente de la República remitió una terna de candidatos para elegir el reemplazo del doctor MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA.

Dada la renuncia presentada por el Dr. JUAN ÁNGEL PALACIO a la terna para la elección del Fiscal General, el 26 de octubre de 2009 el entonces Presidente de la República informó a la Corte sobre el nuevo integrante de la misma. Más adelante, el 9 de diciembre de 2009, una vez se hubo presentado la renuncia de la Doctora VIRGINIA URIBE, el primer mandatario informó a la Corte Suprema de Justicia el nombre de otra nueva integrante de la terna. Finalmente, el 13 de mayo de 2010 dada la renuncia presentada por el Dr. CAMILO OSPINA BERNAL se hizo imperioso volver a integrarla. Así, hoy en día la terna está conformada por los juristas JORGE ANÍBAL GÓMEZ, MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO Y MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

Debe observarse que el número de votaciones que sobre esta nueva terna ha llevado a cabo la Corte, sin que ninguno de los nombres propuestos haya sido elegido, permite inferir la falta de una voluntad colectiva de esa corporación judicial para elegir a alguno de los nombres allí propuestos, independientemente de las calidades personales y profesionales de cada uno de ellos.

Ahora bien, dentro del ánimo que me orienta de respetar a cabalidad la independencia y la dignidad de la Rama Judicial, antes de presentar a la Corte Suprema de Justicia la nueva terna que he conformado, mi Gobierno formuló una pregunta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil, del h. Consejo de Estado, relativa a la validez jurídica de esta nueva postulación. Esta Sala respondió indicando que la posibilidad de conformar una nueva terna se ajustaba plenamente a derecho y que podía proceder a ello sin requisito previo alguno.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a la fecha no se ha producido la elección del Fiscal General de la Nación, presento ante la honorable Corte Suprema de Justicia la nueva terna anteriormente anunciada, encareciéndole respetuosamente elegir prontamente a quien ha de ocupar ese cargo en propiedad.

Del señor presidente,

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN”

Dentro de una exégesis rigorista puede decirse que el acto que aquí se impugna y que, en verdad constituye el acto administrativo que será objeto de análisis está comprendido en el siguiente aparte del documento atrás copiado

Por su digno conducto informo a la honorable Corte Suprema de Justicia mi decisión de conformar una nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación, con los nombres de los juristas JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, quienes cumplen a cabalidad los requisitos constitucionales exigidos por el artículo 249 de la Constitución Política para ocupar dicho cargo.

PARTES INTERVINIENTES Y SUS REPRESENTANTES

Serán partes en este proceso el suscrito JAIME OSSA ARBELAEZ, atrás identificado, que obra exclusivamente en su nombre en calidad de ciudadano colombiano, de una parte y que actúa como demandante. De la otra, está la NACIÓN Presidente de la República Dr. JUAN MANUEL SANTOS y representada por el Ministro de Interior y Justicia Dr. GERMAN VARGAS LLERAS, en su calidad de parte demandada, según el artículo 149 del CCA

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La historia de los hechos en que se basa esta demanda aparece narrada, aún en sus detalles, en el mismo documento contentivo del acto administrativo censurado y que por esa circunstancia relleva su autenticidad, precisión e innegable acreditación:

1. El trámite para elección de Fiscal General de la Nación se inició con la solicitud del Presidente de la Corte en la que se señaló que era necesario que el Presidente de la República presentará una terna para elegir Fiscal General de la Nación, dado el vencimiento del periodo el 31 de julio de 2009, debiendo asumir su rol el nuevo fiscal a partir del 1° de agosto siguiente.
2. En respuesta a esa comunicación, el 6 de julio del año 2009 el Presidente de la República remitió la terna de candidatos para reemplazar al Doctor Mario Iguarán Arana.
3. Por renuncia presentada por el doctor Juan Ángel Palacio a la terna para elección de fiscal el 26 de octubre siguiente el Presidente de la República informó a la Corte sobre el nuevo integrante a la misma.
4. Más adelante el 9 de diciembre de 2009 cuando se presentó la renuncia de la doctora Virginia Uribe, el primer mandatario informó a la Corte el nombre de nueva integrante de la terna.
5. Finalmente, el 13 de mayo de 2010 ante la renuncia del doctor Camilo Ospina Bernal se volvió a integrar la terna.
6. “Así, hoy en día la terna esta conformada por los juristas JORGE ANÍBAL GÓMEZ, MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO Y MARCO ANTONIO VELILLA MORENO”
7. Dice el mismo instrumento “debe observarse que el número de votaciones que sobre esta misma terna ha llevado la Corte, sin que ninguno de los nombres allí propuestos haya sido elegido, permite inferir la falta de una voluntad colectiva por parte de esa Corporación judicial para elegir alguno

- de los nombres allí propuestos, independientemente de las calidades personales y profesionales de cada uno de ellos.
8. El Gobierno, al expresar el ánimo de respeto a la independencia y dignidad de la rama judicial y antes de presentar a la Corte Suprema una nueva terna que ha conformado, formuló ante la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado la validez de la nueva postulación. La sala respondió que la nueva terna se ajustaba a derecho y que podía procederse a ello sin otro requisito adicional.
 9. Así las cosas, se oficializó a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia la terna integrada con los nombres de los juristas JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, en quienes se cumplen los requisitos constitucionales del artículo 240 de la Constitución Nacional.
 10. De conformidad por lo dispuesto por el artículo 136-12 del C. C. A. me encuentro dentro del término hábil para incoar la presente acción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Este libelo demandatorio se apoya en los siguientes dispositivos constitucionales y legales:

Constitución Nacional: Artículos: 40-6, 115, inciso 3°, 189, 249 inciso 2° y Artículos 29,6, 121 y 122 de la misma obra.

Código Contencioso Administrativo: Artículos: 84, 137, 138, 139.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. **Artículos 115 inciso 3 de la Constitución Nacional y los artículos 189 y 249 ibídem.**

La norma fundamental del Estado advierte, en el artículo 115, inciso 3, que ningún acto del Presidente de la República, excepto el del nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamento Administrativo y aquellos expedidos en su calidad de Jefe de Estado y de Suprema Autoridad Administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea **suscrito y comunicado** por el **Ministro** del ramo respectivo o por el **Director del Departamento** Administrativo correspondiente, quienes por el mismo hecho, se hacen responsables (se resalta).

Los actos que le corresponden al Presidente de la República como Jefe de Estado, de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, están taxativamente señalados o enumerados en el artículo 189 de la misma Carta. En ninguno de sus 28 numerales se ubica la previsión de expedir el acto administrativo de postulación de la terna para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación, sólo que el artículo 249 inciso 2 adscribe a la Corte Suprema de Justicia el nombramiento de Fiscal General de la Nación "de terna enviada por el Presidente de la República".

Sucede que el acto administrativo censurado está suscrito única y exclusivamente por el señor Presidente de la República y sin que aparezca por parte alguna la firma del Señor Ministro del Interior y de Justicia que es el funcionario a quien también debe corresponder rubricar el documento

público en cuestión. La sola lectura del instrumento de fecha 3 de noviembre del año 2010, que está firmado por el Presidente de la República, da idea clarísima de la omisión de la refrendación ministerial del documento a que se ha hecho referencia.

Esta omisión hace que, en los términos de la norma indicada, la decisión administrativa impugnada carezca de valor jurídico y de eficacia vinculante en el mundo del derecho.

La advertida gravedad de la imprevisión administrativa se pone de bulto al considerar que el acto administrativo de postulación no está comprendido dentro de las excepciones del artículo 115 de la Constitución Nacional que son, precisamente, las que no requieren la suscripción del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo. Luego el acto reseñado afectó su propia validez desde el momento mismo de su emisión, pues no hay coincidencia entre la estructura del mismo y la normativa jurídica que lo gobierna. La firma del Presidente de la República es insuficiente para darle vida jurídica al acto anunciado.

Este vicio tiene relevancia en sede jurisdiccional que es, justamente, el escenario en donde se discute su juridicidad. Si se diera la eventualidad de que el acto acusado saliera indemne del enjuiciamiento cuya apertura se solicita en este escrito, de seguro que más temprano que tarde, se entraría la elección misma del Fiscal General de la Nación, haciendo aún más grave y tortuosa la situación del país.

2. Violación del artículo 249, inciso 2° de la Constitución Nacional

Del texto del inciso 2 del artículo 249 de la Carta se infiere claramente que el Presidente de la República está facultado únicamente para postular una sola terna a fin de que la Corte designe Fiscal General de la Nación.

Elaborar dos ternas, manteniendo ambas en vigencia, altera e indisciplina todo el mecanismo procedimental de elección de Fiscal General de la Nación. El Presidente no está en capacidad jurídica de poner a disposición de la Corte dos ternas para que ésta, ya no con tres sino con seis candidatos, abulte insólitamente el complejo electoral.

Y es que hay que advertir, con toda claridad y con el mayor énfasis, que la terna nominada por la presidencia el 13 de mayo del año en curso, lo mismo que la del 3 de noviembre siguiente, están en vigor, circunstancia que está puesta de relieve en el acto censurado cuando afirma **“Así, hoy en día la terna está conformada por los juristas JORGE ANIBAL GOMEZ, MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO Y MARCO ANTONIO VELILLA MORENO” (se resalta)**

La coetaneidad de estos dos actos administrativos ofrece al juzgador la irregularidad de un procedimiento eleccionario enrevesado y confuso, por lo demás, que solo merece la sanción jurisdiccional de nulidad, único camino sensato que brinda la ley para salvar la futura e inaplazable elección del Fiscal General de la Nación. Lo demás es continuar dando palos de ciego y complicando lo que, de por sí, ha sido una travesía llena de aristas incomprensibles y torpezas sorprendentes, todas manoseadas en el seno del ejercicio funcional del ejecutivo y la judicatura. Qué pena decirlo!!!

3. Violación del artículo 29 de la Constitución Nacional

Tal como acaba de sugerirse, el camino que se delata en el acto aquí enjuiciado descubre, sin duda alguna, un disparatado recorrido que, no obstante invocar el debido proceso y pregonar la sentida necesidad de superar la situación de interinidad que hoy se prolonga en demasía, equivocó su ruta y desvió su cometido.

De conformidad con el artículo 29 antes citado, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La Carta provee que la actuación administrativa de provisión del cargo de Fiscal General de la Nación se integra en dos etapas bien delimitadas. La de la postulación de la terna de candidatos que el Presidente debe enviar a la Corte Suprema de Justicia y la de la elección del candidato previamente escogido.

Cada una de las etapas anteriores tiene su propia y peculiar complejidad, ambas desarrolladas en una actuación puramente administrativa dentro de la respectiva competencia, pues ni la Corte puede intervenir en la actuación de postulación, ni el Presidente de la República en la elección del Fiscal, así se invoquen los más altos intereses del Estado y la colaboración armónica de los poderes públicos.

A primer golpe de vista esos dos ciclos son elementales. Sin embargo cada una de ellos tiene su estructura administrativa, independiente y cuya vulneración o desconocimiento genera la nulidad jurídica del acto eleccionario.

Así: la postulación de la terna de candidatos trae consigo el estudio, por parte del ejecutivo, del cumplimiento, a cargo de los candidatos, de llenar o copar las calidades constitucionales a que se refiere el artículo 249 de la Carta. Cumplida esta gestión y enviada la terna en la forma como expresamente se estipula en la normatividad, **se agota la competencia del ejecutivo. Esa competencia no puede readquirirse o tomarse de nuevo por el querer autónomo del Presidente.** O sea que al ejecutivo le está vedado utilizar, a su talante, una competencia de postulación que la constitución solo le adscribe **una sola vez.** Bien podría, entonces, así como confeccionó una segunda terna, elaborar una tercera porque los altos intereses del Estado lo requieren ya que la Corte no ha podido ponerse de acuerdo en un candidato para la elección. Así se pretende legitimar su actuación, que en la realidad jurídica es una franca intromisión y que lejos está de ser una colaboración armónica.

Es que ni siquiera la misma Corte Suprema de Justicia está autorizada para instar al Presidente a que confeccione y le envíe una nueva terna so pretexto de que la inicialmente remitida no satisfizo los **requerimientos extra constitucionales.** Debe quedar en claro, entonces, que si los candidatos sometidos a consideración del organismo elector cumplen, a cabalidad, los requisitos del artículo 249 de la Carta, la Corte incurriría en franco abuso y desviación de sus atribuciones, todo, adoptando un procedimiento francamente censurable.

La segunda etapa, también como actuación administrativa excluyente y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, en la que, por supuesto, no cabe injerencia alguna del ejecutivo, ni aún siquiera para proponer nuevos candidatos, tal como acaba de decirse, ni para cambiarlos total o

parcialmente a su arbitrio, es la de elección en que deben observarse los reglamentos de la corporación y las normas electorales que la rigen.

El debido proceso administrativo se ha vulnerado ostensiblemente por cuanto que **después de que el Presidente de la República hacía expresa constancia de la vigencia de una terna, procedió, allí mismo, a conformar otra y remitirla a la Corte Suprema de Justicia**, interfiriendo, de esa manera, todo el procedimiento administrativo de selección en que actualmente se encuentra el organismo judicial electoral. Se presenta, entonces, el extravagante caso de dos ternas, la última de las cuales induce a deslegitimar la anterior, desorientando mayormente a esta corporación y fracturando lo poco o lo mucho de lo mucho o poco que esa entidad guarda aún de su armónica política funcional.

El ejecutivo transgredió con su proceder el artículo 121 de la Carta interfiriendo el proceso, largo y tortuoso por cierto, de una elección que está llamada a complicarse más, a polarizar el veredicto de los electores, a dividir la opinión pública, a escolarizar a los neófitos y dogmatizar a los juristas.

Esto ha contaminado gravemente el acto de ilegalidad y desviado, así mismo, el propósito de la Carta en cuanto que la colaboración armónica de los poderes públicos entre sí no puede implicar intromisión, interferencia o entremetimiento en la gestión del órgano elector así esté ejercitando una labor administrativa.

Por qué no dejar a la Corte que resuelva ella misma sus problemas en su propio idioma y en la idiosincrasia del togado. El ejecutivo lo que ha hecho es confundirla más agregándole un elemento mayor de perturbación. Ya el asunto se salió de madre. Hasta el recinto de la Corte llegan las diatribas y censuras. La prensa del país juzga su conducta con la misma dimensión y dureza que su dejadez. Los magazines especializados de los juristas proliferan en ensayos y especulaciones sobre las dolencias de la Corte para criticar con especial rigor y aspereza su conducta dilatoria.

Todo este agudo proceso se le hubiera podido ahorrar al país si la Corte, en lugar de haber franqueado la compuerta de su palacio y confinado a sus integrantes, hubiera clausurado a tiempo el debate inútil y la polémica indiscreta.

Bien dicente, al efecto, es lo que al respecto dice Agustín Gordillo en su obra Derecho Administrativo.

“El vicio de la desviación de poder, que causa la nulidad del acto, encuentra teóricamente aplicación en tres casos, en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta”.¹

El autor alude al funcionario que actúa con una finalidad personal de beneficiar a un tercero o a un grupo de terceros y al que actúa, igualmente, con el propósito de beneficiar a la administración. A este respecto manifiesta:

“...el funcionario, imbuido de un espíritu fiscalista y estatista, como lo es habitualmente el funcionario argentino por la presión de equivocados

¹ Agustín Gordillo. Tratado de derecho Administrativo. Tomo III. El acto Administrativo. Pág IX-24. ED. Macchi. Alsina Buenos Aires

doctrinarios, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado...”²

FALTA DE COMPETENCIA

Cuando el factor de competencia está integrado por la intervención plural de los que deben suscribir el acto administrativo, la participación de solo uno de quienes están llamados a refrendar la manifestación de voluntad de la administración resiente el acto de nulidad por falta de competencia. Es decir, si la preceptiva constitucional o legal ordena que la expresión de voluntad del Estado, en un caso determinado, requiere la autoría y firma de dos o más servidores públicos, uno solo de ellos no está en capacidad jurídica de comprometer esa voluntad estatal. La competencia para emitir un acto administrativo cuando reside, por mandato normativo, en dos personas, no surge como figura jurídica sino cuando esas dos personas suscriben el acto. De lo contrario habría solo un mero pronunciamiento administrativo sin mayor relevancia vinculante.

La carencia, pues, de competencia para emitir un acto de la naturaleza de la que se trata en el asunto sub-lite, lo hace incurso en un vicio que afecta su validez.

Es que el concepto de validez está unido íntimamente con la conformidad del acto y la ley o sea “la coincidencia entre la estructura del acto y las normas jurídicas que precisan la conformación de dicha estructura”³.

En las condiciones dichas el acto no está llamado a producir efectos jurídicos dada la ilegitimidad de su expedición por violación directa de la Ley, en este caso la Constitución.

Con razón el inciso 3 del artículo 115 de la Norma Superior advierte que “Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, **tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables**”. (se resalta)

Cuando en el ejercicio de la facultad discrecional o con la pretensión de estarla desempeñando, se acude a una colaboración no pedida ni solicitada, se está por fuera de lo que la doctrina llama la vinculación positiva a la legalidad y que implicó, en un principio, una revolución garantista y proteccionista para los administrados en cuanto que ésta debe estar previa y expresamente establecida en la ley, en tanto que los ciudadanos continúan con la misma estructura permisiva hasta cuando la ley lo prohíba. Es el postulado de que lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido.

En el derecho público el funcionario o gestor de la administración solo puede hacer lo que la ley expresamente le faculte. Esto es de una elementalidad tal que casi que ruboriza su enunciado en el foro!!

“Los artículos 6,121 y 122 de la Constitución Nacional encierran la estructura jurídica de la prohibición y el respeto al ámbito competencial que no es mas que la

² Ibídem. Pág., Id.

³ Extinción de los Actos Administrativos. Renovación. Invaldación y Decaimiento. “, Olguín Juárez. Hugo A., Ed. Jurídica de Chile 1961 pág. 21.

limitación en el ejercicio de las atribuciones que la constitución y la ley fija a las distintas autoridades del Estado.

Ahora, la potestad de la administración para actuar en un momento dado y en determinado asunto tienen dos vertientes que, por lo demás, no pueden dejarse de lado. Si la ley faculta a la administración para actuar en el sentido por ella trazado indicándole la forma de hacerlo, fijándole los derroteros, señalándole los criterios a seguir en forma que la administración tiene que cumplir pautas limitándole, por lo demás el contenido de la actuación, se está en presencia del ejercicio de una potestad reglada”.⁴

En este orden de ideas el acto administrativo que conformó la terna del 13 de mayo, tiene validez y eficacia en el ámbito jurídico. Validez desde el momento mismo de su emisión y eficacia en cuanto a que aún persiste en su vitalidad jurídica como estructura administrativa idónea para producir los efectos jurídicos que se propuso, es decir capacidad para culminar en la realización del cometido electoral. Ahora, que no se haya efectivizado el acto administrativo por conducta imputable al organismo elector, no es incumbencia alguna del ejecutivo. Solo la jurisdicción contencioso administrativo debe ingeniar los mecanismos jurídicos hábiles para dar término a la encrucijada.

Se quiere significar entonces que los actos administrativos son de voluntad orgánica, voluntad que no puede moldearse a circunstancias sobrevinientes cuando el ejercicio gubernamental vulnera la normatividad vigente y que en el caso presente es ostensible y fácilmente detectable. Al Presidente no lo ha autorizado el ordenamiento jurídico para emitir más de una terna estando vigente la anterior, así esté presionado por circunstancias de inoperatividad del órgano elector.

La segunda terna, la que aquí se acusa, tiene una pretensión jurídica de validez de la cual carece y de eficacia que no posee. Se emitió sin competencia, pues ésta ya se había agotado. Con abuso de poder, por ausencia de norma facultativa. Con vulneración del debido proceso, por haberse generado en el seno de una supuesta colaboración que tornó indebida la intromisión en un proceso ya de por sí anómalo.

EXPEDICION EN FORMA IRREGULAR

El acto censurado incurrió, de igual manera, en expedición irregular en cuanto que la falta de firma del Ministro del Interior y de Justicia y la subsiguiente comunicación, hace del mismo un acto irregular en su expedición, merecedor, por supuesto, de la declaratoria de nulidad jurisdiccional.

FALSA MOTIVACION

- a) En el acto impugnado se dice que en la Corte “falta de una voluntad colectiva....para elegir alguno de los nombres allí propuestos”.- Esta afirmación gubernamental, estampada en el documento contentivo del acto administrativo que aquí se trae a juicio, no tiene sustento probatorio de seriedad. Tampoco se infiere del acto administrativo del 3 de Noviembre de 2010

⁴ Derecho administrativo Sancionador. Segunda edición 2009 Ed. Legis. Página 194. Jaime Ossa Arbeláez

Por cuanto que no hay antecedentes administrativos del acto censurado no puede darse crédito a lo que se afirma en el mismo. Se está, entonces, en presencia de una falsa motivación.

- b) La explicación esgrimida por el Presidente de la República en el sentido de que previo el envío de la terna que se cuestiona, el gobierno elevó consulta al Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil- relativo a la validez jurídica de la nueva postulación, trata de soslayar los tropiezos jurídicos que acarrearía la nueva terna. Lo cierto es que el ejecutivo se plegó al concepto a pesar de que el artículo 25 del C.C. Administrativo advierte que las respuestas dadas por las entidades consultadas no comprometen la responsabilidad de estas. Lo que queda en claro es que con ello se pretendió evadir cualquier responsabilidad ulterior en la decisión ahora demandada.

Lo expresado configura una falsa motivación.

DESVIACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

La doctrina de derecho público ha insistido en que la desviación o abuso de poder se da cuando el funcionario actúa con una finalidad diferente a la perseguida por la ley que se ejecuta, aunque esa finalidad sea la de beneficiar la propia administración.

De suerte que la desviación aquí censurada es la pretensión del ejecutivo, inserta en el acto administrativo del 3 de noviembre del 2010, de remplazar la terna del 13 de mayo del 2010, también incluida en el acto que se cuestiona.

La anómala vigencia de las dos ternas salta a la vista y sin que pueda esgrimirse el argumento de que la última remplazó la primera, o que un curioso fenómeno de eliminación automática operó ipso juri.

En derecho público el retiro del acto administrativo de contenido particular y concreto, como en el caso de autos, no opera jurídicamente sino por ministerio de la ley y la ley no tiene previsto que haya revocación tácita.

La revocación, la invalidación y el decaimiento del acto parten de la base de la vocación de permanencia del mismo y solo en el caso de la revocación de los actos particulares, la administración puede hacerlo cuando tenga disponibilidad de sus efectos y no los tiene cuando estos son creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas.

De todas maneras es unánime la doctrina en el sentido de que la revocación debe ejercitarse siempre mediante otro acto administrativo. La revocatoria no se supone, tampoco se presume. El poder de revocar es una potestad propia de la actividad administrativa en interés público pero sujeta, de manera preponderante, al respeto de los derechos que surgen del acto para los beneficiarios, derechos que pueden ser latentes pero ciertos, sin que por ello pierdan categoría de respeto y acatamiento.

Bien decantada se encuentra la doctrina que afirma la irrevocabilidad de los actos administrativos definitivos que producen efectos instantáneos, o sea aquellos sobre los cuales se agota la competencia al dictarlos. En estos eventos la

administración pierde la disponibilidad de sus efectos⁵ y más cuando se trata de actos de contenido particular.

Es, justamente, el caso propuesto. No habiendo mediado, púes, el retiro del acto por cualquiera de los fenómenos mencionados, se hace mas grave la encrucijada jurídica y se enrarece mas el panorama, el cual solo se despeja con la nulidad del acto, conforme lo solicito en este libelo demandatorio.

LO QUE SE DEMANDA

Como petición demandatoria se solicita del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del acto administrativo expedido por el Presidente de la República el día 3 de noviembre del 2010 contenido en el escrito remitido por el Primer mandatario al Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia y en donde da cuenta de “... *mi decisión de conformar una nueva terna para la elección de Fiscal General, con los nombres de los Juristas JUAN CARLOS ESGUERRA PUERTO CARRERO, VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, quienes cumplen a cabalidad los requisitos constitucionales exigidos por el artículo 249 de la Constitución Política para ocupar dicho cargo*”.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

De conformidad con lo expuesto por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, solicito de manera expresa que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo proferido por el Señor Presidente de la República el día 3 de noviembre del año 2010, contenido en el documento que se adjunta a la demanda y por medio del cual, se integró una terna para Fiscal General de la Nación.

La medida solicitada es procedente por tratarse de una acción de nulidad y ser manifiesta y ostensible la infracción por parte del acto acusado de los artículos 115 inciso 3°, 189 y 249 inciso 2° y 6, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

Violación del inciso 3° del artículo 115 de la constitución nacional

La violación de la indicada norma de la Constitución Política de la Nación aparece de bulto con la sola confrontación del texto contenido en el acto administrativo acusado y donde el único signatario es Presidente de la República.

Pues bien: en la comunicación de fecha 3 de noviembre de 2010 el Presidente de la República reitera la postulación que hizo de la nueva terna para Fiscal General de la Nación a la Corte Suprema de justicia la pronta elección de quien ha de ocupar el cargo en propiedad.

Es lo cierto, en todo caso, que el acto aparece firmado única y exclusivamente por el Presidente de la República lo que va en contravía de lo que estatuye el artículo 115 inciso 3° de la Constitución.

Ningún acto del Presidente, excepto el del nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamento Administrativo y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de Suprema Autoridad Administrativa, tendrá valor ni fuerza

⁵ Olgúin Juárez. Hugo A. Ob. Cit. Pág. 148

alguna **mientras no sea suscrito y comunicado** por el **Ministro** del ramo respectivo o por el **Director del Departamento** Administrativo correspondiente, quienes por el mismo hecho, se hacen responsables (se resalta).

Por lo tanto el acto carece de valor y fuerza jurídica por no haber sido suscrito así mismo y comunicado por el Ministro del Interior y de Justicia.

Se confirma lo dicho con el cotejo del artículo 189 de la misma Carta puesto que ninguno de sus 28 numerales contiene la previsión de expedir el acto de postulación de la terna de fiscal. De dónde se colige con suma facilidad que el respectivo acto censurado requería, prima facie, la firma conjunta del Presidente y el Ministro. Se trata sin duda de un acto plural que exige la intervención dos funcionarios de la administración Nacional para pregonar la validez de la voluntad del Estado.

Aparece, entonces, lo que en la teoría del acto administrativo se llama un acto complejo interno por cuanto que las voluntades que concurren a su formación pertenecen a un mismo organismo y colectivo al mismo tiempo ya que, como lo dice Manuel María Díez resulta de la conjunción de varias voluntades con igual contenido y finalidad, que se unen solamente para la manifestación común, permaneciendo jurídicamente autónomas.

Lo esencial en esta clase de actos es que la voluntad administrativa está integrada por varios sujetos que concurren en comunidad de materia “ a formar en común un acto jurídico “ (Ranelletti).

Bajo esa perspectiva el acto es colectivo y la voluntad solo surge jurídicamente cuando sus integrantes real y efectivamente participan en la emisión de aquel acto. Una sola persona por importante y destacada que sea, no tiene capacidad para expresar auténticamente la voluntad de la administración. Si lo hace, el acto deviene en ilegítimo.

Violación del artículo 249 inciso 2° de la Constitución Nacional

Resulta de una evidencia mayúscula la flagrante violación de la Constitución por parte del autor del Acto Administrativo enjuiciado cuando a pesar de que en el mismo documento contentivo del acto reconoce que “...hoy en día la terna está conformada por los juristas “JORGE ANIBAL GÓMEZ, MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO Y MARCO ANTONIO VELILLA MORENO”, procede a conformar una nueva terna para fiscal de la Nación integrada, esta última, por los juristas JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA.

Aquí el Presidente de la República excedió las atribuciones propias que le confirió el artículo 249 inciso 2° de la Constitución al conformar otra terna para Fiscal General de la Nación. La disposición constitucional habla de una terna. El Presidente carecía de competencia para conformar otra nueva terna ya que su competencia se había agotado con la expedición de la primera. Se excedió, entonces, en sus atribuciones y, por consiguiente, profirió un acto inválido por razón del vicio de falta de competencia.

Esa incompetencia se muestra palmaria ya que el acto fue dictado por fuera de la oportunidad que tenía su autor para presentarlo a la corporación destinataria porque el ejercicio de aquella ya se había agotado con la postulación que hizo el 13 de mayo del año que corre, cuando ejerció su poder de postulación.

Se pregunta, entonces, con base en qué el Presidente de la República emite un acto administrativo presentando una nueva terna a pesar de la vigencia de la anterior que, además, se encuentra en franco proceso de ejecución por parte de la Corte Suprema de Justicia? Dos ternas vigentes en el juego de la postulación, cada una pregonando su propia legitimidad, validez y eficacia, con el agravante de que (con la primera se tienen limitaciones para su revocación por comprometer derechos particulares y concretos que solamente la jurisdicción podría cercenar y únicamente esta tendría vocación para desatar un eventual embrollo que pudiese surgir?.

Este cargo tiene entidad suficiente para que la jurisdicción suspenda provisionalmente el acto impugnado.

Violación de los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución

Las citadas normas supralegales encierran el postulado jurídico de la prohibición y respeto al ámbito competencial de la administración.

Sólo el ordenamiento jurídico puede facultar a las autoridades la actuación administrativa bien sea dentro de la política reglada o en la discrecional. Cuando la potestad se desarrolla por fuera de esos límites, cuando no existe norma expresa, o aún implícita, que le autorice un desempeño determinado, se ubica aquella en el campo de la subversión del ordenamiento jurídico. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución o la Ley”. Por su parte el artículo 122 dispone que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...”.

Entonces el interrogante que surge es: si el Presidente de la República no está facultado por norma expresa o implícita para postular, ante la Corte Suprema de Justicia, candidatos al cargo de Fiscal General de la Nación por más de una vez, cómo entonces se habilita la constitucionalidad y la legalidad del acto administrativo impugnado.

Esta es otra razón jurídica poderosa para la prosperidad de la suspensión provisional.

NOTIFICACIONES

Al suscrito demandante se le pueden hacer notificaciones personales en la Secretaría del Despacho o en la siguiente dirección Calle 144 # 7C-82 Int. 1 – Bogotá.

Al demandado señor Presidente de la República doctor Juan Manuel Santos en el despacho presidencial del Palacio de Nariño.

Al señor Ministro del Interior y de Justicia doctor Germán Vargas Lleras como Representante Legal de la Nación en su despacho de la Cra. 9 # 14 – 10 de Bogotá.

A la Corte Suprema de Justicia en cabeza de su Presidente doctor Jaime Arrubla Paucar en su despacho del Palacio de Justicia.

Al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero en la Secretaria de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

A la doctora Viviane Aleida Morales Hoyos en la Secretaria de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Al doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla en la Secretaria de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

PRUEBAS

La parte actora pretende hacer valer las siguientes pruebas que, solicito se decreten y practiquen con arreglo a la ley en su oportunidad:

1. Que se oficie al señor Secretario General de la Presidencia de la República para que envíe con destino al proceso los siguientes documentos:
 - Los antecedentes administrativos del acto acusado, que comprenden toda la actuación administrativa cumplida por el señor Presidente de la República para el nombramiento o postulación de candidatos a la Fiscalía General de la Nación.
 - Copia del acto o actos administrativos mediante los cuales el señor Presidente de la República conformó la terna de juristas enviada a la Corte Suprema de Justicia integrada por los juristas Jorge Aníbal Gómez, Margarita Leonor Cabello Blanco y Marco Antonio Velilla Moreno para elegir Fiscal General de la Nación en reemplazo del doctor Mario Germán Iguarán Arana.
 - Copia auténtica de la comunicación del 6 de julio de 2009 suscrita por el Presidente de la República dirigida a la Corte Suprema de Justicia a través de la cual remite una terna de candidatos para elegir el reemplazo del doctor Mario Germán Iguarán Arana como Fiscal General de la Nación.
 - Copia de la comunicación suscrita por el señor Presidente de la República el 26 de octubre de 2009 mediante la cual informa a la Corte Suprema de Justicia el nombramiento del nuevo integrante de la terna para elección de Fiscal General que reemplazo al doctor Juan Ángel Palacio.
 - Copia de la comunicación de 9 de diciembre de 2009 enviada por el Presidente de la República en la cual le informa e nombramiento del integrante de la terna para elección de Fiscal General que reemplazó a la doctora Virginia Uribe.
 - Copia de la comunicación de 13 de mayo de 2010 dirigida por el Presidente de la República a la Corte Suprema de Justicia por la cual le comunicó el nombramiento de quien reemplazó en la terna al doctor Camilo Ospina Bernal.

2. Que se solicite a la Corte Suprema de Justicia que se sirva enviar con destino al proceso copia de la actuación administrativa cumplida por esta corporación en relación con la elección de Fiscal General de la Nación en reemplazo del doctor Mario Germán Iguarán Arana.

COMPETENCIA

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta es competente para conocer de esta demanda en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 y el artículo 128-1 del Código Contencioso Administrativo.

PROCEDIMIENTO

Por tratarse de una acción de nulidad contra un acto administrativo de nombramiento o postulación de candidatos el procedimiento a seguir es el indicado por los artículos 223 a 251 del C. C. A. (Capítulo IV De los Procesos Electorales).

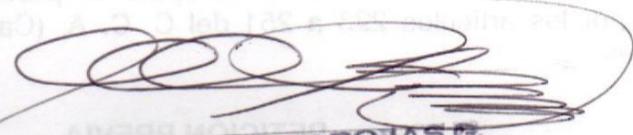
PETICIÓN PREVIA

Por cuanto el acto acusado no ha sido publicado y la Presidencia de la República no me ha expedido copia del mismo con las constancias de ley, a pesar de haberlo solicitado, de conformidad por lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 139 del C.C.A., pido que el señor consejero ponente, antes de admitir la demanda, solicite a la Secretaria General de la Presidencia de la República y a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia donde reposa el original, solicite copia auténtica de la comunicación de 3 de noviembre de 2010 dirigida por el Presidente de la República al Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, Presidente Corte Suprema de Justicia en donde consta el acto administrativo acusado en esta demanda.

De conformidad con el artículo 139 inciso final del C. C. A. acompaño a esta demanda tres (3) copias de la misma para notificación a las partes.

Atentamente,

JAIME OSSA ARBELÁEZ

CONSEJO DE ESTADO
Sala de lo Contencioso Administrativo
SECCION QUINTA
El anterior memorial _____
fue presentado personalmente en esta Secretaría
hoy 18 NOV. 2010 por su signatario
Sr. Jaime Ossa Arbeláez
quien exhibió la Cédula de Ciudadanía No.
3'327.739 de Medellin
T.P. 1125.304 del C.C.S.
Demanda en 11 folios
Anexa tres copias de la
demanda.
Hora 2:42 P.M.

MARCO EIDEL ROJAS
Oficial Mayor