

La desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de integrantes de
las Fuerzas Militares de Colombia

Jorge Armando Riaño Ospina

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría Derecho Público Militar

Bogotá, 2015

La desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de integrantes de
las Fuerzas Militares de Colombia

Jorge Armando Riaño Ospina

Director de Trabajo: Jaime Duque Casas

Requisito para optar el Título de Magister

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría Derecho Público Militar

Bogotá, 2015

Abstract

This paper aims to present the result of a jurisprudential doctrine research, policy and conducted a descriptive analysis, critical and reflective that aims to demonstrate the misuse of power in the application of discretion for the removal of members of the force public.

Key words: Discretion, power, misuse of power, administrative act.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo presentar el resultado de una investigación doctrinal, normativa y jurisprudencial realizada mediante un análisis descriptivo, crítico y reflexivo que tiene como finalidad demostrar si se puede presentar la desviación de poder en la aplicación de la facultad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerzas Militares.

Palabras Clave: Facultad discrecional, poder, desviación de poder, acto administrativo.

Introducción

El presente artículo estructura un concepto acerca de la facultad discrecional como instrumento de la administración pública y analiza si se puede llegar a presentar desviación del poder en las decisiones que se toman para el retiro de integrantes de las Fuerzas Militares de Colombia.

Para lo anterior, se define desde una base teórica focalizada en la doctrina, en el marco constitucional, las normas vigentes en Colombia y jurisprudencia, los conceptos de poder, acto administrativo, legalidad de los actos administrativos, facultad discrecional, la desviación de poder, la motivación de los actos administrativos y otros afines.

De la misma forma se desarrollan los contenidos pertinentes de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y del Decreto 1790 de 2000, como marco normativo de referencia para precisar los límites legales generales y el procedimiento establecido para aplicar la facultad discrecional en la institución armada.

Igualmente desde la postura de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se presentan los criterios jurisprudenciales actuales, registrando los apartes más significativos de los fallos de nulidad de actos administrativos de retiro de miembros de las Fuerzas Militares, que han centrado sus decisiones en la desviación de poder.

El tema reviste importancia para los funcionarios del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares que toman decisiones y cumplen procedimientos aplicando la facultad discrecional, es de interés también para quienes eventualmente son afectados por estas decisiones, para la comunidad académica y para los profesionales del derecho que se desempeñan en el área del Derecho Administrativo.

El poder

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española nos define la palabra poder, en forma genérica así:

Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo; tener expedita la facultad o potencia de hacer algo, y que el uso más habitual del término refiere al control, imperio, dominio y jurisdicción que un hombre dispone para concretar algo o imponer un mandato (Real Academia Española, 2014)

Weber lo define como la probabilidad de tomar decisiones que afecten la vida de otro(s) pese a la resistencia de éstos (ITAM, 2015)

El concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de situaciones posibles, puede colocar a alguien en posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de dominación tiene por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido (Serrano Gómez, 1994 p. 39-40)

El Derecho representado en la ley, sustenta el uso legítimo de la fuerza de un Estado, manifestándose en este acto esencial el poder y la autoridad que el ente representa, siendo el modo más representativo de ejercerlos. Se manifiesta por intermedio de la autoridad, quien no intenta presentar argumentos sino asegurar el cumplimiento de las órdenes. Los lazos de autoridad son siempre jerárquicos: la relación autoritaria descansa en una estructura cuya razón y legitimidad es reconocida tanto por los que mandan como por los que obedecen y donde cada uno tiene un lugar jerárquicamente definido (Zabludovsky, 1995, p.19)

Al respecto el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su Tratado de Derecho Administrativo comenta 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 incertidumbre 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 poder (Santofimio Gamboa, 1996, p.38-40)

Acto administrativo

Para referirse a este concepto es preciso apoyarse en los siguientes contenidos doctrinarios y jurisprudenciales que plantean que,

Prevalecen varios criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia que han influido directamente en la conformación del concepto de acto administrativo; por esto, es pertinente hacer alusión a las nociones que estudiosos del tema y juristas han propuesto.

La Corte Constitucional en sentencia (T-945/09), para definir el acto administrativo toma como referente el concepto dado por el doctrinante Eduardo García Enterría en su libro Curso de Derecho Administrativo, quien enuncia lo siguiente: “El acto administrativo, ha sido definido como ‘La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria’”.

En este orden de ideas, se puede apreciar que la definición que trae la Corte a colación destaca el hecho de que no toda actuación emanada de la administración se configura como acto administrativo propiamente dicho; a contrario sensu tendrán tal calidad aquellos que se emitan intencionalmente en virtud de una potestad administrativa.

Adicionalmente, Libardo Rodríguez (2005) se refiere a los actos administrativos como aquellas “manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos. Por ejemplo, un decreto del presidente de la república, una resolución de un ministro, una ordenanza departamental, un acuerdo municipal.”(p. 235)

Es de anotar, que en la referida enunciación ya no se hace énfasis en la potestad administrativa que tenga el ente que produce el acto, si no en las consecuencias jurídicas que con el mismo se deriven.

Apoyándonos en lo que los autores han esbozado frente a la noción estudiada, se puede indicar que al acto administrativo constituye un instrumento mediante el cual la administración pública ejerce el poder legalmente conferido, manifiesta su voluntad y genera efectos jurídicos para sus administrados.

En lo que atañe a los elementos que componen el acto administrativo, éstos constituyen el conjunto de características esenciales las cuales le imprimen validez y eficacia al mismo. Dichos componentes son:

- La autoridad: tendrán competencia para emitir actos administrativos los funcionarios públicos investidos legítimamente por la entidad a la que pertenecen y a través de los cuales ejercen la voluntad del órgano estatal, dicha manifestación de voluntad para que se entienda legítima deberá estar exenta de vicios.

- La motivación: ésta se refiere a las razones fácticas y legales que previamente debe tener presente la administración, y las cuales le sirven de fundamento al expedir un determinado acto administrativo o a la hora de tomar una decisión. Es menester enunciar la diferencia que existe entre motivación y motivos, entendiéndose la primera como la actitud que adopta la administración frente a los argumentos que se presentan para tomar dicha decisión; argumentos que constituyen el motivo del acto.

- El contenido del acto: Se hace referencia al resultado final obtenido, luego de haberse tenido en cuenta integralmente todos los componentes que conforman el acto administrativo y los cuales constituyen la materialización expresa de la decisión que se toma en el mismo.

- El fin: Con este elemento se busca que los actos administrativos persigan un objetivo claro y específico, éstos deben procurar porque dicha finalidad lleve inmersa directa o indirectamente la defensa del interés general.

- La forma: Son los requisitos y solemnidades dispuestas en la ley que se deben consumir para que se efectúe el nacimiento de un acto administrativo. Al respecto, vale la pena mencionar que la ley 1437 de 2011 contempla la posibilidad de emitir actos administrativos a través de

medios electrónicos, caso en el cual se tendrá que cumplir con lo que ordena la norma para la emisión de los mismos (UNAD Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2015).

Ni el legislador ni el constituyente colombiano establecieron en el ordenamiento jurídico una definición expresa del concepto de acto administrativo (Ibagón Ibagón, 2012). El Doctor Sánchez Torres se ha encargado de explicarlo indicando que “El acto administrativo es toda manifestación unilateral de la Administración proferida mediante sus funcionarios o de particulares investidos de función pública transitoriamente, tendiente a producir efectos jurídicos.” (Sánchez Torres, 1995)

Presunción de legalidad de los actos administrativos

Sobre este importante principio nos indica Santofimio Gamboa:

En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley- Estado de derecho-, el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público, sin sujeción a la cual los actos por ellos preferidos se considerarían ilegales y por consiguiente carentes de validez.

El Consejo de Estado ha considerado que es aquí, en esta relación administrativa - manifestación de voluntad-, donde se evidencia la operancia de la legalidad, en la medida que los organismos administrativos imprimen cabal cumplimiento a lo preceptuado en la normatividad superior. Se busca, señala la corporación, “Que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requerimientos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dictar autoridad”...17

Este fundamento constituye la columna vertebral del normal y válido funcionamiento, no sólo de la administración pública, sino también de la totalidad de los poderes y órganos autónomos e independientes en cualquier Estado organizado jurídicamente.

En relación con la función administrativa, entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y particular el actuar del engranaje estatal; el segundo sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ejercicio de sus competencias. (Santofimio Gamboa, 1996, p.40-41)

Continúa el doctor Santofimio Gamboa indicando,

El principio de la legalidad es estructurada en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores -bloque de la legalidad- previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.

De esta manera y partiendo del hecho de la total sumisión de la administración a las normas previas que regulen su actuación, lo mismo que la proyección de estas a la expedición de los actos administrativos, la doctrina contemporánea ha venido sosteniendo el denominado principio de la “presunción de la legalidad de los actos administrativos”, lo cual no es más que una

prolongación de la legalidad al mundo de la eficacia del acto, legalidad que se presume cuando el acto se hace ejecutorio. Por tal virtud, se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y de perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido integralmente con la legalidad preestablecida para la expedición del acto lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias; entre las más importantes, la de la ejecutoriedad o autotutela del mismo por la administración, sin posibilidad de desconocimiento unilateral al mismo por sus destinatarios, según se desprende del texto del artículo 64 del CCA, salvo pronunciamiento judicial en contrario, conforme lo que establece claramente el artículo 66 de la misma codificación administrativa.

La presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba en contrario. Es por naturaleza revisable. Nos atrevemos a afirmar sin duda alguna que no nos encontramos frente a una estricta e impenetrable presunción de derecho – *juris et de jure*_, sino ante una noble y amplia presunción de la ley – *juris tantum*_, que admite probar o desvirtuar por los trámites determinados en la ley (CCA) la validez del acto en cuestión. Mientras esto no suceda, la obligación de todos los servidores públicos es la de someterse integralmente a lo dispuesto en los actos administrativos, cumplirlos y, si les corresponde, ejecutarlos, en razón de que gozan de presunción de legalidad. Lo contrario sería el caos jurídico, la inseguridad jurídica y la ruptura del estado de derecho.

Respecto de los actos administrativos, se está suponiendo que estos, por tratarse del resultado del ejercicio de precisas potestades legales, han reunido en su proceso de elaboración la totalidad de requisitos y presupuestos que el ordenamiento ha determinado, por lo que debe considerarse, en razón de la seguridad y estabilidad jurídica que demanda todo Estado de derecho, que son plenamente legales. Legalidad que se desvirtúa si se logra establecer judicialmente que en la realidad no concurren verdaderamente los elementos señalados por el ordenamiento para el nacimiento del acto.

El Consejo de Estado, al ocuparse de esta presunción, señala que la misma le concede al acto administrativo –general o particular- obligatoriedad, inoperatividad y oponibilidad, mientras dicha presunción no sea desvirtuada mediante el ejercicio de las acciones pertinentes y el mismo sea declarado nulo por los tribunales competentes. Precisamente, las decisiones administrativas tienen vida jurídica, mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En posteriores pronunciamientos, el Consejo de Estado, dentro de la línea de mantener la seguridad jurídica en el ordenamiento nacional, insiste en esta posición garantística, reiterando que es de competencia de la jurisdicción contenciosa desvirtuar cualquier duda sobre la legalidad que ampara toda decisión de la administración. (Santofimio Gamboa, 2007, p.54-55-56))

Del mismo modo respecto de la presunción de legalidad, la Superintendencia de Industria y Comercio indica:

La presunción de legalidad del acto administrativo, hace referencia a la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad

del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad. El vocablo “legitimidad” no debe entenderse como sinónimo de perfección.

En el mismo sentido se ha manifestado, que la presunción de legalidad del acto administrativo es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción.

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Ahora bien, no obstante, la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos en sí mismos, estos a su vez pueden ser controvertidos mediante la interposición de los recursos previstos en la ley. Una vez hayan sido interpuestos los recursos y resueltos los mismos, se produce el agotamiento de la vía gubernativa y el acto administrativo reviste el carácter de ejecutivo y ejecutorio.

Dado lo anterior tenemos que cuando se agote la vía gubernativa, es decir, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido por parte de la autoridad administrativa, ya no existe la posibilidad de que dicho acto administrativo se controvierta ante la entidad que lo profirió, sin perjuicio que el particular pueda demandar la decisión administrativa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el ejercicio de las acciones previstas en la ley. A contrario sensu, si el particular no ha interpuesto los recursos obligatorios en la vía administrativa, se

entenderá que no agotó la vía gubernativa, por ende, no le es posible acudir ante las autoridades jurisdiccionales.

Como puede observarse, en el evento que un particular se encuentre inconforme o lesionado con la decisión proferida por la administración, tendrá la posibilidad de agotar la vía gubernativa por intermedio de los recursos de ley y en el evento que no prosperen, tendrá la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001)

Motivación de los actos administrativos

Debe distinguirse entre el motivo de un acto administrativo y la motivación del mismo.

Los motivos, son las circunstancias de hecho o de derecho que sirven de fundamento para la expedición de un acto administrativo. Responden al porqué del acto (Herrera Robles, 2012, p. 318). Todo acto requiere de motivos, pero no necesariamente de motivación, como en el caso de los actos discrecionales. En algunos casos, la autoridad recurre a la motivación como requisito de ley para garantizar el derecho de defensa del particular interesado o afectado por la decisión, y en otros casos, como mecanismo de eficacia del acto administrativo (Herrera Robles, 2012, p. 319).

Facultad Discrecional en la Administración Pública

A continuación se aborda la discrecionalidad mediante un compendio de las definiciones doctrinales, el registro de la norma vigente y de las posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Al respecto el tratadista Jaime Vidal Perdomo nos ilustra de la siguiente forma:

La potestad administrativa de decidir discrecionalmente suele fundarse en dos tipos de argumentos: por un lado, en la naturaleza de aquello sobre lo que se decide; por otro, en la

posición de la administración pública en el Estado, como ejecutora de los fines de éste, más concretamente, como garante del interés público.

Según el primer argumento, la discrecionalidad sería algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas como única forma de resolver cuestiones específicamente importantes o difíciles; además, porque no todas las decisiones pueden estar íntegramente determinadas por el derecho o si lo están no aparecen suficientemente claras y explícitas.

En cuanto al segundo argumento que justifica la discrecionalidad, viene a estar configurado por el papel que desempeña la administración pública en el orden constitucional como ejecutora de los fines del Estado. Dicho papel lleva consigo, indefectiblemente, la necesidad de apreciar circunstancias singulares, lo mismo que estimar la oportunidad concreta del ejercicio del poder público. De suyo, esto implica la necesidad de un actuar discrecional, lo que quiere decir que dicha actuación demanda un margen de libertad de apreciación.

La gran inquietud que surge frente al poder discrecional es que el ejercicio abusivo de tal facultad puede conculcar las libertades públicas y los derechos individuales. Pero como la garantía de aquéllas y éstos es uno de los principios capitales del Estado Social de Derecho, so pretexto de la discrecionalidad ni las unas ni los otros pueden ser jamás vulnerados ni desconocidos. El principio tutelar, la garantía de libertades y derechos, tiende en forma directa y concreta a organizar la libertad del hombre en armonía con el proceso social y la hace compatible con el principio del orden. Así, vemos que de esta manera se desemboca en lo que constituye la relación básica de nuestro sistema jurídico estatal: libertad y orden (Vidal Perdomo, Díaz Perilla, & Rodríguez, 2005).

De este modo se encuentran dos tipos de procedimientos: el correspondiente a la facultad reglada y a la facultad discrecional.

La doctrina desarrollada por el tratadista Parejo Alfonso nos ilustra sobre la facultad reglada:

Potestad, y por tanto, competencia reglada es la que determina –en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y materiales o sustantivo, de suerte que dicha razón aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella. En ejercicio de este tipo de potestad y competencia solo hay una única solución correcta, derivable de la aplicación en dicho ejercicio de la técnica jurídica (Luciano Parejo, 1994, p.399-400).

La norma jurídica, ley, reglamento o norma europea que resulte aplicable, puede programar con precisión la actividad de la Administración de manera que a ésta sólo le cabe aplicar a ese caso lo que la norma prevé, sin que la Administración tenga ningún margen de opción. La actuación por la Administración esta predeterminada, perfectamente reglada, por el ordenamiento (Pardo, 2011, p.103).

Respecto a estas dos alternativas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

De otra parte, se advierte que el ejercicio de las facultades de los funcionarios y órganos públicos está regulado y limitado en mayor o menor medida, y que dependiendo de la densidad normativa en cada caso, las actuaciones administrativas serán regladas o discrecionales.

Cuando las facultades son regladas, la ley o el reglamento establecen, que frente a determinados supuestos de hecho, la autoridad administrativa debe tomar las medidas asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

Sin embargo, una reglamentación rígida y detallada es en la práctica irrealizable, ya que es imposible que el ordenamiento jurídico prevea y pronostique todas las posibles relaciones y

situaciones que se presentan en la sociedad. Hay circunstancias y casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos aspectos, y es precisamente en esas situaciones que la facultad de la administración es discrecional (Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, 2015, Rad. No 110010306000201500042 00 de número único 2247).

Hay facultades administrativas discrecionales, cuando el funcionario u órgano, tienen un cierto margen de apreciación para determinar qué medida satisface mejor el interés general, dejándoles la posibilidad de juzgar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, con el fin de realizar una acción o abstenerse de hacerlo, o escoger el sentido de su decisión (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 44001-23-33-000-2013-00151-01 (AC), 2013) Véase igualmente: (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 70001-23-31-000-1997-06303-01 (23003), 2008) (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074) ,2006), (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-053/15, 2015).

La doctrina europea, respecto a la discrecionalidad, ha señalado:

“La discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de una regulación legal. Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto, a si la Administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuáles, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección) (Hartmut, 2011, p. 167).

Por su parte el profesor Luciano Parejo la entiende como:

Potestad o competencia discrecional es la que, en su definición normativa, no anticipa ella misma en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que en los correspondientes aspectos, remite la toma de decisión pertinente (en grado variable) al juicio o la voluntad de la propia Administración Pública. La entrega de la decisión a la Administración supone el reconocimiento a ésta de cierta (mayor o menor, según los casos) libertad”. (Luciano Parejo, 1994, p. 400)

El profesor Sánchez Morón nos aporta otra definición :

En otros casos las leyes y reglamentos no regulan con tanta exactitud lo que la Administración debe hacer ante un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o estimaciones de oportunidad de conveniencia para los intereses públicos, o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar. Cuando esto sucede - y sucede en la mayor parte de los casos – la Administración tiene un margen de decisión propia de la aplicación de la ley, que es lo que llamamos discrecionalidad administrativa (Sánchez Morón, 2013, p. 92).

De la misma manera el mismo autor nos complementa:

Conviene decir al respecto que la discrecionalidad administrativa no es un elemento extraño y menos aún opuesto por esencia al Estado de Derecho. Son las propias leyes las que reconocen en la mayoría de los casos, de manera expresa o implícita, la existencia de márgenes de discrecionalidad administrativa para adoptar las decisiones que convengan a los intereses públicos. Aunque a veces estos márgenes legales pueden ser excesivos o están poco justificados, lo cierto es que la administración no podría desempeñar correctamente su función de servicio a los intereses generales si toda su actuación estuviera predeterminada de manera absoluta y rígida

por la ley o los reglamentos. Corresponde a los gobernantes y administradores valorar esas circunstancias de oportunidad, política o técnica, pues esa es su función, para lo cual no sólo es inevitable sino también conveniente que gocen de la capacidad suficiente, en el marco de ley (Sánchez Morón, 2013, p.92-93).

Ahora bien, hay que añadir inmediatamente que el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ser ejercido de cualquier manera, según el puro arbitrio de quienes lo reciben. En el pasado la discrecionalidad equivalía jurídicamente a libertad plena para decidir y acto discrecional a acto de pura administración, injustificable por naturaleza. Pero esta concepción ha pasado a la historia” (Sánchez Morón, 2013, p. 93-94)

Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido que “En lo que concierne a la facultad discrecional se ha señalado que esta constituye una herramienta necesaria para la consecución de los fines estatales y el adecuado cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas a la administración” (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12),2012). La actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas de que producen en la sociedad. (Brewer, 2013, p.220).

En este punto del análisis vale la pena considerar los planteamientos del profesor español García de Entería quien nos expresa que:

La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los

ordenadores). No es, por ello, exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político... Pero es ilusorio pretender agotar en cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional (García de Enterría E. y Fernández T.R., 2012, p.457).

Con entera independencia de su origen y evolución históricos, en la actualidad y en el seno de los sistemas democráticos pluralistas la discrecionalidad sigue desempeñando una importante función, al asignar la decisión a la Administración. Pues es ésta la que está en mejor posición institucional, por su mayor capacidad técnica y operativa y su mayor interpenetración con el medio económico-social, para reaccionar ante y resolver con prontitud y eficacia las cambiantes necesidades sociales (Parejo, 1994, p.403).

Con todo, cabe resaltarse que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo tanto la autoridad administrativa debe ejercerla dentro de los límites señalados por la ley y la jurisprudencia (Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 110010306000201500042 00 de número único 2247).

La discrecionalidad sirve, sobre todo, a la justicia del caso concreto. Se pone a los órganos en la posición de hallar una solución adecuada y correcta para el caso concreto, teniendo en cuenta a estos efectos tanto el punto de vista de los objetivos perseguidos por la ley (la finalidad de la norma *ratio legis*) como las concretas circunstancias del caso. Por ello, deben en primer lugar, preguntarse qué fines persigue el otorgamiento de la discrecionalidad, así como también cuáles son los puntos de vista determinantes al respecto para, atendiendo todo ello, juzgar el caso

concreto y tomar una decisión en consecuencia. Aquí pueden influir tanto argumentos de equidad como consideraciones de conveniencia y oportunidad (Hartmut, 2011, p.170).

La discrecionalidad que con frecuencia se reconoce a la Administración desde la legalidad aplicable no constituye en absoluto un fenómeno negativo o patológico. Es del todo razonable que la norma no asuma un papel decisorio, dejando un margen de opciones a la administración, que valorará entonces las circunstancias que en cada caso concurran para decantarse por una u otra. Las normas fijan entonces un marco en el que la actuación puede adoptar derroteros diversos y tener por tanto muy variadas concreciones (Pardo, 2011, p.103).

Igualmente, la doctrina ha señalado frente a los límites de la potestad discrecional:

Así la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en materia de ejercicio del poder discrecional se ha hablado de la “interdicción de la arbitrariedad” como limitación al mismo (Brewer, 2013, p. 752)

En este sentido téngase en cuenta que :

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 administrativa. 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 (Sánchez Morón, 2013, p.93-94).

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 esta dirección, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 44 dispuso: “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” (Colombia, Ley 1437, 2011). 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.

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. (Villegas Arbeláez, 2012, p. 62-67).

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 finalidad. (Villegas Arbeláez, 2012, p. 62-67).

Así mismo, la jurisprudencia nacional ha señalado: La discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que la fundamentan (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12), 2012).

Empero dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia, cual es precisamente el objetivo para el que fueron instituidas las Fuerzas Militares (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC), 2011).

Como se podrá notar, la discrecionalidad se define a través de dos elementos como son la adecuación y la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la Doctrina Constitucional es preciso que exista “la armonía del medio con el fin”, y según lo segundo, la decisión que asuma la administración no debe ser desmedida frente a los hechos que le sirven de fundamento, ya que de superarse ese marco de referencia la decisión se convierte en arbitrariedad, que es la antítesis de la decisión discrecional

(Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de diciembre de 2010. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00).

En esta dirección, la Corte Constitucional colombiana ha señalado: De todo lo expuesto, se puede deducir que las diversas formas que han consagrado la facultad discrecional estudiada, han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias. Por tanto, para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y, en el caso de los policías, es verificable a través de los procedimientos previos de evaluación y de las acciones judiciales de defensa correspondientes (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-053/15, 2015).

La discrecionalidad es una facultad consagrada en el derecho y conforme al derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 68001-23-15-000-2001-01079-02(219010), 2012).

Finalmente en un contexto más contemporáneo Santofimio Gamboa nos precisa:

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 esta naturaleza al principio de legalidad.

En consecuencia, debemos admitir que la potestad discrecional obedece a claras 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 y de la inmediación, es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y la atribuya a sus ejecutores, es decir, los funcionarios administrativos.

La potestad discrecional es, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad, siendo por naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan solo 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.

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de “arbitrariedad” (en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, el permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos); el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de la legalidad y en la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública. (Santofimio Gamboa, 2007, p.46-47)

Control Judicial de la facultad discrecional

Al respecto Gordillo expresa que:

Se pueden mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control judicial y administrativo de la legitimidad del ejercicio de la función

administrativa : a) los que hemos llamado límites clásicos: razonabilidad (proporcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, etc.), desviación de poder, buena fe, alterum non laedere, doctrina de los actos propios (confianza legítima, no contradicción, etc.), eventualmente la equidad; b) Los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación, etc. (Gordillo, 2003)

La Facultad discrecional para el retiro de oficiales y suboficiales del servicio activo

Una vez expuesto el marco conceptual y doctrinario se desarrollará la aplicación de la facultad discrecional en la institución armada, veamos:

Procedimiento para ejercer la facultad discrecional en las Fuerzas Militares

El artículo 217 de la Carta Política señala que corresponde a la ley no sólo determinar lo relativo a los reemplazos, ascensos, derechos y obligaciones de los miembros de las Fuerzas Militares, sino también lo referente a su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 217).

Así, las Fuerzas Militares de la República de Colombia son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

El mencionado artículo 217 se encuentra actualmente desarrollado en el Decreto 1790 de 2000, el cual estableció las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. “Por medio del presente Decreto se regula el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” (Decreto 1790 de 2000, Art.2o). Dentro de los aspectos regulados por este cuerpo normativo se encuentra lo referido al retiro contenido en los artículos 99, 100, 101, 102, 103 y 104.

El artículo 104 del Decreto 1790 del 2000, modificado por el artículo 25 de la ley 1104 de 2006 es explícito al estipular el tiempo y autoridad que puede realizar el retiro discrecional.

Por razones del servicio y en forma discrecional, se puede disponer el retiro de los oficiales y suboficiales con cualquier tiempo de servicio previa recomendación del Comité de Evaluación, conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca el funcionario. Cuando se trate de oficiales requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 del mismo decreto.

De igual forma el artículo 99 menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto. (Decreto 1790 de 2000, 2000, Art 99).

En el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 está normado el retiro por llamamiento a calificar servicios y se dispone: “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro” (Decreto 1790 de 2000, Art 103).

Con base en los conceptos que nos presenta la doctrina y la jurisprudencia, que veremos más adelante, correspondientes a la facultad discrecional, se podría plantear que el llamamiento a calificar servicios de que trata el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, podría contener un elemento discrecional, que en la práctica se traduce en la potestad de la que está investido el funcionario competente para seleccionar de un grupo de militares que estando considerados para ascender al grado inmediatamente superior y quienes cumplen los requisitos tales como: el tiempo de permanencia en el grado, tiempo de mando, lista de clasificación y de igual forma tienen cumplido el tiempo para recibir una asignación de retiro. De esta forma se faculta prescindir de funcionarios con excelentes hojas de vida, catalogados entre los mejores, pero que por razones de cupo y en atención a la estructura piramidal deben terminar la carrera de las armas.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Colombia, el carácter vinculante, obligatorio y fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido hoy en día. Así, por ejemplo, en sentencia C-816 de 2011, esta Corte explicó que:

La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el

deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-816/11, 2011)

Las referencias constitucionales a las que hace mención la cita, se encuentran en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución, cuando predicán que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional son i) el “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, ii) el “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, y iii) la encargada de la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, respectivamente.

En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.

La Corte Constitucional ha desarrollado la jurisprudencia correspondiente a la facultad discrecional y es precisamente durante el presente año que emitió dos sentencias de unificación que retoman los precedentes de la última década, se trata de la Sentencia de Unificación 172 de 2015 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que ratificó la línea jurisprudencial trazada por ese mismo tribunal mediante la Sentencia de Unificación 053 de 2015 y expresa:

En Derecho Administrativo es necesario diferenciar la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. La potestad reglada se presenta cuando una autoridad está sometida estrictamente a aplicar la ley (en sentido general), si se dan determinados hechos regulados por ésta.

Dicha potestad está fundamentada en el principio de legalidad, que establece que toda actividad estatal debe ser ejecutada de acuerdo a la ley. En esa medida, busca que los actos oficiales no estén regidos por el capricho o la voluntad de las personas.

Ahora bien, como es sabido, las hipótesis legalmente reguladas no agotan la totalidad de las presentes en la cotidianidad de la actividad estatal, debido a lo cual, para la prestación eficaz y celere de la función pública, se han diseñado herramientas que permiten la toma de decisiones, sin pasar por todo el proceso legislativo correspondiente, pero que respetan el principio de legalidad.

La principal herramienta para dar solución a esta tensión es la posibilidad de facultar a determinados funcionarios públicos para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general.

En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley.

En el derecho administrativo clásico, la facultad discrecional de la Administración está sustentada en la separación de poderes pura y simple. Por tanto, según esta visión, los actos discrecionales de la Administración pública no pueden ser susceptibles de control judicial, pues ello implica la intromisión de esa Rama del Poder, en aquella. Por la misma razón, tampoco es exigible la motivación de los mismos, por lo cual la arbitrariedad de algunos actos discrecionales queda, entonces, fuera del alcance de cualquier tipo de control.

Desde otra visión, que predica una separación de poderes recíproca o de controles mutuos, como la presente en el Estado Social de Derecho o en el Estado Constitucional, la tesis del

control judicial de los actos discrecionales varía, en clave de protección de derechos de los administrados e instruye una necesaria proscripción de la arbitrariedad. Por ello, bajo esta visión los actos discrecionales son susceptibles del control de constitucionalidad y de legalidad por parte de los jueces y es exigible a la administración pública presentar un mínimo de justificación para la toma de decisiones.

Colombia, gracias a que está instituida bajo la fórmula de Estado Social de Derecho, se inscribe en la tesis que admite el control judicial de los actos discrecionales de la administración pública y exige un mínimo de justificación para la expedición de éstos. Lo anterior, en virtud de los postulados de primacía constitucional, de sometimiento de los poderes públicos a la ley, de colaboración armónica entre éstos, de prohibición de la arbitrariedad y de protección efectiva de los derechos de los habitantes del territorio nacional.

Así, para esta Corporación ha sido claro que los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad.

Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Para Cassagne, la arbitrariedad es un concepto amplio “y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad” (J.C., 2009, p.196). Por tanto, según la sentencia C-031 de 1995, hasta “en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho” (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica “una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU172/15, 2015).

El deber de motivación en la facultad discrecional en los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

La Corte Constitucional ha establecido de forma reiterada que existe un deber de motivación por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuando utiliza la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. La referida obligación cohabita con una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a estas instituciones que se sustenta en las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía, relativas a la seguridad del Estado y de la ciudadanía, así como en el vínculo permanente de esas competencias con el interés público.

En las sentencias C-525 de 1995 y C- 179 de 2006 la Corte estimó que la utilización de la facultad discrecional de desvinculación de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse de forma inconsulta o arbitraria, puesto que dicha potestad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales y en un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-525/95,1995) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179/06, 2006)

El legislador y la jurisprudencia han construido unos límites al ejercicio de dicha competencia representados en la legalidad y la salvaguarda del debido proceso, toda vez que la discrecionalidad se ejerce en el marco de la ley, y no fuera de ésta.

El ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración. En efecto, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, [sino que ha de quedar] consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”

El Tribunal Constitucional ha exigido la motivación de los actos de desvinculación de los miembros de la fuerza pública. Aunque, debe indicarse que este precedente se constituyó a partir de tutelas interpuestas directamente contra la –Nación- el Ejército o Policía Nacional, cuando el personal de las referidas instituciones era retirado del servicio sin motivación por razones de la mejora del servicio. Por eso, todas las providencias de esta línea jurisprudencial ordenaron a la fuerza pública motivar dichos actos jurídicos.

La sentencia T-995 de 2007 censuró por primera vez en sede de revisión, el retiro inmotivado del servicio activo de un oficial de la Policía Nacional, al afirmar que esta Corte no se cansará de repetir que es imposible, a la luz de la Constitución Política actual de la República

de Colombia, confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad antojadiza. Este es el caso que se estudia en la presente sentencia; el caso de quien opta por la profesión del policía, con todo el sacrificio que ellos implica, para, a la larga, verse separado de la carrera que ha elegido, sin recibir explicación alguna. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-995/07, 2007).

Incluso, la Corporación manifestó que la motivación de los actos jurídicos de desvinculación del Ejército debe presentarse en el caso de los soldados regulares o profesionales. Por ende, “la discrecionalidad no puede ser asimilada a actuación secreta o inconsulta y la motivación, justamente, contribuye a que la persona directamente concernida se entere de aquello que le resulta de particular interés.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-569/08, 2008).

Más adelante, en el asunto de una desvinculación de un suboficial del Ejército Nacional, la Corte consideró en la sentencia T-1173 de 2008 que la discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Además, estableció que la discrecionalidad no se confunde con la arbitrariedad, ya que, tratándose del retiro de miembros de la Fuerza Pública, la ley es la llamada a establecer las condiciones para el ejercicio de esa facultad y, por ello, debe contemplar

- i) la existencia misma de la potestad,
- ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados, y
- iii) la obtención de una finalidad específica.

Estos elementos implican que los actos administrativos discrecionales, como los que desvinculan del servicio al personal de la Fuerza Pública deben contener un mínimo de

motivación que permita que sean controvertidos judicialmente. Ello protege el derecho al debido proceso a través del acceso a la justicia. Cuando se trata de esta clase de actos jurídicos, la motivación no es excluida, sólo es limitada a que cuando menos sumariamente se manifieste la adecuación de los fines de la norma que autorizó la facultad con los hechos que le sirven de causa para su aplicación. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-113/08, 2008).

En suma, la Corte ha reiterado en diversas oportunidades que la Fuerza Pública –Fuerzas Armadas y Policía Nacional- tiene el deber de motivar los actos de retiro del servicio de sus miembros. Para la Sala es evidente que en el precedente no ha existido un trato diferente al personal de estas instituciones respecto de la justificación de dichos actos administrativos.

Más adelante, en los fallos T-297 y T-824 de 2009 la Corte indicó que el uso por parte de la Policía Nacional de la facultad discrecional de retiro tiene pleno respaldo constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-824/09, 2009) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-297/09, 2009). No obstante, ésta no es absoluta. En este sentido, un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución cuando:

El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad

Establece la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo.

Tiene la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional; y se muestra el informe reservado al afectado, en los eventos en que dicho documento es el sustento del retiro discrecional del servicio, toda vez que el secreto operara frente a terceros, pero no ante el servidor público.

Conforme al precedente constitucional, la Sala sintetiza que la motivación de los actos discrecionales del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, esto es tanto de las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional es obligatoria. Este deber es consecuencia de la salvaguarda al debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la administración de la utilización de esta facultad, de modo que el acto de retiro propiamente dicho contribuya al cumplimiento de la finalidad de la respectiva institución. Al mismo tiempo, la obligación de motivación promueve la realización de valores del Estado Social de Derecho como es evitar la concentración de poderes ilimitados y la arbitrariedad las conductas de las autoridades (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-638/12, 2012).

Continúa la Corte Constitucional en la Sentencia SU172/15 :

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de

un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional[84]. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Continuando con el análisis jurisprudencial en sede de la jurisdicción contencioso administrativa la línea jurisprudencial en la materia se compone de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en las cuales se han anulado actos administrativos por el uso excesivo de tal prerrogativa. A continuación se registran los apartes de algunos de los fallos pertinentes.

Específicamente de la sentencia del 3 de agosto de 2006, con radicado 0589-05 se destaca:

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro, a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Con relación a la motivación del acto administrativo mediante el cual se adopta la decisión de retiro, la Corte ha estimado que en él se deben indicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de retiro, pues es con base en los argumentos expuestos en dicha decisión que el afectado podrá garantizar su derecho de defensa en esa instancia y -de no estar de acuerdo con ella-, eventualmente acudir ante la justicia contenciosa para solicitar el amparo de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Ahora bien, en el evento en que el retiro del servicio tenga fundamento en pruebas e informes de carácter reservado, a fin de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso del uniformado, esa documentación debe ponerse en su conocimiento, pues “El informe es

reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado.” (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Otro importante fallo nos ilustra de la siguiente forma:

En conclusión, los actos administrativos de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, son típicos actos de discrecionalidad de la Administración, que no obstante ello, deberán tener una motivación y un procedimiento que los preceda, en el que se ponga en conocimiento del servidor público las razones por las cuales es apartado del cumplimiento de sus funciones; las cuales deberán ajustarse a la Constitución y la Ley. (Consejo de Estado de Colombia, Rad. 25000-23-42-000-2014-02051-01(AC), 2014).

El Consejo de Estado en el siguiente fallo apuntala:

Lo anterior por cuanto, no existió ninguna justificación para retirarlo del servicio activo diferente al cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicios y concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, ya que la administración procura el mejoramiento del servicio, y de acuerdo con el folio de hoja de vida y a las calificaciones de evaluación, el servicio prestado por el demandante era destacado, razón por la cual se presentó una falsa motivación del acto.

Inconforme con la decisión anterior, la entidad interpuso recurso de apelación al estimar que los actos no reglados o discrecionales no requieren motivación, ya que obedecen al mejoramiento del servicio de conformidad con los requisitos establecidos en el Decreto 1791 de 2000 y en la Ley 857 de 2003.

El 10 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas modificó la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad parcial del Decreto No. 148 de 25 de enero de 2010 y confirmó en lo demás, al considerar que a partir del marco legal y jurisprudencial del

llamamiento a calificar servicios, dicha facultad debe realizarse dentro de los límites justos y ponderados, pues si bien no se exige motivación no quiere decir que la decisión carezca de motivos (Consejo de Estado de Colombia, Rad.11001-03-15-000-2014-02676-00(AC), 2014).

En el siguiente caso se enfatiza lo relacionado a la motivación del acto administrativo así:

La falsa motivación, que en el entender de la Sala ocurre cuando no hay correspondencia entre la realidad fáctica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos por la Administración para proferirlo. Para este preciso caso, la Resolución No. 5166 de 30 de noviembre de 2009..., consigna como motivos para su expedición, la aplicación de los Artículos 99, 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006 y, 14 del Decreto 4433 de 2006, que establece el retiro cuando el oficial cuenta con más de 18 años de servicio a la Institución.

De acuerdo con lo anterior, el llamamiento a calificar servicios, en cuanto es una facultad discrecional, no exige la motivación del acto, pero sí la justificación de los motivos, la cual no puede ser otra que el mejoramiento del servicio, por lo que corresponde al fallador evaluar, del material probatorio obrante dentro del expediente, los elementos de juicio existentes para reafirmar o desvirtuar la presunción del buen servicio.

En efecto, tal y como lo ha sentado la jurisprudencia de esta Jurisdicción, cuando de facultad discrecional se trata, la administración no está en la obligación de motivar sus decisiones, pues las mismas, al estar cobijadas por la presunción de legalidad, se entienden expedidas en aras del mejoramiento del servicio, sin que ello signifique que carezcan de motivación. (Consejo de Estado de Colombia, rad. 11001-03-15-000-2014-01140-00(AC), 2014).

También se subrayan los cuestionamientos al indebido ejercicio de la facultad discrecional de la siguiente manera:

En suma, la Sala llega a la convicción de que fueron razones del buen servicio las que sirvieron de fundamento a la entidad demandada para retirar al actor, pues no resulta explicable, ni encuentra la más mínima justificación que a un oficial en condiciones personales, morales, de sociabilidad que lo ubicaban en el rango “e”, es decir, las “**exigidas**” en la actividad militar, que demostraba espíritu de superación, virtudes militares y desempeño en el cargo, catalogado como “**superior**” (rango B), merecedor de constantes felicitaciones y condecoraciones por su profesionalismo, excelente labor, liderazgo y preocupación por el cumplimiento de sus responsabilidades, **razones del servicio aconsejaron primero trasladarlo del Grupo de Acción Integral**, a la Brigada de Aviación del Ejército (septiembre 17 de 2001) **sin asignarle funciones** y finalmente retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional. El manejo en esas condiciones dado al oficial, resulta contrario a principios y valores previstos en la carta política, (respeto a la dignidad humana y derecho al trabajo en condiciones dignas y justas) y desborda las mínimas condiciones de trato considerado y esperado en las relaciones laborales. En esas condiciones, aparece evidente el desvío de poder alegado en la demanda. (Consejo de Estado de Colombia, rad.25000232500020020439102(0075-08), 2012).

La Desviación de poder en ejercicio de la facultad discrecional

El concepto desviación de poder se origina por vía jurisprudencial en el Consejo de Estado francés a mediados del siglo XIX y al respecto Maurice Hauriou, tratadista de la época, la definía diciendo que:

Es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su

poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fué conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio. (Hauriou, 1921, p.455).

Al respecto Laferrière manifiesta que

la expresión desviación de poder se había introducido en una época relativamente reciente en la terminología de lo contencioso administrativo, significando el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fué instituido y hacerle servir a fines para los cuales no estaba destinado. (Laferrière, 1896, p. 548).

Recientemente, en Sentencia de junio de 2012, el Consejo de Estado definió la desviación de poder así:

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 Derecho. (Consejo de Estado de Colombia, rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), 2012).

Al respecto la publicación virtual de la revista *Ámbito Jurídico* registró en enero de 2015,

Según el Decreto 1790 del 2000, el retiro de un oficial del Ejército Nacional debe tener como objetivo el mejoramiento del servicio, recordó el Consejo de Estado en fallo de la Sección Segunda que declaró la nulidad del acto de retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios de un mayor de infantería del Ejército Nacional al cual, en el año anterior al retiro, se le registraron cerca de 66 anotaciones positivas referidas a su condición profesional, ejercicio de mando, competencia administrativa y desempeño y agregó que: “Cuando se produce una desvinculación que no obedezca a ese propósito, esta podría constituirse en una desviación del poder. Más aún, si la persona retirada ha sido reconocida por sus calidades personales y profesionales” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 68001233100020040075301 (0779-11)).

Según la Sala:

El retiro del servicio debe ser una medida acorde a la moralidad y eficacia que se espera de una decisión que no solo afecta los derechos particulares sino también el interés general de la comunidad, quien confía en la idoneidad y capacidad del personal que ejecuta las tareas encomendadas a las Fuerzas Militares del país”, además la sentencia mencionó que oficiales de tan altas calidades personales y profesionales son los que se esperan integren las filas de los cuerpos castrenses del país con el único fin de garantizar el cumplimiento de la finalidad que la misma Constitución Política le ha asignado al Ejército Nacional, a saber, la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional, así como del orden constitucional vigente.

De igual forma, la Sala consideró que la decisión de retirar del servicio al demandante no solo no estuvo acorde con los fines previstos en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 del 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos

que supuestamente le sirvieron de causa, pues en la proximidad de su retiro solo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado que ostentaba. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), 2011). (Decreto 1790 de 2000, 2000)

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal se dirige a analizar la legalidad del acto desde su finalidad. (Código Contencioso Administrativo Colombia, 1989) Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Berta Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, se sostuvo:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”. (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.)

A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al beneficio colectivo, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho. Así, por ejemplo, el tratadista Tomás

Ramón Fernández enseña que: “Todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular, es un poder, por tanto obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de éste”. (Fernández, 2002, p.166)

(...) La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la 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 solo hecho arbitrario. (Fernández, Navegador de la Contratación Estatal Colombia)

(...) La anulación del acto discrecional es la excepción porque el punto de partida de toda la construcción sigue siendo el mismo: la Administración activa tiene una libertad inicial indiscutida para decidir lo que estime oportuno cuando la norma que lo habilita para actuar no le impone expresamente condiciones especiales, y en esa libertad el juez no puede inferir porque la propia Ley penal le prohíbe turbar de cualquier manera que sea la acción de los cuerpos ejecutivos, cuyas decisiones no puede en ningún caso suplantar. (Fernández, Navegador de la Contratación Estatal Colombia)

El principio de separación de poderes sigue siendo una barrera insalvable que limita excesivamente el control jurisdiccional o, para ser más exactos, sigue postulando la independencia de la Administración que solo excepcionalmente puede ser quebrada. Lo que decide la Administración debe aceptarse en todo caso, salvo que, por alguna razón, resulte evidente y notorio que está mal hecho (Fernández, Navegador de la Contratación Estatal Colombia).

Violación de normas superiores en ejercicio de la facultad discrecional

Al respecto sostiene el Consejo de Estado:

Por esto último, la potestad discrecional de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, debe estar encaminada al respeto de los principios consagrados en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política, pues dicha facultad no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que se expidan, al logro de los postulados fundados en el buen servicio de la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo. (Constitución Política de Colombia, 1991). En ese orden de ideas, los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la Republica (Consejo de Estado de Colombia, rad. 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC), 2013).

En lo atinente a la falsa motivación y a la ausencia o falta de motivación ha sostenido en Consejo de Estado:

Se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos administrativos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos (Consejo de Estado de Colombia, Rad. 16660, 2012).

También al respecto nos ilustra la jurisprudencia:

La falta de motivación es una situación distinta a la falsa motivación, ya que aquella puede constituir un vicio de forma, cuando el acto administrativo deba ser motivado, en la medida en que así lo disponga su regulación específica; mientras la segunda situación es un vicio de fondo o sustancial, en cuando se da en las razones de hecho o de derecho que sirven de fundamento al acto, lo cual significa un problema fáctico o jurídico, en la medida en que es puramente probatorio o de adecuación normativa (Consejo de Estado de Colombia, Rad. 6717, 2001).

En este contexto vale la pena hacer referencia a la obra *Los Ilícitos Atípicos* de Manuel Atienza y Juan Luis Manero, quienes al referirse a los principios y las reglas nos presentan otra categoría consecencial del ejercicio indebido de la facultad discrecional al expresar que:

Si los ilícitos típicos son, pues, conductas contrarias a una regla (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato. Otros – los que aquí nos interesan – son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo – y en razón de su oposición a

algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder (Atienza y Ruiz, 2000, p. 59).

Conclusiones

El concepto de facultad discrecional se estructura en Colombia basado en que su aplicación facilita el desarrollo de la actividad administrativa para el adecuado funcionamiento del Estado y es la misma administración la que establece los límites para su ejercicio y los procedimientos con un marco legal, jurisprudencial y doctrinal suficientemente, amplio. Este concepto ha evolucionado desde la doctrina francesa y española, que han contribuido a consolidar la postura clara y firme de que no puede desbordar en la arbitrariedad, ni mucho menos apartarse de la ley, ni ser violatoria de los principios y derechos constitucionales.

La Corte Constitucional ha consolidado un criterio jurisprudencial que dispone la motivación de los actos administrativos como garantía de los derechos fundamentales, donde actualmente los hitos corresponden a las sentencias de unificación SU 172 de 2015 y SU 053 de 2015, proferidas en vía de revisión, originadas en la impugnación excepcional de sentencias judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa.

En sede del contencioso administrativo el Consejo de Estado, donde a pesar de que no existe un criterio tan unificado como el de la Corte Constitucional, si se refleja una evolución en los últimos años pasando a una posición más objetiva, que se acerca a las posturas de la Corte Constitucional particularmente en lo atinente a la motivación de los actos administrativos que se expiden para el retiro por la facultad discrecional, situación que reviste preponderancia en aras de la seguridad jurídica de los integrantes de las Fuerzas Militares.

De igual modo, en las dos instancias de cierre se aprecia identidad común sobre el criterio de que la facultad discrecional debe cumplir proporcionalmente el fin propuesto, que en esencia corresponde al mejoramiento del servicio que la institución armada presta a la ciudadanía.

Sin embargo, en la práctica, no obstante que lo anteriormente indicado refleja que la facultad discrecional está normada en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, en forma general y específicamente para las Fuerzas Militares en el Decreto 1790 de 2000 y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado es amplia y sólida sobre la motivación de los actos administrativos mediante los cuales son retirados del servicio integrantes de la fuerza pública en aplicación de la facultad discrecional, se siguen presentando casos en los que se desconocen los precedentes jurisprudenciales y se vulneran los derechos fundamentales como resultado de valoraciones subjetivas y decisiones arbitrarias que dan al traste con la carrera de militares con hojas de vida intachables, afectando de paso el buen servicio, en este caso relacionado con la seguridad nacional, que se debe prestar a la ciudadanía, originando demandas algunos de las cuales derivan en fallos condenatorios contra el Estado Colombiano que afectan el presupuesto nacional y la imagen institucional.

De este modo se puede afirmar sin lugar a dudas que la facultad discrecional para el retiro de integrantes de las Fuerzas Militares presenta como uno de sus principales vicios la desviación de poder, esta situación configura un elemento de control judicial sobre los actos administrativos caracterizados por la violación del principio de legalidad, de los derechos fundamentales entre ellos el debido proceso y el derecho a la defensa, revestidos de extralimitación de funciones, por falsa motivación o por falta de la misma, que desbordan los límites establecidos por la Constitución y la Ley y pueden traer como consecuencia la nulidad de los actos administrativos proferidos para tal fin.

Por vía de recomendación se plantea la necesidad de que se fortalezca en el sector defensa los conocimientos sobre la facultad discrecional y que su aplicación sea orientada por parte de los funcionarios competentes a cumplir los fines esenciales del Estado y propender más por los intereses de la ciudadanía y de la institución armada, dándole un sentido razonable y proporcional a sus decisiones con el fin de ejercer legítimamente la facultad otorgada y evitar de esta forma la subjetividad y la arbitrariedad, en atención a que según la estadística el dato numérico de las providencias falladas en contra del Ministerio de Defensa desde el año 2011 a la fecha, por facultad discrecional es de 203 y por llamamiento a calificar servicios es de 32 (Ministerio de Defensa de Colombia, 2015), los fallos proferidos en contra de la nación evidencian vacíos en los procedimientos administrativos que se cumplen en las Fuerzas Militares y Policía Nacional para el retiro del personal mediante la facultad discrecional, estos vacíos constituyen desviación de poder y corresponden principalmente a la violación a los principios constitucionales del debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la igualdad.

Igualmente se debe tener en cuenta que de acuerdo con la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, reglamentada por la Ley 678 de 2001, los servidores públicos que generen condenas en contra de la nación por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, deberán responder patrimonialmente por los perjuicios que haya cubierto el Estado (Constitución Política de Colombia, 1991).

Finalmente a manera de discusión se plantea que el llamamiento a calificar servicios en aplicación del artículo 103 del Decreto 1790 de 2000 correspondería también a una facultad discrecional, como lo ha enunciado el Consejo de Estado (Consejo de Estado de Colombia, rad. 11001-03-15-000-2014-01140-00(AC), 2014) y en atención a que constituye un instrumento para la administración del recurso humano que facilita prescindir de funcionarios con excelentes

hojas de vida, catalogados entre los mejores, pero que por razones de cupo y en atención a la estructura piramidal terminan la carrera de las armas cuando han cumplido el tiempo para recibir una asignación de retiro; de tal manera que se se espera que por medio de la jurisprudencia y la doctrina se continúe desarrollando este planteamiento.

Referencias

Ambito Jurídico-Legis, Retiro de militar distinguido podría constituir una desviación del poder,

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 68001233100020040075301 (0779-11),

Extraído Noviembre 15, 2015, desde

<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120103->

[01_\(actualmente_en_todas_las_organizaciones_publicas_y_privadas_es_muy_importante_te\)/noti-120103-](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120103-01_(actualmente_en_todas_las_organizaciones_publicas_y_privadas_es_muy_importante_te)/noti-120103-)

[01_\(actualmente_en_todas_las_organizaciones_publicas_y_privadas_es_muy_importante_te\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120103-01_(actualmente_en_todas_las_organizaciones_publicas_y_privadas_es_muy_importante_te).asp)

Atienza, M. Y Ruiz Manero, J. 2000, Ilícitos Atípicos. Madrid: Trotta.

Brewer A. R. – Carías, 2013, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Madrid: Civitas,

Thomson Reuters.

Biblioteca Raúl Bailleés JR. ITAM, Extraído Noviembre 29, 2015, desde

http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras34/textos2/sec_3.html.tegrado

Cassagne, J.C., 2009, El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad

administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons. p. 196.

Código Contencioso Administrativo, 1989 , Art. 63, 66, 70, 85.

Código Contencioso Administrativo, 1984, Art. 62, 65, 67, 68 y 175

Código Contencioso Administrativo, 1988, Art. 133.

Código Contencioso Administrativo Colombia, Art.84, Acción de nulidad, 1989.

Código Contencioso Administrativo, 1999, Art. 137.

Colombia. Decreto Ley 1790 de 2000, Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Septiembre 14 de 2000. Diario Oficial 44.161.

Colombia. Decreto Ley 1791 de 2000, Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional. Septiembre 14 de 2000. Diario Oficial 44.161.

Colombia. Decreto Ley 857 de 2003, Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones., Diciembre 26 de 2003. Diario Oficial 45.412.

Colombia. Decreto Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. núm. 47.956.

Consejo de Estado de Colombia, Marzo 15 de 2001. Radicación número: 6717.

Consejo de Estado de Colombia, Marzo 15 de 2012. Radicación número: 16660.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01140-00(AC), 2014.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 25000-23-42-000-2014-02051-01(AC), 2014.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 68001233100020040075301 (0779-11), Noviembre 17 de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Radicación número: 25000232500020020439102(0075-08), 2012.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Radicación número: 68001|-23-15-000-2001-01079-02(219010); Febrero 9 de 2012.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12); Diciembre 6 de 2012.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Sentencia 44001-23-33- 000-2013-00151-01 (AC); Noviembre 26 de 2013.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074); Noviembre 30 de 2006.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia 70001-23-31-000-1997-06303-01 (23003); Julio 30 de 2008.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Subsección A. Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), Junio 27 de 2012.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC); Febrero 10 de 2011.

Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación Interna No

110010306000201500042 00 de número único 2247, Solución de continuidad. Ascensos retroactivos de las Fuerzas Militares, 2015.

Constitución Política de Colombia. Art. 2, 87, 173, 209, 217, 238 y 277. Julio 7 de 1991

(Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-053/15 de 2015 (M.P: Gloria Stella Ortiz

Delgado; Febrero 12 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU172/15, Extraído Noviembre 29, 2015, desde <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU172-15.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-297/09, Extraído Noviembre 29, 2015, desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-297-09.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-297/09 de 2009, Acción de tutela instaurada por Pedro Antonio López Muñoz contra la Dirección de la Policía Nacional, el Comandante de la Región No. 8 de la Policía Nacional y el Comandante de la Policía del Magdalena, con vinculación oficiosa del Jefe de Inteligencia del Departamento de Policía del Magdalena, el Ministro de Defensa Nacional, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional y el Presidente de la República. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Abril 23 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-432/08, Extraído Noviembre 29, 2015, desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-432-08.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-638/12 de 2012, Acción de tutela instaurada por: Luis Alberto Ramos Pájaro contra el juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; y Armando Lozada Carmona contra el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Agosto 16 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-655/09, Extraído Noviembre 29, 2015, desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-655-09.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Extraído Noviembre 29 de 2015, desde <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU172-15.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU172/15 de 2015, Facultad discrecional del gobierno Nacional para el retiro de miembros de la Policía Nacional, en servicio activo. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; Abril 16 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-179/06 de 2006, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 parcial, de la Ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto Ley 1791 de 2000”, y el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. (M.P.: Alfredo Beltran Sierra; Marzo 8 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-525/95 de 1995, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional", y contra el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional",. (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; Noviembre 16 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-569/08 de 2008, Retiro discrecional de miembros de la fuerza pública – Debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales. (M.P.: Rodrigo Escobar Gil; Mayo 29 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-824/09 de 2009, Acción de tutela de María Elena Gómez Méndez contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Noviembre 19 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-995/07 de 2007, Acción de tutela instaurada por Jesús María Camargo Torregroza contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, con citación oficiosa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional. (M.P.: Jaime Araújo Rentería; Noviembre 21 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1173/08 de 2008, Acción de tutela de Lucas Julián Rincón Sánchez en contra del Comandante del Ejército Nacional y otro. (M.P.: Jaime Códorba Triviño ; Noviembre 28 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816/11 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Definición de “autoridad” y “sentencia de unificación” (M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo; Noviembre 1 de 2011).

Fernández, T. R.. 2002, De la arbitrariedad de la Administración. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández T. R., 2012, Curso de derecho Administrativo I, Civitas ediciones S.L.

Gordillo A., 2003, Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Hauriou, M. 1921, *Precis de Droit Administratif*, 1921, 10ª ed.. París: Sirey.

Hartmut M., 2011, *Derecho Administrativo* (Doménech Pascual G. coord. Traducc.), Madrid: Marcial Pons.

Herrera Robles, A., 2012, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* , Barranquilla: Universidad del Norte.

Ibagón Ibagón, M. L., 2012, *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Laferrière, E. 1896, Traite de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 ed., vol. II, París: Deuxième.

Ministerio de Defensa de Colombia. OFI15-76260 MDN-DSGDAL-GCC, 2015, Respuesta Derecho de Petición, Bogotá, 23 de Septiembre de 2015.

Navegador de la Contratación Estatal Colombia, Extraído Octubre 15 de 2015, desde http://www.tesauro.com.co/NULIDADES/Jnulidesviacin_1.htm#_edn4

Parejo A. L., Jiménez Blanco A. y Ortega Álvarez L., 1994, La actividad de la Administración Publica: sus características clasificaciones y formas, en el Manual derecho Administrativo 3ra edición, Barcelona: Ariel.

Pardo J. E., 2011, Lecciones de Derecho Administrativo, Madrid: Marcial Pons.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Extraído Noviembre 29, 2015, desde <http://dle.rae.es/?id=TU1KCFY|TU2nLT0>.

Red Jurista, Extraído Noviembre 1 de 2015, desde <https://www.redjurista.com/documents/ce-sec2-exp1999-n13913.aspx>.

Sánchez Torres, C. A., 1995, Teoría general del acto administrativo, Bogotá: Dike.

Sánchez Morón M., 2013, Derecho Administrativo, Madrid: Tecnos, 9a edición.

Unad, Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Lección 1: Concepto y elementos del acto administrativo, Extraído el 28 de Noviembre de 2015 desde http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_1_concepto_y_elementos_del_acto_administrativo.html.

Vidal Perdomo, J., Díaz Perilla, V., Rodríguez, G. A., 2005, Temas de derecho administrativo contemporáneo, Bogotá: Universidad del Rosario .

Santofimio Gamboa, J. O., Tratado de Derecho Administrativo – Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, 4a ed., Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

Serrano Gómez, E., 1994, Legitimación y racionalización: Weber y Habermas, la dimensión normativa de un orden secularizado, Barcelona: Anthropos.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2001, Concepto 01020844.

Zabludovsky, G., 1995, Sociología y política, el debate clásico y contemporáneo, México D.F.: Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa S. A.