

**LAS FACULTADES DISCRECIONALES EN EL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN A LA
DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DESDE LA DOCTRINA Y
LA JURISPRUDENCIA**

JESSICA MURILLO MENA

**TRABAJO DE GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

BOGOTÁ D.C.,

**LAS FACULTADES DISCRECIONALES EN EL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN A LA
DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DESDE LA DOCTRINA Y
LA JURISPRUDENCIA**

JESSICA MURILLO MENA

**Trabajo de grado para optar el título de
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Tutor
Dr. MIGUEL MALAGÓN PINZÓN**

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

BOGOTÁ D.C.,

Nota de Aceptación:

Firma presidente jurado

Firma jurado

Firma jurado

ÍNDICE GENERAL

	Págs.
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1. LA DISCRECIONALIDAD Y EL ESTADO DE DERECHO	15
1.1.Introducción	15
1.2.Origen de la discrecionalidad administrativa	15
1.3.Definición y alcance de la discrecionalidad	18
1.4.El Estado de derecho y los principios en la Constitución de 1991	24
1.5.Derecho administrativo y actuación administrativa en el Estado Social de Derecho	30
CAPÍTULO 2. LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	36
2.1. Introducción	36
2.2. El acto administrativo	36
2.3. El control de legalidad de los actos administrativos	38
2.4. Diferencia entre acto reglado y acto discrecional	40
2.5. El principio de legalidad y la potestad discrecional	43
2.6. Fuentes del poder discrecional	46
2.7. Clases de discrecionalidad	47
2.8. Discrecionalidad técnica	49
2.9. Análisis normativo del principio de legalidad y discrecionalidad a la luz del Nuevo Código	53

CAPÍTULO 3. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES	57
3.1. Introducción	57
3.2. Control judicial de la potestad discrecional	58
3.3. Límites de la discrecionalidad	61
A. La desviación de poder	63
B. La motivación del acto	68
C. Los conceptos jurídicos indeterminados	80
3.4. La facultad de libre nombramiento y remoción–Régimen de excepción	87
3.4.1. La facultad de libre nombramiento y remoción como excepción a la obligación de motivar los actos administrativos.	87
3.4.2. La facultad de libre nombramiento y remoción como excepción a la regla general de vinculación a la Administración Pública (<i>carrera administrativa</i>).	90
CAPÍTULO 4. EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	96
4.1. Introducción	96
4.2. El concepto de discrecionalidad	97
4.3. La discrecionalidad técnica	100
CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	112
ÍNDICE DE SENTENCIAS	116
OTRAS FUENTES	119

«la ley no puede regularlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (...). De ahí que (...) las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica (...) En esto consiste la discrecionalidad...»¹.

¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 13.

RESUMEN

En el presente trabajo de grado, se realiza un acopio, valoración y respectivo análisis de la jurisprudencia nacional, la doctrina especializada y la legislación vigente en Colombia en materia de *Facultades Administrativas Discrecionales*, con el propósito de determinar, si en nuestro ordenamiento existe diferencia de fondo en el tratamiento de la *discrecionalidad técnica* entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional. Así mismo, se resalta que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, es necesario que el quehacer administrativo se aproxime cada vez más a los ideales constitucionales de transparencia y justicia social, de forma tal que las decisiones que se adopten, estén siempre sujetas a los principios de legalidad y debido proceso, y en todo caso, propendan por la salvaguarda del bien común y el interés general.

Palabras clave: Discrecionalidad, discrecionalidad técnica, Estado de derecho, principios, derecho administrativo, acto administrativo, administración pública, control jurisdiccional.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, realizado para obtener el título de Magister en Derecho Administrativo, condensa el estudio de un conjunto de elementos descriptivos y explicativos en torno a las Facultades Administrativas Discrecionales, conjugados con un análisis de las decisiones jurisprudenciales, los enfoques doctrinales más relevantes y el ordenamiento jurídico vigente; además, los esfuerzos de la autora, y las valiosas observaciones, sugerencias y enseñanzas de sus maestros.

El enfoque conceptual empleado se basa en el concepto de *discrecionalidad administrativa*. Para realizar una aproximación al mismo, se expone su definición, alcance, origen, aspectos que lo diferencian o relacionan con otros conceptos jurídicos, fuentes, clases o tipos, límites, mecanismos de control y análisis de la jurisprudencia nacional y la doctrina especializada.

La elaboración de este trabajo surge de la necesidad de estudiar con mayor detenimiento un tema trascendental para el Derecho Administrativo, como es el de las *facultades administrativas discrecionales* o potestad de decisión de que goza la Administración Pública, mediante la identificación y consecuente análisis de las principales líneas que, en relación con la noción de discrecionalidad, vienen orientando la jurisprudencia nacional y la doctrina especializada; examinar la forma en que está siendo utilizada la figura en el ordenamiento jurídico colombiano; y por qué no, realizar un aporte al debate jurídico en dicha materia, enfatizando, a través de las herramientas jurisprudenciales y doctrinales empleadas, que dicha facultad no debe ser absoluta ni arbitraria, sino por el contrario, debe estar sujeta a los principios de legalidad y debido proceso que se entienden imperantes en el Estado de derecho, y en esa misma vía, se debe encaminar la actividad administrativa hacia la búsqueda y materialización de su verdadero propósito, cual es, la salvaguarda del bien común, el interés general, la satisfacción de las necesidades colectivas, la legitimidad del régimen jurídico, y en general, la consecución de los fines del Estado trazados en el artículo 2º de la Constitución Política.

La tesis que se plantea es la siguiente: ¿en el ordenamiento jurídico colombiano, existe diferencia de fondo en el tratamiento de la facultad discrecional técnica entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional?, y la misma se decantará a través del examen de los principales aspectos de la facultad discrecional, tales como, su definición, clasificación, contenido, justificación, alcance y control.

La complejidad del problema jurídico requirió del examen de una gran cantidad de preceptos que regulan las nociones de *facultad discrecional* y *discrecionalidad técnica*, los cuales se abordaron con un enfoque práctico que permitiera la presentación de hipótesis y conclusiones de fácil lectura. No obstante, el problema jurídico se desarrolló dentro de un marco referencial del

Derecho Administrativo, nutrido de principios generales del derecho y fuentes formales jurídicas como la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

La fase inicial de la investigación consistió en el acopio de las mencionadas fuentes. La fase intermedia, en el análisis tanto de los referentes teóricos como de la jurisprudencia más relevante sobre la materia, y en la fase final, se realizó un ejercicio de confrontación de la información obtenida, terminando con las consecuentes discusiones y reflexiones en torno al análisis efectuado.

Ahora bien, presentado el tema de investigación y planteada la respectiva tesis, introduzcámonos en el estudio del título “*LAS FACULTADES DISCRECIONALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA*”, poniendo de presente las siguientes consideraciones:

El vertiginoso aumento de la actividad administrativa en el Estado de derecho, provocado por la activa participación estatal en los distintos ámbitos de la vida social, generó la necesidad de revestir a la Administración Pública, de una amplia gama de facultades que le permitiesen dar respuesta oportuna y eficaz, a los múltiples y complejos desafíos sociales e institucionales que le planteaban las cambiantes circunstancias en las que debía desplegar su accionar. El otorgamiento de *Facultades Discrecionales* a la Administración Pública, surge como una respuesta a dicha necesidad.

De forma paralela a la ampliación de los campos en los cuales la Administración se ha visto en la necesidad de extender su actividad, se presentó una enorme tecnificación de las actuaciones concernientes a los órganos administrativos, lo que generó la necesidad de revestir a la Administración Pública de *Discrecionalidad Técnica*, dada la necesidad de recurrir a criterios de decisión y conocimientos propios de ámbitos científicos, artísticos o, en fin, del saber especializado, situación que nos lleva a establecer hasta qué punto el fundamento técnico de la actividad administrativa incide en la naturaleza jurídica de la misma, así como en los alcances y límites de su control por parte de la autoridad judicial².

En principio, podemos afirmar que existe facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa, en presencia de hechos o circunstancias determinadas, es libre de adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está preestablecida por la Ley. Así, la facultad discrecional constituye una potestad jurídica del Estado de derecho, expresamente atribuida por una norma habilitante que autoriza a la Administración para apreciar, valorar y juzgar las circunstancias de hecho, a fin de escoger la oportunidad y el contenido de su decisión, dentro de las distintas posibilidades existentes en el ordenamiento jurídico.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 31 de octubre de 2007, Rad 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La discrecionalidad bien concebida, es decir, entendida como la facultad de que goza la Administración Pública para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones en pro de la concreción de los fines del Estado; constituye un mecanismo útil en la búsqueda de la eficacia, eficiencia y celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones.

No obstante, cuando se tiene una concepción errada, absoluta o arbitraria de la discrecionalidad, se originan fallas en el funcionamiento de la Administración Pública, que imposibilitan la concreción de los fines del Estado y violan por tanto el Estado de derecho, toda vez que, se pierde de vista el mandato de sujeción al principio de legalidad y demás principios constitucionales en los cuales debe cimentarse aquel.

En suma, si bien es cierto que la discrecionalidad constituye un mecanismo útil en cuanto a eficacia, eficiencia y celeridad se refiere, no es menos cierto, que si se utiliza como excusa para que los administradores queden tácitamente autorizados para inobservar la Constitución y la ley, degenera en arbitrariedad e irrazonabilidad, quebrantando así el Estado de derecho.

Comenta Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su *Tratado de Derecho Administrativo*, que la humanidad no siempre ha predicado la forzosa sumisión de los poderes públicos al orden jurídico. Fue con la institucionalización del Estado que comenzó a identificarse el principio de legalidad como una limitante al poder absoluto que otrora caracterizaba su ejercicio, convirtiéndose en una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados. En su relación con la función administrativa del Estado, el principio de legalidad de los actos administrativos surge de manera simultánea con la institucionalización del poder. Anteriormente, se partía del principio de que la fuente de todo derecho era el rey, depositario absoluto de los poderes públicos y garante de la paz entre sus súbditos, lo que se traducía en inestabilidad e incerteza para los administrados respecto de los trámites y decisiones que pudieran corresponder a la Administración, a lo que debe añadirse la imposibilidad de su control efectivo. La anterior concepción de Estado individualizado, fue removida por las teorías de los revolucionarios franceses; para quienes el derecho sólo podía tener una fuente: la voluntad general; y una suprema manifestación: la Ley. Corresponde al legislador la determinación general del poder político a fin de evitar la inestabilidad y arbitrariedad típica del manejo personalizado del poder³.

Así las cosas, en la actualidad, la potestad discrecional en todas sus manifestaciones o clases, incluida obviamente la discrecionalidad técnica, no puede ser arbitraria o absoluta, debe estar controlada y sujeta al principio de legalidad, esto es, al respeto por el ordenamiento jurídico; debe encauzarse

³ Comparar, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo – Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, 4ª ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 38 – 40.

hacia la concreción de los fines del Estado, y en todo caso, propender por la salvaguarda del bien común y el interés general.

Enrique Silva Cimma en su obra expresa que la discrecionalidad administrativa es, sin dudarlo, un mecanismo útil para la Administración, pero no puede ni aceptársela ni menos entenderse como un mecanismo posible y habilitante para prescindir de la Ley⁴. Debe entenderse como una potestad jurídica, mas no como un pretexto para la arbitrariedad, porque ello significaría la negación del derecho e implicaría el desconocimiento pleno del principio de legalidad.

Acerca de la clara distinción que debe existir entre discrecionalidad y arbitrariedad, la Corte Constitucional en Sentencia T-064/07 expuso lo siguiente: “(...) las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (...)”⁵. De esta suerte, las facultades discrecionales no pueden ser absolutas, sino limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

En igual sentido, Manuel Atienza en su libro *Sobre el Control de la Discrecionalidad Administrativa* puntualiza que el Estado de derecho, entendido como idea regulativa, significa el sometimiento del poder a la razón, y no de la razón al poder. Explica el autor que el Derecho es precisamente el instrumento, o uno de los instrumentos de racionalización del poder, lo cual implica que las decisiones de los órganos no se justifican meramente en razón de la autoridad de quien las dicta; hace falta además que el órgano en cuestión proporcione

⁴ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Barcelona, Buenos Aires, México D.F, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1989, p. 28.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T – 064 del 1º de febrero de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Nota: El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo invocaba expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.

El Art. 36 Decreto 01 de 1984 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 del 18 enero de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El Artículo 44 la Ley 1437 de 2011 dispone: “Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

El Consejo de Estado en Sentencia 1700 de 2008, refiriéndose al principio de proporcionalidad como regla de acción que debe tener en cuenta la administración al momento de dictar un acto discrecional, indicó lo siguiente: (...) el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación en cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex ante y otro ex post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria (...).

razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico⁶.

Como corolario, podemos señalar que la potestad de elección en que radica la discrecionalidad, debe operar siempre dentro de la Constitución y los principios que la integran, para evitar así la arbitrariedad e irrazonabilidad. En el seno de un Estado de derecho, las decisiones de la Administración Pública no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad (artículo 209 de la Constitución Política). Ello implica que, la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta, se debe realizar atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa, en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas). De ahí que resulte acertado sostener que en un Estado de derecho, la discrecionalidad administrativa consiste en habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante. Esta concepción de la discrecionalidad administrativa es, la que ajusta la figura en cuestión a las exigencias constitucionales, en el sentido de que la actuación de la Administración debe siempre responder a criterios objetivos (obligación que por supuesto no decae tratándose de cuestiones técnicas, aún las más complejas, ni en los demás casos en los cuales tales criterios no vienen predeterminados por la Ley dada la escasa densidad regulativa de la misma), proscribiéndose la adopción de decisiones arbitrarias⁷.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, procedamos a presentar la estructura del trabajo de investigación, explicando previamente que el método investigativo conjuga elementos deductivos y de análisis de la información recolectada, lo que puede verse desarrollado en los cuatro capítulos de la tesis que integran el cuerpo de la misma y dentro de los cuales se desarrolla el objetivo propuesto. Se parte de un análisis general de la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia más destacada sobre el tema de la discrecionalidad administrativa, planteando su definición, origen, aspectos que la diferencian o relacionan con otros conceptos jurídicos, fuentes, clases o tipos (ubicando el acento en la discrecionalidad técnica), límites y medios de control; para luego

⁶ Comparar, ATIENZA, Manuel, *Sobre el Control de la Discrecionalidad Administrativa, Comentarios a una polémica*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 15.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Rad. 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059), C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

estudiar su alcance en la jurisprudencia colombiana contencioso administrativa y constitucional, mediante el análisis de toda la información disponible, así:

Nos adentramos en el **PRIMER CAPÍTULO** planteando que el incremento y la evolución de la actividad administrativa, conllevaron paulatinamente a que la Administración Pública fuera provista de una serie de facultades que le permitiesen abordar y resolver de manera eficaz, las distintas vicisitudes que se presentaban en su accionar cotidiano. La posterior consolidación del ejercicio de dichas facultades, es lo que se conoce hoy como Facultades Administrativas Discrecionales.

Este capítulo aborda los elementos que cimientan el trabajo investigativo, perfilando el problema jurídico y sentando las bases teóricas de la presente tesis. El primer capítulo se desarrolla estudiando en su orden la discrecionalidad y el Estado de derecho; el origen de la discrecionalidad administrativa, su definición y alcance; el Estado de derecho y los principios dentro en la Constitución de 1991; el Derecho Administrativo y la actuación administrativa en el Estado Social de Derecho.

Partiendo de la premisa de que el acto administrativo es la herramienta por excelencia a través de la cual se refleja el querer de la Administración y se materializa su accionar; el **SEGUNDO CAPÍTULO** se aborda afirmando que en un Estado de derecho, el acto administrativo es el instrumento mediante el cual se expresa la voluntad de la Administración Pública. Dicha expresión de voluntad puede ser reglada o discrecional y en ambos casos goza de presunción de legalidad, por tanto, produce efectos jurídicos de obligatorio acatamiento por parte de los administrados.

El capítulo segundo se desarrolla mediante el estudio de la discrecionalidad en los actos administrativos; la teoría del acto administrativo; el control de legalidad del acto; se establece la diferencia entre el acto reglado y el acto discrecional; se profundiza sobre las fuentes del poder discrecional y las clases de discrecionalidad, haciendo énfasis en la discrecionalidad técnica. Así mismo, se realiza el análisis normativo del principio de legalidad y discrecionalidad a la luz del Nuevo Código.

Al presentar el **TERCER CAPÍTULO** se parte de la premisa de que el ejercicio de toda potestad discrecional debe enmarcarse dentro de ciertos límites jurídicos generales y someterse a una serie de controles preestablecidos en el ordenamiento, a efectos de evitar la arbitrariedad. De igual forma, se señala el hecho de que en la actualidad, el control de la potestad discrecional se enfrenta a los retos y desafíos que operan al interior del Estado, pues por un lado, se requiere una mayor libertad de acción ante una realidad compleja y cambiante, pero por el otro, es necesario que exista un control que limite el actuar administrativo y lo torne jurídica y políticamente responsable.

El capítulo se desarrolla estudiando el control del ejercicio de las facultades administrativas discrecionales; realizando un análisis detallado del control judicial; sus límites; la desviación de poder; la motivación del acto; los conceptos jurídicos indeterminados; y la facultad de libre nombramiento y remoción, encontrando que ésta, como régimen excepcional, constituye una de las principales manifestaciones del uso de las facultades discrecionales en la Administración Pública colombiana.

Posteriormente, en el **CUARTO CAPÍTULO** se hace referencia al estado de cosas de la facultad discrecional y al alcance de la discrecionalidad técnica en la jurisprudencia colombiana. Además, en el desarrollo del capítulo se analizan varios de los más relevantes casos que ilustran el manejo que se ha dado al tema por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, con el propósito de completar el análisis encaminado a establecer si en nuestro ordenamiento jurídico existe diferencia de fondo entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional respecto al tratamiento de la *discrecionalidad técnica*; expresando nuestra opinión o comentario en cada caso.

En la parte final del trabajo se da respuesta a la tesis planteada, procurando la enmarcación general de los elementos jurídicos más significativos resultantes de este proceso de investigación, de tal suerte que, sirvan a su vez de propuesta académica frente a un tema de interés nacional y de gran relevancia para el Derecho Administrativo como lo es el de las Facultades Administrativas Discrecionales – Discrecionalidad Técnica.

CAPÍTULO 1. LA DISCRECIONALIDAD Y EL ESTADO DE DERECHO

1.1. INTRODUCCIÓN

El incremento y la evolución de la actividad administrativa, conllevó paulatinamente a que la Administración Pública fuera provista de una serie de facultades que le permitiesen abordar y resolver de manera eficaz, las distintas vicisitudes que se presentaban en su accionar diario. La posterior consolidación del ejercicio de dichas facultades, es lo que se conoce hoy como facultades administrativas discrecionales, cuyo estudio abordaremos en el presente capítulo.

El presente capítulo se denomina *LA DISCRECIONALIDAD Y EL ESTADO DE DERECHO* y se encuentra dividido de la siguiente forma: **1.1.** Introducción; **1.2.** Origen de la discrecionalidad administrativa; **1.3.** Definición y alcance de la discrecionalidad; **1.4.** El Estado de derecho y los principios en la Constitución Política de 1991; **1.5.** Derecho Administrativo y actuación administrativa en el Estado Social de Derecho.

1.2. ORIGEN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Una posición mayoritaria opina que la idea de lo discrecional fue originariamente desarrollada en el contencioso-administrativo francés⁸ y su nacimiento se produjo en el ámbito de la separación de poderes, que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido, puesto que, mientras por una parte se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa. Así fue como, para la mayoría de la doctrina, se originó en el derecho público la llamada jurisdicción contencioso-administrativa.

En un principio se consideraba que la jurisdicción administrativa debía limitarse al control de legalidad sobre la forma y competencia. Posteriormente, que también debía ejercerse sobre el fin del acto administrativo a través del recurso

⁸ “El libro responde a una necesidad: la de mostrar otras formas de control administrativo en Colombia, diferentes de la francesa. Aquí se ha impuesto un modelo único de pensamiento, el cual nos dice que nuestro derecho de la Administración surge en 1913 con la copia del modelo de Consejo de Estado. Los representantes de esta tendencia no miran, o no han querido hacerlo, hacia atrás de esa fecha y mucho menos hacia adelante. Esto último, entendido como que no se preocupan por averiguar otras posibles influencias distintas a la francesa (...)”

MALAGÓN PINZÓN, Miguel, *Los Modelos de Control Administrativo en Colombia (1811-2011)*, Ed. Uniandes, Bogotá, 2012, p. 13.

de desviación de poder, cuyo conocimiento estaba en cabeza del Consejo de Estado y mediante su ejercicio podía debatirse la legalidad del acto, dado que con ello se protegían los derechos subjetivos de los particulares. Tales derechos no se consideraban configurados cuando la Administración emitía actos de pura facultad o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio, industria o el funcionamiento de la organización administrativa. Estos actos se consideraban discrecionales y no estaban sujetos a revisión por parte de la jurisdicción administrativa⁹.

En definitiva, en el sistema francés, no obstante haberse efectuado una cierta sistematización sobre los criterios para fijar los límites del control jurisdiccional de la actividad discrecional, el juez “ejerce el control que quiere haciendo de las normas lo que quiere” y aunque la doctrina es consciente del peligro de que la Administración incurra en arbitrariedad en la utilización de la potestad discrecional, los jueces suelen autolimitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración. Aquí radica, como se verá más adelante, uno de los puntos de mayor fricción doctrinaria que exhibe la teoría de la discrecionalidad¹⁰.

En Alemania por su parte, se sostuvieron tesis opuestas acerca de la discrecionalidad, pero siempre bajo el entendido de que era una zona de la actividad administrativa que se encontraba exenta del control judicial o, al menos, en la que la densidad de ese control era menor¹¹.

En medio de las distintas tesis desarrolladas en Alemania, el principal intento por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con fundamento en que, al admitir una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada¹².

Dicha teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tuvo una extraordinaria recepción tanto en España como en Latinoamérica, especialmente en Argentina¹³.

Otra tesis germánica sobre la evolución de la potestad discrecional es la del *margen de apreciación*, que se diseña para permitir que la Administración

⁹ Comparar, CASSAGNE, Juan Carlos, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa - VII Jornadas Hispano – Argentinas de Derecho Administrativo*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 9.

¹⁰ Ídem, pp. 10 – 12.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

pueda llegar a una solución justa dentro del “halo conceptual” del concepto jurídico indeterminado, mediante un proceso de cognición o interpretativo¹⁴.

A la postre, no hay poderes reglados ni discrecionales puros. A lo sumo existe, un cierto poder discrecional de la Administración que en mayor o menor medida se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.

Miguel Malagón Pinzón en su obra *Vivir en Policía*, plantea el nacimiento de la discrecionalidad, de la siguiente manera:

“En los siglos XIX y XX el arbitrio logró sobrevivir, a la ideología de las Luces, en el derecho administrativo. Circunstancia que tiene una explicación histórica en los escritos de MONTESQUIEU, quien asignó al juez el papel de ser “la boca del derecho”, es decir de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos incluso los más difíciles.

En materia administrativa, los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir y cambiar de nombre y llamarse discrecionalidad.

La discrecionalidad tuvo origen en el principio de vinculación negativa de la Administración a la ley, como ya se anotó. Pues aquí la actuación administrativa excede de la mera aplicación de la ley y atiende a razones de oportunidad y conveniencia, de mérito.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma (...) El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando esa dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacía los administrados”.

El ámbito de la discrecionalidad se va a ir reduciendo con el nacimiento del recurso por exceso de poder (...) Posteriormente se integrará al antiguo recurso por violación de la ley y de los derechos adquiridos, como una subclase del recurso por exceso de poder (...) No obstante, este control sobre los actos discrecionales no será total, pues la exclusión del control judicial subsistirá en los denominados actos de gobierno (...)”¹⁵.

¹⁴ Ídem, pp. 13 y s.s

¹⁵ MALAGÓN PINZON, Miguel, *Vivir en Policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 38 – 42.

Álvarez Tabío en su obra *El proceso Contencioso Administrativo*, respecto del origen de la discrecionalidad administrativa, enuncia la siguiente: “(...) *En efecto, el concepto de lo discrecional se halla íntimamente ligado a los regímenes democráticos con fuertes antecedentes absolutistas; fue recogido por ellos al aceptar la teoría de Montesquieu, y transferido al Poder Ejecutivo como una supervivencia del absolutismo monárquico (...)*”¹⁶.

Por su parte, Juan Carlos Cassagne en su *control judicial de la discrecionalidad administrativa*, indica que la aproximación histórica al fenómeno de lo discrecional, en el campo del derecho público, demuestra que el concepto ha ido variando a través del tiempo. Desde su sentido originario, concebido como actividad libre e inmune al control de los jueces, hasta los intentos posteriores por reducir la discrecionalidad (particularmente a través de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados) y las distintas tendencias orientadas a la plenitud, o bien, a la reducción de su fiscalización jurisdiccional. El fenómeno es algo así como un personaje que adapta su dimensión y vestidura a los cambios que imponen las tendencias jurídicas dominantes en la sociedad y en el funcionamiento del Estado¹⁷.

1.3. DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD

Sobre la discrecionalidad administrativa, su significado, su función, su alcance y sus límites, se ha debatido mucho en la teoría del derecho público y se sigue debatiendo.

Tal como la afirman la doctrina especializada y la jurisprudencia, bajo la denominación *discrecionalidad administrativa* quedan comprendidos sectores de la actividad administrativa de la más diversa índole, en los que la naturaleza y límites de la decisión a adoptar varían en cada caso de forma ostensible.

En principio, podemos afirmar, que la denominada potestad discrecional o discrecionalidad administrativa, no es un elemento extraño y menos aún opuesto a la idea de Estado de derecho, pues es la propia Ley la que en la mayoría de los casos reconoce de manera explícita o implícita la existencia de márgenes para adoptar las decisiones que convengan a los intereses públicos.

La discrecionalidad bien entendida puede ser definida como las múltiples facultades concedidas a la Administración Pública, a efectos de permitirle dar oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean las variables circunstancias de las distintas áreas en que desarrolla su actividad. No

¹⁶ ALVAREZ TABÍO, Fernando, *El Proceso Contencioso Administrativo*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1954, p. 380.

¹⁷ Ver, CASSAGNE, *op. cit.*, p. 8.

obstante, como veremos más adelante, la falta de controles y el uso absoluto y tergiversado de dicha facultad, la hace degenerar en arbitrariedad, convirtiéndola en un elemento que atenta contra el Estado de derecho e imposibilita la concreción o materialización de sus fines¹⁸.

Al atribuir a la Administración Pública una capacidad de decisión propia, se despierta entre los administrados el temor de que esa potestad pueda ejercitarse de manera equivocada, caprichosa y arbitraria, sin que la misma pueda controlarse adecuadamente a través de la jurisdicción. Pero no se puede desconocer el hecho de que la Administración no podría desempeñar correctamente su función de servicio a los intereses generales, si toda su actuación estuviera predeterminada por la Ley de manera rígida, por el contrario, está claro que los gobiernos y las administraciones públicas, deben enfrentarse cotidianamente a problemas que el legislador no ha podido prever o que sólo ha podido prever y regular de manera general, sin consideración de las circunstancias cambiantes. Tales problemas requieren una respuesta, ya sea política o técnica, que puede ser diferente en cada caso concreto y en cada momento histórico. Corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad y conveniencia política y/o técnica, pues ésa es su función, para lo cual es imperioso que gocen de un margen de acción suficiente, pero obviamente sin salirse del marco de la Ley¹⁹.

Como lo señala Hugo Alberto Marín Hernández en su obra *Discrecionalidad Administrativa*, es innegable que en algunos casos resulta forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos aspectos o problemas. Unas veces aquel tendrá la oportunidad para decidir, facultado para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras veces, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la Ley sólo fijará los presupuestos de hecho que lo autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dándole potestad para adoptar la decisión más conveniente. De tal suerte que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Para Marín Hernández, otrora la discrecionalidad equivalía jurídicamente a libertad plena para decidir y se materializaba a través de actos injustificables por naturaleza, es decir, no sujetos a control judicial. Con la evolución del derecho administrativo, en el Estado de derecho, el poder discrecional no es ilimitado ni puede ser ejercido de cualquier forma, ni según el capricho o arbitrio de los gobernantes y administradores.

¹⁸ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 141 – 177.

¹⁹ Ídem.

La discrecionalidad absoluta, entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, se convierte en arbitrariedad. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena al capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional²⁰.

En el estado de derecho no existen facultades puramente discrecionales, las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos de manera detallada en la Ley. En algunos casos, la Ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad para ejercerla, la forma externa en que debe verterse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercitarse, los hechos cuya ocurrencia condicionan ese ejercicio. En suma, todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando²¹.

Queremos puntualizar desde ya que la discrecionalidad administrativa nunca debe ser absoluta pues por amplia que sea, debe someterse siempre a unos límites generales. En el Estado de derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta; únicamente es admisible la discrecionalidad relativa. Hoy cuando se habla de decisión discrecional nos referimos por lo general a una decisión administrativa cuyo contenido no está totalmente predeterminado, por tanto, la Ley pone en consideración del órgano administrativo competente, alguno o algunos elementos que la integran, en función de consideraciones de oportunidad. Así, la discrecionalidad puede referirse a la decisión de actuar o no, o bien solamente al momento de hacerlo, al contenido mismo de la decisión o a circunstancias o elementos determinados, o en fin y según las ocasiones, a la elección de la forma o instrumento de la acción administrativa. La discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de la decisión, es decir, de los límites que establezcan las normas que regulan cada tipo de actuación administrativa²². La Administración está sometida a esos límites normativos, distintos en cada caso, pues al ejercer la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia.

A más de lo anterior, la discrecionalidad administrativa sólo puede ejercerse si existe el poder para ello, por el órgano competente, en función de la realidad de los hechos que justifican su ejercicio, para atender al interés público y nunca a intereses particulares o distintos de los previstos, con sujeción a los principios generales del derecho tales como igualdad, proporcionalidad, seguridad

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

²² Ver, SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 88 – 90.

jurídica, etc.,. Obviamente, la observancia de esos límites generales como los establecidos por las normas aplicables en cada caso puede y debe ser controlada por los tribunales de justicia, pues se trata de límites jurídicos²³.

Así pues, debe quedar claro que la discrecionalidad no es equiparable a la arbitrariedad. El poder o potestad discrecional debe ser ejercido por los gobernantes y administradores que lo tengan atribuido y sólo por ellos, pero eso no quiere decir que no sea un poder sometido a límites legales y a controles judiciales. La razonabilidad constituye un elemento importante de la discrecionalidad. La razonabilidad hace alusión a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad²⁴.

Como corolario, la discrecionalidad supone que, dentro de los márgenes legales, puede optarse lícitamente por decisiones o soluciones distintas, siempre que sea para satisfacer el interés público, en atención a criterios ya sean económicos, técnicos, de mera conveniencia social u organizativa o propiamente políticos.

Bajo los anteriores presupuestos, tenemos que afirmar que la discrecionalidad administrativa también tiene un fundamento constitucional en nuestro Estado social de Derecho. Pues, dadas las limitaciones naturales de la Ley para regular toda la realidad social, sólo los gobiernos y las administraciones públicas pueden ser los titulares del poder de decisión que aquélla conlleva, ya que cuentan con la legitimidad democrática, la competencia funcional y la capacidad profesional necesarias, y son responsables de sus actos ante los administrados y ante el resto de los poderes públicos.

García de Enterría explica que la discrecionalidad es “... *esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*”²⁵.

Marín Hernández citando a Beltrán de Felipe, señala que existen dos tipos de definiciones de discrecionalidad, una formal o negativa y otra material o positiva; ambas definiciones enfatizan en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador, ámbito decisorio que aquel, por tanto, ha trasladado a la Administración. Comenta Marín Hernández que ambas definiciones son

²³ Ídem.

²⁴ DESDENTADO DAROCA, Eva, *El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. En los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 177 – 201.

²⁵ Citado por PALACIOS IBARRA, Juan Francisco, *El control de la Discrecionalidad Administrativa*, Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1997.

calificadas por Beltrán de Felipe como *definiciones formales o negativas*, esto es, que definen la discrecionalidad por su continente o apariencia, por los rasgos de las normas que contienen la facultad, en contraste con las que denomina *definiciones materiales o positivas* de la discrecionalidad, que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de “apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento”²⁶.

Para Marín Hernández estas dos visiones del concepto de discrecionalidad no son antitéticas, sino más bien complementarias, toda vez que, en la mayoría de los casos, el ejercicio de facultades discrecionales por la Administración supone tanto una débil programación de su actividad por la norma habilitante, como la correlativa potestad que se le confiere para valorar el interés público o colectivo en el caso concreto, efectuando ponderaciones o composiciones entre éste y los derechos o intereses particulares que concurren con aquél en el supuesto específico sometido a su consideración.

Más adelante, Marín Hernández señala que la manera de definir la discrecionalidad administrativa que resulta más ajustada a los principios que informan el Estado constitucional, es la que la concibe como el:

*(...) margen de libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, señalando los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico*²⁷ (Cursiva dentro del texto).

Ante la pregunta ¿Qué es en definitiva la discrecionalidad? ¿Es un concepto unívoco?, Juan Carlos Cassagne responde citando a Desdentado y manifiesta que esta “apunta bien” cuando lleva a cabo la tarea científica de reducir las concepciones a una suerte de “denominador común” que configura un “supraconcepto” que, como tal, pertenece a la Teoría General del Derecho. Ese denominador común que se encuentra presente en todas las formas y especies de discrecionalidad *“hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones... mediante una elección entre diferentes alternativas...”*²⁸.

No obstante, opina Cassagne, que sin desconocer el valor teórico de la tesis de Desdentado, es necesario complementarla con otros elementos, así: Primero,

²⁶ MARIN HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 142 – 143.

²⁷ Ídem, p. 1002.

²⁸ CASSAGNE, *op. cit.*, pp. 19 – 20.

no puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir “entre actuar y no actuar”, (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, toda vez que hay numerosos ejemplos en los que la facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminada. Además, manifiesta Cassagne no estar de acuerdo en que la elección, como lo afirma Desdentado, se haga sobre la base de criterios extrajurídicos, pues aunque se apoye en elementos técnicos o de valoración política, el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario. Lo contrario sería tanto como identificar lo jurídico con lo positivo lo que en su parecer, a esta altura de la evolución del derecho no parece sustentable²⁹.

Al no ser entonces la libertad de opción una potestad absoluta, se halla siempre sujeta a la Ley y al derecho y, en consecuencia, al control jurisdiccional, sin perjuicio de los aspectos vinculados al alcance de tal control. Si la potestad discrecional está vinculada, en definitiva, a la finalidad que persigue el acto administrativo, el control jurisdiccional se impone por mandato de diversos principios constitucionales (principio de legalidad, de razonabilidad y de tutela judicial efectiva) y en procura de diversas y necesarias garantías para los asociados.

Ahora bien, es importante distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad, pues estas dos categorías constituyen conceptos totalmente diferentes y hasta contradictorios. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la Ley, pero con cierta libertad de acción. La Administración toma su decisión en atención a la complejidad y variación de los casos sometidos a su conocimiento, aplicando el criterio que crea más justo a la solución concreta y procurando siempre el bienestar general, observando obviamente los criterios generales establecidos en la Ley. La arbitrariedad por el contrario, no consulta el ordenamiento jurídico vigente sino el capricho y la voluntad de quien la ejercita y no propende por el interés general sino por la satisfacción de intereses privados³⁰.

La discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, sino por el contrario, el ejercicio de una potestad legal que posibilite a la Administración una estimación subjetiva, que le permita tomar diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentran presentes en la

²⁹ Ídem, pp. 21 y s.s.

³⁰ Ídem.

potestad, y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés general. La arbitrariedad en cambio, se caracteriza por plasmar el capricho de quien ostenta el poder. Lo arbitrario está en contra de los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. La arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el ordenamiento jurídico, sino más bien, es ajena a él.

1.4. EL ESTADO DE DERECHO Y LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCION DE 1991

La Constitución es parte integrante del orden jurídico, en cuanto es expresión de las normas organizadoras con arreglo a las cuales se crea el resto del Derecho y se asegura su vigencia. También forma parte integrante del orden estatal, ya que el Estado es una unidad de poder que actúa mediante el despliegue de tal poder. Para la existencia de dicha unidad, y para hacerla actuante, se requiere una organización y esa organización de los poderes públicos es precisamente la Constitución. Finalmente, la Constitución forma parte de la estructura política, porque todo pueblo tiene una manera concreta de existir políticamente. Además, toda Constitución representa de manera racional una concreción de valores políticos, y cualquiera que sea la expresión de sus normas, legal o consuetudinaria, sistemática o asistemática, existen en su base unos “principios” políticos sustentadores³¹.

La Constitución colombiana de 1991, consagra los Principios sobre los cuales se sustenta nuestra organización jurídico-política. Los principios constitucionales regulan la organización y funcionamiento del Estado y toda la legislación está sometida a ellos, y por ser la Constitución la norma superior del ordenamiento jurídico, no pueden ser violados, pues su violación afectaría la unidad e integridad del sistema legal del país. Estos principios no siempre están expresamente consagrados en la Constitución, pero se inducen de ella y tienen la misma fuerza jerárquica de las normas que ella contiene.

Carlos Santiago Niño, describe los principios como una herramienta argumentativa que permite reformular el derecho legislado, salvándolo de sus imperfecciones formales y adecuándolo a los estándares valorativos vigentes³².

Germán Bidart Campos, por su parte, sostiene que resulta imposible mantener una concepción dogmática y absoluta del ordenamiento positivo, debido a que la realidad del mundo normativo es frecuentemente indeterminada, con

³¹ PEREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª ed., Ed. TEMIS S.A, Santafé de Bogotá, 1997, p. 21.

³² NIÑO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, p. 54.

innumerables vacíos o lagunas, por tanto, hay que acudir a los principios generales del derecho, lo que demuestra que el ordenamiento positivo no es hermético. Manifiesta que la idea de plenitud del ordenamiento puede aceptarse bajo el entendido de que no se la asocie al positivismo legalista ya que las lagunas jurídicas resultan cubiertas con la integración de principios de justicia que están fuera del ordenamiento positivo (heterointegración) o principios generales del derecho que están dentro de dicho ordenamiento y que se aplican por analogía (autointegración). El salto a la justicia material sólo es posible cuando no se puede llevar a cabo este último proceso de integración dentro del ordenamiento positivo³³.

Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, realiza una precisión conceptual de la palabra “principio”, explicando que etimológicamente, principio es origen, verdad fundamental que apuntala cualquiera otra noción que de ella proceda³⁴. Los principios de una ciencia son nociones que orientan su desarrollo y resultados. En el derecho, los principios generales permiten resolver los casos concretos no regulados por la Ley escrita, sea ésta directa o analógica. La Constitución de 1991 emplea la expresión *principio fundamental* para fundamentar las reglas que informan el contenido normativo, pero no lo limitan a su expresión escrita pues de ser necesario, remiten a otros preceptos, aun no previstos taxativamente, relativos al ser, al conocer o al acontecer.

Según Lamprea Rodríguez, lo más novedoso en la Constitución de 1991, es el establecimiento de principios fundamentales, declaraciones categóricas cuya función es servir de criterios superiores de la legalidad; ha determinado las normas básicas materiales, que servirán para juzgar las demás que les sean subalternas. De esta forma, se sabe que igualdad, libertad, orden justo y pluralismo político, cumplen la función de servir de puntos de referencia para la expedición de nuevas normas y para la interpretación de las viejas; además obran a la manera de elementos interpretativos del orden jurídico, para todo individuo que tenga por función crear, interpretar o aplicar un precepto legal. Los llamados *principios constitucionales* se consideran elemento fundamental en la estructura conceptual jurídica, su función es la de presidir la aplicación de los textos constitucionales, servir de guía en la creación de nuevas normas y ser dechado en el cotejo normativo al indagar acerca de la constitucionalidad de los preceptos interiores³⁵.

La Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2005, a propósito del estudio de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, realiza una clara distinción entre *principios* y *reglas* y explica las diferentes categorías en que se pueden dividir los primeros. Así

³³ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, T I Editar, Buenos Aires, 1989, pp. 60 – 70.

³⁴ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, *Principios Fundamentales en la Constitución de 1991*, Ed. Jurídica Radar, Santafé de Bogotá, 1994, p. 9.

³⁵ LAMPREA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 14 – 15.

mismo, ilustra acerca del papel que juegan los principios en el ejercicio de ponderación y los alcances de la potestad sancionadora que ejercen las autoridades administrativas³⁶.

Explica la alta Corporación, que en la teoría del derecho se reconoce a los principios y a las reglas como categorías de normas jurídicas. Ambas se suelen clasificar dentro de dicho concepto pues desde un punto de vista general (principio) o desde otro concreto y específico (regla) establecen aquello que es o debe ser. Así las cosas, tanto los principios como las reglas al tener vocación normativa se manifiestan en mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan y exigen un determinado comportamiento.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“(…) Los principios (…), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente: son el inicio del nuevo orden”. (Subrayado por fuera del texto original).

Son varios los preceptos que le asignan a los principios las funciones anteriormente descritas. A título meramente ilustrativo, la Corte destaca los siguientes:

- El artículo 230 del Texto Superior que al someter a los jueces en el desarrollo de la función jurisdiccional al imperio del ordenamiento jurídico, reconoce a los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad judicial.

- El artículo 8 de la Ley 153 de 1887, dispone que cuando haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas o principios generales de derecho.

- Los artículos 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil, aplicables por vía de remisión a la mayoría de los procedimientos vigentes en otras áreas del conocimiento jurídico, disponen:

"Artículo 4. Interpretación de las normas procesales: Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

"Artículo 5. Vacíos y deficiencias del Código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal".

- El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo establece que ante la ausencia de una norma que resulte exactamente aplicable al caso controvertido en materia laboral, se aplican las disposiciones que regulen casos semejantes, o los principios que se deriven del citado código, entre otras fuentes jurídicas.

- Finalmente, en el ámbito disciplinario, el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, determina que: "En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta Ley y en la Constitución Política".

Según la Corte, la principal diferencia entre ambos tipos de normas radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen.

En suma, las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, mientras que los *principios*, trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica.

Los principios constituyen las columnas estructurales de nuestro ordenamiento. Se consideran generales porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares. Son los principios los que organizan las distintas normas reguladoras, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son por tanto centros de concentración de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y orientadores de su funcionamiento.

Los principios cumplen dentro de nuestro ordenamiento las siguientes funciones: 1). Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, puesto que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, es decir, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. En cumplimiento de esta función, los principios se convierten en orientadores para la aplicación de las reglas jurídicas, 2). Actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas, dado que se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional, y 3). En caso de insuficiencia normativa concreta y específica, los principios se emplean como fuente integradora del derecho, ya que asumen el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la Ley para regular todas y cada una de las situaciones que se puedan presentar en el devenir social. Se convierten en un mecanismo que le permite a todos los operadores y, en especial, a los jueces,

resolver los problemas que escapan a la previsión humana³⁷ en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a reglar su comportamiento, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan.

Teniendo en cuenta que los principios son fundamento o base de las instituciones jurídicas, es necesario precisar que ellos en cuanto a su ámbito de aplicación y eficacia normativa no pueden ser sometidos a las reglas de validez y a las cláusulas de excepción de las reglas jurídicas, pues su carácter relativo y su naturaleza no cuantificable, imposibilita que se establezcan relaciones de preeminencia absoluta entre ellos.

Así pues, mientras una *regla* se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto a partir de la pérdida de su fuerza normativa; en materia de *principios* dicha fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto. Los conflictos que se presentan en cuanto a la función jurídica que aportan los principios, se someten a un juicio de ponderación o a una relación de precedencia condicionada.³⁸

³⁷ Ver, Corte Constitucional, Sentencia C – 818, *op. cit.*

³⁸ *Ídem.*

“(…) Precisamente, en una reciente providencia, al referirse al alcance del principio constitucional de la buena fe, se expuso que: “La Corte se ha pronunciado respecto del principio de la buena fe, por lo que en la actualidad se cuenta con una sólida línea jurisprudencial en la materia. Al respecto ha indicado que el principio de la buena fe no es absoluto, por cuanto no es ajeno a limitaciones y precisiones, y que igualmente, su aplicación, en un caso concreto, debe ser ponderada con otros principios constitucionales igualmente importantes para la organización social como lo son, por ejemplo, la seguridad jurídica, el interés general o la salvaguarda de los derechos de terceros”.

El juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, en dicha situación y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto.

De suerte que, como lo ha reconocido esta Corporación, los principios tienen una naturaleza normativa que opera prima facie sobre las reglas, por virtud de la cual o bien pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto, o en definitiva, podrían dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía. Un ejemplo significativo se encuentra en la providencia C-126 de 1998, en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias disposiciones del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, en el entendido que la propiedad privada que se puede ejercer sobre los citados recursos, está igualmente sujeta a todas las limitaciones y restricciones que derivan de la función ecológica de la propiedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del Texto Superior. En sus propias palabras, este Tribunal manifestó:

“Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una

Más allá de lo expuesto y por encima de las disquisiciones jurisprudenciales y doctrinales, está claro que el Estado de derecho debe procurar cumplir como cometido primordial de su existencia, la realización del bien común y la justicia social.

El Estado de derecho se encuentra consagrado como principio fundamental de nuestra organización política en los artículos 1 y 121 de la Constitución. El primero expresa que “*Colombia es un Estado social de derecho*” y el segundo consagra que “*ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”. En tal virtud, Colombia es un Estado no sólo de *Derecho* (regido por el principio de legalidad), sino también *Social*, en virtud de lo cual, debe primar el bienestar general de la colectividad; y la Administración Pública debe cumplir para el efecto, cometidos tales como la salud, la educación, la vivienda digna, etc. La naturaleza social del Estado debe encauzar a la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, con base en el principio de igualdad, que comprende no sólo las relaciones políticas sino todas las demás que existen entre los miembros de la comunidad. El Estado social de derecho no se puede limitar a ejercer una lánguida intervención y vigilancia sobre la conducta de los individuos; su función primordial es buscar la justicia social, que se condiciona a la igualdad de oportunidades en el goce efectivo de los derechos. Ello exige una función correctora de las desigualdades, y claro está, la sujeción al principio de legalidad³⁹.

*interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instauro y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. (...).*

Esta Corporación en sentencia T-406 de 1992 textualmente declaró: “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos”.

³⁹ Ver, LAMPREA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 55.

1.5. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Una de las principales expresiones del Estado social de derecho y una de las herramientas más importantes utilizadas en el actuar cotidiano de la Administración Pública, la constituye el Derecho Administrativo⁴⁰, el cual, también se cimienta en principios que tienen correspondencia con la Constitución, tales como los denominados principios de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, primacía y respeto a los derechos fundamentales, división de poderes y control a la actividad pública; todos ellos de obligatoria aplicación en cualquier tipo de actuación administrativa.

A diferencia de los particulares, la Administración no tiene intereses propios, sino que es una institución cuya única razón de ser y cuya fuente de legitimidad es actuar para satisfacer los intereses generales o públicos. Para dicha satisfacción del interés general, la Ley atribuye a la Administración Pública un conjunto de poderes, prerrogativas y facultades. En virtud de ellas, la Administración puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante, es decir, de obligatorio cumplimiento para aquellos a quienes van dirigidas, pudiendo también la Administración ejecutar sus propias decisiones ante la resistencia a cumplirlas.

Las normas de derecho administrativo confieren las citadas potestades y otros poderes a la Administración, prerrogativas que la sitúan en *posición de supremacía* sobre los particulares. En este tipo de relaciones, los ciudadanos no se encuentran respecto de la Administración en situación de igualdad jurídica que es propia del derecho privado, ni esta necesita del consentimiento de aquellos para decidir y actuar, pues el interés general no puede quedar sometido a los intereses privados. Estamos en el ámbito del derecho público, que constituye la esencia del derecho administrativo.

La Administración en ocasiones extralimita las prerrogativas que le otorga la norma de derecho administrativo, cayendo en el uso absoluto y abusivo de facultades discrecionales, tema que nos ocupa en el presente trabajo de tesis.

⁴⁰ SUÁREZ TAMAYO, David, *Derecho Administrativo y los Veinte Años de la Constitución. Ley 1437 de 2011, Tomado de El Derecho Público y los Veinte Años de la Constitución de 1991*, MALAGÓN PINZÓN, Miguel, Coordinador, Ed. Uniandes, Bogotá, 2013, p. 5.

“Derecho Administrativo es el sistema de normas (reglas, valores y principios) que regulan la organización, funcionamiento, relaciones y actividades de la Administración Pública y de los particulares, cuando estos participan, colaboran o intervienen en la gestión pública cumpliendo funciones administrativas; prestando servicios públicos; administrando recursos públicos (fiscales y parafiscales); integrando órganos, comités, consejos, juntas, o interviniendo en actividades de planeación, asesoría y consultoría; con la finalidad de ejercer control y poner límite al ejercicio del poder, garantizar la prevalencia del interés general, proteger al patrimonio público, garantizar la defensa y protección de los derechos de las personas y materializar el Estado social de derecho (bienestar general, interés público, necesidades colectivas)”.

Diego Younes Moreno en su *Curso de Derecho Administrativo*, se refiere al derecho administrativo como un fruto de la evolución de los pueblos que presupone pasos de avanzada en la superación de las concepciones autoritarias y absolutistas del Estado⁴¹, el que se contrapone a las épocas oscurantistas en que los gobernantes eran dueños de vidas y haciendas, ya que sujeta al derecho el ejercicio del poder y ofrece a los administrados herramientas de protección legal frente a los abusos del Estado. Su florecimiento parte de la concepción del Estado de derecho, el cual según el autor se caracteriza por los siguientes pilares fundamentales:

1. *Reconocimiento de derechos y libertades individuales que deben ser respetados y garantizados por el Estado. Sin su garantía no hay Estado de derecho.*
2. *División del poder público en ramas con funciones separadas, cada una de ellas por órbitas esencialmente independientes y sin interferencias, pero controladas recíprocamente la una por las otras. Sin separación de poderes tampoco existe Estado de derecho.*
3. *El establecimiento de un sistema organizado y jerárquico de normas, según el cual las de mayor valor jurídico deben ser respetadas por las demás, y en la cúspide y como fuente primigenia y dominadora del panorama jurídico, un cuerpo normativo básico y supremo que es la Constitución. La administración pública en el Estado de derecho actúa sujeta a esta normatividad. La magistrada CONSUELO SARRIA O., en su salvamento de voto, hace las siguientes consideraciones sobre nuestra disciplina:*

El derecho administrativo es justamente la disciplina jurídica a través de la cual se establece el equilibrio entre el poder y el derecho, el poder de los que mandan y el derecho de los que obedecen, o, en otras palabras, entre la autoridad y la libertad, a través de la consagración de diferentes mecanismos jurídicos se limitan y regulan las competencias administrativas del Estado y a su vez se consagran instrumentos también jurídicos, por medio de los cuales los particulares pueden impugnar las actuaciones de la administración, haciendo valer sus derechos, si estos han sido desconocidos como consecuencia del ejercicio del poder.

Miguel Sánchez Morón define el Derecho Administrativo y la Administración Pública, como “el Derecho propio y peculiar de las Administraciones públicas”. Manifiesta que el derecho administrativo comprende un conjunto o sistema de normas jurídicas muy numerosas, que tienen por referencia común a la Administración pública. Esas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Administración, sus relaciones con otros sujetos de derecho, privados y públicos, y los controles jurídicos a que aquella está sometida. Ese sistema normativo conforma un ordenamiento jurídico peculiar, en el sentido de que se funda en principios propios y característicos en un conjunto de conceptos, técnicas y reglas de integración que lo diferencian de otras ramas

⁴¹ YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Ed. TEMIS S.A, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 10 – 11.

del derecho, sin desconocer que todas ellas forman parte de un mismo ordenamiento jurídico general y sin olvidar las múltiples relaciones, influencias y conexiones entre ellas⁴².

La Administración es una organización pública, se entiende como una estructura extensa y compleja que constituye un sujeto de derecho que interviene en relaciones jurídicas de muy distinta naturaleza y contenido. En realidad, no se trata de una sola organización ni de una sola persona jurídica sino de muchas - la administración del Estado.

La Administración Pública forma parte de los poderes públicos y constituye el más corpulento de ellos, el que consume e invierte más recursos públicos, el que tiene a su servicio a la mayor parte de los empleados públicos y el que se relaciona más frecuentemente con los ciudadanos.

La expresión Administración Pública sólo puede ser entendida en lo jurídico o político, a partir del verbo rector cuya acción desarrolla, esta es, la de administrar⁴³.

En la clásica división de poderes, la Administración forma parte del poder ejecutivo y, es una organización dirigida por el gobierno que tiene por misión constitucional de propender por una satisfacción objetiva del interés general.

El gobierno, que dirige la Administración, actúa como su órgano supremo a muchos efectos, por lo que a la mayor parte de sus actividades se aplica también el derecho administrativo.

Según Sánchez Morón, la Administración Pública (poder ejecutivo), a diferencia del poder legislativo y del poder judicial, es un poder activo por excelencia. La Administración no se limita a dictar normas jurídicas, que es la función más característica del legislativo, tampoco se limita a resolver los conflictos o controversias aplicando el derecho, que es la función judicial típica; aunque también la Administración resuelve a veces conflictos⁴⁴.

La Administración Pública propende cotidianamente por atender las necesidades generales, bien sea supervisando, controlando, autorizando u ordenando actividades privadas, prestando servicios a los ciudadanos, contratando y gestionando infraestructuras públicas, apoyando o colaborando con particulares y empresas al desarrollo económico y social u otros fines de interés general, etc. Todo ello en ejecución de planes y programas que, con frecuencia, la propia Administración elabora, y cuidando, en los términos que establecen las leyes, de la obtención de los recursos necesarios, de la gestión

⁴² Ver, SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 37 – 39.

⁴³ Comparar, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 29.

⁴⁴ Ver, SANCHEZ MORON, *op. cit.*, p. 39.

interna del numeroso personal a su servicio y de los bienes de que dispone. Desde este punto de vista funcional, la Administración se distingue normalmente bien de otros poderes públicos.

No siempre la Administración realiza las funciones arriba mencionadas, sirviéndose de organizaciones administrativas en sentido estricto, es decir, dotadas de personalidades jurídicas públicas y reguladas por normas de derecho administrativo. En ocasiones, atiende las necesidades generales atribuyendo algunas funciones y recursos a entidades con forma jurídica privada, ya sean sociedades o fundaciones, creadas y controladas por la propia Administración. Existe un sector público de la economía compuesto de empresas con capital exclusiva o mayoritariamente público, que producen bienes o servicios para el mercado y que se organizan y actúan en el tráfico jurídico como las empresas privadas, normalmente en forma de sociedad anónima. Así mismo, se vienen adoptando formas privadas de organización no solo para desarrollar actividades mercantiles o industriales, sino también, actividades tradicionalmente administrativas (prestación de servicios públicos, contratación de obras públicas, cooperación internacional, etc) sufragadas íntegramente o en su mayor parte con fondos públicos⁴⁵.

A más de lo anterior, la Administración Pública, utiliza a veces instrumentalmente el derecho privado en sus relaciones jurídicas. Así contratan parte de su personal con sujeción al derecho laboral, en vez de nombrar funcionarios sometidos a un régimen de derecho administrativo; celebran con frecuencia contratos con terceros regidos por las leyes civiles o mercantiles (compraventas, permutas de bienes, arrendamientos, adquisición de títulos valores); poseen bienes sobre los que mantienen derechos reales de naturaleza privada, ya sean de propiedad u otros.⁴⁶

No obstante lo hasta aquí expuesto, la supremacía de la Administración no es absoluta, pues ésta no puede ejercer sus poderes al margen de la Ley, ni puede hacer un uso inmoderado de ellos, ni puede desconocer los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, ni otorgarles un trato desigual según las preferencias de los gobernantes o funcionarios.

El derecho administrativo impone límites y condiciones estrictas para el ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración. De tal suerte que, no solo atribuye poderes a la Administración para que tutele los intereses de la colectividad, sino que reconoce también derechos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En un Estado de derecho la legislación administrativa es igualmente garante de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

⁴⁵ Comparar, SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 39 – 40.

⁴⁶ Ídem, p. 40

En el derecho privado la Ley es sólo un marco general dentro del cual los sujetos jurídicos ordenan sus relaciones conforme a la autonomía de su voluntad. En cambio, en la esfera del derecho público, los gobernantes y administradores no pueden actuar a su libre albedrío, pues están obligados siempre a perseguir los intereses generales, en los precisos términos establecidos por la Ley y el resto de las normas jurídicas. Incluso cuando la Ley atribuye a la Administración una amplia capacidad de decisión o de iniciativa para el cumplimiento de sus fines, los gobernantes y administradores deben respetar principios y reglas jurídicas generales.

El derecho administrativo, regula un conjunto de garantías y controles sobre el ejercicio de las funciones administrativas, que difieren, por su carácter de intensidad, de los que se establecen en el ámbito privado. En tal virtud, la Administración no puede ejercer sus potestades de cualquier manera, mediante la manifestación de voluntad subjetiva de la autoridad o funcionario con competencia para tomar una decisión, por el contrario, ha de tramitar previamente un procedimiento o expediente, salvo en caso de emergencia.

El derecho administrativo reconoce o atribuye a las administraciones públicas determinadas prerrogativas y potestades destinadas a servir a los intereses generales de la sociedad y dota a sus decisiones de una eficacia imperativa frente a terceros de la que carecen, salvo excepción, lo actos de los particulares, por la misma extensión y gravedad de sus poderes es necesario garantizar una correcta utilización e impedir que se cometan errores, abusos o desviaciones en perjuicio de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos y del propio interés público⁴⁷.

La concreción del derecho administrativo opera a través de la Administración Pública, la cual, debe propender por “lograr el mantenimiento de un orden social adecuado, que permita el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de medios idóneos para su desenvolvimiento”⁴⁸.

Dentro del contexto del Estado social de derecho, la Administración Pública desarrolla múltiples funciones en el ejercicio de sus relaciones con los particulares y los asociados en general, y para que el desarrollo de tales funciones no sea arbitrario sino acorde con los postulados del Estado de derecho, debe existir un total respeto por el ordenamiento jurídico (principio de legalidad).

El mencionado principio de legalidad debe ser entendido como inherente al Estado de derecho, tal como lo define Jaime Orlando Santofimio Gamboa, es decir, como aquel que regula en todos los sentidos el ejercicio del poder

⁴⁷ Ídem, pp. 40 – 42.

⁴⁸ POLO FIGUEROA Juan Alberto, *Elementos de Derecho Administrativo*, Ed. Ciencia y Derecho, Bogotá, 1988, p. 221.

público, en beneficio directo de los administrados. En palabras de Santofimio, no siempre en la historia de la humanidad se ha predicado con tanto empeño la necesaria y obligante sumisión de los poderes públicos al orden jurídico; fue precisamente con la institucionalización del Estado que comenzó a identificarse el principio de legalidad como una limitante al poder absoluto que caracterizaba su ejercicio, y como una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados⁴⁹. En su relación con la función administrativa del Estado, el principio de legalidad de los actos administrativos surge de manera simultánea con la institucionalización del poder. Anteriormente se partía del principio de que la fuente de todo derecho era la persona del rey, depositario absoluto de los poderes públicos, lo cual significaba para los asociados la inestabilidad y la incerteza respecto de los trámites y decisiones que pudieran corresponder a la Administración, a lo que se sumaba la imposibilidad de ejercer cualquier tipo de control. Esa concepción de Estado individualizado, fue objeto de la reacción de las teorías de los revolucionarios franceses, para quienes el derecho sólo podía tener como fuente la voluntad general, y como suprema manifestación, la Ley. Precisamente debía corresponder al legislador la determinación general del poder político, como forma de evitar la inestabilidad y arbitrariedad típica del manejo personalizado del poder. Así, surge el respeto y acatamiento de la Ley en sentido estricto con la Constitución Política a la cabeza.

El derecho administrativo del nuevo milenio, será fruto de la participación de la comunidad, buscando el pluralismo y el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas sin discriminaciones conforme lo estipula el artículo 13 de la Constitución al decir: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...”*.

El Estado social en palabras del profesor Fernando Garrido Falla, determina el surgimiento de: *“Una concepción de la administración evidentemente nueva, de una radical novedad frente a esa administración abstencionista que se basaba, sobre todo, en la preocupación de respetar la libertad de los particulares”*. En el Estado social, *“La sociedad, en su conjunto, se convierte en objeto mismo de la actividad administrativa”*.

Al tener por objeto regular la actividad administrativa, se hace necesario que el derecho administrativo evolucione de acuerdo con las necesidades económicas y sociales, con la finalidad de eliminar o por lo menos minimizar la desigualdad que imposibilita que todos los ciudadanos tengamos acceso a un disfrute cierto de los derechos y libertades consagrados en la Constitución.

Para transformar la realidad social, se requiere un cambio estructural del Estado social, con la finalidad de lograr los objetivos estatales, como son los señalados en el artículo 2º de la Constitución Política⁵⁰.

⁴⁹ Comparar, SANTOFIMIO GAMBOA, *op. cit.*, pp. 38 – 40.

⁵⁰ Artículo 2º C.P de 1991: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la*

CAPÍTULO 2. LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

2.1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo estudiaremos con detenimiento cómo en un Estado de derecho, el acto administrativo es el instrumento mediante el cual se expresa la voluntad de la Administración Pública. Dicha expresión de voluntad puede ser reglada o discrecional y en ambos casos goza de presunción de legalidad, por tanto, produce efectos jurídicos de obligatorio acatamiento por parte de los administrados.

El capítulo se denomina *LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS* y se encuentra dividido de la siguiente forma: **2.1.** Introducción; **2.2.** El acto administrativo; **2.3.** El control de legalidad de los actos administrativos; **2.4.** Diferencia entre acto reglado y acto discrecional; **2.5.** El principio de legalidad y la potestad discrecional; **2.6.** Fuentes del poder discrecional; **2.7.** Clases de discrecionalidad; **2.8.** Discrecionalidad técnica; **2.9.** Análisis normativo del principio de legalidad y discrecionalidad a la luz del Nuevo Código.

2.2. EL ACTO ADMINISTRATIVO

La actuación administrativa que se ejerce dentro del principio constitucional denominado Estado de derecho se materializa a través del instrumento de derecho administrativo llamado acto administrativo, el cual consiste en la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos.

El acto administrativo existe desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz⁵¹. La existencia del acto administrativo se encuentra ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. De igual manera, la existencia del acto administrativo está sujeta a su vigencia, la cual se da por regla general desde

Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

Ahora bien, no existe un concepto unitario doctrinal ni legal de acto administrativo. Se han enunciado diferentes definiciones, teniendo en cuenta el origen del acto, la forma, el contenido o la finalidad del mismo. Algunas de dichas definiciones son las siguientes:

“ Toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”⁵².

“(…) una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”⁵³.

“Es la decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones, sobre los deberes e intereses de las entidades administrativas, o particulares respecto de ellas”⁵⁴.

“Es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para éste debe ser en el caso individual”⁵⁵.

“(…) cualquier manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio o de juicios realizados por un sujeto de la administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa”⁵⁶.

“La manifestación de un poder soberano, que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que esa autoridad es parte, para la satisfacción de intereses públicos concretos confiados a la misma”⁵⁷.

“El acto administrativo equivale a acto jurídico de la administración pública”⁵⁸.

“(…) toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”⁵⁹.

⁵² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*, 2ª ed., Ed. F.D.A y Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, Colombia, 2001, t. 1, cap. IX, 21.

⁵³ Ídem, p. V – 30.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Actos de la Administración Pública*, Tomo II, Ed. Machi, Buenos Aires, 1966, p. 52.

⁵⁵ MAYER OTTO, *Derecho Administrativo Alemán: poder de policía y poder tributario*, Parte Especial, Volumen 2, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1982, p. 63.

⁵⁶ ZANOBINI GUIDO, *Corso di Diritto Administrativo*. Ed. 6ª, Giuffrè, Milán (Italia), 1950, p. 45.

⁵⁷ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Bosh, Barcelona, España, 1970, p. 32.

⁵⁸ SANTI ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 48.

⁵⁹ DE VELASCO RECAREDO FERNANDEZ, *El Acto Administrativo – Exposición Doctrinal y Estudio del Derecho Español*, Volumen 12, V. Suárez, Madrid, 1929, p. 15.

“(…) *declaraciones administrativas de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos*”⁶⁰.

Por su parte, Carlos Ariel Sánchez Torres plantea que la definición de acto administrativo, en contraste con los otros actos estatales, precisa de una mixtura de criterios, debido al carácter heterogéneo de sus creadores, así pues, se emplea el criterio orgánico al identificar como actos administrativos los actos de la Administración Pública en ejercicio de todas las funciones legislativas, jurisdiccional o administrativa netamente; se recurre al criterio material al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativas y legislativas y los actos dictados por el Legislativo en ejercicio de funciones administrativas, y en todo caso, se emplea el criterio formal, cuando se trate de actos reglamentarios es decir, dictados en ejecución directa de la legislación indirecta de la Constitución⁶¹.

En suma, de las mencionadas definiciones doctrinales se puede colegir que en el Estado de derecho el acto administrativo es el instrumento mediante el cual se expresa el querer de la Administración, el cual se presume legal y por tanto produce efectos jurídicos de obligatorio acatamiento por parte de los administrados.

2.3. CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Al mismo tiempo que se concede a la Administración Pública la presunción de legalidad de sus actos por razones de seguridad jurídica y eficacia en las actuaciones; así mismo, el propio Estado se encarga de articular instrumentos jurídicos que le posibiliten al administrado desvirtuar esa presunción en aras de la defensa de sus derechos y de la obtención de una eventual reparación de los mismos, cuando el poder del órgano administrativo se aparte de la juridicidad que le es exigible.

En el Estado de derecho se exige que el acto administrativo se expida conforme, tanto a las normas de carácter constitucional, como a aquellas jerárquicamente inferiores a ésta, lo que se traduce en una legítima expresión del poder estatal y en garantía para los administrados.

⁶⁰ DROMI, Roberto, *El Acto Administrativo*, Ed. Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, pp. 11 y s.s.

⁶¹ SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Acto Administrativo. Teoría General*, 3ª ed., Ed. LEGIS, Bogotá, 2004, p. 3.

La sujeción no sólo a la Constitución sino también a la ley, es lo que se conoce como principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que la Administración, en ejercicio de sus potestades, actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Dicha presunción de legalidad garantiza que la jurisdicción pueda efectuar el debido control sobre el acto administrativo. La confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de comprobar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce el juez contencioso, quien por tratarse de un órgano distinto a aquel que profirió el acto, goza de la imparcialidad, la competencia, y la coerción para analizar la conducta de la Administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción contenciosa, permite ratificar o desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo, a través de las acciones instituidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

Así pues, se debe colegir que la Administración debe actuar con apego al orden jurídico normativo, entendido éste como *“el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...”* (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad, cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente⁶².

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2.4. DIFERENCIA ENTRE ACTO REGLADO Y ACTO DISCRECIONAL

Como hemos reiterado hasta aquí, la Administración Pública desarrolla su actividad con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la ley; pero la intensidad de dicha sujeción varía en la medida en que aquellas encauzan o limitan dicha actividad. En algunos casos las normas legales determinan con precisión lo que deben hacer los órganos de la Administración, dada una situación de hecho correspondiente, se debe proferir tal o cual acto administrativo, cuyo contenido y efecto será tal o cual. En otros casos, los órganos administrativos se desenvuelven con mayor libertad; la Ley no determina lo que deben hacer en los casos concretos, sino que les otorga poderes jurídicos y fija simplemente los lineamientos generales de su actuación. Así ocurre, generalmente, en materia de policía del orden, por la propia naturaleza de dicha actividad. Los actos dictados en el primer supuesto se denominan actos reglados; en el segundo, actos discrecionales⁶³.

Según el prototipo constitucional que rige el Estado Social de Derecho, el poder público se debe ejercer conforme a las normas previamente establecidas en el Ley, sin que exista actividad o funcionario público con plena libertad (libertinaje) para ejercer sus funciones⁶⁴.

Sin embargo, debido a que las actividades que desempeña la Administración Pública son múltiples y crecientes, la Ley no siempre logra establecer con precisión los límites dentro de los cuales debe actuar la Administración, motivo por el cual, el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración dos tipos de potestades, las regladas y las discrecionales⁶⁵.

⁶³ Comparar, SAYAGUÉS LASSO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen 2, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1974, p. 396.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 31 de febrero 2 de 1995.

“Cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas de forma expresa y sujetarse a las mismas, esto es, convertir en acto lo señalado por la previsión jurídica, se trata de las atribuciones regladas. La actuación reglada es el principio, la norma general”.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta, octubre 22 de 1975.

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad ejercería la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la idea en el Estado de Derecho, si la preocupación central de éste es la concreción central del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero en tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas”.

Dicho de otra forma, el ordenamiento jurídico al momento de regular la actividad de la Administración, puede hacerlo de forma tan minuciosa y completa, que ante un supuesto de hecho, aquella sólo pueda actuar de una manera determinada; lo que se denomina *potestad reglada*, puesto que, todo el actuar administrativo está predeterminado por las normas jurídicas aplicables, de forma tal, que ocurrido el supuesto de hecho previsto en la norma, no hay más que una sola decisión jurídicamente aplicable. En este caso, la Administración es una mera ejecutora de la Ley⁶⁶.

En otros casos, el ordenamiento jurídico no regula con tanta precisión cuál debe ser el actuar de la Administración, sino que le otorga la capacidad de aplicar la norma de diferentes maneras, estimando la conveniencia para el interés público; en este caso la Administración cuenta con un amplio margen de decisión, lo que se denomina *discrecionalidad administrativa*⁶⁷.

En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente. De esa manera puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional, cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre, dentro de los límites que fije la Ley, para adoptar una u otra decisión, es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la Ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la Ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.⁶⁸

En la facultad discrecional el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, la Administración debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho⁶⁹.

Tal como lo expone Gabino Fraga, partiendo de la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la Ley, los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la Ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se ha realizado determinadas condiciones de hecho⁷⁰.

⁶⁶ Ver, SAYAGUÉS LASSO, *op. cit.*, p. 398

⁶⁷ Ídem, pp. 398 y s.s.

⁶⁸ Ver, Sentencia C – 31 *op. cit.*

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ FRAGA GABINO, *Derecho Administrativo*, ed. 2ª, Edit. Porrúa, Méjico, 1968, p. 25.

En tanto que los actos discrecionales, son los dictados por las autoridades administrativas en procura del buen servicio público, como por ejemplo, la declaración de insubsistencia y la facultad de libre nombramiento y remoción⁷¹.

En todo caso, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, pues aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere legal, es así como, debe existir la potestad, su extensión, la competencia por parte del órgano que la ejercita y la finalidad a que responde que en todo caso debe tender a la satisfacción del interés general.

El margen de libertad de que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no puede ser extralegal, sino por el contrario, remitido por la Ley, de suerte que, como lo explica García de Enterría, no puede haber discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de ésta y en la medida en que ésta lo haya dispuesto.⁷²

Según la Corte Constitucional⁷³, la diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce a una mera diferencia de grado, en los primeros prima la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos a la luz de esas mismas normas. Dicho en otros términos, el acto es reglado cuando la Ley ha señalado a la Administración en forma expresa la forma en que debe actuar, de manera que producido un hecho, el supuesto o antecedente previsto en la norma, la decisión de la Administración no puede ser sino una. El poder discrecional, por el contrario, permite escoger la solución del asunto dentro de distintas opciones, pero ello no quiere decir que la Administración pueda actuar al margen de la Ley, pues la selección de esas alternativas posibles las consagra el mismo ordenamiento.

Así pues, la discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, en consecuencia, no puede ser total sino parcial, pues debe observar y respetar los elementos que la Ley señala.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de julio 7 de 1993, Exp. 4699, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

⁷² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 113.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-435 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

2.5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA POTESTAD DISCRECIONAL

La exigencia de sometimiento al principio de legalidad⁷⁴, no pretende desconocer la potestad discrecional de que goza la Administración Pública, es decir, la facultad de realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitir el cumplimiento de los fines del Estado, sino advertir que ésta debe, en todo caso, sujetarse al principio de legalidad, esto es, al respeto del ordenamiento jurídico, y propender por la salvaguarda del bien común y del interés general. La potestad discrecional debe ser, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad⁷⁵, siendo por su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la Ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

Dentro del contexto del Estado social de derecho, la Administración Pública desarrolla múltiples funciones en el ejercicio de sus relaciones con los particulares y los asociados en general, y para que el desarrollo de tales funciones no sea arbitrario, debe existir un total respeto por el ordenamiento jurídico. Ese respeto por el ordenamiento jurídico es lo que se denomina principio de legalidad, el cual es inherente al Estado de derecho y regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público en beneficio directo de los administrados.

El “imperio del derecho” supone la conformación del orden jurídico, no sólo con el escalonamiento normativo formal, sino la posibilidad de su control por parte de jueces independientes⁷⁶ e incuestionables valores sustanciales de fondo o metajurídicos, sin cuyo respeto sistémico, no existiría el Estado de derecho, en el sentido genuino de la expresión.

⁷⁴ Art.1 CP-; fines esenciales del Estado-art.2-; jerarquía superior de la Constitución -art.4-; sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; debido proceso y principio de legalidad -art.29 CP-; derecho a la igualdad-art.13 CP-; buena fé de las autoridades públicas -art.83 CP-; principios de la función administrativa-art. 209 CP-; fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política.

⁷⁵ Ver, SANTOFIMIO GAMBOA, *op. cit.*, p. 45 – 52.

“En contra de la idea inicial con que se planteó la teoría de la discrecionalidad de la administración-libertad absoluta de la administración para disponer-, el concepto contemporáneo sostiene en sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior que habilite a la administración. Es decir, sin negar el ejercicio discrecional de algunas atribuciones por parte de la misma, somete irrestrictamente cualquier competencia de estas naturales al principio de legalidad. Como lo señala con insistencia la doctrina, la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva (...).”

⁷⁶ Ver, REAL ALBERTO, Ramón, *El Estado de Derecho. En Memoria de Eduardo J. Couture*, Publicación de la Universidad de Montevideo No 7, Facultad de Derecho, Montevideo, 1957, p. 610.

El paso del tiempo trae consigo procesos más complejos en la actividad estatal, lo que se traduce en un incremento en el uso de facultades discrecionales, las cuales deben ser cada vez más y mejor controladas, de manera que se perfeccione no solo la eficacia y la celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones, sino también, que se garanticen los derechos de los administrados. Así pues, al mismo tiempo que se concede a la Administración Pública el privilegio de la presunción de legalidad de sus actos por la necesidad de seguridad jurídica y eficacia en su actuación, el Estado debe proporcionar al particular instrumentos jurídicos que le posibiliten la tarea de desvirtuar esa presunción⁷⁷, en aras de la defensa de sus derechos y de la obtención de una eventual reparación de su situación individual, cuando el proceder del órgano administrativo se aparta de la juridicidad que le es exigible en un Estado social de derecho.

La potestad discrecional obedece a necesarias políticas legislativas que otorgan facultad a la Administración para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, todo ello de acuerdo con la realidad fáctica que deban analizar. Por razón de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es imperioso que la Ley no realice su acostumbrada regulación concreta, atribuyéndola a los funcionarios administrativos.

El razonamiento jurídico no se concibe como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad “sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable”, es decir, sin atender a los juicios de valor que el juez efectúa siguiendo por lo común, un razonamiento dialéctico o retórico, también llamado tópico⁷⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la facultad discrecional no es absoluta ni ilimitada, pues de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos, pilar de nuestro Estado de derecho. En principio, en nuestra legislación, ningún acto de la Administración se encuentra libre de control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa, debido a que, discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. Cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades discrecionales implica en primera instancia un acercamiento del mismo para con el bloque de legalidad; por lo tanto, involucra un análisis de necesaria consideración causal, que requiere una interpretación con referencia al ordenamiento jurídico que esa debe observar y aplicar⁷⁹. Por otra, implica igualmente el estudio de la finalidad de interés público que al órgano respectivo pueda corresponder, lo mismo que una identificación del grado de apertura interpretativa, de análisis de subjetividad

⁷⁷ Comparar, MARIN HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 46 – 47.

⁷⁸ PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pp. 135 – 137.

⁷⁹ Ver, SANTOFIMIO GAMBOA, *op.cit.*, pp. 45 – 52.

que la norma le permita al funcionario; a lo que no sobra agregar la necesaria referencia a los demás elementos del bloque de la legalidad.

La legislación colombiana en materia administrativa, exige que al expedir un acto administrativo, exista identificación entre la decisión que se adopta y los fines de la norma que le sirve de sustento. Así mismo, que haya proporcionalidad entre la decisión y los hechos que le sirven de causa; principio que la doctrina denomina de la razonabilidad, el cual consiste en expresar los motivos que llevan a la Administración a tomar una decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica. Indica la disposición lo siguiente: *“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...”*⁸⁰.

La Administración debe forzosamente expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento le otorga. Esta relación entre lo decidido, lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, constituye una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, y suministra los elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones. Cualquier potestad de la Administración, incluidas las de carácter discrecional, se reconoce o confiere para actuar ante determinadas situaciones de hecho establecidas por la norma jurídica habilitante de esa potestad. En consecuencia, el ejercicio de una potestad discrecional cuando no concurren los hechos determinantes del mismo, es contrario a derecho⁸¹.

Eduardo García de Enterría hace alusión al principio de legalidad señalando que *“El gobierno democrático es un “imperio de la Ley” (preámbulo de la Constitución), Ley que los gobernantes particularizan y aplican, lo que los jueces han de controlar”*⁸².

Respecto de la necesidad de sujeción al principio de legalidad que debe observar todo el estamento, incluidos obviamente los entes autónomos territoriales, la Corte Constitucional en Sentencia No. C-520 de 1994, precisó que la autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de los marcos señalados en la Carta Política y con plena observancia de las condiciones que establezca la Ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República Unitaria. Así pues, no se trata de una autonomía en términos absolutos, sino por el contrario, de carácter relativo. De lo anterior concluye la Corporación que si bien es cierto que la

⁸⁰ Artículo 44 Ley 1437 de 2011.

⁸¹ Comparar, SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Legalidad y sometimiento a la ley y al derecho. En los principios jurídicos del derecho administrativo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 55 – 72.

⁸² Ver, GARCIA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 126.

Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que atañe a la distribución y manejo de los recursos que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.

En igual sentido, mediante Sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitución puntualizó que por expreso mandato constitucional, todas las autoridades administrativas están sometidas al imperio de la Constitución y la ley, lo cual envuelve el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las altas Cortes. El imperio de la Ley, al que están sujetas las autoridades administrativas, debe entenderse como la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 CP. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley. Las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable. El desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos -art. 6 y 90 C.P. Las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la Ley – art. 13 C.P.⁸³.

2.6. FUENTES DEL PODER DISCRECIONAL

De lo hasta aquí manifestado se puede colegir que el poder discrecional de la Administración en un Estado de derecho se funda en el principio de legalidad, en consecuencia su fuente es la Ley.

Así pues, la facultad discrecional emana de la Ley, bien porque la Ley en forma expresa atribuye a la autoridad administrativa la posibilidad de valorar circunstancias singulares, con el fin de tomar una determinada decisión administrativa, o bien porque ciertas decisiones administrativas no se encuentran predeterminadas por el ordenamiento.

Gabriel De Vega Pinzón citando a Fernando Sainz Moreno, explica que la discrecionalidad es algo necesario, algo impuesto por la naturaleza de las

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cosas como única forma de resolver cuestiones especialmente importantes o difíciles. Manifiesta De Vega que dicho argumento parte de la idea de que ciertas decisiones no pueden estar íntegramente predeterminadas por el Derecho, unas veces porque plantean problemas cuya dificultad conduce a situaciones únicamente superables tomando solo una de las decisiones posibles, otras veces, porque la Ley no regula en forma expresa el ejercicio de determinada competencia por no precisar la conducta administrativa que se ha de seguir. “Por eso, se ha dicho, la discrecionalidad aparece allí donde el Derecho no llega”⁸⁴.

Tal como lo explica Jaime Vidal Perdomo, había quienes consideraban que la discrecionalidad aparecía cuando la Ley no regulaba en forma expresa el ejercicio de determinada competencia, por no precisar la conducta administrativa que se había de seguir. Quienes defendían dicha tesis afirmaban, que la norma general es que la actividad administrativa es discrecional y lo excepcional se da cuando se encuentra reglada; criterio revaluado en la actualidad, pues está claro que la regla general la constituyen las facultades regladas y la excepción es la discrecionalidad, como fruto de la incesante evolución del derecho público⁸⁵. Cada decisión administrativa es una decisión jurídica; esto es, una decisión cuya validez depende definitivamente de su concordancia con el ordenamiento jurídico vigente. Por tanto, tal decisión, incluso siendo discrecional, no puede ser arbitraria si quiere ser jurídica. La legitimidad de todas las actuaciones administrativas depende del respeto y sujeción al ordenamiento legal vigente.

2.7. CLASES DE DISCRECIONALIDAD

Según Dworkin, hay una discrecionalidad débil y otra fuerte. La primera, denominada instrumental por Desdentado⁸⁶, se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica sino que exigen una operación de discernimiento. La segunda, hace alusión a que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra⁸⁷.

⁸⁴ DE VEGA PINZÓN, Gabriel, *La Discrecionalidad Administrativa*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 1984, pp. 20 – 21.

⁸⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime, DIAZ PERILLA, Viviana, RODRIGUEZ, Gloria Amparo, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2005, p. 168.

⁸⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 52.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Trad. del inglés, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 84 – 86.

Por su parte, Juan Carlos Cassagne, en una línea que guarda semejanza con la de Dworkin, clasifica la discrecionalidad en tres tipos o especies cuando se dan estos casos: a) el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados (es la discrecionalidad fuerte o típica); b) la discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado que si bien, en principio, sólo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas (v.g. la justicia y razonabilidad de las tarifas de servicios públicos), es la discrecionalidad débil o atípica; y c) el margen de actuación está limitado a supuestos indeterminados por el ordenamiento (discrecionalidad atenuada, que puede considerarse como un segundo sentido de la discrecionalidad débil)⁸⁸.

El profesor Gustavo Penagos en su libro *El Acto Administrativo*, siguiendo la obra del profesor Miguel Sánchez Morón *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, nos habla de siete clases de discrecionalidad⁸⁹, a saber:

1º. Reglamentaria.

La facultad reglamentaria está determinada por la valoración de circunstancias económicas, sociales y políticas. No es necesario expedir reglamentos de la Ley, si las circunstancias no lo ameritan, y esta es la interpretación que fluye al aplicar el artículo 189, numeral 11 de la Constitución.

2º De Planificación.

Los planes y programas del Gobierno y de la Administración no obedecen a criterios arbitrarios, sino a los propósitos generales de la Constitución y la ley (artículos 339 y s.s de la Carta Política), con la finalidad de lograr los objetivos de la política económica, social y ambiental del Gobierno.

3º De Iniciativa.

La Administración moderna considera más técnico transferir la iniciativa al gobierno en determinadas materias, por tener mejores elementos para valorar la oportunidad y necesidad del servicio a su cargo (...).

4º Política Stricto-Sensu.

Se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, la existencia de los llamados actos políticos o de gobierno, para referirse a aquellas decisiones que trascienden la vida misma de la Administración.

⁸⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *La Revisión de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial*, Revista Española de Derecho Administrativo Nro. 67, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 354 y ss.

⁸⁹ PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 1997, pp. 22 – 23.

5º Técnica.

La discrecionalidad técnica es común en la Administración Pública moderna, en donde las funciones se han especializado y tecnificado, para lograr los objetivos y metas del Estado Social.

6º Táctica.

La discrecionalidad táctica es aquel margen de libertad que requiere la Administración, para adoptar una decisión rápida y eficaz, ante situaciones de hecho que lo requieran.

7º De gestión.

La Administración descentralizada por servicios, requiere de esta modalidad discrecional, para gestionar los servicios a cargo de las entidades descentralizadas.

2.8. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

El concepto de discrecionalidad técnica y el control de su ejercicio por parte de las autoridades judiciales, ha experimentado una marcada variación doctrinal y jurisprudencial. El Consejo de Estado en la Sentencia del 31 de octubre de 2007 realiza un resumen de dicha variación, indicando que algunos autores ubican las primeras referencias al concepto de discrecionalidad técnica en la doctrina alemana del siglo XIX, cuando Bernatzik sostenía que la dificultad de algunos casos impide al juez controlar la compleja cadena de razonamientos que debe llevar a cabo la Administración para precisar las cuestiones técnicas necesarias para resolverlo, pues lo que tendría lugar, de admitirse en tales eventos la fiscalización judicial, no sería realmente un control objetivo sino el otorgamiento de prevalencia a un nuevo punto de vista técnico: “*si un Tribunal administrativo pudiese examinar las decisiones tomadas por la Administración en esta materia, se producirá una “doble Administración”*”⁹⁰.

Otros autores, según la Corporación, ubican las primeras nociones de discrecionalidad técnica en la doctrina italiana de principios del siglo XX, fundamentalmente en las obras de Presutti y Cammeo⁹¹. Este último formula su

⁹⁰ BERNATZIK, E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena 1886, reimpresión Scientia Verlag Galen, 1964, p. 43, *apud* SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 231 – 232., citado por el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de octubre de 2007.

⁹¹ Así lo hacen MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel, *Sanidad pública: concepto y encuadramiento*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1970, pp. 747 y 752; TARDIO PATO, José Antonio, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 152 y DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la*

concepción de dicha figura diferenciando, en el momento de la aplicación de criterios técnicos, entre cuestiones técnicas simples y cuestiones técnicas complejas. Las primeras serían aquellas que no dan lugar a dudas aplicativas y conducen a una sola solución del caso, de suerte que no permiten la existencia de discrecionalidad alguna, mientras que tratándose de las segundas, dada su complejidad o la interconexión entre los diversos problemas técnicos que involucran, no posibilitan mantener siempre la automaticidad y univocidad de la solución, lo cual deriva en la posibilidad de elegir, entre las diversas opciones técnicas posibles, la que parezca más adecuada. La consecuencia del reconocimiento de tales ámbitos de *discrecionalidad técnica* sería para el autor, la imposibilidad de su impugnación en vía judicial, dada la inexistencia de tribunales técnicamente competentes para acometer el respectivo control.

Posteriormente, el derecho italiano promueve una reacción totalmente contraria a la anterior, a través de la postura asumida por autores como Giannini, quien afirma que, la denominada “discrecionalidad técnica” no puede considerarse de ningún modo discrecionalidad, pues no implica ponderación de intereses ni juicio de oportunidad alguno, sino que se trata de una mera aplicación de reglas y normas técnicas que permiten encontrar una solución unívoca en tanto que científica. Así las cosas, para Giannini la “discrecionalidad técnica” es un error histórico de la doctrina, pues a pesar de que se trata de un sintagma de uso casi generalizado, quien acude a él sabe que se trata de una noción totalmente distinta de la *auténtica* discrecionalidad administrativa, como quiera que ésta implica juicio y voluntad a la vez, mientras que aquella, por referirse a un conocimiento, implica tan sólo un juicio⁹².

En la doctrina española, Sánchez Morón afirma que la discrecionalidad técnica supone el otorgamiento que la Ley hace de “*un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica*”, ámbito de actuación que suele venir orientado o delimitado por conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción frecuentemente es “incierto y opinable”, razón por la cual “*salvo crasos errores*

discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 28., citados por el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de octubre de 2007.

⁹² GIANNINI MASSIMO, Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, Milán, 1970, p. 488., citado en Sentencia de 2007, *op. cit.*

“(…) ha de referirse el grupo de autores que, desde la orilla doctrinal opuesta, sostiene, como lo hace García-Trevijano Fos —quien sigue en este aspecto las tesis de Giannini—, que «no se puede hablar de discrecionalidad técnica, puesto que se trata de conceptos antagónicos», toda vez que «cuando hay discrecionalidad no puede nunca hablarse de técnica, y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad», pues «lo técnico no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, sino que se valora»⁹². En similar sentido, Martín González asegura que «en los supuestos considerados como discrecionalidad técnica no nos encontramos con ninguna posibilidad de valoración de una manifestación del interés público, sino con una esfera de determinaciones rígidamente vinculadas a valoraciones de orden técnico, que deben realizarse de acuerdo con los conocimientos administrados por las ciencias...»⁹². De hecho, a juicio de este autor, cuando la norma remite a criterios técnicos se está en presencia de una potestad reglada y no de una discrecional, como quiera que precisamente la remisión a reglas técnicas posibilita una apreciación objetiva que no deja al operador jurídico margen alguno de libertad de elección (...).”

*de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces*⁹³.

En igual sentido, Bacigalupo manifiesta:

*“(...) el control jurisdiccional de la Administración sólo se debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una calidad material al menos igual (gleiche Sachqualität) a la de la decisión administrativa que se pretenda corregir. Consecuentemente, la determinación del alcance y de la intensidad del control jurisdiccional debería partir de la idea de que la superioridad funcional de la Administración (derivada, como se acaba de señalar, de su estructura orgánica, así como de sus medios y procedimientos operativos específicos) la habilita, como instancia funcionalmente más idónea que la judicial, para apreciar y adoptar en última instancia las medidas más adecuadas en los sectores especialmente complejos de la actividad administrativa*⁹⁴.

Por su parte, para Desdentado, los criterios técnicos esgrimidos por la Administración como fundamento de sus decisiones pueden ser plenamente fiscalizables por los jueces, en algunas ocasiones, mientras que en otros casos el juez deberá estarse a lo resuelto por el órgano administrativo, dada la naturaleza del criterio técnico en el cual la decisión se apoya:

“(...) las apreciaciones técnicas pueden ser utilizadas en tres tipos diversos de actividad administrativa: el primero, al cual denomina supuestos de “discrecionalidad técnico-administrativa”, es el que tiene lugar cuando el ordenamiento confiere a la Administración la facultad de elegir una entre las varias vías de actuación posibles para la satisfacción de determinado interés público. Si para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido, tendrá entonces que seleccionar entre ellas de acuerdo con lo que estime más conveniente para dicho interés público. Aquí dispondría, por tanto, de un ámbito de discrecionalidad “fuerte”.

El segundo sector de actividad administrativa en cuestión es el de las elecciones llevadas a cabo con base en hipótesis científicas que no han sido corroboradas, bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis, supuestos en los cuales nuevamente la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, luego se trata de otro supuesto de discrecionalidad “fuerte”. En estos dos ámbitos de actividad administrativa, según Eva Desdentado, el

⁹³ SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 129 – 130.

⁹⁴ BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa: Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución.*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 62 – 64.

control judicial debe ser “negativo”, en el sentido de que debe circunscribirse a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico

Y el tercer y último ámbito de actividad administrativa en el cual operan las apreciaciones técnicas, según la referida autora, es el de la aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica como “edificio en ruina”, “jardín de interés histórico-artístico”, etc, aplicación para la cual la Administración debe recurrir a conocimientos técnicos que, en los casos difíciles, no conducirán a respuestas automáticas y únicas, no así en los casos menos complejos, en los cuales sí será viable encontrar una sola solución ajustada a Derecho, teniendo entonces aquella que ejercer su discernimiento en la elección y uso de los conocimientos necesarios. En los aludidos casos “difíciles”, entonces, resulta inevitable la aparición de una “discrecionalidad instrumental”, derivada de la dificultad de identificar con certeza la única respuesta correcta, pero que no es una discrecionalidad “fuerte”, como las dos anteriores, porque el simple hecho de que la norma remita a la utilización de criterios técnicos indica que no pretende atribuir un ámbito de decisión propio al órgano administrativo sino, al contrario, compelerlo a ceñirse al concepto técnico en cuestión”⁹⁵.

En el ordenamiento jurídico colombiano se advierten algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se reflejan las referidas líneas doctrinales, de tal suerte, en ocasiones se ha sostenido la imposibilidad para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración; otras veces se ha negado la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración; y en otras ocasiones, se ha estimado necesario que el juez controle el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración para adoptar ciertas decisiones⁹⁶.

En la actualidad, para la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional colombiana, resulta claro que en las sociedades modernas es menester la utilización de conocimientos y nociones técnicas o propios del saber especializado, y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la Administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de dicha naturaleza; en la medida en que no siempre la técnica o la ciencia, ofrecen alternativas únicas para la resolución de un supuesto específico para la determinación del sentido de una política pública, la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar, en algunos eventos, a la existencia de márgenes de apreciación que, incluso, pueden configurarse como

⁹⁵ DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial*, pp. 64 – 66, citada por el Consejo de Estado, ídem.

⁹⁶ Ver, evolución doctrinal y jurisprudencial: Sentencia T-427/92, de junio 24 de 1992, Exp. T-936, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia No. T-418/93, Exp. T-14813, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Magistrado Ponente: Dr. Alíer E. Hernández Enríquez, Exp.13074.

facultades de naturaleza discrecional, eso sí, siempre susceptibles de fiscalización judicial.

Así las cosas, según la jurisprudencia, los márgenes de valoración técnica, pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica), lo cual, en manera alguna suponen que el juez se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados.

2.9 ANÁLISIS NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO

El principio de legalidad, entendido como el respeto por el ordenamiento jurídico vigente, y la facultad discrecional o potestad de que goza la Administración Pública para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitir el cumplimiento de los fines del Estado, también fueron objeto de estudio en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 del 18 de Enero de 2011⁹⁷.

En virtud del aludido principio de legalidad, es necesario que el ordenamiento jurídico en materia contencioso administrativa se adapte al nuevo entorno social e institucional que experimenta nuestro país. Los cambios en las relaciones sociales, la economía, la tecnología, la cultura, la política, y por supuesto el derecho, la gestión pública, y las instituciones, sumados a los nuevos modelos de globalización, al igual que a los desarrollos de la tecnología y la informática; han agitado la concepción existente de Estado social de derecho, principios, e instituciones administrativas y jurisdiccionales, creando la necesidad de fortalecerlas, a fin de que puedan adaptarse a los nuevos escenarios, a través del marco normativo correspondiente⁹⁸.

Dichos cambios nos enfrentan a un nuevo esquema constitucional, una nueva visión del Estado y el papel que éste debe desempeñar para alcanzar sus fines, e indudablemente, a una nueva concepción de la Administración y de su

⁹⁷ Ley 1437 del 18 de Enero de 2011. **Artículo 3º. Principios.** *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Artículo 44. Decisiones discrecionales. *En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

⁹⁸ Comparar, ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Legis Editores S.A., Bogotá, 2012.

relación con los administrados; lo que genera la necesidad de adecuar el Código Contencioso Administrativo - Decreto Ley 01 de 1984, elaborado en el contexto de la Constitución Nacional de 1886, bajo una concepción de Estado de Derecho Liberal, a los preceptos de la Constitución Política de 1991, concebida bajo un modelo de Estado Social de Derecho, es decir, que tiene como eje principal la persona humana y la defensa de sus intereses, adecuación que se pretende materializar a través de la Ley 1437 de 2011⁹⁹.

La Ley 1437 del 18 de Enero de 2011 o nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pretende dar una nueva dimensión a principios y derechos ya consagrados en el Decreto 01 de 1984, tales como los de igualdad (art. 13), petición (art. 23) y debido proceso administrativo (art. 29), elevándolos a derechos de aplicación inmediata.

El rol impuesto por la Constitución de 1991 a las autoridades, trajo consigo una profunda transformación legislativa de la estructura de la Administración Pública en aspectos como la tipología de los organismos y entidades que la constituyen, con el señalamiento de las características jurídicas para cada clase (Ley 489 de 1998 y Ley 709 de 2002), lo que obviamente se tradujo en unas nuevas relaciones entre el administrado y la Administración, que conllevaron a que los servidores del Estado deban contar con herramientas acordes a las exigencias de la actual Constitución, para el reconocimiento y logro de la eficacia de los derechos, siendo necesario para ello un rediseño de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la inclusión de modernas técnicas y métodos de gestión.

El nuevo Código Contencioso Administrativo, expedido a la luz de la Constitución Política de 1991, materializa el fenómeno de constitucionalización del derecho (art. 10), fenómeno jurídico que podríamos definir como el reconocimiento de que todas las ramas y especialidades del derecho, así como las actividades del Estado en sus diferentes manifestaciones legislativas, judiciales, gubernativas, administrativas, de control, etc., deben ceñirse al cumplimiento de los principios fundamentales del Estado social de derecho y al respeto y garantía de los derechos de las personas, mediante la aplicación, incluso directa, de las normas constitucionales. Y tal como lo hemos reiterado en el presente trabajo, la legalidad, es decir, el respeto y sujeción al ordenamiento jurídico vigente, es uno de los principios constitucionales sobre los cuales se sustenta nuestra organización jurídico-política; principios constitucionales que según la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, deben servir de pauta para interpretar y aplicar las disposiciones por parte de las autoridades administrativas (*Art. 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la*

⁹⁹ Ídem., Artículo 1°. Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales).

En tratándose de la Discrecionalidad administrativa, como ya se anotó, el nuevo modelo social produjo cambios en la búsqueda administrativa de concreción de los fines del Estado, situación que fija un exigente marco de actuación de las autoridades, en particular en cuanto a la relación de la Administración Pública con las personas. El paso del tiempo trae consigo procesos más complejos en la actividad estatal, lo que se traduce en un incremento en el uso de facultades discrecionales, las cuales deben ser cada vez más y mejor controladas, de manera que se perfeccione no solo la eficacia y la celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones, sino también, que se garanticen los derechos de los administrados. Así pues, al mismo tiempo que se concede a la Administración Pública el privilegio de la presunción de legalidad de sus actos por la necesidad de seguridad jurídica y eficacia en su actuación, el Estado debe proporcionar al particular instrumentos jurídicos que le posibiliten la tarea de desvirtuar dicha presunción¹⁰⁰.

En ese orden de ideas, con la expedición de la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, se pretende implantar instrumentos jurídicos para la protección de los derechos de los administrados, a través de la consagración de una serie de acciones que se impetran ante los jueces cada vez que ocurra la vulneración o amenaza de los mismos por parte de las autoridades, con el fin de lograr la tutela judicial efectiva. Acciones tales como la tutela para los derechos fundamentales; la popular para los derechos colectivos; la acción de grupo por daños infligidos a un número plural de personas; la acción de cumplimiento para la observancia de las leyes o actos administrativos de carácter general (arts. 86, 87, 88 y 89 C.P. y desarrollados en el Decreto 2591 de 1991 y las leyes 393 de 1997 y 472 de 1998).

Además de lo anterior, el nuevo Código consagra los principios de la función administrativa como desarrollo del principio de legalidad de la actuación de las autoridades previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la C.P., debiendo éstas ejercer sus funciones de acuerdo con la Constitución, la ley y el reglamento. Establece la finalidad a la que se destinó la función administrativa al ponerla al servicio de los intereses generales, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de sus funciones, y prescribe el deber de coordinar las actuaciones de las autoridades para el cumplimiento de los fines del Estado.

En virtud del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Administración no debe limitar su actividad a aplicar la Ley mediante simples silogismos, pues se debe dar mayor importancia a la interpretación de las normas en su aplicación. La Administración debe entrar a jugar un papel destacado como operador jurídico y para ello debe tener en cuenta valores y principios constitucionales, siendo la

¹⁰⁰ Comparar, MARIN HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 47.

Constitución un referente de aplicación directa; debe tomar decisiones conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos; así mismo, debe decidir de conformidad con las Sentencias reiteradas del Consejo de Estado, de tal suerte que, debe estar menos ligada al formalismo y más obligada por la protección efectiva de los derechos. La Administración como responsable de garantizar, respetar y hacer cumplir los derechos, debe apreciar las particularidades del caso concreto, observar una mayor preocupación por la individualización del problema y de la solución, enfrentarse a la búsqueda de soluciones adecuadas a casos especiales que muchas veces no encajan en la generalidad de la norma, y así mismo, resolver de igual forma los casos iguales¹⁰¹, en virtud del mandato de igualdad en las decisiones administrativas.

Desde la perspectiva de la Validez del Acto, la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, restringe en gran medida la discrecionalidad en las decisiones administrativas, en procura de la protección de los derechos fundamentales, toda vez que condiciona la toma de decisiones administrativas a que las mismas sean motivadas (art. 42), consultadas cuando hubiere lugar (art. 46), informadas (art. 65 y s.s) y proferidas conformes al ordenamiento jurídico vigente (Constitución, ley, reglamentos, principios, etc.).

En su artículo 44, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hace alusión a las decisiones discrecionales, estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa¹⁰².

¹⁰¹ Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

NOTA: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

¹⁰² ARBOLEDA PERDOMO, op. cit., p. 44.

“Discrecionalidad no significa arbitrariedad, no sólo por las exigencias éticas en el ejercicio de las funciones administrativas, sino porque el derecho ha aceptado como elementos esenciales del acto administrativo la causa y el fin de los mismos, los cuales deben ser legales, de suerte que si se demuestra la ilegalidad de estos elementos, el acto administrativo correspondiente también deviene nulo. La causa de anulación de los actos administrativos denominada desvío de poder, implica el control sobre estos elementos de la decisión”.

La interpretación sistemática de este artículo permite colegir que las decisiones discrecionales no pueden ser arbitrarias, deben ser motivadas y no excluidas del control judicial; control que versa sobre los elementos discrecionales del acto por sus fines (desviación de poder), motivación, proporcionalidad, razonabilidad, y sujeción a los principios constitucionales y generales del derecho tales como legalidad, igualdad, buena fe, confianza legítima, y no arbitrariedad.

CAPÍTULO 3. EL CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES

3.1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo, se enfatiza la premisa según la cual, el ejercicio de toda potestad discrecional debe enmarcarse dentro de ciertos límites jurídicos generales y someterse a una serie de controles preestablecidos en el ordenamiento, a efectos de evitar la arbitrariedad. De igual forma, se señala el hecho de que en la actualidad, el control de la potestad discrecional se enfrenta a los retos y desafíos que operan al interior del Estado, pues por un lado, se requiere una mayor libertad de acción ante una realidad compleja y cambiante, pero por el otro, es necesario que exista un control que limite el actuar administrativo y lo torne jurídica y políticamente responsable.

El Capítulo *EL CONTROL DEL EJERCICIO DE FACULTADES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES* se divide así: **3.1.** Introducción; **3.2.** Control judicial de la potestad discrecional; **3.3.** Límites de la discrecionalidad; **A.** La desviación de poder; **B.** La motivación del acto; **C.** Los conceptos jurídicos indeterminados; **3.4.** La facultad de libre nombramiento y remoción - Régimen de excepción; **3.4.1.** La facultad de libre nombramiento y remoción como excepción a la obligación de motivar los actos administrativos; **3.4.2.** La facultad de libre nombramiento y remoción como excepción a la regla general de vinculación a la administración pública (*carrera administrativa*).

3.2. CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL

El control de la discrecionalidad administrativa es hoy uno de los temas del Derecho Público que reviste mayor trascendencia en procura de la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos, la salvaguarda del principio de legalidad y la prevención de que el uso arbitrario de dicha facultad viole el Estado Social de Derecho.

Sobre la posibilidad de que las autoridades judiciales ejerzan control sobre los actos discrecionales, los criterios están muy divididos. Un sector de la doctrina especializada opina que debe limitarse el control judicial de la discrecionalidad, pues aquel constituye un juicio de oportunidad, el cual debe estar reservado exclusivamente a la Administración, mientras que otro importante sector, considera necesaria la fiscalización judicial para prevenir supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas¹⁰³.

Las tesis contrapuestas de varios juristas, especialmente alemanes, se han concentrado en torno al alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad, particularmente, en los poderes del juez para sustituir la actividad administrativa en caso de considerarla ilegítima o antijurídica.

En Argentina, la tendencia general de los juristas se orienta hacia la admisión, en principio, del control judicial de la actividad discrecional de la Administración, aun cuando difiere en sus alcances¹⁰⁴.

Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, coinciden en el reconocimiento de la plena vigencia del Estado de derecho siempre que exista plena exigencia de control por parte de los jueces, pero se diferencian en cuanto a las modalidades e intensidad de dicho control¹⁰⁵.

La facultad discrecional ha experimentado múltiples variaciones a lo largo del tiempo, primero fue concebida por el contencioso administrativo francés como una actividad de la Administración que no estaba sujeta a control. Hoy se considera que en los actos de la Administración concurren elementos reglados y discrecionales; como señala el profesor García de Enterría¹⁰⁶, la discrecionalidad es la libertad de elegir entre alternativas igualmente justas, por tanto, se trata de decisiones administrativas sujetas al *control judicial y de constitucionalidad*, corriente que actualmente es la que predomina.

¹⁰³ Ídem, pp. 956 y s.s.

¹⁰⁴ Ver, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 956 y s.s.

¹⁰⁵ Citados por MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 1.009 y s.s.

¹⁰⁶ Citado por ALVARADO A. LOURDES, *Facultad Discrecional*, pág. 23. Disponible desde internet en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_21a32_facultad_disc.2012/08/13_11:30_a.m..pdf.

La idea de establecer controles surge como una arremetida contra las inmunidades del poder; como una necesidad de extender el control jurisdiccional a los actos de naturaleza discrecional, que venían siendo caracterizados por entrañar un pleno y libre poder de apreciación, definido, pero no regulado en la Ley.

El primer mecanismo para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discrecionales es el que hace alusión a los **elementos reglados del acto discrecional**, mecanismo según el cual, no es posible la existencia de un acto sin la de una potestad previa, ni la de ésta si no ha sido consagrada previa y expresamente en la Ley. El segundo mecanismo es el de **la desviación de poder**, en virtud del cual, el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, por encontrarse previsto en la Ley o condicionado por los conceptos de utilidad pública o interés general.

En la actualidad, existen tres nuevos mecanismo de control al ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, los cuales son: el **control por los hechos determinantes**, consistente en verificar la existencia, veracidad y exactitud de los hechos que determinan la decisión, el **control basado en los principios generales del derecho**, el cual tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la Ley y al derecho, incluyendo dentro de éste la “*condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica*”¹⁰⁷ de suerte que el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios tales como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales. Finalmente, el mecanismo de control referente a **los conceptos jurídicos indeterminados**, el cual constituye una reducción a la discrecionalidad, en la medida en que, a diferencia de aquella, no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que sólo es correcta una solución dentro de varias posibilidades¹⁰⁸.

El control de la potestad discrecional hoy se enfrenta a los retos y desafíos que operan al interior del Estado, pues por un lado se requiere una mayor libertad de acción ante una realidad compleja y cambiante, pero por otro lado, es necesario que exista un control que limite el actuar administrativo y lo torne jurídica y políticamente responsable.

Para la doctrina especializada, el alcance y fijación de los límites del control judicial sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, debe encontrar el equilibrio entre facultades administrativas y derechos individuales, y a la vez, evitar el riesgo de que el juez termine asumiendo la posición que

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 476.

¹⁰⁸ Ver, CASSAGNE, *op. cit.*, p. 352.

constitucionalmente corresponde a la Administración en la garantía del interés público¹⁰⁹.

Por su parte, la línea jurisprudencial imperante afirma, que la facultad discrecional conferida a la Administración no implica una habilitación para decidir de manera arbitraria, por tanto, *siempre* debe estar sometida al control jurisdiccional. Tan es así, que al referirse a la noción de Discrecionalidad Técnica y los alcances y límites del control judicial sobre las correspondientes decisiones en la materia, el Consejo de Estado manifestó:

*“(...) a. No puede compartirse la aseveración absoluta de acuerdo con la cual “el derecho público colombiano es ajeno a la “discrecionalidad técnica”. La utilización, por parte de la ley y el reglamento, de conocimientos y nociones técnicas o propios del saber especializado y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la Administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de dicha naturaleza, no constituye, en las sociedades contemporáneas, una alternativa, sino una necesidad que para el Derecho se convierte en un dato. b. No obstante lo anterior, quiere la Sala ser enfática en sostener que la naturaleza técnica de las decisiones administrativas, incluso, el reconocimiento de la posibilidad de existencia de márgenes de apreciación o de discrecionalidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la Administración inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. Las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que **la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de Derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial.**”¹¹⁰ (Negrilla fuera de texto).*

En palabras de Tomás Ramón Fernández, el juzgamiento de la discrecionalidad *“en principio, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho”*¹¹¹.

Sobre el particular, éste mismo autor plantea que en los actos reglados, como su contenido se encuentra totalmente tipificado en la Ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa; en cambio, en los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad de apreciación o valoración, resulta de gran

¹⁰⁹ Comparar, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1004.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2007, Rad. 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹¹ FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 79.

trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión¹¹², de esta forma, la Administración está obligada a arrimar al expediente todo el material probatorio necesario para demostrar que su decisión se basó en una realidad fáctica que garantiza la legalidad, necesidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican. Así mismo, la Administración debe presentar la fundamentación de la decisión adoptada, en forma asequible a la revisión contencioso administrativa, de forma tal que se garantice el pleno sometimiento a la Ley y al derecho y que los individuos puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El ejercicio de la discrecionalidad debe ser siempre una actividad jurídica, es decir, debe realizarse a la luz del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, tendríamos como consecuencia lógica que dicho ejercicio se sustraería del control judicial o, al menos, éste se reduciría a su mínima expresión, lo cual estaría en abierta incompatibilidad con los postulados del Estado de derecho. De esta forma, para que exista un Estado de derecho en su verdadera extensión, es necesario que opere la revisión judicial de los actos de la Administración, no sólo de los actos reglados, sino también y sobre todo, de los actos proferidos en ejercicio de facultades discrecionales.

Finalmente, vale la pena resaltar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, introdujo modificaciones importantes en la concepción del juez, conforme a las exigencias constitucionales y a las transformaciones sociales e institucionales. Las orientaciones dogmáticas de la Carta Política de 1991 importaron cambios en la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes no continuaron limitando su labor a la sola defensa objetiva de la legalidad, sino que orientan también sus poderes, ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados; de un juez revisor o contralor se pasa a un juez garante y protector de los derechos de las personas.

3.3. LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD

Como lo acabos de mencionar, el ejercicio de toda potestad discrecional se somete a ciertos límites jurídicos generales, aparte del deber de observancia de los aspectos específicamente delimitados en las normas que la regulan.

Así las cosas, la discrecionalidad presupone una *norma que la autoriza*. La facultad discrecional es una excepción, por ello, el Consejo de Estado advirtió

¹¹² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Arbitrariedad y Discrecionalidad*. En AA. VV *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 83 – 89.

que siendo los actos discrecionales excepcionales en nuestro ordenamiento legal, para que se pueda decir que se está en presencia de ellos, es requisito indispensable que la Ley expresamente lo disponga. Así, según el principio de competencia constitucional y legal previa, en el Estado de derecho la Administración Pública está sometida al ordenamiento jurídico y sólo le está permitido actuar discrecionalmente cuando la Constitución y la ley, en forma expresa y excepcional, lo autorizan. No hay acto sin potestad, ni potestad que no haya sido previa y expresamente atribuida por la Constitución y la ley. Si no existe norma expresa que autorice la discrecionalidad como excepción, se presume el carácter reglado como regla general.

Así mismo, la discrecionalidad debe ser “**Adecuada a los fines de la norma que la autoriza**” la adecuación es la correspondencia entre el contenido discrecional y la finalidad de la norma originante, es decir, la armonía del medio con el fin. La función administrativa está al servicio de los intereses generales, más exactamente para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; no se concibió para satisfacer caprichos individuales. En un Estado Social de Derecho el fin no justifica los medios, sino que, por el contrario, los medios deben corresponder esencialmente a la finalidad. El único tipo de discrecionalidad que resulta de recibo es la que puede fundamentarse en datos y hechos objetivos controlables, que pueden vincularse a una finalidad legítima no vulneradora de los principios jurídicos y cuyo ejercicio, además, pueda considerarse razonable y proporcionado.

A más de lo anterior, la discrecionalidad debe ser “**Proporcional a los hechos que le sirven de causa**” por tanto no puede implicar arbitrariedad. Debe existir proporción y relación objetiva entre los hechos antecedentes o determinantes y la decisión discrecional que se adopta. Las autoridades públicas deben tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismos, sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad¹¹³.

En suma, el poder discrecional es un poder funcional, por lo que está obligado a dar cuenta de su efectiva adecuación a la función para la cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar también su conformidad con la Ley. Si la decisión discrecional no es *adecuada a los fines de la norma que la autoriza*, ni es *proporcional a los hechos que le sirven de causa*, ello significa que se transgreden los límites de la discrecionalidad y se configura el Vicio de Nulidad por Desviación de Poder.

¹¹³ Comparar, VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Insubsistencia Laboral, Reglada, Discrecional y Arbitraria*, Edit. Ibáñez, Bogotá, 2012, pp. 62 – 67.

A. LA DESVIACIÓN DE PODER

Las normas que otorgan una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario satisfaga la finalidad perseguida expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico, no para que realice lo que a él le plazca, con el fin que le plazca¹¹⁴. La Administración debe circunscribirse a lo que la norma determina; la facultad que la norma le otorga a la Administración, está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad de la norma y del ordenamiento en general. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico, su conducta es antijurídica, pues no está jurídicamente autorizado para usar el poder de la norma sino con la finalidad en ella prevista.

En un Estado de derecho la determinación del interés público y de las necesidades colectivas, conciernen al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración como subordinada y servidora de tales fines, es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, o bien de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en los actos que profiere. Sin embargo, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho de que el órgano administrativo se encuentre en la posición de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar, en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo usurparía la función constitucionalmente atribuida al Legislador, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que este último determina como de interés público, son la justificación de la actividad de la Administración, de modo que si ésta se aparta de dichos fines en el desempeño de sus funciones, incurre en *desviación de poder*¹¹⁵.

¹¹⁴ Comparar, GORDILLO, *op. cit.*, pp. IX – 24.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2006, Rad. 11001-03-26-000-1995-3074-01(13074), C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

*“Como se aprecia, uno de los elementos reglados presente en todo acto administrativo es el fin. En un Estado democrático de Derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientarán la gestión de las Instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, en particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, subordinada y servidora de tales fines, ciertamente es llamada en ocasiones a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, ora de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una baja densidad normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate. Sin embargo, que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, de ningún modo significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, por tanto, la justificación de la actividad de la Administración y, en ese orden de ideas, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en **desviación de poder**.”*

Así pues, existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúe con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico.

En la doctrina francesa se examinó por primera vez la situación que se presenta cuando la Administración, en ejercicio de sus facultades, transgrede los límites señalados por la Ley, utilizando sus poderes para fines diferentes a los señalados en el ordenamiento. A dicha situación se le denominó desviación de poder. Francia consagró e instituyó además el recurso por desviación de poder cuyo conocimiento quedó en cabeza del Consejo de Estado y mediante su ejercicio podría debatirse la legalidad del acto.

VEDEL define la desviación de poder como *“el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos”*¹¹⁶.

La doctrina y la jurisprudencia española acogieron la mencionada definición de desviación de poder, estableciendo así en su Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 70.2 que *“se entiende por desviación de poder el*

Por ello en la literatura jurídica en Francia, país en el que esta técnica de control vio la luz, Vedel define la desviación de poder como «el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos»¹¹⁵, o, en palabras de Rivero y Waline, como el vicio que mancilla un acto por el cual la Administración, desconociendo sus reglas, ha perseguido un fin diferente de aquel que el Derecho le asignaba, desviando así de su finalidad legal el poder que le había sido confiado.

Por lo demás, en esa dirección marcha la definición que la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana ha ofrecido de la desviación de poder, como se aprecia en la providencia de 3 de agosto de 1988, en la que se afirma que «...aun en el caso del ejercicio del denominado "poder discrecional", el acto administrativo puede estar afectado de "ilegalidad relativa al fin perseguido", como dice Laubadère "cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí misma, pero en vista de otro fin distinto al previsto por la ley cuando le señala la competencia. Es la forma de ilegalidad que ha recibido el expresivo nombre de desviación de poder" ("Manuel de Droit Administratif", Onzième Edition, 1978)(...).

Parecidos puntos de vista señala el expositor Maurice Hauriou al indicar que el desvío de poder está constituido por los "hechos de una autoridad administrativa que, observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, razione personae, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió, es decir, con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa" (Précis élémentaire de droit administratif, pág. 197), e igualmente lo hacen Berthéley y Roland (Traité de droit administratif, pág. 998; Précis de droit administratif respectivamente).

*Así, pues, tanto la doctrina francesa, que erigió la desviación de poder como una de las cuatro grandes causales de anulación de un acto administrativo por "exceso de poder", como la colombiana, que la ha acogido con algunas variantes, igual que la jurisprudencia del Consejo de Estado, recalcan que **dicha situación se presenta cuando el "agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo, se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder.** Las atribuciones o poderes otorgados por la ley a los funcionarios o corporaciones públicas deben siempre ejercerse en busca del interés general, del "buen servicio público"; el poder ejercido con fines diferentes, es un poder torcido o desviado de sus propios fines". (Resaltado fuera de texto).*

¹¹⁶ G. VEDEL, *Derecho Administrativo*, J RINCÓN JURADO, (trad. de la 6ª ed.), Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 506.

ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Existen dos modalidades de desviación de poder atendiendo a la naturaleza de los móviles que hubieren llevado al administrador a apartarse del orden teleológico fijado en la norma, así, hay una forma de desviación que se lleva a cabo en interés personal y otra que se encuentra orientada a la consecución de un interés público pero diverso del que ordena la norma habilitante para el caso, tal como ocurre cuando la desviación de poder se inspira en motivos político-partidistas. Sobre estas dos modalidades de la desviación de poder (en interés particular, o en interés público, pero diferente de aquel consagrado en la norma), el Consejo de Estado desde el año 1945 ya había advertido:

“(…) es principio fundamental el que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior (...) El agente público no puede perseguir sino un fin general, ni debe perseguir una finalidad en oposición a la ley. Pero no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario además, que entre en la competencia del agente que lo realiza. Pero aún siendo lícito y el fin de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto. Hay, pues, ilegalidad de los fines del acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de desviación de poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin que con el acto se persigue no es la satisfacción del interés público, que es lo único que puede perseguirse por el agente administrativo, y no un interés cualquiera sino el interés concreto que debe satisfacer por medio de la competencia atribuida a cada funcionario”¹¹⁷.

Así mismo, la referida Corporación en Sentencia de 1988 hizo alusión a las dos modalidades de desviación de poder, sosteniendo que:

“(…) el criterio del buen servicio público es el fundamento del poder discrecional, el fin del acto administrativo discrecional ha de entenderse como aquel que busca el bienestar colectivo, por encima de cualquier interés privado. El interés general, por ende, es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado y bajo ese rumbo ha de juzgarse esa clase de actos. Sólo entonces si aparece plenamente probado en un caso concreto, de modo indubitable, que el móvil fue tomado por venganza, por favoritismo, por consideraciones meramente privadas o subjetivas, se estará en presencia de un tipo clásico de desviación de poder”¹¹⁸.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 5 de octubre de 1945, Anales del Consejo de Estado, t.55, Nro. 352 – 356, P.321, 1945.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 14 de septiembre de 1988, Exp. 2521, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

En igual sentido, la Corte Constitucional en Sentencia de 1998 explicó que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades del procedimiento y aparentemente sin incurrir en violación de la Ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria¹¹⁹ a los intereses públicos generales, o a los intereses públicos específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer o desagraviar al otorgar la respectiva competencia.

Recientemente, en Sentencia de junio de 2012, el Consejo de Estado definió la *desviación de poder* como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la Ley con la atribución de la respectiva competencia. Dicha finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común, la satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan. Dice el alto Tribunal que se ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando se estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones de remoción de empleados. En tal sentido, dicha facultad debe tener límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque de lo contrario, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho¹²⁰.

En la Administración Pública colombiana, la principal fuente generadora de desviación de poder parece ser la corrupción, la cual se puede definir como el abuso del poder público para la obtención de beneficios privados¹²¹.

Si bien no podemos profundizar en este tema, toda vez que, excede el objeto de nuestro trabajo, es del caso mencionar que la corrupción se ha convertido, sin duda, en el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social del país¹²². Su ejercicio no solo menoscaba los recursos que el Estado debe utilizar

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 456 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de junio 2012, Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹²¹ Disponible desde internet en: <https://sites.google.com/site/armandocorazones/clientelismo> - última consulta 22 de febrero de 2013 – 15:29 pm.

¹²² VARGAS LLERAS, Germán, en calidad de Ministro del Interior y de Justicia – Presentación Estatuto Anticorrupción – Cartilla Estatuto Anticorrupción – Primera edición: junio de 2011 – Diseño de carátula: Imprenta Nacional de Colombia – Corrección de texto: Darío Garzón Garzón – Diagramación, edición e impresión: Imprenta Nacional de Colombia.

“La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos porque afecta de manera negativa los niveles de crecimiento económico y disminuye su capacidad para atender las obligaciones frente a los ciudadanos. Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales ha expedido leyes y decretos tendientes a perseguir los actos de corrupción y a sus actores.”

para satisfacer las necesidades de sus habitantes, sino también, desincentiva la realización de inversiones, frena el desarrollo económico, perpetúa los niveles de pobreza, promueve la ineficiencia, la inestabilidad y la violencia. Sus formas varían, pero las más comunes son el tráfico de influencias, los sobornos, los fraudes y la malversación.

La corrupción facilita a menudo otro tipo de hechos criminales¹²³ como el tráfico de drogas¹²⁴, el lavado de dinero y la prostitución ilegal; aunque no se restringe a estos crímenes, su ocurrencia se explica por múltiples causas, entre otras, falta de educación, carencia de una conciencia social¹²⁵, profusión de trámites

Pese a estos esfuerzos, el Barómetro Mundial de la Corrupción realizado por Transparencia Internacional, para el año 2009, ubica al país en el puesto 74 entre 189 países objeto de evaluación. Calificación que demuestra que es necesario reformular y fortalecer la política anticorrupción en Colombia y que debemos focalizar medidas en sectores específicos para que la política diseñada e implementada logre ser eficaz en la lucha contra la corrupción.

Quiero señalar que los instrumentos de lucha contra la corrupción con que ha contado el país han sido útiles y sus resultados satisfactorios, pero este fenómeno es dinámico y sus manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, se hacen cada vez más sofisticadas y difíciles de detectar.

La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada. (...)

Eliminar la corrupción, que es el propósito final de esta Ley, significa mayores recursos para atender las necesidades de los colombianos y tener una sociedad más próspera, pues se emplean de manera eficiente, se aumenta la cobertura y democratiza el acceso a los servicios del Estado.

¹²³ Comparar, DE SOUSA SANTOS, Boaventura, GARCIA VILLEGAS, Mauricio, *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo II, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, pp. 479 y s.s.

“De la mano de la corrupción se encuentra el sistema clientelar o patrimonialista, el cual se puede definir como la relación subjetiva en el manejo de lo público, donde se le da prioridad a la ganancia política y a los beneficios que de ella se desprenden a efectos de beneficiar, conforme a su grado de participación, a dirigentes y directivos políticos, agentes de la empresa privada que participan en su financiación, directivos y funcionarios estatales cercanos al proyecto político, militantes y activistas conforme a su capacidad de movilización, experiencia y formación profesional; y simpatizantes y votantes cautivos, respecto a su potencial de movilización en las urnas”.

¹²⁴ Ídem, pp. 389 – 397.

“El impacto del narcotráfico sobre la justicia colombiana ha sido no sólo profundo sino también muy negativo para la consolidación del Estado de Derecho en el país, pues ha incrementado el autoritarismo jurídico, la cultura de la excepcionalidad política y la fragmentación institucional, al mismo tiempo que ha reducido la autonomía nacional en el diseño de las políticas contra las drogas y generando una constante interferencia en la política y el desarrollo, que no ha sido en general benéfica. (...) los empresarios de la droga han utilizado en sus conflictos internos los aparatos estatales de seguridad para sus propósitos, ya sea poniéndolos directamente a su servicio gracias a la corrupción, ya sea orientando la represión estatal hacia sus rivales mediante el suministro de información adecuada”.

¹²⁵ Ídem, p. 483.

“(…) Colombia es un país donde la oposición de elementos extremos parece prevalecer. La complejidad que resulta de esta oposición de elementos tiene su correspondiente contraste mental en la idea de que tales hechos son normales. Lo que en otras sociedades aparece como un extremo o extraño, en Colombia es percibido con frecuencia como parte de la rutina”.

administrativos, lentitud de la Administración Pública para tomar decisiones, baja probabilidad de sanciones disciplinarias o penales a funcionarios corruptos, bajo nivel salarial de funcionarios públicos, existencia de normas jurídicas confusas y dispersas, desconocimiento legal, falta de información de los ciudadanos, falta de controles internos en las entidades públicas, débil rendición de cuentas de las entidades a los ciudadanos, aceptación generalizada de prácticas al margen de la Ley¹²⁶, entre otras.

Regresando al tema principal y atendiendo la orientación de las líneas jurisprudenciales y doctrinales vigentes, podemos afirmar a manera de corolario, que *discrecionalidad* no significa arbitrariedad, no sólo por las exigencias éticas en el ejercicio de las funciones administrativas, sino porque el derecho ha aceptado como elementos esenciales del acto administrativo la causa y el fin de los mismos, los cuales deben ser legales, de suerte que si se demuestra la ilegalidad de estos elementos, el acto administrativo correspondiente también deviene nulo, configurándose la causa de anulación de los actos administrativos denominada *desviación de poder*¹²⁷.

B. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO

Según citas realizadas por la Corte Constitucional, una posición mayoritaria de la doctrina coincide en considerar que la motivación del acto administrativo es una forma eficaz de frenar la desviación de poder; es el elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre cuando el actuar es arbitrario, pues resultaría absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la Ley¹²⁸.

¹²⁶ See more at: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2229-el-nuevo-estatuto-anticorrupcion-.html#sthash.qWAZ3PMP.dpuf>.

A propósito de la expedición de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, el jurista José Gregorio Hernández Galindo, comentó:

“No es la ley, es la gente: No creo yo mucho en lo que Jellinek llamaba “la fuerza fáctica de lo normativo” es decir, no creo que las disposiciones legales logren el efecto mágico de modificar situaciones, tendencias o costumbres arraigadas en la sociedad. Si así fuera, Colombia sería la sociedad perfecta, porque si algo tenemos es normas: las hay de todas las épocas, contenidos y grados, y conforman un tupido bosque desconocido en su integridad inclusive por los más estudiosos abogados. Sin embargo y por paradoja, en el interior de ese laberinto saben moverse a la perfección, ocultarse y escabullirse, los más hábiles transgresores de la ley. Estimo, por el contrario, que el problema de la corrupción, como muchos otros que nos afectan -la ineficacia y la paquidermia de la administración de justicia, por ejemplo- no son de normas, sino de personas. Por lo corriente, son “fallas humanas”, y no “fallas técnicas”, las que ocasionan nuestras grandes tragedias”.

¹²⁷ Comparar, ARBOLEDA PERDOMO, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000, Exp. D-2732, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

La motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad. Encuentra cimiento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, plasmado en nuestra Constitución Política en el artículo 209¹²⁹.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han reiterado que en aras de la observancia estricta de las garantías del debido proceso, es obligatoria la motivación del acto, toda vez que, si bien el Legislador otorga facultad discrecional a la Administración para la adopción de decisiones y el desarrollo de actuaciones, dicha facultad no es absoluta, pues se encuentra limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación, de forma tal que, la discrecionalidad no se puede confundir con arbitrariedad ni con la ausencia de motivos para proferir una decisión¹³⁰.

De forma general podemos afirmar que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas por la Ley. En algunos casos, la facultad de que se trata, el órgano competente, la forma externa en que debe verse la decisión con que se ejerce, la oportunidad de ejercerla, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio, etc, en suma, determinan todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando.

En principio, en un Estado de derecho la preocupación central es la contención del poder y su subordinación al derecho en garantía de los intereses de los administrados, por tanto, el ideal lo constituye la mencionada forma detallada y completa de regulación en donde todo esté reglado en la norma y el órgano simplemente ponga en acto la facultad atribuida. No obstante, un tipo de reglamentación de tal rigidez sería impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos aspectos, tales como, la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; o bien, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión. En algunas ocasiones, la Ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata,

¹²⁹ Comparar, SÁNCHEZ TORRES, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 064 de 2007, *op. cit.*

“Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera. Se concluye que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas”.

dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente¹³¹. Así pues, hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

La motivación es un requisito sustancial ligado a la garantía del derecho fundamental al debido proceso, pues se trata de conocer con precisión las razones por las cuales se profiere el acto, como medio para efectivizar el derecho a controvertirlas en vía contenciosa.

La motivación no es una simple formalidad, por tanto, no resultan válidas las justificaciones indefinidas, vagas o abstractas, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.

Mediante Sentencia SU-250 de 1998, la Corte Constitucional resaltó cómo, la motivación de los actos administrativos es una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata; es la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario:

“(…) puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”¹³².

En la misma Sentencia la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó por primera vez su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos. Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Recordó cómo en el sistema napoleónico imperial no había tal exigencia y cómo en el antiguo régimen español ni siquiera se requería motivar las decisiones judiciales, de manera que sólo a finales del siglo XIX y durante el

¹³¹ Ídem, Sentencia C-734.

¹³² Ídem.

siglo XX se desarrolla la dogmática según la cual, salvo casos excepcionales, los actos de la Administración también deben estar motivados.

Desde entonces, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido sólida, uniforme, abundante y reiterada sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad.

Posteriormente, a través de la Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000, el Alto Tribunal hizo énfasis en la idea de que lo discrecional también debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, y en cómo esta idea ha sido recogida por el legislador colombiano en el Código Contencioso Administrativo, según el cual *"en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa"*.

En la misma Sentencia, se puso de relieve cómo el honorable Consejo de Estado también ha reconocido que en un Estado Social de Derecho, la discrecionalidad absoluta no existe, pues ella haría imposible la responsabilidad estatal¹³³.

Reiteró la Corporación que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que

¹³³ Ídem, Sentencia C-734.

"(...) no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está".

Excepciones al principio general de motivación de los actos administrativos. No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos.

(...) En igual sentido, es decir admitiendo excepciones al principio general según el cual todos los actos administrativos deben ser motivados, se pronunció la Corte en la Sentencia C- 371 de 1999, cuando dijo: "Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada. (Negrillas por fuera del original).

rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional¹³⁴.

Acerca de la obligación de motivar el acto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son: **1.** Órgano competente, **2.** Voluntad administrativa, **3.** Contenido motivos, **4.** Finalidad y **5.** Forma. En lo que se refiere a los motivos, ha dicho la Corporación que la Administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. Los motivos, o la motivación del acto, son los hechos que provocan la decisión, que son determinados por el agente administrativo para, con fundamento en ellos, manifestar la voluntad que fuere del caso. Los motivos o la motivación son preliminares a la emisión del acto y reglan y orientan la parte decisoria de éste¹³⁵.

La obligación para la Administración de motivar sus decisiones constituye un mecanismo de protección jurídica del administrado frente a las prerrogativas del poder político, que se concretan en los atributos de los actos administrativos, que son obligatorios y se ejecutan de oficio por la autoridad que los expide. Así el particular, a través del conocimiento de la causa que originó la decisión que lo afecta y de sus fundamentos de derecho, tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, y eventualmente, el juez administrativo podrá establecer si los motivos que expresa la Administración fueron reales y ciertos, y si la autoridad que expidió el acto se ajustó a derecho¹³⁶.

Cuando la Ley exige que el acto administrativo esté motivado, es decir, que contenga las razones justificativas de la expedición del mismo, la motivación se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición irregular, por cuanto, si la Ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular. La insuficiencia de los motivos es causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, en tanto que la no expresión de los motivos cuando a ello hubiere lugar es causal también de anulación del acto pero por vicio de forma, es decir, por expedición irregular del mismo¹³⁷.

¹³⁴ Ídem, Sentencia C-734.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de abril 19 de 1989, C.P Álvaro Lecompte Luna.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de junio 14 de 1996, C.P Consuelo Sarria Olcos.

¹³⁷ Ídem.

Se debe distinguir la necesidad de la existencia o suficiencia de la motivación para la expedición de un acto y la obligación de la Administración de expresarlos. Esta obligación no existe como regla general, por cuanto se presume legalmente la existencia de motivos, por lo que ella sólo surge cuando la Constitución o la ley así lo exija o cuando dicha necesidad se imponga por ciertas circunstancias especiales que la exija para hacer posible el control de legalidad del acto administrativo.

No es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, no obstante, la jurisprudencia ha sentado ciertas pautas a este respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expida siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la Ley; en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado¹³⁸.

La motivación de la decisión marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, por cuanto, si no hay motivación, el único sustento será la voluntad de quien la adopta, lo que sería insuficiente en un Estado de derecho en el que por principio, no hay margen para el poder puramente personal. La arbitrariedad por tanto, es lo contrario de la motivación, es la no exposición de la causa de la decisión, o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada solo con base en la voluntad o capricho del administrador, como un puro voluntarismo¹³⁹, introduciendo en el mundo jurídico un elemento netamente subjetivo, que permitiría la aplicación caprichosa de la facultad gubernamental. Al respecto, la Corte ha manifestado lo siguiente:

“La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la administración le

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU – 250 del 26 de mayo de 1998.

*corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*¹⁴⁰

En todo caso, la motivación debe ser seria, adecuada, suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, es decir, tener capacidad para justificarlo dentro de la idea de satisfacer el interés general o público, rechazándose así la motivación que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos.

En prospectiva constitucional, la Corte Constitucional analizando los fundamentos constitucionales en torno al deber de motivación de los actos administrativos y su alcance específico respecto de los casos de retiro de servidores públicos, ha manifestado que por regla general la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; es decir, tiene la obligación de hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones. Para el caso colombiano, ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Política de 1991.

En tal sentido, el alto Tribunal mediante Sentencia T-265 de 2013 señaló:

*“(...) en un Estado social de derecho como el nuestro, no pueden existir funcionarios con poderes ilimitados que en ejercicio de sus funciones expidan actos administrativos que de alguna manera escapen a la órbita del control por parte de las autoridades, toda vez que se estaría permitiendo indiscriminadamente la proliferación de actos arbitrarios. Cuando un funcionario público con facultad para hacerlo, expide un acto administrativo sin motivación, puede estar poniendo en riesgo los derechos fundamentales del afectado directo con el mismo, pero además podría generar las condiciones propicias para que el Estado sea demandado, ocasionándole serias erogaciones al tesoro público a causa de las indemnizaciones y reintegros, lo que en últimas se convierte en una mayor carga impositiva para cada uno de los ciudadanos”*¹⁴¹.

Además de lo mencionado, también enseña la Corte que el deber de motivación de los actos administrativos, guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales se destacan los siguientes:

“(...) a.- Cláusula de Estado de Derecho.

¹⁴⁰ Sentencia SU – 917 de 2007.

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-265/13 del 8 de mayo de 2013, Exp. T-3347202, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En primer lugar, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. La doctrina autorizada ha explicado que la motivación representa el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. Así, refiriéndose al caso español, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al escenario colombiano, el profesor Tomás Ramón Fernández señala:

“La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras”.

b.- Debido proceso

En segundo lugar, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP). En efecto, “si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)”. En la Sentencia C-279 de 2007 la Corte explicó que la motivación “permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas”, de modo que en últimas se “asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso”

Concordante con lo anterior, la Corte ha precisado que la fundamentación explícita “es necesaria a fin de que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación. Sólo de esta manera se le garantiza el debido proceso y se posibilita el acceso efectivo a la administración de justicia”.

c.- Principio democrático.

En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts. 1º, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas. Sobre el particular la Corte ha explicado que la motivación es “una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad. Art. 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)]”.

En la misma dirección, desde la academia se ha puesto de presente que “al Estado democrático le es por ello de esencia un consenso reforzado, que sólo puede lograrse a partir de decisiones objetiva y racionalmente fundadas,

capaces de resistir la prueba de la realidad y de confrontarse con otras de signo opuesto y no salir vencidas, al menos, de esta confrontación”, lo que desde luego no puede lograrse cuando no se hacen explícitos los fundamentos de tales decisiones.

d.- Principio de publicidad

Finalmente, ligado a lo anterior, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés general. En la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad:

“El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.

La publicidad que se refleja en la motivación constituye una “condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho”, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados no sólo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo.

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente (...).¹⁴²

La jurisprudencia afirma que la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación del acto implica que la manifestación de la voluntad de la Administración tiene una causa que la justifica y la misma debe atender a

¹⁴²Corte Constitucional, Sentencia SU.917 de 2010.

criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable¹⁴³.

Para que se configure la falsa motivación no es preciso que medie la dolosa intención de tergiversar la realidad, pues basta con que la apreciación de la existencia y los alcances de la decisión sea errónea, es decir, basta con que sea manifiestamente equivocada la apreciación de los hechos sobre la base de los cuales se decide, para que el acto pueda ser anulado. Así, para la configuración de la falsa motivación, no es necesario acreditar un propósito doloso o deliberado de la Administración por aparentar o encubrir determinadas circunstancias fácticas, basta con que se demuestre la disparidad o desfase entre la realidad y los hechos invocados como sustento de la decisión, para que el acto se encuentre viciado por este motivo.

De lo hasta aquí expuesto se puede colegir que la regla general es la obligación de motivar los actos administrativos, es decir, la Administración tiene la obligación de hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho que soportan sus decisiones, so pena de que las mismas sean anuladas. No obstante, existe una excepción al deber de motivar los actos administrativos, denominada discrecionalidad relativa, en virtud de la cual, el propio ordenamiento jurídico acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos administrativos se reduzca o incluso se atenúe de modo significativo. Ello por supuesto representa una medida de excepción que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y, en este último caso, siempre que responda a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa¹⁴⁴.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 20 de Marzo de 1997, Rad. 10022, C.P. Clara Forero de Castro.

¹⁴⁴ Ver, Sentencia SU.917, *op. cit.*

5.2.- La discrecionalidad relativa y la excepción a la motivación de actos administrativos. *El propio ordenamiento acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos de la Administración se reduzca o incluso se atenúe de modo significativo. Ello por supuesto representa una medida de excepción que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y, en este último caso, siempre que responda a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa. En este sentido, en la Sentencia C-371 de 1999, cuando la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de dos normas del Código Contencioso Administrativo, precisando la regla según la cual: todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal [o constitucional] deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada.*

Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa. (...).

Así pues, existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la Ley. En Sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...) Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

Así, por ejemplo, la Corte ha ilustrado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción (los

*A continuación la Sala reseña algunos de los ejemplos más representativos de esa discrecionalidad relativa, donde se exceptúa el deber de motivación de los actos administrativos. (...) En términos más amplios, dentro de los actos administrativos que no requieren ser motivados “están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción”. La Sentencia T-132 de 2007 recordó, una vez más, que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, lo cual explica que en estos eventos el Legislador haya contemplado una excepción a la regla general sobre el deber de motivación de los actos administrativos: “En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.” Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.” Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “**la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución.**” Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno”. (Resaltado fuera de texto)*

cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza), resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esa Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones¹⁴⁵.

En el mismo sentido, la Corte ha declarado la constitucionalidad de algunas normas que establecen la facultad de la Administración de ordenar el retiro del funcionario que ocupa un cargo inscrito en un régimen especial de carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto administrativo correspondiente. Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia C-368 de 1999, en la cual la Corporación declaró exequible el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, el cual establece la posibilidad de declarar la insubsistencia del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, previo concepto de la Comisión de Personal y con base en un informe reservado de inteligencia del cual se deduzca la inconveniencia de la permanencia en el servicio de un funcionario, por razones de seguridad nacional, decisión que, bajo estos supuestos, no deberá ser motivada¹⁴⁶.

En esa oportunidad, la Corte señaló que el ejercicio legítimo de dicha facultad, exige necesariamente que se cumpla con las condiciones señaladas en la norma en comento, en cuanto a la necesidad de que existan informes previos que justifiquen la adopción de la medida para la procedencia de la declaración de insubsistencia y que, en todo caso, el afectado cuenta con las acciones contencioso administrativas, si es que considera que el retiro del servicio ha sido arbitrario.

En conclusión, resulta claro que si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico en suma, han admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal y como sucede en el caso de la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y con relación a algunos cargos que se encuentran inscritos en regímenes especiales de carrera. La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la Ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la

¹⁴⁵ Sentencia C-734 de 2000.

¹⁴⁶ “La exequibilidad del artículo en mención fue declarada bajo el entendido de que la norma solamente puede ser aplicada en relación con funcionarios no uniformados de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -distintos a los empleados en sus entidades descentralizadas-, cuyas labores puedan afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado”.

arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa si bien atenúa la exigencia de motivación de ciertos actos, no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa. Aún en aquellas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, deben existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación.

C. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

La actuación administrativa se puede desplegar de distintas maneras y una de ellas es a través del uso de concepto jurídico indeterminado. Se trata de un caso de aplicación de la Ley, puesto que se busca subsumir una conducta en una categoría legal, pero sin que la Ley delimite con exactitud los límites de dichos conceptos. La aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado¹⁴⁷ en el cual no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, contrario a lo que ocurre cuando se ejercita la potestad discrecional que venimos estudiando.

Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos que se refieren a realidades cuyos límites no son posibles de precisar completamente a través de su solo enunciado, por ejemplo, nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, etc. La expresión conceptos jurídicos *indeterminados* fue importada de la dogmática alemana y hace referencia a los casos en que la Ley describe el supuesto de hecho que permite una decisión de la Administración a través de conceptos abstractos, que sólo pueden ser concretados en su aplicación práctica¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“La categoría de conceptos jurídicos indeterminados se refiere a aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. La jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren. La jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las autoridades administrativas”.

¹⁴⁸ Ver, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 200.

Contrario sensu, los conceptos jurídicos *determinados*, hacen alusión a casos en los que el ámbito de realidad a los que se refieren están delimitados de una manera precisa e inequívoca, verbigracia, conceptos como los de la mayoría de edad, la edad de jubilación, los términos de Ley, y en general, todos los numéricos o que expresan cantidades¹⁴⁹.

Según Grecco, sólo un pequeño número de conceptos resultan, en verdad, determinados con relativa precisión¹⁵⁰. Ello acontece, por ejemplo, con los conceptos numéricos o con los definidos explícitamente o por remisión a otros. Mientras que los conceptos determinados por las leyes delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, con los conceptos *indeterminados* la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de su aplicación.

Para Marín Hernández la indeterminación o vaguedad de los conceptos, es una característica de todo lenguaje, y por supuesto también del jurídico, que cumple una “función positiva” que no consiste en crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión aplicativa del concepto sea válida sino, por el contrario, en dotar a la norma que lo contiene de la amplitud necesaria para que se adapte mejor a las modificaciones que envuelven la realidad que regula y sea posible ajustar con mayor exactitud su aplicación en el caso concreto a la finalidad de la norma misma. En otros términos explica Marín, “*la función que la llamada indeterminación de los conceptos cumple es la de crear una holgura en torno a las ideas nucleares de los conceptos para que éstos puedan servir de medios calificadores de la realidad. Pero tal indeterminación sólo es potencial, desapareciendo en cada caso de aplicación concreta*”¹⁵¹.

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados y la obligación de que estos estén sujetos al principio de legalidad en el Estado de derecho, la Corte Constitucional ha manifestado que una Constitución Política es un sistema de reglas y principios y no un conjunto de conceptos y palabras, por tanto, si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados no está proscrito, existen casos en los que el legislador debe abstenerse de emplear palabras y conceptos que por su alto grado de indeterminación pueden comprometer el ejercicio o el goce de derechos constitucionales. Se trata pues, de una defensa del principio de legalidad, que pretende dar seguridad jurídica a las personas. Bajo este supuesto la Corte ha considerado inconstitucionales normas con un alto grado de indeterminación que afectan irrazonablemente las libertades de expresión, sindical o de ejercer profesión u oficio, comprometiendo a la vez, la autonomía

¹⁴⁹ Ídem, pp. 200 y s.s.

¹⁵⁰ GRECCO, Carlos M., *La Doctrina de los Conceptos Jurídicos Indeterminados*, Ed. Huérfanos, Santiago 1988, pp. 1306 y ss.

¹⁵¹ Ver, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit*, pp. 203 – 205.

personal y el libre desarrollo de la personalidad, así por ejemplo, declaró inexecutable el numeral 9° del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, pues consideró el alto tribunal que dicha norma contemplaba una prohibición disciplinaria (“*cometer actos contra “la moral” o contra “las buenas costumbres”*”) cuyo grado de indeterminación es muy alto y por tanto no es aceptable constitucionalmente¹⁵².

Explica la Corte que el grado de indeterminación de dichos conceptos en un contexto sancionatorio, ofrece un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió o no en tal prohibición, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos. La penumbra que deben enfrentar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibles, representa un desconocimiento claro del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria, suscitando una inseguridad jurídica tal, que los ciudadanos carecen de referentes para saber cuál es la conducta que de ellos se demanda, o cuál la que se les permite.

En todo caso, el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten, no da vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma, solo que con un mayor margen de apreciación. Así mismo, dada la textura abierta o en blanco de dichos conceptos, su alcance normativo debe necesariamente delimitarse en su aplicación a partir de la remisión normativa, la interpretación sistemática o la determinación con fundamento en la Constitución, la ley o el reglamento, con lo que se garantizan los principios de tipicidad y legalidad.

DIFERENCIAS ENTRE DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Fernando Sainz Moreno expone cómo para la época en que se publica su obra *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, la doctrina dominante en Alemania sostenía que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados era una cuestión completamente ajena a la discrecionalidad administrativa, como consecuencia de la consolidación del Estado de derecho y la superación de los planteamientos autoritarios, que proporcionaron un notable incremento del control judicial como garantía de la seguridad, la justicia y la racionalidad, que se hizo evidente, concretamente, en el sometimiento a fiscalización jurisdiccional de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados¹⁵³.

¹⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵³ SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, – Ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 65.

Para Sainz Moreno, los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa envuelven diferenciación no solo en cuanto al grado, sino también cualitativa, pues vincula a la Administración de diversas maneras, siendo radical la distinción. Existe discrecionalidad cuando la autoridad administrativa pueda elegir entre varias soluciones, todas jurídica y legalmente posibles. De lo contrario, estaremos frente a conceptos jurídicos indeterminados, cuando exista una sola solución jurídicamente viable¹⁵⁴.

La doctrina alemana considera que todos los conceptos jurídicos, determinados o indeterminados, presentan para el encargado de aplicarlos cierto grado de indeterminación que le obliga a interpretarlos, con lo cual, existiendo entre ellos una diferencia simplemente cuantitativa, nada justifica un tratamiento cualitativo diferencial entre ellos¹⁵⁵.

Por su parte, la doctrina española en cabeza de Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto y Fernando Sainz Moreno, niega la posibilidad de identificar la estructura y naturaleza del margen de apreciación que se confiere a la Administración en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, con las de la discrecionalidad¹⁵⁶.

García de Enterría en su obra *La lucha contra las inmunidades del poder*, califica como “un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas”, a la confusión entre la discrecionalidad administrativa y la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en las normas de Derecho Administrativo, toda vez que en la aplicación de éstos últimos a una circunstancia concreta hay unidad de solución justa, mientras que lo que caracteriza a la aplicación de potestades discrecionales es precisamente la variedad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. La discrecionalidad consiste precisamente en libertad de elección entre tales alternativas, escogencia que se hará con base en criterios extrajurídicos que por dicho carácter no pueden ser fiscalizados jurídicamente por la autoridad judicial, mientras que si puede serlo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados¹⁵⁷.

Para García de Enterría es posible encontrar la “única solución justa” aun en aquellos casos en que se aplica un concepto jurídico indeterminado en su zona de incertidumbre. Así, en la aplicación de este tipo de conceptos la Administración no dispone de discrecionalidad para apreciar libremente su alcance. Según García de Enterría, la calificación de un concepto jurídico indeterminado en una circunstancia concreta sólo puede ser una: o se da o no

¹⁵⁴ Ídem, pp. 65 y s.s.

¹⁵⁵ Ver, MARÍN HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 209 – 213.

¹⁵⁶ Ídem, pp. 213 y s.s.

¹⁵⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 56.

se da el concepto. Eso es lo que le diferencia de la facultad discrecional, la que al ser ejercitada se caracteriza por la multiplicidad de soluciones justas posibles, lo que supone libertad de elección, atendiendo a criterios extrajurídicos no fiscalizables judicialmente¹⁵⁸.

Nieto García afirma que cuando la Administración actúa en ejercicio de facultades discrecionales, debe efectuar una operación de naturaleza volitiva, mientras que si lo hace aplicando un concepto jurídico indeterminado, debe efectuar una operación de naturaleza intelectual. En el primer caso, “no hay posibilidad de controlar esa *voluntad* puesto que la Ley se la ha atribuido expresamente”; mientras que, en el segundo, siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio y tal error puede ser corregido por los Tribunales¹⁵⁹.

Así pues, la doctrina coincide en establecer diferencias entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad. La principal diferencia tiene que ver con la unidad de solución justa o correcta a los problemas jurídicos. Tratándose de discrecionalidad, existe una pluralidad de soluciones justas, mientras que en la aplicación de los conceptos indeterminados, existe solamente una solución justa o correcta. De esta forma, la utilización de conceptos indeterminados en una norma no significa, per se, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles, aquella que se considera más conveniente u oportuna; por el contrario, la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite más que una sola solución correcta, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa.

Para la aplicación de los conceptos indeterminados al caso concreto, la Administración debe realizar una valoración, basada en criterios técnicos y en razonamientos lógicos.

Al aplicar los conceptos indeterminados, la Administración carece de discrecionalidad, por cuanto, la Ley no le permite optar por distintas soluciones igualmente válidas, sino por una sola. De esta forma, la consecuencia es que los jueces pueden controlar por entero la aplicación administrativa de las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, pues dicha aplicación sería una operación jurídica. La Administración decide, pero el Juez puede siempre revocar esa decisión y sustituirla, cuando a la luz de las alegaciones y pruebas de las partes, estime que la decisión de aquélla no es la correcta.

¹⁵⁸ Ídem, pp. 57 y s.s.

¹⁵⁹ Citado por MARÍN HERNANDEZ, *op. cit.*, p.198.

Dentro del margen de apreciación válido, la Administración goza de cierta discrecionalidad, pues podría adoptar lícitamente distintas soluciones, completando la relativa indeterminación de la norma jurídica que ha de aplicar. Lo que ocurre es que en estos casos la discrecionalidad tiene una naturaleza diferente. No es volitiva, sino cognitiva o interpretativa, como suele denominarse¹⁶⁰. No siempre el margen de apreciación tiene la misma amplitud en la práctica, bien por el propio significado de cada concepto, bien porque los jueces suelen extender el control en mayor o menor medida según las materias.

En el examen de proporcionalidad, es esencial la prudencia y mesura que deben tener las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que, cuando se encuentran frente a uno de ellos, están obligados a adoptar la solución más acorde con la Ley, con el fin de evitar una arbitrariedad. En tanto que el acto discrecional, para que sea legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables, toda vez las decisiones sin motivación respetable pueden ser el fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores¹⁶¹.

Según un significativo sector de la doctrina española, entre quienes se encuentra Eduardo García de Enterría, a partir de la Constitución española de 1978, la cual introdujo los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y de tutela judicial efectiva, no cabe la posibilidad de que exista cualquier tipo de actividad de la Administración que sea inmune al control judicial.

Por lo anterior, con la idea de reducir el ámbito de la discrecionalidad, la mencionada doctrina apeló a la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. Se trata de una categoría similar a la concebida por Linares en 1958, calificada como arbitrio extraordinario, la cual se materializa cuando la norma adopta fórmulas elásticas, las cuales derivan de atribuciones conferidas por la Ley que integran estándares jurídicos de gran latitud, considerándose susceptibles de control judicial¹⁶².

En Sentencia C-371 de 2002, la Corte Constitucional al pronunciarse acerca de la constitucionalidad condicionada de la expresión “buena conducta”¹⁶³,

¹⁶⁰ Ver, SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 92 – 93.

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Febrero de 2003, Exp. 14107, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶² LINARES, Juan Francisco, *Poder Discrecional Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, pp. 18 y ss.

¹⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C – 371 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“El concepto de “buena conducta”, no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de

prevista en la Ley 600 de 2000, como requisito para acceder a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, manifestó:

“Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. Así, por ejemplo, los mismos constituyen la base del buen nombre (...). Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2005, al referirse nuevamente al concepto de “buena conducta”, explica que dentro de la categoría de los llamados conceptos jurídicos indeterminados¹⁶⁴ se incluyen aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Los mencionados conceptos no permiten al intérprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a una única solución frente al caso concreto, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión.

derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado”.

¹⁶⁴ Corte constitucional, Sentencia C – 818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“(…) Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiéndose por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales. Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental.

(…) Es claro, entonces, que el concepto de “buena conducta”, no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado”.

3.4. LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

3.4.1. LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Como lo señalamos en precedencia, la facultad discrecional de que goza la Administración, no la exonera de justificar sus actuaciones, pues lo contrario, equivaldría a avalar la arbitrariedad. De esta forma, por regla general, a la Administración le corresponde motivar sus actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, a efectos de garantizar los derechos de contradicción, defensa y debido proceso de los destinatarios de la decisión adoptada, permitiendo que la jurisdicción logre definir si las razones consignadas en el acto son justificadas constitucional y legalmente.

No obstante, existen excepciones al principio general de motivación del acto, consagradas constitucional y legalmente, siendo una de ellas, la *facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de empleados* o facultad para vincular o desvincular a funcionarios públicos en cualquier momento, sin necesidad de motivar la respectiva decisión.

Dicha institución de carácter excepcional (libre nombramiento y remoción), se consagró en nuestro ordenamiento jurídico, como respuesta a la necesidad de que los directores, representantes legales de entidades territoriales, nominadores y responsables de las instituciones públicas, pudiesen rodearse o nombrar personas de su entera confianza, quienes están llamados a ejercer las políticas y directrices del nominador; y que el manejo de este grupo de funcionarios de confianza pueda ser suficientemente flexible, toda vez que, prima la relación personal que existe entre el nominador y la persona en quien se deposita la confianza¹⁶⁵.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha mantenido el criterio según el cual, tratándose de funcionarios nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción, dada la forma en que se realiza el ingreso, la Administración puede en cualquier momento declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna.

No obstante, ha dicho el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar

¹⁶⁵ Comparar, Concepto No. 295, 4 de octubre de 2012, Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado.

en la función pública. Objetivo que reviste a dichos actos de la presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio. Puntualiza la Corporación que si el empleado difiere de las directrices de sus superiores, tal situación no es suficiente para prescindir de los servicios del empleado. No obstante, si en virtud de la disparidad, el empleado no acata las disposiciones de sus superiores y en contravía de tales directrices y de sus funciones afecta el buen servicio, la administración puede, bajo la facultad discrecional, declarar sin efecto el nombramiento del servidor público¹⁶⁶.

Así las cosas, para el Consejo de Estado la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad¹⁶⁷.

No obstante, precisa el alto Tribunal, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción, surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la ley y los reglamentos, y “*opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia*”. Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su supresión, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo que aduce como causal de anulación¹⁶⁸.

En Sentencia del 02 de mayo de 2013, mostrando una posición más garantista, el Consejo de Estado puntualizó, que en los cargos de libre nombramiento y remoción, es procedente la declaratoria de insubsistencia, siempre y cuando obedezca a razones de buen servicio público:

“(...) Dicha Ley confirió a la autoridad nominadora la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción en procura del buen servicio público, es decir, tal potestad no fue concebida para satisfacer intereses distintos al bien común y el servicio de la comunidad.

Es claro entonces que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume emitido en beneficio del buen servicio público, presunción legal que admite prueba en contrario.

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 19 de julio de 2007, Rad. 54001-23-31-000-1999-01305-01(9460-05), C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 1º de noviembre de 2007, Exp. 250002325000199902672 01 (4249-2004), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁶⁸ Ídem.

Esta Corporación ha reiterado, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento”¹⁶⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional, guardando concordancia con la postura del Consejo de Estado, también ha señalado que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación alguna y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por razones personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello, según la Corte, vulnere derecho fundamental alguno¹⁷⁰.

Adicionalmente, también ha señalado el alto Tribunal Constitucional, que aún en situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación:

*“en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una **excepción al principio general de motivación** que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la*

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 2 de mayo de 2013, Rad. 25000-23-25-000-2006-05536-02(2256-11), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-610/03 del 24 de julio de 2003, Exp. T-731645, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

*Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones*¹⁷¹.

En términos generales, la posición de la Corte Constitucional en materia de libre nombramiento y remoción ha sido pacífica y reiterada en el sentido de indicar que dichos cargos se caracterizan esencialmente por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al servidor público, debido a la naturaleza de las funciones que debe asumir el funcionario, habida cuenta que los cargos de libre nombramiento y remoción son por regla general empleos de dirección y confianza. Según la Corte, trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, para el ejercicio del mismo, se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas¹⁷².

3.4.2. LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE VINCULACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (*Carrera Administrativa*).

Comencemos por señalar que el orden público constitucional laboral corresponde al principio de igualdad de todos los trabajadores, de no discriminación. Todas las normas laborales se refieren al trabajo y al trabajador, sin excepción, distinción o discriminación de los empleados públicos (*Concepto de Estado social de derecho, participación y justicia C.P. preámbulo y art. 1º, Protección especial al trabajo art. 25, derecho de asociación sindical art. 39, principios mínimos fundamentales de protección a los trabajadores art. 53, derecho de negociación colectiva art. 55*)¹⁷³.

De igual forma, todos los tratados internacionales aprobados por Colombia y por ende incorporados a nuestro sistema jurídico, que además constituyen fuente de interpretación, consagran el principio de igualdad ante la Ley, al igual que la protección del trabajo y del trabajador, sin distinción o exclusión por la naturaleza del vínculo laboral (*Declaración universal de derechos humanos, arts. 1º y 17; Pacto de derechos civiles y políticos art. 26; Declaración americana de los derechos del hombre art. 2º; Convenio de OIT No. 111 de 1958*).

Conforme a lo anterior, en términos generales podemos afirmar que el orden público constitucional laboral tutela el trabajo y al trabajador, en igualdad de condiciones, sin distinción ni exclusión por la naturaleza del vínculo laboral. Por

¹⁷¹ Sentencia T-064 de 2007 *op. cit.*

¹⁷² Sentencia SU539 de 2012 *op. cit.*

¹⁷³ Comparar, VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral – Relaciones Colectivas y Aspectos Procesales*, Ed. LEGIS, Bogotá, 1998, pp. 132 – 133.

consiguiente, toda excepción, distinción o discriminación, por su carácter restrictivo, debe ser expresa, de forma tal que no puede ser creada por el intérprete.

Así, como una excepción, existe la llamada Facultad de Libre Nombramiento y Remoción de Empleados, la cual se predica respecto de ciertos funcionarios y se encuentra contemplada en la Constitución Política y en las normas que reglamentan el manejo de personal de la Administración Pública.

Debido a su ámbito de aplicación restrictivo y puntual, la discrecionalidad corresponde únicamente a los empleados que por la naturaleza de sus funciones políticas o de gobierno, la Constitución y la ley les asigna un tratamiento especial, excepcional o político.

La Corte Constitucional en Sentencia C-540 de 1998, acerca de la naturaleza de los empleos de libre nombramiento y remoción recalcó que la Constitución prevé dichos empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de *carrera administrativa*, pues para aquellos la vinculación, permanencia y retiro del cargo depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. Según el máximo Tribunal, a diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, sostiene la Corte, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales¹⁷⁴.

Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia de 1998 precisó que la declaración de insubsistencia es el mecanismo de que dispone la Administración para el ejercicio de la facultad discrecional, de remover a sus agentes que no gozan de fuero de relativa inamovilidad.

En materia administrativa el principio lo constituye lo reglado, en razón de la naturaleza de las funciones técnicas y administrativas de los empleados, pero nos queda residualmente, como excepción, de aplicación restrictiva, la discrecionalidad del libre nombramiento y remoción sobre los empleados cuyas funciones políticas o de gobierno o de confianza especialísima, conllevan por ello un tratamiento excepcionalmente discrecional. La extensión de la discrecionalidad, por interpretación, sobre empleos pertenecientes a la carrera, determina que el acto de Insubsistencia Discrecional quede viciado de nulidad

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 540 de 1998.

por incompetencia material (*rationemateriae*) en razón de la falta del requisito esencial de autorización de la potestad discrecional ejercida¹⁷⁵.

De lo anterior se colige que la regla general es la pertenencia a la carrera administrativa¹⁷⁶, no obstante la Ley consagra excepciones a dicha regla, entre las cuales se encuentra el libre nombramiento y remoción, el cual sólo es viable si por la naturaleza de la función que se desempeña, se hace necesario dar a un cargo un trato en el que el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera del sistema de carrera administrativa. Los cargos de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

El empleo de libre nombramiento y remoción deberá corresponder a una de las siguientes categorías: 1. Cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, casos en los cuales la jurisprudencia ha aceptado que habida cuenta de la naturaleza de la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades, conviene que sean proveídos mediante instrumentos excepcionales, distintos al concurso público de méritos; o 2. Empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ver, VILLEGAS ARBELÁEZ, *Insubsistencia Laboral*, op. cit, pp. 29 – 33.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“El artículo 125 de la Constitución establece que la carrera administrativa basada en el concurso de méritos constituye el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, esa afirmación se sustenta en las siguientes reglas dispuestas por el constituyente en ese artículo: (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de la carrera administrativa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales “y los demás que determine la ley”; (iii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; (iv) el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; (v) el retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por la demás causales previstas en la Constitución y la ley; y (vi) en ningún caso la filiación política podrá determinar el nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“La jurisprudencia constitucional ha previsto que el alcance de la carrera administrativa no está circunscrito a la norma anotada sino que, antes bien, toma la forma de un principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello a partir de tres criterios específicos. El primero, de carácter histórico, el cual se basa en advertir que durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, acendradas

La facultad de libre nombramiento y remoción en ningún momento puede ser absoluta ni ilimitada, sino que debe entenderse y aplicarse tal como la Constitución lo ordena, es decir, dentro de los términos señalados por la Ley.

Así las cosas, no obstante gozar la Administración del poder discrecional de nombrar y remover funcionarios, este poder debe ejercerse siempre buscando colmar aquel postulado básico que justifica la existencia del Poder Público, cual es, la satisfacción del interés colectivo mediante la prestación de un buen servicio. Las normas de la función pública están instituidas en beneficio de la Administración, para hacer más racional y eficiente la prestación de los servicios que ésta tiene a su cargo y al mismo tiempo, podemos afirmar que benefician al funcionario en la medida en que éste actúa a favor de la Administración mediante el cabal cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.

La Administración Pública esta conminada a respetar el mandato constitucional de que el Estado debe dar especial protección al trabajo, así como todas las normas que regulan la función pública, dictadas en desarrollo de dicho precepto.

Según el Consejo de Estado, en un Estado de derecho la facultad de libre nombramiento y remoción no puede equivaler a arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean, para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio, supone una subordinación de medio a fin; sin ésta el poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de derecho¹⁷⁸.

Así pues, la potestad de libre nombramiento y remoción no puede servir de pretexto para justificar la arbitrariedad del jefe con respecto a un funcionario.

en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes. Por ende, en el marco de la necesidad de fortalecer el modelo democrático, que en su concepción material pasa por la igualdad de oportunidades en el ingreso a los cargos públicos, la carrera administrativa no podía tener naturaleza estrictamente formal o procedimental, sino que, en contrario, debía ser entendida como una variable necesaria para la concepción de un Estado democrático. El segundo criterio es de carácter conceptual y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de "principio" no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que también conlleva particulares funciones hermenéuticas. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores, el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; (ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. Por último, el tercer criterio es de naturaleza teleológica, puesto que se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa en el Estado constitucional. A este respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que la interpretación armónica de lo preceptuado en el artículo 125 C.P. con otras normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera cumple una función articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional".

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 05 de mayo de 1972.

Cuando se desvincula a un funcionario en ejercicio de dicha facultad, sin tener en cuenta verdaderos motivos para ello, sino la simple satisfacción de un interés personal o político, tal desvinculación queda viciada de nulidad, por haberse incurrido en la causal de desviación de poder.

En los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, además de presumir la legalidad que cobija a todo acto administrativo, se presume su expedición en aras del buen servicio. Por ello, dijo la Corporación, y es hoy la posición imperante, que quien afirme desviación de poder, es decir, que el acto se inspiró en razones ajenas o distintas al espíritu del legislador en la atribución de tal competencia, corre con la carga de la prueba¹⁷⁹.

En la práctica, en las distintas entidades públicas, con el cambio de las administraciones se produce un considerable incremento de remociones de empleados públicos, como producto de la actividad burocrática, resultando ciertamente difícil para el Juzgador, determinar o escrutar la voluntad de la Administración para saber en principio, si ella obró o no con sujeción al criterio del *buen servicio público*; y esta labor se hace tanto más difícil cuanto que el nominador no está obligado a motivar su decisión¹⁸⁰; no obstante, el Juzgador tiene el deber de realizar un análisis juicioso y pormenorizado de los hechos antecedentes y coetáneos a la expedición del acto de desvinculación del funcionario, a efectos de evitar la arbitrariedad.

En relación con la garantía de estabilidad laboral que no cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es *precaria* en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador. Sobre el particular, en Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000 la Corporación dijo lo siguiente:

"(...) la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder."

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden

¹⁷⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de mayo de 1998, Exp. 10729, C.P. Silvio Escudero Castro.

¹⁸⁰ Ver, DE VEGA PINZÓN, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta¹⁸¹. Cursiva fuera de texto.

Vale la pena puntualizar que en la actualidad, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la jurisprudencia del Consejo de Estado han avalado jurídicamente el estado actual de cosas respecto del libre nombramiento y remoción de empleados públicos, en el sentido de indicar: *“Es claro, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno¹⁸².*

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 2º dispone:

Ámbito de Aplicación: *Las normas de esta parte primera del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.*

*Las disposiciones de esta parte primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. **Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.***

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código. (Cursiva y resaltado fuera de texto).

Así las cosas, la Ley 1437 de 2011 no se aplica para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, es decir, mantiene el imperio de la discrecionalidad respecto de los funcionarios públicos de dicha categoría, por tanto, para ellos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos, continúa dependiendo de la voluntad del empleador.

¹⁸¹ Ver, Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia T-610/03 del 24 de julio de 2003, Exp. T-731645, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CAPÍTULO 4. EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

4.1. INTRODUCCIÓN

Antes de 1991, los pronunciamientos sobre discrecionalidad administrativa provenían en gran parte de la jurisdicción contencioso administrativa, y en relación con el derecho de la función pública, especialmente respecto de la desvinculación de funcionarios a través de la figura de declaratoria de insubsistencia para todos aquellos cargos que no se encuentran incorporados en la carrera administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 produjo una revitalización de la doctrina jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en relación con el tema de la discrecionalidad. La Corte Constitucional, mediante la acción de tutela, comenzó a conocer pleitos en los que se ventilaba el ejercicio de facultades administrativas discrecionales, no sólo en el ámbito del derecho laboral, que sigue siendo el de mayor profusión de pronunciamientos, sino también, en otros ámbitos como el derecho de extranjería y la gestión de servicios públicos. Por su parte, en el Consejo de Estado, tras la reglamentación de las acciones populares y de grupo en el año 1999, se ha incrementado considerablemente el volumen de pronunciamientos relacionados con la discrecionalidad administrativa en ámbitos como el planeamiento urbanístico, la protección del medio ambiente, la prestación de servicios públicos, la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa en la contratación estatal¹⁸³.

En el presente capítulo titulado *EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA*, una vez estudiado el estado de cosas de la discrecionalidad administrativa y su alcance doctrinal y jurisprudencial; se pretende determinar si existe o no una diferencia de fondo en el tratamiento que se da a la discrecionalidad técnica en la jurisprudencia colombiana contencioso administrativa y constitucional, citando para el efecto ejemplos o casos fallados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, expresando nuestra opinión o comentario en cada caso. El capítulo se divide en: **4.1.** Introducción; **4.2.** El concepto de discrecionalidad; **4.3.** La discrecionalidad técnica.

¹⁸³ Ver, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1008.

4.2. EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD

En torno al concepto de discrecionalidad administrativa se ha construido una tipología según la cual, se distinguen las definiciones “materiales” o “positivas”, de las catalogadas como “formales” o “negativas”, para culminar con las nociones que combinan elementos propios de las dos categorías o definiciones “mixtas”¹⁸⁴.

Las definiciones “materiales” o “positivas” parten de considerar que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la Ley. Para este tipo de concepciones de la discrecionalidad administrativa, ésta surge como autorización que se confiere (expresa o implícitamente) a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo, intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, el cual se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional.

Por su parte, las catalogadas como definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad, ponen el acento no ya en el objeto de la misma, esto es, la apreciación o integración del interés público en el caso concreto, sino en la forma en que se configura, entendiéndosela como un espacio o ámbito de decisión no regulado o regulado solo de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, por tanto, ha decidido otorgar a la Administración.

Finalmente, se han formulado definiciones “mixtas” de la discrecionalidad administrativa, desde enfoques que combinan las dos perspectivas, “negativas” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivas”, de otro, con lo cual se brinda probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como:

“(…) el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Rad. 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074), C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

*mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico*¹⁸⁵.

A. EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La jurisprudencia contencioso administrativa recurre a definiciones formales o negativas de discrecionalidad, es decir, define las facultades discrecionales a través de su oposición a las facultades regladas, tal como se puede apreciar en el siguiente fragmento:

*“(...) en el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición”*¹⁸⁶.

B. EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional define la discrecionalidad de forma negativa, de manera implícita y no directa, contrastándola con la facultad reglada. Así por ejemplo, manifiesta la Corte Constitucional:

*“(...) puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancia de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la ley. A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas”*¹⁸⁷. (Subraya fuera de texto).

¹⁸⁵ BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa*, p. 100, citado por MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, op. cit., pp. 119-120.

¹⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de Octubre de 1995.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995, Exp. D – 942, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

C. COMENTARIO

El concepto de discrecionalidad ha sido tratado muy superficialmente por la jurisprudencia colombiana, limitándose en casi la totalidad de los casos, a su definición por exclusión, es decir, por referencia al par de nociones (potestad reglada/potestad discrecional), englobando dentro de estas últimas a todo aquello no susceptible de ser catalogado entre las primeras. Así las cosas, es excepcional encontrar pronunciamientos judiciales que hagan referencia expresa a una concepción *material* de la discrecionalidad¹⁸⁸. De igual forma, son muy escasas las referencias legales sobre discrecionalidad, siendo la única explícita, la contenida en el artículo 44 la Ley 1437 de 2011 que dispone: “*Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la mayoría de las veces recurren a definiciones *formales* o *negativas* de discrecionalidad administrativa. En general, ambas Cortes definen las facultades discrecionales a través de su oposición a las regladas, es decir, de manera no directa sino implícita, por la forma en que se configura, entendida ésta como un ámbito de decisión no regulado o regulado sólo de forma parcial o imprecisa por el legislador cuando atribuye facultades a determinado órgano de la Administración, de suerte que éste queda habilitado para llenar ese espacio recurriendo a criterios de naturaleza extrajurídica. Como resultado de ese margen de libertad decisoria, se le reconoce a la autoridad administrativa la posibilidad de disponer si actúa o no, y en caso de hacerlo, de disponer libremente (bajo los límites negativos impuestos por el Derecho)¹⁸⁹, cual es la solución o medida que adoptará, es decir, la consecuencia jurídica en la que se concretará el supuesto de hecho de la norma habilitante, luego de elegir una de entre muchas alternativas jurídicamente admisibles.

Así las cosas, si bien la jurisprudencia colombiana no realiza una separación tajante y radical entre facultades regladas y discrecionales, la mayoría de las veces define a estas últimas negativamente, es decir, contrastándolas con las primeras.

No obstante las referidas definiciones negativas, la jurisprudencia colombiana ha precisado que esa distinción entre facultades regladas y discrecionales no es radical, pues no existen “actos pura o totalmente reglados” ni “actos pura o totalmente discrecionales”. De tal suerte, más allá de la impropiedad terminológica en la que se incurre al hablar de “*actos discrecionales*” y no de *facultades o potestades configuradas discrecionalmente*, tanto la Corte

¹⁸⁸ Comparar, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 653 y s.s.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo, op. cit.*, pp. 242 y 243. En similar sentido, PENAGOS, *op. cit.*, pp. 83 – 85; VILLEGAS ARBELÁEZ, *Insubsistencia Laboral. Reglada, discrecional y arbitraria – op. cit.*, pp. 17 – 19.

Constitucional como el Consejo de Estado reconocen la existencia de un mínimo de elementos reglados en toda facultad, admitiendo, a la postre, una concepción *mixta* de la discrecionalidad, es decir, aquella que combina los conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro, combinación que, ofrece la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, lo que ha llevado a ambos Tribunales a concluir que la distinción entre reglado y discrecional no es una cuestión categórica sino de grado.

4.3. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

Tal como lo comenta el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de octubre de 2007¹⁹⁰; además del incremento cuantitativo de los ámbitos en los cuales la Administración se ha visto en la necesidad de desplegar su actividad como consecuencia de la asunción de una considerable multiplicidad de responsabilidades en la gestión de los intereses del Estado Social de Derecho, de forma paralela, en la actualidad puede evidenciarse una creciente tecnificación de las actuaciones concernientes a los órganos administrativos. Por esa razón, las normas que regulan dichas actividades, con frecuencia se ven precisadas a remitir a conceptos y reglas técnicas, dada la necesidad de recurrir a criterios de decisión y conocimientos propios de ámbitos científicos, artísticos o, en fin, del saber especializado. Así, surge la necesidad de establecer hasta qué punto el fundamento técnico de la actividad administrativa incide en la naturaleza jurídica de la misma, así como en los alcances y límites de su control por parte de la autoridad judicial.

El tratamiento que se ha dado en la jurisprudencia colombiana a este tema de la discrecionalidad técnica ha sido el siguiente:

A. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En la ya mencionada Sentencia del 31 de octubre de 2007, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, expresa con bastante profusión los lineamientos generales en que se basa la Corporación en cuanto a la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades que ejerce la Administración con base en criterios de naturaleza técnica, y los alcances y límites del control judicial de las correspondientes decisiones.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 31 de octubre de 2007, *op. cit.*

En primer lugar, afirma el Consejo de Estado que no puede compartirse la aseveración absoluta de acuerdo con la cual el derecho público colombiano es ajeno a la "discrecionalidad técnica".

Así mismo, señala que las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen "*cuestiones técnicas complejas*", al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial. Cosa distinta es que, en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa, de tal forma, en los supuestos en los cuales la ciencia o el conocimiento técnico aplicable no aporte soluciones unívocas e indiscutidas, o se trate de pronósticos o juicios técnicos que dan lugar a la aplicación de criterios de decisión que superan el ámbito de lo estrictamente científico, el juez, en principio, se estará al criterio objetivo elegido por la Administración para decidir, a no ser que se acredite que el mismo incurre en error manifiesto de apreciación. En los demás casos, nada obsta para que el control que se practique respecto del soporte técnico de la decisión administrativa pueda tener la mayor intensidad¹⁹¹.

En atención a lo anterior, según el alto Tribunal, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener, o cuando menos intentar, el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, *supra partes*, debe resolver la discrepancia técnico-valorativa entre demandante y demandado, que se encuentran en pie de igualdad en

¹⁹¹ "Así pues, tratándose de supuestos en los cuales (i) para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido o (ii) de aquellos casos en los cuales la decisión administrativa está basada en hipótesis científicas que no han sido corroboradas —bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis—, de suerte que la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, en estos dos tipos de supuestos, el control judicial habrá de contraerse, en principio, a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en "error manifiesto de apreciación", esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria —control judicial "negativo", en la medida en que se limita a verificar la no trasgresión de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico—. En cambio, en los supuestos en los cuales (iii) la Administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica que permiten identificar, en el caso concreto, la única solución ajustada a Derecho y se demuestra en el proceso que no fue ésta la elegida por el órgano administrativo, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, se tratará de un control "positivo" en la medida en que el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino de imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo, por tanto, la escogencia previamente efectuada por la Administración, siempre que exista soporte acreditativo suficiente en el expediente para proceder de tal manera y el resultado de la apreciación conjunta de la comunidad probatoria, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así lo impongan".

sede judicial, apreciando la prueba pericial (en la que sin duda puede apoyarse) y la totalidad del acervo probatorio disponible, conjuntamente con el juicio técnico de la Administración, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y valorando la fuerza de convicción atribuible a las diferentes soluciones presentadas por las partes, sin estar vinculado ni por el dictamen pericial, ni por la apreciación administrativa previa.

Finalmente, indicó el Consejo de Estado que corresponde al demandante la carga de aportar los elementos de prueba que conduzcan a evidenciar el error manifiesto de apreciación en el cual ha incurrido la valoración administrativa y, cuando haya lugar a ello, a acreditar cuál es entonces la única interpretación del concepto técnico en cuestión que resultaría jurídicamente admisible.

Queda así claro que los márgenes de valoración técnica, sin duda pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica) que en manera alguna suponen que el Juez de lo Contencioso Administrativo se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados.

B. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional por su parte, muestra un marcado viro y transición en el tratamiento de la discrecionalidad técnica, como trataremos de mostrar a continuación.

En ocasiones, la Corte ha sostenido la imposibilidad, para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración:

“(...) tradicionalmente, la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, inmune al control de los jueces. Su fundamento se encuentra en la mayor capacidad técnica de la administración para tomar determinado tipo de decisiones, cuya valoración no pueden hacerla más que los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo”¹⁹².

Así mismo, la Corte ha rechazado la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración, con base en los aportados al proceso judicial por parte de peritos. Como por ejemplo, en la Sentencia T-418 de 1993, al plantearse el interrogante “¿A través de la tutela se puede ordenar a la administración pública la adopción de ciertas especificaciones técnicas de una obra pública?”, la Corte respondió lo siguiente:

¹⁹² Corte Constitucional, Sentencia No. T-427 de junio 24 de 1992, Exp. T-936, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“La Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el estudio de asuntos en los que se encuentre involucrado el análisis de temas científicos o técnicos, los jueces de tutela, cuando decidan amparar un derecho, no deben llegar en todo caso a inmiscuirse en dichos asuntos, fruto de disciplinas científicas diferentes al derecho, para efectos de obligar a una autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera. Ahora bien, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria, de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo”¹⁹³.

No obstante, luego de haber reconocido la existencia de la discrecionalidad técnica de que goza la Administración, y de haber rechazado la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración por aquellos criterios técnicos aportados por peritos, a renglón seguido, dentro de la misma Sentencia T-418 de 1993, la Corte Constitucional, niega la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración, y afirma que el juez no debería irrumpir en temas técnicos, señalando lo siguiente:

“Discrecionalidad técnica es, según Garrido Falla, aquella en la cual la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública. A criterio de la Sala de Revisión, el derecho público colombiano es ajeno a la "discrecionalidad técnica", por las siguientes razones:

1. Porque las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad. A lo sumo la técnica puede quedar supeditada a la elección de un método, sistema o procedimiento científico, pero nunca a la discrecionalidad. Las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas, y éstas derivan de criterios que nada tienen que ver con la discrecionalidad, por ejemplo: la capacidad de una presa o la estructura de un puente.

2. Porque aún cuando una conclusión "técnica" puede lograrse mediante distintos métodos, igualmente eficaces, ello no siempre sucede así, pues puede ocurrir que para llegar a la conclusión deseada exista un método único, cuya utilización sea entonces ineludible.

3. Porque para llegar a una conclusión científica o técnica, el elemento o factor "interés público" es irrelevante. Este interés sólo se valora y entra en juego cuando, conocido un informe técnico, haya de resolverse si, con base en tal informe, corresponde o no dictar determinado acto administrativo para satisfacer exigencias del interés público.

*No hay, pues, discrecionalidad técnica como dice Alessi. Discrecionalidad técnica es un concepto antagónico. Cuando hay discrecionalidad no puede hablarse de técnica y cuando hay técnica no puede hablarse de discrecionalidad. **Lo técnico, en cuanto tal, no se***

¹⁹³ Corte Constitucional, Sentencia No. T-418 de 1993, Exp. T-14.813, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

valora sino que se comprueba. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora, como dice García Trevijano Fos en su libro tratado de Derecho Administrativo.

Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen técnico indispensable para resolver una cuestión administrativa. En conclusión, los jueces de tutela de la República deben evaluar la discrecionalidad y fallar en derecho, sin invadir las ciencias técnicas, fruto del conocimiento científico o técnico de expertos". (Negritas en el texto original)¹⁹⁴.

En otras ocasiones, tal como ocurre en la Sentencia T-587/98 (y que es hoy la posición imperante en el alto Tribunal), la Corte Constitucional ha encontrado procedente y hasta necesario, controlar el fondo o el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración para adoptar ciertas decisiones, para lo cual, el juez, debe valerse de la apreciación de otros elementos de prueba (incluidas pruebas periciales o dictámenes de expertos) practicados o aportados con el objeto, precisamente, de cuestionar el soporte técnico esgrimido por la Administración:

"A este respecto, podría afirmarse que siendo la cuestión debatida de naturaleza técnica, la entidad tiene un grado importante de discrecionalidad que le permite definir, según sus propios criterios, si conviene o no al desarrollo de Audrey la adopción de María del Pilar. En efecto, la solución de esta cuestión no es meramente jurídica sino que requiere de apreciaciones técnicas o científicas que, según esta tesis, resultan judicialmente incuestionables. Esta posición se funda en la teoría de la llamada "discrecionalidad técnica", según la cual las decisiones técnicas pueden ser abordadas desde múltiples doctrinas y, en consecuencia, dar lugar a variadas decisiones, siendo la administración y no el juez, la encargada de optar, entre las distintas alternativas, por aquella que más convenga a los intereses generales.

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la "discrecionalidad técnica" para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la reglas propias de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables

¹⁹⁴ Ídem.

*(...) la entidad demandada, sobre quien recae la carga de la prueba, no pudo probar que la adopción de María del Pilar amenace un interés real de Audrey Ribant, que sea independiente del criterio subjetivo de los funcionarios del ICBF encargados de tramitar las solicitudes de adopción (...)*¹⁹⁵.

Como se puede observar en la referida Sentencia T-587/98, y parafraseando a Hugo Alberto Marín Hernández¹⁹⁶, la Corte hace suya la doctrina según la cual, los juicios de naturaleza técnica pueden ser de diversa índole, conforme den lugar o no a controversias o dudas, lo que correlativamente dará lugar o no a la existencia de discrecionalidad. Así mismo, se puede colegir de la T-587/98 que incluso cuando exista discrecionalidad, los criterios de tipo técnico tenidos en cuenta por la Administración para decidir, son fiscalizables en sede judicial. Y, finalmente, que la existencia de elementos técnicos aportados durante el procedimiento previo a la adopción de la decisión, traslada a quien pretenda apartarse de ellos, la carga de la prueba.

C. COMENTARIO

Como podemos observar, los elevados niveles de tecnificación alcanzados en los más diversos ámbitos de la actividad administrativa, tornan ineludible recurrir a la técnica, a la ciencia, y en general, al saber especializado, como elementos y criterios que, en no pocas ocasiones, fundamentan las decisiones de los órganos administrativos. Hoy en día, estando claro que no existe infalibilidad o uniformidad de criterios en la ciencia, tanto la jurisprudencia contencioso administrativa como la constitucional, reconocen y justifican la existencia de la denominada discrecionalidad técnica y su necesario control por parte de las autoridades judiciales.

Sin embargo, pese al reconociendo de la discrecionalidad técnica y su no exclusión del control jurisdiccional, en la práctica, es innegable que la posición del demandante del acto administrativo que la invoca, es bastante complicada, como quiera que a no ser que logre acreditar que la Administración ha infringido alguna norma o principio jurídico o incurrido en arbitrariedad o, en fin, que *“el juicio, el criterio y el uso de la discrecionalidad técnica ha sido desacertado”*, sus pretensiones serán despachadas desfavorablemente tanto en la jurisdicción contencioso administrativa como en la constitucional.

Lo anterior se hace evidente por ejemplo, en materia de espacio público, área en la cual, a efectos de demostrar una posible arbitrariedad de la Administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales técnicas, es

¹⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de octubre 20 de 1998, Exp. T-164386, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹⁶ *op. cit.*, p. 947.

necesario que la parte interesada pruebe que los medios utilizados o los resultados alcanzados por la Administración son ilegales, ilógicos, desproporcionados o manifiestamente injustos. En materia de planeación urbana, ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el ejercicio de las potestades del juez de la acción popular está condicionado a la existencia de prueba que acredite que la Administración, en uso de sus facultades discrecionales, actuó arbitraria o ilegalmente, por tanto, considera la Corporación que si el juez accede a las pretensiones de una demanda sólo porque el actor considera más conveniente la disposición del espacio público que él propone que aquella elegida por la Administración, dicho juez estaría apropiándose de potestades administrativas que no le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico, y adicionalmente estaría reemplazando el criterio técnico de los expertos de la administración por el del demandante¹⁹⁷.

No obstante lo anterior, y pese a la evidente dificultad en la prosperidad de la acción cuando se demanda un acto de la Administración proferido en virtud de discrecionalidad técnica, vale la pena mencionar que la jurisprudencia, de forma, podríamos denominar, esperanzadora, viene afirmando al unísono, que por mucha discrecionalidad técnica que exista, si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala concepción o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso ha de estimarse.

¹⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de octubre de 2000, Rad. AP-082, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

“En materia de planeación urbana, los ciudadanos tienen varios mecanismos de participación a su alcance, tales como el derecho de petición y la presentación e inscripción de proyectos en el Banco Nacional de Proyectos. Esos mecanismos permiten el ejercicio una administración consensuada, o por lo menos consultada, que limitan la discrecionalidad de la administración en tanto le da a conocer intereses colectivos insatisfechos a cuya atención quedan afectas todas sus decisiones, no la obliga, por regla general, a adoptar el mecanismo de protección propuesto. Por otra parte, tales mecanismos de participación permiten que la administración incluya dentro de sus planes de desarrollo y sus presupuestos, proyectos que satisfagan el interés de la comunidad, sin necesidad de ignorar otros principios que informan la función administrativa como la eficacia, la economía y la planeación. Tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el Estado adquiere la obligación de regular diferentes áreas de la vida social en las cuales pueden surgir peligros para los asociados, de manera tal que éstos sean conjurados. Se trata de un deber de naturaleza objetiva para cuyo cumplimiento, los organismos del Estado gozan de una cierta discrecionalidad para decidir cuál es la medida más efectiva con miras a proteger los intereses y existencia de los asociados. Ello es así porque, en la práctica, pueden existir muchos medios que conduzcan al mismo resultado y, por eso, no es dable requerir de las autoridades la aplicación de una medida concreta, a no ser que se advierta con evidencia que es la única pertinente. Lo dicho concuerda con las características descritas de los mecanismos de participación, pues éstos sirven para que la administración conozca las necesidades de la comunidad, evalúe sus propuestas y decida la manera y oportunidad de atenderlas, sin que lo sugerido por los asociados se puede imponer coercitivamente, y por regla general, al administrador, pues tal cosa significaría privarlo de la necesaria dosis de discrecionalidad, la cual, en materia de planeación urbana supone un cierto nivel de conocimientos técnicos en cabeza de los administradores y permite el diseño y sujeción a las escalas de prioridades en materia de inversión. El caso concreto ofrece un ejemplo de la armonización entre el principio de participación ciudadana y la discrecionalidad de la administración”.

CONCLUSIONES

La discrecionalidad administrativa ha trasegado por un extenso camino, en el que se han expuesto diferentes posturas respecto de su concepto, contenido, justificación y alcance.

Hoy existe unidad de criterio al afirmar que los *principios*, tanto los generales del derecho como los constitucionales, son los orientadores del funcionamiento de la Administración Pública en un Estado de derecho; los encargados de encausar la relación entre autoridades y particulares, logrando que haya equilibrio en la misma. Son elementos rectores y controladores y configuran la columna vertebral de todo tipo de actuación o procedimiento administrativo, razón por la cual, para lograr los cometidos de justicia social y bienestar general, su observancia resulta obligatoria. Así las cosas, los principios desempeñan un importante rol como factor moderador del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, desplazando la subjetividad absoluta o libérrima apreciación del intérprete, en casos de antinomias o lagunas normativas. Si bien no eliminan la discrecionalidad, constituyen una barrera al arbitrio interpretativo.

En la actualidad, en términos generales, las actuaciones de la Administración Pública se encuentran en mayor o menor medida reguladas, en virtud del principio constitucional de *legalidad*. En algunos casos, la Ley define completa y detalladamente el ámbito de acción de la Administración, como cuando determina aspectos relacionados con la jurisdicción, competencia, oportunidad, función, finalidad y sentido de la decisión; mientras que en otros, permite que aquella ejerza su actividad dentro de una órbita de libertad, facultándola para ponderar las circunstancias relevantes en el caso y, bajo esos supuestos, obrar, abstenerse de hacerlo u optar por diferentes alternativas de decisión (*facultad administrativa discrecional*).

Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico, las actuaciones discrecionales tienen un fundamento constitucional. Si bien es cierto que, frente a determinadas materias y casos, se debe optar por otorgar mayor libertad de decisión a las autoridades, a fin de que respondan con la mayor eficacia, eficiencia y oportunidad a los requerimientos de la población en general, no es menos cierto que, tal como lo afirman la jurisprudencia y la doctrina, las facultades conferidas para la materialización de dichas actuaciones, no pueden derivar en la arbitrariedad de las autoridades¹⁹⁸.

¹⁹⁸ “Contrario a lo que vulgar y abusivamente se cree, la potestad discrecional no debe ser abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa. Tampoco debe ser lo que en épocas tenebrosas del totalitarismo religioso se conoció como el juicio secreto o de verdad sabida y buena fe guardada. Como potestad jurídica, conforme a derecho y en el derecho, la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad”.

VILLEGAS ARBELÁEZ, *op. cit.*, p. 57.

Precisamente, para evitar la arbitrariedad que se desprende del uso absoluto y desbordado de la facultad discrecional por parte de la Administración Pública, se crearon los *controles* a dicha potestad, como una acometida contra las inmunidades del poder; como una necesidad de extender el control jurisdiccional a los actos de naturaleza discrecional, que venían siendo caracterizados por entrañar un pleno y libre poder de apreciación, definido, pero no regulado por la Ley.

La potestad discrecional es hoy posiblemente el eje de la problemática del Derecho Administrativo, y su control por parte de los jueces, el núcleo de dicha problemática.

Acerca del control de la discrecionalidad, los lineamientos jurisprudenciales y las corrientes doctrinales han ido variando, desde aquellos que abordan el tema con la perspectiva de la exigencia de la plena juridicidad de la actuación administrativa y, en consecuencia, exigen un estricto control y fiscalización de las decisiones adoptadas en ejercicio de facultades discrecionales, hasta otros que, basados en el reconocimiento a la Administración de una posición y una responsabilidad autónomas en la gestión de los intereses generales, demandan el respeto hacia ciertos márgenes de apreciación en la toma de decisiones, dentro de los cuales el control se encontraría limitado¹⁹⁹.

La más destacada técnica de control judicial a la actividad administrativa discrecional la constituye, *la desviación de poder*, la cual deriva de la exigencia de que la Administración Pública ejerza sus competencias respetando el fin para el cual le fueron otorgadas, por tanto, la elección entre varias alternativas para alcanzar dicho fin, debe estar siempre guiada y encaminada a la consecución del mismo, que debe ser en todo caso, el interés general. Analizada la jurisprudencia de las Altas Cortes, el gran problema que se presenta en el control judicial de la desviación de poder, está relacionado con el aspecto probatorio, dada la dificultad que supone desvirtuar la presunción de legalidad del acto, acreditando el elemento subjetivo del mismo y su apartamiento de la finalidad legalmente prefijada.

Otro recurrido mecanismo de control es el que hace alusión a *los conceptos jurídicos indeterminados*, el cual, se considera, constituye una reducción a la discrecionalidad, en la medida en que, a diferencia de aquella, no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que sólo es correcta una solución dentro de varias posibilidades. En torno a la distinción entre discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia y la doctrina oponen las dos nociones categóricamente, sosteniendo que al aplicar estos últimos a una circunstancia concreta, hay unidad de solución justa, lo que permite un control judicial pleno y efectivo. Mientras que, lo que caracteriza a la discrecionalidad, es la pluralidad de soluciones justas, más exactamente, la libertad de elección entre dichas soluciones, limitando el alcance del control judicial. Sin embargo, dichas diferencias se observan con claridad en sede

¹⁹⁹ Comparar, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 45.

aplicativa de conceptos jurídicos, pues en la práctica, las mentadas nociones no gozan de una verdadera diferenciación cualitativa, cuando menos desde la perspectiva del alcance del control judicial.

No obstante la reiterada necesidad de sujeción de todos los actos administrativos al control jurisdiccional, existen actos proferidos en virtud de facultades administrativas discrecionales, frente a los cuales el control es exiguo, tal como ocurre con los expedidos en uso de la *facultad de libre nombramiento y remoción de empleados públicos*. Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han avalado jurídicamente el estado actual de cosas respecto del libre nombramiento y remoción, en el sentido de indicar: *“Es claro, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno”²⁰⁰.*

Actualmente, el debate de la Doctrina Especializada radica en el alcance y fijación de los límites del control judicial sobre el ejercicio de las facultades discrecionales de que goza la Administración Pública, que permita encontrar el equilibrio entre facultades administrativas y derechos individuales, y que a la vez, evite el riesgo de que el juez termine asumiendo la posición que constitucionalmente corresponde a la Administración en la garantía del interés público²⁰¹.

Por su parte, la Jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, coincide en afirmar que la facultad discrecional conferida a la Administración, siempre debe estar sometida al control jurisdiccional.

A estas alturas del presente trabajo de investigación, tal como se anunció desde la Introducción, una vez efectuado el acopio, valoración y respectivo análisis de la doctrina especializada, la legislación vigente y la jurisprudencia nacional en materia de *Facultades Administrativas Discrecionales*; frente a la tesis planteada *¿en el ordenamiento jurídico colombiano, existe diferencia de fondo en el tratamiento de la facultad discrecional técnica entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional?*, podemos responder con seguridad, pero obviamente, sin pretender tener la última palabra al respecto, que en la actualidad, en términos generales, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe diferencia de fondo o cualitativa respecto al tratamiento de la facultad discrecional entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional. De todos los Fallos analizados a lo largo de esta tesis de grado, se pudo establecer que las posiciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como máximos Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional, respectivamente, guardan mucha afinidad.

²⁰⁰ Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-610/03, *op. cit.*

²⁰¹ Comparar, MARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1004.

Aunque ciertos casos son tratados desde ópticas disímiles y se presentan entre ellos diferencias de orden técnico y semántico, en suma, se puede apreciar que, en general, ambos Tribunales en sus pronunciamientos propenden por la interdicción de la arbitrariedad e irrazonabilidad de la Administración Pública en el ejercicio de facultades discrecionales; coinciden las dos altas Cortes en afirmar que la facultad discrecional conferida a la Administración no implica ni una exención de control jurisdiccional, ni una habilitación para decidir de manera arbitraria. En ese sentido, han reiterado las Corporaciones que no debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional, pues en lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la Ley, mientras que el poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión más conveniente a la salvaguarda del bien común y el interés general.

Así las cosas, en lo que respecta a la discrecionalidad *técnica* en particular, como ya se manifestó acerca de la discrecionalidad en general, no encontramos diferencia de fondo en cuanto al tratamiento de la misma entre la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional. En suma, actualmente tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, luego de una evidente evolución jurisprudencial, coinciden en afirmar que la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar, en algunos eventos, a la existencia de márgenes de apreciación que pueden configurarse como facultades de naturaleza discrecional. Explican los altos Tribunales que no se trata de sostener que siempre que la Administración Pública adopta una decisión con base en criterios de tipo técnico, ejerce una facultad discrecional, pues de hecho, en muchos supuestos, la aplicación de conocimientos científicos o propios de un arte o un oficio especializados no da lugar a dudas en cuanto al sentido en el cual debe proferirse una decisión para que pueda considerarse ajustada a derecho. Pero a la hora de adoptar aquellas decisiones que la doctrina ha denominado "*questiones técnicas complejas*", en las cuales no existe unidad de respuesta o de criterio aportado por la ciencia, el arte o el conocimiento técnico aplicable, surgen esos márgenes de apreciación para la Administración, la cual deberá elegir, entre una pluralidad de alternativas, aquella que de mejor manera sirva al interés general, con base en criterios objetivos y razonables de decisión, ejerciendo así una facultad discrecional, la cual deberá estar, en todo caso, sujeta a control jurisdiccional.

Todo el trabajo de investigación efectuado nos conduce a reconocer la conveniencia de la potestad discrecional de que goza la Administración Pública para atender de manera eficiente su quehacer cotidiano en pro del bien común y el interés general, eso sí, puntualizamos que dicha potestad no puede ser absoluta, sino, debe ceñirse a los principios que orientan la función pública, y en todo caso, estar sujeta al ordenamiento jurídico, en virtud de los principios de legalidad y debido proceso.

No obstante y tal como quedó plasmado en el cuerpo de la tesis, se aclara que la reiterada necesidad de sujeción al ordenamiento jurídico, no implica que la

Administración deba limitarse a la aplicación automática de la Constitución y la ley, sino que, su actuar discrecional no puede ser equiparable a la arbitrariedad, ya que la potestad discrecional debe circunscribirse a unos fines específicos y atender a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma.

En suma, de la investigación realizada concluimos que la facultad discrecional utilizada dentro de marcos poco legales se convierte en un instrumento peligroso y dañino; una mal entendida potestad discrecional, esto es, la tergiversada posibilidad de proferir actos con una falta total de apego a la legalidad, se traduce en arbitrariedad. En cambio, si la discrecionalidad se ejercita con observancia del ordenamiento constitucional y legal, entra a jugar su papel como dinamizadora de la acción de la Administración Pública, resultando benéfica por cuanto permite la fluidez, eficiencia y eficacia en el ejercicio de las funciones administrativas, lo que redundará en provecho de todos, pues posibilita la materialización de los fines del Estado, y es esta precisamente, en términos generales, la misma concepción de discrecionalidad que hoy se impone en la doctrina especializada y en la jurisprudencia colombiana contencioso administrativa y constitucional.

I. BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Bosh, Barcelona, España, 1970.
2. ALVARADO A., Lourdes, *Facultad Discrecional*, Disponible desde internet en:http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_21a32_facultd_disc.pdf
3. ALVAREZ TABÍO, Fernando, *El Proceso Contencioso Administrativo*, Librería Martí, La Habana, 1954.
4. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Ed. LEGIS, Bogotá, 2012.
5. ATIENZA, Manuel, *Sobre el Control de la Discrecionalidad Administrativa, Comentarios a una polémica*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
6. BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa: Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
7. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Tº I Editar, Buenos Aires, 1989.
8. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, *La Ponderación en las Decisiones de la Corte Constitucional. En la Técnica de la Ponderación*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
9. CASSAGNE, Juan Carlos, *La Revisión de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nro. 67, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
10. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, *VII Jornadas Hispano, Argentinas de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
11. DE VELASCO RECAREDO, Fernández, *El Acto Administrativo, Exposición Doctrinal y Estudio del Derecho Español*, Vol. 12, Madrid, 1929.
12. DE VEGA PINZÓN, Gabriel, *La Discrecionalidad Administrativa*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 1984.

13. DELPIAZZO, Carlos E., *Dignidad Humana y Derecho*, U.M, Montevideo, 2001.
14. DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
15. DESDENTADO DAROCA, Eva, *El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. En los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Ediciones La Ley, Madrid, 2010.
16. DROMI, Roberto, *El Acto Administrativo*, Ed. Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.
17. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Trad. del inglés, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
18. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Arbitrariedad y Discrecionalidad. En AA. VV Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, III*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
19. FRAGA GABINO, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Ed Porrúa, Méjico, 1968.
20. G. VEDEL, *Derecho Administrativo*, J RINCÓN JURADO, (trad. de la 6ª ed.), Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.
21. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995.
22. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999.
23. GONZALEZ IBAÑEZ, Joaquín, *Derecho a la Educación y Ciudadanía Democrática, El Derecho a la Educación como Desarrollo Constitucional del Pensamiento Republicano Cívico*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2007.
24. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*, 2ª ed., Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, Colombiana, 2001.
25. GRECCO, Carlos M., *La Doctrina de los Conceptos Jurídicos Indeterminados*, Huérfanos, Santiago, 1988.
26. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, *Principios Fundamentales en la Constitución de 1991*, Jurídica Radar Ediciones, Santafé de Bogotá, 1994.

27. LINARES, Juan Francisco, *Poder Discrecional Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
28. MALAGÓN PINZON, Miguel, *Vivir en Policía: Una Contralectura de los Orígenes del Derecho Administrativo Colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
29. MALAGÓN PINZÓN, Miguel, *Los Modelos de Control Administrativo en Colombia (1811-2011)*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2012.
30. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Actos de la Administración Pública*, Tomo II, Ed. Machi, Buenos Aires, 1966.
31. MARIN HERNANDEZ Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
32. MAYER OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, Ed. Rústica, Buenos Aires, 1982.
33. NIÑO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.
34. PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, 6ª ed., Ed. Doctrina y Ley, Bogotá 1997.
35. PENAGOS, Gustavo, *Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo a Principios del Siglo XXI*, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 1998.
36. PERELMAN, Ch., *La Lógica Jurídica y La Nueva Retórica*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.
37. PEREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª ed., Ed. TEMIS S.A, Santa fe de Bogotá, 1997.
38. POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *Elementos de Derecho Administrativo*, Ed. Ciencia y Derecho, Bogotá, 1988.
39. REAL ALBERTO, Ramón, *El Estado de Derecho en Memoria de Eduardo J. Couture*, Publicación de la Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1957.
40. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.
41. SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Acto Administrativo. Teoría General, Literatura Jurídica*, 3ª ed., Ed. LEGIS, Bogotá, 2004.

42. SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
43. SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Legalidad y Sometimiento a la Ley y al Derecho. En Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
44. SANCHEZ TORRES, *Teoría General del Acto Administrativo*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1995.
45. SANTI ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
46. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo – Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
47. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
48. SARRIA, Eustorgio, y SARRIA BARRAGAN, Mauricio, *Derecho Administrativo Colombiano General y Especial*, 9ª ed., Bogotá, 1999.
49. SAYAGUÉS LAZO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1974.
50. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Barcelona, Buenos Aires, México D.F, Santiago de Chile*, Ed. Jurídica de Chile, 1989.
51. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, GARCIA VILLEGAS, Mauricio, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo I y II, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.
52. SUÁREZ TAMAYO, David, *Derecho Administrativo y los Veinte Años de la Constitución. Ley 1437 de 2011., Tomado de El Derecho Público y los Veinte Años de la Constitución de 1991*, Miguel Malagón Pinzón, Coordinador, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2013.
53. VIDAL PERDOMO, Jaime, DIAZ PERILLA, Viviana, RODRIGUEZ, Gloria Amparo, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2005.
54. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral – Relaciones Colectivas y Aspectos Procesales*, Ed. LEGIS, Santa fe de Bogotá, 1998.

55. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Insubsistencia Laboral, Reglada, Discrecional y Arbitraria*, Ed. Ibañez, Bogotá, 2012.
56. YOUNES MORENO, Diego, *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Ed. TEMIS S.A, Santafé de Bogotá, 1997.
57. ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*. 6ª ed., Milán (Italia), 1950.

II. ÍNDICE DE SENTENCIAS

A. CORTE CONSTITUCIONAL

58. Corte Constitucional, Sentencia No. T-427 de 1992, Exp. T-936, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
59. Corte Constitucional, Sentencia No. T-418 de 1993, Exp. T-14.813, Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
60. Corte Constitucional, Sentencia C-520 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.
61. Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995, Exp. D – 942, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
62. Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.
63. Corte Constitucional, Sentencia C- 456 de 1998, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.
64. Corte Constitucional, Sentencia C- 540 de 1998.
65. Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998, Exp. T-164386, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
66. Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2000, Exp. D-2732, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
67. Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltran Sierra.
68. Corte Constitucional, Sentencia C-492 de 2002, Expediente D.3851, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

69. Corte Constitucional, Sentencia T-610/03 del 24 de julio de 2003, Exp. T-731645, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
70. Corte Constitucional, Sentencia C – 818 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
71. Corte Constitucional, Sentencia T-064/2007 del 1 de febrero de 2007, Exp. T-1409334, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
72. Corte Constitucional, Sentencia T-065/07 del 1 de febrero de 2007, Exp. T-1423512, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
73. Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 2009, Magistrado Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.
74. Corte Constitucional, Sentencia SU.917 de 2010.
75. Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
76. Corte Constitucional, Sentencia C-435 de 2013, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.
77. Corte Constitucional, Sentencia T-265/13 del 8 de mayo de 2013, Exp. T-3347202, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

B. CONSEJO DE ESTADO

78. Consejo de Estado, Sentencia del 5 de octubre de 1945, Anales del Consejo de Estado, 1945, T.55, Nro. 352-356, P.321.
79. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 14 de septiembre de 1988, Exp. 2521, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna.
80. Consejo de Estado, Sentencia de 1989, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna.
81. Consejo de Estado, Sentencia de 1993, Exp. 4699, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna.
82. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 22 de Octubre de 1995.

83. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de junio 14 de 1996, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.
84. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 20 de marzo de 1997, Rad. 10022, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro.
85. Consejo de Estado, Sentencia de 1998, Exp. 10729, Consejero Ponente Dr. Silvio Escudero Castro.
86. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de octubre de 2000, Rad. AP-082, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
87. Consejo de Estado, Sentencia de 2003, Exp. 14107, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.
88. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Rad. 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059), Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
89. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2006, Rad. 11001-03-26-000-1995-3074, 01(13074), Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
90. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Rad. 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059), Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
91. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 19 de julio de 2007, Rad. 54001-23-31-000-1999-01305-01(9460-05), Consejero ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.
92. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2007, Rad. 11001-03-26-0001997-13503-00(13503), Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
93. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 1º de noviembre de 2007, Exp. No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

94. Consejo de Estado, Sentencia de 2008, Exp. 17009, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.
95. Consejo de Estado, Sentencia 540 del 08 de junio de 2011, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.
96. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de junio de 2012, Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
97. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 2 de mayo de 2013, Rad. 25000-23-25-000-2006-05536-02(2256-11), Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

C. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

98. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, Fallo 828 del 01 de diciembre de 2005.
99. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, Fallo del 01 de diciembre de 2005.

III. OTRAS FUENTES

100. Concepto No. 295 del 4 de octubre de 2012, Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado.
101. Cartilla Estatuto Anticorrupción, Primera Edición: Junio de 2011, Diseño de carátula: Imprenta Nacional de Colombia, Corrección de texto: Darío Garzón Garzón, Diagramación, edición e impresión: Imprenta Nacional de Colombia.
102. Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1997.