



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION TERCERA

ACLARACION DE VOTO

CONSEJERA PONENTE: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO

Expediente: 11001 03 26 000 2002 00020 01  
Radicación: 22.565  
Actor: Nación – Departamento Administrativo de Seguridad  
DAS  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Acción: Repetición

Si bien compartí la decisión que se adoptó mediante la sentencia que la Sala profirió dentro del expediente de la referencia, razón por la cual la acompañé con mi voto, igualmente estimo pertinente aclarar dicho voto en relación con un aspecto que la mayoría decidió consignar en las consideraciones del fallo y que incluso sirvió de fundamento para definir la responsabilidad del demandado, pero de cuyo contenido me aparto.

En efecto, la mayoría de la Sala precisó que en el presente caso había lugar a acoger las pretensiones de la demanda que se formuló en ejercicio de la acción de repetición, por estimar que la conducta por la cual fue enjuiciado el demandado –la cual, a su turno, dio lugar a que en proceso previo se hubiere declarado judicialmente responsable al DAS–, habría sido una conducta culposa, tal como concluyó, después de la correspondiente valoración probatoria de los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda, “... *que la conducta del demandado fue gravemente culposa, como quiera que con su comportamiento infringió el deber objetivo de cuidado que le asiste a un*



*hombre diligente, de proceder con la justicia y la mesura que la investidura de su cargo le exigían ...”.*

Y en ello radica mi discrepancia para con las conclusiones adoptadas por la mayoría de los integrantes de la Sala, puesto que todos los análisis que sirvieron de fundamento a la conclusión que se deja parcialmente transcrita permiten deducir, con claridad, que la conducta que le fue imputada al demandado en realidad debió serle atribuida a título de dolo y no a título de culpa grave.

Ciertamente, para sustentar el anterior aserto basta con repasar los siguientes apartes del análisis que la propia Sala plasmó en la sentencia a la cual se refiere la presente aclaración de voto:

*“Ahora bien, considera la Sala que de conformidad con lo anterior, el demandado actuó con culpa grave, como quiera que en su calidad de Director de DAS y ante el hecho de que no se tenía claro el motivo por el cual el traslado no se llevó a cabo, le correspondía antes de declarar insubsistente el nombramiento de la Doctora Franco Cardona, proceder a averiguar si en realidad el cumplimiento de dicha orden era del resorte de sus funciones.*

*“Pero ello no fue así, por el contrario, el entonces director del DAS General en retiro Luis Enrique Montenegro se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, toda vez que, dominado por la molestia que le generó que el traslado no se concretara, realizó una serie de imputaciones sobre la responsabilidad de la mencionada funcionaria, alejadas de la realidad y carentes de objetividad y además con fundamento en esa convicción errada procedió a declararla insubsistente, conducta que en últimas fue la que produjo la declaratoria de nulidad proferida por esta jurisdicción, por configurar una desviación de poder por la cual el Estado resultó comprometido patrimonialmente.” (Las negrillas no pertenecen al texto original).*

“ .....

*“Si bien es cierto que la molestia del General en retiro Luis Enrique Montenegro Rinco, tenía fundamento en una circunstancia objetiva relacionada con el grave estado de salud en el que se encontraba la funcionaria no trasladada, también lo es que dicha situación no justifica que precisamente influenciado por su estado de ánimo, procediera a declarar insubsistente a*



**una persona sin el convencimiento previo sobre su responsabilidad y sin adelantar las indagaciones correspondientes acerca del hecho, sobre todo si se tiene en cuenta que en varias ocasiones se le informó que la Doctora Franco Cardona no tenía responsabilidad en el mismo, a pesar de lo cual procedió a declarar su nombramiento insubsistente como una medida sancionatoria, sin que mediara la finalidad [de] mejorar el servicio y sin siquiera adelantar el proceso disciplinario correspondiente". (Se adicionan las negrillas).**

Como puede apreciarse sin esfuerzo alguno, tanto las pruebas que de los diversos hechos se allegaron al expediente, como la valoración que de tales medios de acreditación realizó la Sala, permiten tener por cierto que la conducta que desplegó el demandado –por la cual, finalmente, fue declarado responsable patrimonialmente y de manera consecencial condenado a restituirle al DAS la suma de dinero que se señala en la parte resolutive del fallo–, fue una conducta intencional, cuyos efectos fueron queridos y buscados de manera voluntaria, reflexiva y deliberada por el ahora demandado, quien molesto al extremo con la funcionaria que, a juicio de él, había desatendido sus instrucciones, decidió desvincularla de la entidad que para ese entonces él dirigía.

Así lo evidencia, según ya quedó reseñado, el análisis que realizó la Sala en cuanto destacó –según se lee en el fallo aludido– que el entonces Director del DAS actuó **"... dominado por la molestia que le generó que el traslado no se concretara ..."** y que **"... influenciado por su estado de ánimo, procedi[ó] a declarar insubsistente a una persona sin el convencimiento previo sobre su responsabilidad y sin adelantar las indagaciones correspondientes acerca del hecho ..."**, decisión que adoptó aunque **"... en varias ocasiones se le informó que la Doctora Franco Cardona no tenía responsabilidad en el mismo, a pesar de lo cual procedió a declarar su nombramiento insubsistente ..."**, determinación que, además, fue expedida **"... como una medida sancionatoria."**



En consecuencia, teniendo en cuenta que ese fue el escenario fáctico en medio del cual el entonces Director del DAS profirió la decisión administrativa que posteriormente fue declarada nula por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –cuestión que, a su vez, dio lugar a que él mismo hubiere resultado demandado mediante la acción de repetición–, me asiste la convicción de que ese proceder debió entonces calificarse de *doloso* y no de *gravemente culposo*.

A lo anterior estimo pertinente y oportuno adicionar algunas reflexiones que, de una parte, permiten sustentar cómo en el presente caso –al margen de lo que se concluyó en el proceso en el cual se adelantó el juicio de legalidad respecto del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia– también resulta posible identificar la '*desviación de poder*' como irregularidad en la conducta en la cual incurrió el demandado, a partir de las pruebas allegadas al presente proceso y, de otra parte, cómo esa desviación de poder que finalmente se tradujo en el ejercicio de la potestad sancionatoria bajo el disfraz o la apariencia de la facultad de libre nombramiento o remoción, obviamente comportó un propósito intencional, deliberado, reflexivo que no corresponde al concepto de culpa sino al del dolo.

**ALCANCES Y MODALIDADES DE LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO AFECTANTE DE LAS DECISIONES ADOPTADAS POR LOS JEFES DE LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; OPERATIVIDAD DE DICHO VICIO TRATÁNDOSE DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD NOMINADORA RESPECTO DE EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.**

En este punto se impone una aproximación genérica a la noción de *desviación de poder*, cuyo examen debe adelantarse en el contexto de las decisiones que adoptan las autoridades competentes en ejercicio de la facultad de nominar y/o de remover a quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, asunto que ha de abordarse enseguida.

**SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER.**

Sin perjuicio de reafirmar la independencia que existe y que debe



mantenerse entre el recaudo y la valoración probatoria que han de tener lugar, de un lado, en el juicio en el cual se declara la nulidad de una decisión proferida por una entidad pública por encontrarla incurso en desviación de poder y, de otro, en el proceso judicial encaminado a establecer la responsabilidad patrimonial personal de los autores del acto por dicha causa anulado, no puede desconocerse que la desviación de poder, en tanto que vicio afectante de la validez de los actos administrativos —y de los actos políticos o de gobierno—, también evidencia el obrar doloso de quienes de esa guisa expiden los actos en cuestión. Es por esta razón que importa hacer referencia a algunos aspectos genéricos de la *desviación de poder*.

Oportuno resulta destacar que la desviación de poder comporta la afectación del elemento teleológico del acto administrativo y *“consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto”*<sup>1</sup>.

El Consejo de Estado ha señalado que dicha situación se presenta *“cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero, al proferirlo, se han tenido en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se confirió el poder. En síntesis, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley. La desviación de poder debe probarse por quien la alega.”*<sup>2</sup>

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, al señalar que *“diferentes autores nacionales y extranjeros y la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia y de Colombia se han ocupado de la elaboración, en el campo del derecho administrativo, de la institución de la desviación de poder, la cual comporta el ejercicio de una competencia*

<sup>1</sup> SECCION SEGUNDA, 20 de marzo de 1997, Radicación número: 10022. Actor: LUIS EDMUNDO SOTELO D.

<sup>2</sup> SECCION PRIMERA, junio 21 de 2001, Radicación número: 11001-03-24-000-1999-5604-01(5604), Actor: MARCO FIDEL CRUZ MARTINEZ Y OTROS.



*atribuida a un órgano estatal en desarrollo de la función administrativa, que se utiliza con un propósito diferente a la satisfacción de los fines públicos en vista de los cuales aquella fue otorgada. En consecuencia, -agrega- el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”<sup>3</sup>.*

En esta oportunidad cabe precisar que aunque de los anteriores conceptos parecería derivarse que el vicio de nulidad de los actos administrativos denominado *desviación de poder* fuere de carácter subsidiario, esto es sólo potencialmente esgrimible –y, por tanto, judicialmente controlable- cuando los restantes elementos de un determinado acto administrativo –objeto, competencia, forma, procedimiento, motivación- se encuentren plenamente ajustados a Derecho –lo cual supone un acto aparentemente perfecto-, lo cierto es que de conformidad con el diseño normativo vigente y tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, esta casual de nulidad resulta autónoma, de naturaleza principal y, en consecuencia, puede concurrir, o no, junto con otros vicios.

En efecto, dicha norma legal establece, sin hacer distinción alguna, sin consagrar unas causales como principales y otras como subsidiarias, que la nulidad de los actos administrativos puede solicitarse no sólo cuando infrinjan el ordenamiento superior *“sino también cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”*.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1998. En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia C-128 de 2003.



El profesor García de Enterría advierte sobre el particular que no es exacto afirmar *"que sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurra ningún otro vicio de legalidad. Por el contrario, es perfectamente posible e, incluso, muy frecuente, que la desviación de poder coexista en un mismo acto con cualesquiera otras infracciones legales, ya sean éstas de carácter material o simplemente formal. La concurrencia de estas otras infracciones no impide en absoluto declarar la desviación del fin previsto cuando esta desviación se produzca."*<sup>4</sup>

Respecto del elemento teleológico de los actos administrativos y del correlativo vicio de nulidad que comportan las deficiencias que sobre el mismo se proyectan, esto es la llamada *desviación de poder*, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

*"La consideración del fin como una de los elementos de los actos administrativos tiene [en el Derecho español] como punto de partida el artículo 103.1 de la Constitución, según el cual la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales (...) [e]l aseguramiento de la adecuación de los actos administrativos al fin que los justifica se encomienda a la técnica de la desviación de poder. La desviación de poder es un vicio del acto administrativo que consiste según la clásica definición legal contenida hoy en el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico.*

*La desviación de poder se produce, ya persiga el acto administrativo fines privados (por ejemplo, el uso de las normas sobre fijación de complementos de productividad de los funcionarios para gratificar a quienes son afines ideológica o políticamente), o pretenda la consecución de fines públicos distintos de los previstos en la norma atributiva de competencia (por ejemplo, el uso de la potestad sancionadora con un fin recaudatorio), concurriendo, asimismo, tanto en el ejercicio de potestades regladas como cuando lo que se pone en juego son poderes discrecionales".*<sup>5</sup>

Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha dicho que *"[l]os actos administrativos se dictan con una finalidad determinada, que siempre ha de*

<sup>4</sup> García de Enterría Eduardo y Fernández Rodríguez Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 477.

<sup>5</sup> Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp 74-75.



*cristalizar la consecución del interés general. Y dicho interés público o general será el que venga previsto en la norma que aplican. Es decir, el contenido de los actos debe ser determinado y adecuado a los fines del ordenamiento jurídico, que plasman el interés general que deben perseguir la Administración en su actuación, en aplicación del Derecho objetivo a un caso concreto".<sup>6</sup>*

*En el mismo sentido, se afirma que "es principio general que la voluntad administrativa dirigida por una finalidad concreta, no debe ser arbitraria ni abusiva, por el contrario, siempre debe estar orientada en vista a la consecución de un interés público que justifique la existencia de un órgano de autoridad creado por voluntad popular para servicio de la comunidad. (...) Una finalidad viciada en la dición de un acto administrativo se traduce en el hecho de que la autoridad actuante utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquél para el cual le han sido conferidos (...) [p]or tanto, la desviación de poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de las reglas que la rigen, persigue un fin diferente de aquel que el Derecho asigna a la norma jurídica, desviando así el poder que le fue confiado."<sup>7</sup>*

En términos de la tratadista Carmen Chinchilla, existen dos formas distintas de manifestación de la *desviación de poder*, a saber: i) la *desviación hacia fines ajenos al interés general*, esto es aquellos supuestos en los cuales la Administración se orienta a la búsqueda de intereses absolutamente extraños e incluso contrarios al interés general, como serían los móviles personales, el interés estrictamente privado, el deseo de venganza, las preferencias políticas etc.<sup>8</sup> y, de otra parte, ii) la *desviación hacia fines públicos pero*

<sup>6</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo et al. *Acto y Procedimiento administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 197.

<sup>7</sup> Pérez Dayán, Alberto. *Teoría General del acto administrativo*, Ed. Porrúa, México, D. F., 2003, pp 122 y 147-148.

<sup>8</sup> Chinchilla Marín Carmen. *La desviación de poder*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 131. Se trata de la denominada en el derecho francés "*détournement de puouvoir financier*", que fue el ámbito en el cual tuvo su origen la desviación de poder, consistente en que la jurisprudencia del Consejo de Estado de aquel país proscribió la utilización de determinadas facultades, cuya finalidad principal es de carácter extrafinanciero, sirviéndose de ellas para obtener resultados pecuniarios beneficiosos para la Administración; es el caso



diferentes a aquel que señala el ordenamiento jurídico, casos en los cuales la Administración se aparta del fin señalado por el ordenamiento pero para atender otro que también considera de interés público, como el ejercicio de potestades administrativas con fines de carácter financiero, como serían los encaminados a aumentar los ingresos de una entidad pública o a disminuir sus gastos.<sup>9</sup>

Incorre, por tanto, en desviación de poder, no solo el agente que actúa impulsado por motivaciones personales como el interés privado, la venganza o los móviles políticos, sino también aquel que lo hace apartándose del fin establecido por el ordenamiento, aunque sea para satisfacer otro propósito de interés público, pues en palabras de Georges Vedel, *"como resultado de la propia estructura de la Administración cualquier agente público no tiene a su cargo el interés público en su totalidad. Cada uno de los poderes que le han sido conferidos responde a una categoría particular de interés público que no debe confundirse con otros"*<sup>10</sup>.

Las dos anotadas modalidades de la desviación de poder, identificables en función de la naturaleza de los móviles que condujeron al órgano actuante a apartarse del norte teleológico fijado en el ordenamiento para la facultad ejercida, también han sido recogidas por la jurisprudencia colombiana, tal como lo pone de presente una providencia del año 1945 en la cual se distingue la desviación de poder en interés particular de la ocurrida *"en interés público"* pero diferente de aquel cuya salvaguarda fue encomendada competencialmente al órgano actuante; en dicho fallo se afirma por el Consejo de Estado que

---

del *arrêt Beaugé*, de 4 de julio de 1924, mediante el cual se anula un bando municipal que prohibía a los bañistas vestirse y desvestirse en la playa o en cualquier otro lugar diferente de los baños municipales, pues si bien el Consejo de Estado entendió que el alcalde podía adoptar medidas encaminadas a salvaguardar la moralidad pública, consideró asimismo que esta decisión la había proferido el burgomaestre con fines recaudatorios; así se reflexionó también en el *arrêt Bluteau*, de 20 de marzo de 1953, en el cual se advirtió que una expropiación no puede tener como única razón de ser la de conseguir un ahorro para el erario. Cfr. WALINE, Marcel, *Droit administratif*, 9ª edición, Sirey, París, 1963, pp. 487-488.

<sup>9</sup> Idem. p.p. 157 y s.s.

<sup>10</sup> VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, traducción de la 6ª edición francesa por Rincón Jurado, J., Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, pp. 509-510.



*"... es principio fundamental el que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior (...). El agente público no puede perseguir sino un fin general, ni debe perseguir una finalidad en oposición a la ley. Pero no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario además, que entre en la competencia del agente que lo realiza. Pero aún siendo lícito y el fin de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto. Hay, pues, ilegalidad de los fines del acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de desviación de poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin que con el acto se persigue no es la satisfacción del interés público, que es lo único que puede perseguirse por el agente administrativo, y no un interés cualquiera sino el interés concreto que debe satisfacer por medio de la competencia atribuida a cada funcionario"<sup>11</sup> (énfasis añadido).*

En la doctrina nacional, Santofimio Gamboa destaca el carácter estrictamente subjetivo de la *desviación de poder*, toda vez que su iter *"se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón esta que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así puesto que lo que predomina al reducirse un acto viciado de esta manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración."*<sup>12</sup>

**LA POTESTAD NOMINADORA RESPECTO DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: PROPÓSITO DE SU EXISTENCIA, NATURALEZA JURÍDICA, ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SU EJERCICIO Y POSIBILIDAD DE INCURRIR EN DESVIACIÓN DE PODER CON OCASIÓN DEL MISMO.**

Comprender adecuadamente la finalidad y los alcances de la comúnmente denominada *"facultad de libre nombramiento y remoción"* parte necesariamente, a mi entender, de encuadrar dicha potestad en el marco de las distintas categorías de empleo público reconocidas en el derecho positivo

<sup>11</sup> Consejo de Estado, sentencia de 5 de octubre de 1945, Anales del Consejo de Estado, 1945, tomo 55, No. 352-356, p. 321.

<sup>12</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, T. IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 90. Sobre el particular también se puede consultar el Tomo II de la misma obra, pp 415 y ss.



colombiano, según pasa a explicarse.

Los preceptos con base en los cuales suele exponerse, de manera generalizada, cuáles son las modalidades de vinculación laboral para con la Administración Pública<sup>13</sup>, son normas expedidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1991, fundamentalmente el artículo 35 del Decreto-ley 3135 de 1968, aunque los criterios sentados por dicho precepto vinieron a ser completados por varias disposiciones contenidas en el Decreto reglamentario 1848 de 1969 —especialmente sus artículos 1 a 6—.

La primera de las normas citadas preceptúa lo siguiente:

*“Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

*Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.*

De conformidad con lo previsto en el precepto transcrito, desde el año 1968 se ha sostenido que básicamente son dos las especies que se integran en el género **“empleado oficial”**, a saber: los **empleados públicos**, de un lado, cuyo vínculo laboral para con la Administración Pública es de naturaleza legal y reglamentaria, y de otro lado los **trabajadores oficiales**, cuyo ligamen en virtud de la relación de trabajo con la entidad pública correspondiente será de índole contractual; así lo precisa, con toda claridad, el artículo 1 del mencionado Decreto 1848 de 1969:

**“ARTICULO 1o. EMPLEADOS OFICIALES. Definiciones:**

<sup>13</sup> Tal es el punto de partida que mayoritariamente da por sentado la doctrina; véase, en tal sentido y de manera significativa, YOUNES MORENO, Diego, *Derecho administrativo laboral*, 10ª edición, Temis, Bogotá, 2005, pp., 21-29.



1. *Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.*
2. *Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.*
3. *En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral”.*

Sin embargo, nótese que aún cuando el asunto no pareciera ofrecer mayor complejidad, como con acierto lo ha señalado un sector de la doctrina<sup>14</sup>, la anotada dicotomía clásica tradicionalmente imperante en el derecho administrativo colombiano constituye una aproximación reduccionista al tema, centrada exclusivamente en la exégesis de las disposiciones a las cuales se acaba de hacer alusión, pero con desconocimiento de varios elementos insoslayables: del entero panorama constitucional y legal que exige una hermenéutica sistemática y armónica; de la diversa naturaleza y razón de ser de las funciones inherentes a los diferentes tipos de empleo público; de los alcances y límites de la carrera administrativa y de las profundas diferencias conceptuales existentes entre las claramente disímiles modalidades de empleo caracterizadas por el común denominador consistente en dar lugar al surgimiento de un vínculo legal y reglamentario entre quien los desempeña y la Administración como empleadora.

Así pues, de acuerdo con esta segunda postura, la cual considero ajustada a un modelo de empleo público consecuente con varios de los principales postulados basilares de un Estado de Derecho —entre otros, los principios democrático, de igualdad o los orientadores de la función administrativa según los términos del artículo 209 constitucional—, no resulta jurídicamente admisible sostener, sin matices y simplificando en extremo la cuestión, que todos los servidores del Estado vinculados laboralmente con éste por medio de una relación de derecho público se encuentran sometidos a idéntico

<sup>14</sup> En especial, VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I, séptima edición, Legis, 2005, pp. 35-59.



régimen jurídico o, en otros términos, que la condición de empleados públicos que por virtud de las normas en cita compartirían al encontrarse todos vinculados con la Administración por un ligamen legal y reglamentario, daría lugar a *"confundir laboralmente al Presidente de la República con el portero de la Presidencia, o a un ministro con un auxiliar administrativo del ministerio, o a un director de departamento administrativo, superintendente o gerente, con un profesional universitario"*<sup>15</sup>.

Resulta necesario, en consecuencia, partir de un planteamiento que, en punto de las categorías *laborales*<sup>16</sup> identificables en el derecho de la función pública en Colombia, distinga, por lo menos, entre tres modalidades de vinculación del Estado con sus servidores, desde una perspectiva que atienda, esencialmente, a la naturaleza de las funciones inherentes al empleo del cual se trate, funciones que dependen de la clase de actividad desplegada por el órgano o por la instancia de decisión estatal en la cual se inserte el respectivo empleo público, a saber:

- (i) cuando se trate de órganos o instancias de acción pública que cumplen **labores de gestión económica o empresarial**, en similares condiciones a las que caracterizan las actividades desempeñadas por los particulares

<sup>15</sup> VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho Administrativo Laboral*, cit., p. 44.

<sup>16</sup> Sin olvidar que no todas las modalidades de relacionamiento de los servidores públicos con el Estado dan lugar al surgimiento de vínculos de tipo laboral, como por vía de ejemplo lo ilustra la especial categoría de los miembros de corporaciones públicas, los cuales, a pesar de gozar, por ministerio de la ley, de algunos de los beneficios propios de las relaciones laborales —en materia de protección a la salud y de acceso a pensiones, en virtud de lo normado, actualmente, por el artículo 29 de la Ley 617 de 2000—, no desempeñan empleo público alguno, como se desprende con claridad de la interpretación armónica del conjunto normativo integrado por los siguientes artículos constitucionales: 122 —impide la existencia de empleo público sin funciones precisadas en la ley o el reglamento—; 123 —inciso primero, el cual separa a los miembros de corporaciones públicas de los empleados y trabajadores del Estado—, 189, 305 y 313 superiores —los cuales asignan expresamente funciones a los únicos *empleos* públicos de elección popular, además del de Vicepresidente de la República, esto es, a los de Presidente de la República, gobernador y alcalde—; 150, 300 y 313 —asignan funciones al Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales en tanto que corporaciones públicas, no a sus miembros—; 299 —dispone que los diputados sólo tienen la condición genérica de servidores públicos, no la específica de trabajadores o empleados del Estado— y 312 —señala expresamente que los concejales no tienen la calidad de empleados públicos—. Sobre el punto y, en general, respecto de la tipología y características del sistema colombiano de empleo público, véase HERNÁNDEZ M., Pedro Alfonso, *Bases constitucionales de la Función Pública —Empleo Público—*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.



—quienes a tal efecto no precisan de hallarse investidos de autoridad— de suerte que a los correspondientes quehaceres les resulta aplicable el derecho contractual, por regla general se estará en presencia de la categoría laboral de los *trabajadores oficiales*, ligados con la Administración por virtud de un vínculo contractual, según se anotó;

- (ii) cuando las asignadas al empleo en cuestión sean **funciones de naturaleza administrativa**, para ser desempeñadas con apego a criterios técnicos y jurídicos previamente definidos por la ley y por el reglamento, el vínculo existente entre el servidor público y el órgano estatal del cual se trate será de derecho público, en la modalidad de empleado público, el cual por regla general adquirirá un derecho a la estabilidad en el empleo cuando haya accedido a él a través de los distintos mecanismos normativamente previstos para ingresar en la carrera administrativa;
- (iii) en los niveles más elevados de la organización estatal, a los cuales corresponde el **diseño, formulación e implementación de políticas públicas** o se adoptan decisiones que constituyen elección entre diversas opciones o cursos de acción con fundamento en programas políticos, los empleos públicos allí incluidos igualmente determinan la existencia, entre quienes los desempeñan y la entidad respectiva, de un vínculo de derecho público, legal y reglamentario, pero signado por la inexistencia de un derecho al cargo o a la estabilidad en el mismo, comoquiera que no se accede a él a través de los antes citados mecanismos de ingreso en la carrera administrativa, sino por virtud del ejercicio, por parte de la autoridad nominadora, de la potestad de proveer empleos de libre nombramiento y remoción, cuya existencia se justifica, única y exclusivamente, se itera, dada la naturaleza política y/o la confianza especialísima que exigen las funciones asignadas al cargo.

La triple distinción a la cual se ha hecho referencia encuentra sustento, adicionalmente, tanto en la legislación que desde el año 1938 se ha expedido



en Colombia en la materia<sup>17</sup>, como en lo establecido por la Organización Internacional del Trabajo<sup>18</sup> y por la propia jurisprudencia constitucional —a la cual se hará referencia más adelante—, sin dejar de lado otros planteamientos doctrinales que abogan por depurar aún más la anotada clasificación tripartita —incluyendo varias modalidades de empleo a nivel de

---

<sup>17</sup> Así, desde el primer Estatuto de Carrera Administrativa expedido en Colombia, la Ley 165 de 1938, en su artículo 4 se efectúa la diferenciación entre las distintas modalidades de empleo público que dan lugar al surgimiento de vínculos de naturaleza legal y reglamentaria con quienes los desempeñan, en los siguientes términos: *"Para los efectos de la presente ley quedan comprendidos en la carrera administrativa todos los empleados públicos (...) con las siguientes excepciones: los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad (...) los demás que (...) tengan funciones políticas"*.

Otro tanto ocurre con las previsiones contenidas en los artículos 36 y 37 del Decreto 1732 de 1960, preceptos que diferencian, igualmente, los empleos regidos por una relación legal y reglamentaria a los cuales se aplica el régimen de la carrera administrativa, de aquellos otros con funciones de índole política —de libre nombramiento y remoción—, al señalar que *"pertenecen a la carrera administrativa todos los empleos del servicio civil, con excepción de los que desempeñan: (...) ministros, jefes de departamento, embajadores, gerente, director (...) y (...) empleos cuando a ellos correspondan funciones esencialmente políticas o de confianza"*.

Las dos referidas categorías aparecen diferenciadas, igualmente, en el artículo 5 de la Ley 443 de 1998: *"Artículo 5. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:*

*(...)*

*2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:*

*a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices..."*

Cosa similar se evidencia en el artículo 5 del cuerpo normativo actualmente vigente en la materia, la Ley 909 de 2004 —el cual, como todos los demás preceptos citados que han sido expedidos con posterioridad a la ocurrencia de los hechos de los cuales deriva el presente litigio, se refieren a título meramente ilustrativo, pues no se trata de normas aplicables al asunto *sub examine*—, cuyo tenor es exactamente igual al de la norma aludida inmediatamente en precedencia.

<sup>18</sup> Las tres mencionadas categorías laborales han sido igualmente recogidas por la OIT, según lo explica el profesor Villegas Arbeláez: *"1. Función Política: Las autoridades públicas que ocupan cargos de carácter político (...) actúan como órganos del poder público (...) los de alto nivel —[A]lto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial", (OIT, Convenio N° 151, Parte I, art. 1°, num. 2°)—.*

*2. Función pública: Actúan en calidad de auxiliares (...) de bajo nivel.*

*3. Función industrial o comercial: trabajadores de los entes descentralizados —OIT, Informe de la Comisión del Servicio Público, 1978, párrafo 24. Libertad sindical y negociación colectiva, Comisión de Expertos 1983, p. 103. Seminario técnico sobre relaciones de trabajo en la administración pública I, Costa Rica, pp. 1 y 4", en VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, Derecho Administrativo Laboral, cit., pp. 37-38.*



los cuadros directivos de las entidades estatales<sup>19</sup>—; a todas las fuentes a las cuales se ha hecho referencia subyace un denominador común sobre cuya base resulta posible estructurar la tantas veces referida diferenciación: se trata de la distinción entre Gobierno y Administración, la cual conduce a deslindar, igualmente y como lo hace, sin lugar a la menor hesitación, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.—, entre acto administrativo y acto político o de gobierno, asunto que se abordará a continuación.

#### LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN. BREVE REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS Y ESPAÑOL.

Tanto en el derecho francés como en el español constituye asunto larga e intensamente debatido el relacionado con la posibilidad y/o la necesidad de diferenciar la actividad administrativa de la actividad política o de gobierno, especialmente, a efectos de precisar cuáles son los alcances del control judicial de las decisiones adoptadas en uno u otro ámbito; sin embargo, las soluciones que a este respecto se ofrecen en uno y otro país resultan

---

<sup>19</sup> En este sentido, véase la propuesta formulada por Rincón Córdoba, quien critica de la jurisprudencia colombiana que sólo se haya detenido en determinar la frontera existente entre cargos de estricto orden burocrático y empleos que, con base en factores tanto objetivos como subjetivos, se consideran excluidos de las garantías propias de la carrera administrativa, de suerte que no existen —a su entender— pautas interpretativas que ayuden a precisar la existencia de una *función pública directiva*, con la consecuencia de que *“prácticamente a todos los empleos de alguna responsabilidad que no sea meramente rutinaria, se aplican las mismas reglas que se usan para aquellos empleos en los cuales se vislumbra fácilmente su carácter político”*. Por consiguiente, el citado autor propone que se construya una dirección administrativa en la cual sean identificables tres espacios diferenciados:

*“1. Un grupo de empleos que se caracterizan por el desempeño de labores que son de una clara naturaleza política, pues guardan identidad con los denominados órganos de gobierno, y que también se hacen extensibles a algunos puestos de trabajo que dependen directamente de éstos y en los que, si bien se les encómiendan algunas funciones administrativas, es evidente el predominio del componente político; 2. Un grupo de empleos de naturaleza gerencial en el cual se deben incluir labores que impliquen la gestión de la entidad en su conjunto o labores que supongan la gestión de algunas dependencias o sectores de actividad dentro de la misma. En este ámbito se deben encontrar quienes implementan las políticas, aquellos que redistribuyen los gastos y los que colaboran con el área política en la formulación de directrices y objetivos institucionales. Su labor consiste en proponer qué medidas son adecuadas para la finalidad institucional, no en resolver cuáles son los objetivos políticos del programa de gobierno; y 3. Un grupo de empleos que tenga en sus manos el manejo de áreas profesionales, cuya labor de gestión se circunscriba al manejo de unidades o dependencias que tienen a su cargo tareas profesionales, técnicas y asistenciales”*. Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Derecho administrativo laboral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 329-346.



sumamente diversas, como pasa a referirse.

Por cuanto a Francia respecta, en la más tradicional doctrina gala fue probablemente Hauriou el autor que con mayor claridad arribó a la conclusión de acuerdo con la cual la actividad gubernamental consistiría en atender los asuntos excepcionales, las funciones primordiales de la actividad del Ejecutivo, mientras que la actividad administrativa, en un lugar "secundario", se ocuparía de asuntos como el mantenimiento del orden público, velar por los intereses públicos mediante la aplicación de las leyes por la policía o la gestión de los servicios públicos; la distinción entre los dos aludidos espacios de decisión se daría —en criterio del referido autor— en razón de la importancia cualitativa de los asuntos a resolver, de modo que *"la función gubernamental consiste en solucionar, a compás de los sucesos, los asuntos excepcionales que afectan a la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales; la función administrativa consiste en gestionar los asuntos públicos ordinarios, los intereses generales"*<sup>20</sup>; en similar dirección apunta la clásica fórmula de Laferriere, de acuerdo con la cual *"administrar es asegurar la aplicación cotidiana de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con la Administración central o local o de las diversas Administraciones entre ellas. Gobernar es cuidar por las necesidades de toda la sociedad política, velar por la observación de su Constitución, por el funcionamiento de los grandes poderes públicos, por las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, por la seguridad interior y exterior"*<sup>21</sup>.

Al anterior criterio, basado, como se aprecia, en la "importancia relativa" de las actividades a realizar para catalogarlas como administrativas o como gubernamentales, se sumó el que dio en denominarse de la "subordinación", en virtud del cual mientras la función administrativa consistiría *"en ejercer competencias y atribuciones subordinadas (...) conferidas por las leyes y los reglamentos y asegurar el funcionamiento cotidiano de los servicios*

<sup>20</sup> HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción de Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927, pp. 373-374.  
<sup>21</sup> LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tomo II, París, 1888, reimpresión Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989, pp. 32 y ss.



públicos<sup>22</sup>, la función de gobierno se traduciría en la elección libre entre opciones políticas, en la formulación de proyectos o propuestas sin que exista "subordinación en el ejercicio de la acción política"<sup>23</sup>.

Sin embargo, la principal preocupación de la doctrina administrativista francesa en relación con este asunto, desde primera mitad del siglo XX, fue la de identificar los límites del control judicial de los denominados actos políticos o de gobierno, propósito con miras al cual autores como Paul Duez los asimilaron a las decisiones adoptadas en ejercicio del entonces denominado "poder discrecional", pero proponiendo una definición lo más amplia posible de éste, de acuerdo con la cual "hay poder discrecional siempre que una autoridad actúe libremente sin que la conducta a seguir le sea dictada, en principio, por una regla de derecho"<sup>24</sup>; dicha aseveración evidencia ya que para un importante sector de la doctrina francesa de entonces, las actividades administrativa y gubernamental no resultaban claramente diferenciables<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. BENOIT, Francis Paul, *El Derecho administrativo francés*, traducción de Gil Cremadés, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977, p. 513.

<sup>23</sup> *Idem*. No obstante, el citado autor reconoce que entre los actos administrativos y los de gobierno no es posible llevar a cabo "una separación tajante, pues en más de un caso los encabalgamientos entre ambas funciones son imprescindibles". También Rivero se muestra de acuerdo en el reconocimiento de la existencia de una función gubernamental constitucionalmente distinta de la meramente administrativa, aunque igualmente insiste en la dificultad de trazar una frontera inequívoca entre las dos; la diferencia entre ambas funciones estribaría en que gobernar implica tomar las decisiones esenciales, afectantes del interés general —como las que atañen a las relaciones internacionales o a la elección de una determinada política económica—, mientras que "administrar es más responder a las tareas cotidianas, descendiendo hasta los asuntos más humildes". RIVERO, Jean, *Droit administratif*, 18ª edición, Dalloz, París, 2.000, pp. 160-163.

<sup>24</sup> Así, a juicio de Duez "el poder discrecional comporta, en suma, todo aquello no constreñido a la legalidad; engloba el dominio de las cuestiones de oportunidad, de arte administrativo y gubernamental, de una parte, y también, de otra, el dominio de las cuestiones que, lógicamente, podrán estar ligadas a la legalidad, pero que de hecho no han sido reglamentadas imperativamente por el legislador, y quedan, en consecuencia, sometidas al principio de libertad jurídica del administrador. De forma que la noción de poder discrecional es más amplia que la noción de oportunidad". Cfr. DUEZ, Paul, *Les actes de gouvernement*, Sirey, París, 1935, pp. 13, 195 y 209.

<sup>25</sup> El propio Duez afirma que función administrativa y gubernamental no son disímiles, habida cuenta de que las dos se manifiestan a través de "actos, decisiones generales y decisiones individuales que a la vista del análisis jurídico tienen el mismo contenido", de suerte que "todos los actos del poder ejecutivo quedan comprendidos, por tanto, dentro de la función ejecutiva", sin que exista razón alguna que justifique su inmunidad, pues siempre pueden plantear problemas de legalidad. Cfr. DUEZ, Paul, *Les actes de gouvernement*, cit., pp. 190 y ss. En el mismo sentido, MICHOU, León, «Des actes de gouvernement», en *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, T. I, nº 1, 1889, pp. 20-23 y 263-264; DUGUIT,



Es más, un muy importante sector de los autores franceses contemporáneos sostiene que la categoría del acto de gobierno constituye una figura que conduce al retorno al argumento de la "razón de Estado", para desembocar en una auténtica denegación de justicia, lo cual resulta un auténtico exabrupto en el seno de cualquier Estado de Derecho, pues aún en la actualidad, la principal consecuencia que deriva de la catalogación de una específica decisión como de naturaleza política en Francia —según este importante sector doctrinal lo indica— es que la misma deviene en incontrolable por el juez administrativo; así lo consideran De Laubadère, Venezia y Gaudemet, quienes apoyándose en la afirmación de Gros, en el sentido de que el acto de gobierno implica la "supervivencia de la razón de Estado", estiman sumamente complicado diferenciar los casos en los cuales el Ejecutivo actúa como autoridad administrativa, de aquellos en los cuales lo hace como autoridad gubernamental, de suerte que la preservación de la categoría del acto de gobierno sólo obedece a consideraciones de "política jurisprudencial", una categoría de decisiones en la cual la interdicción del control judicial por el contencioso administrativo se explica más por razones políticas que jurídicas, constituyéndose en un dominio sustraído a la legalidad, cosa que se estima paradójica en un sistema jurídico moderno<sup>26</sup>; de ahí, igualmente, que autores como Vedel afirmen, de manera rotunda, que "parece evidente que los actos de Gobierno no existen"<sup>27</sup>.

---

León, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª edición, T. II, Fontemoing, París, 1929, p. 139, y BURDEAU, Georges, «Remarques sur la classification des fonctions étatiques», en *Revue de Droit Public*, 1945, pp. 202 y ss., estos dos citados por GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 89-90 y 114-115.

<sup>26</sup> Los autores en mención hacen referencia a la lista jurisprudencial de actos calificados como «*actes de gouvernement*», tanto en el orden interno, como en lo atinente a las relaciones internacionales y expresan que la consecuencia que se deriva de su reconocimiento es su inmunidad jurisdiccional absoluta. Cfr. DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, 15ª edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1999, pp. 703-711.

<sup>27</sup> Vedel parafrasea a Virally, quien habla del "*inencontrable acto de gobierno*", para aducir que no existe razón alguna que permita considerar como una categoría autónoma la heterodoxa lista de actos sustraídos a todo control contencioso, como quiera que los elementos que la componen son excluidos de fiscalización judicial "*por razones que no tienen ningún misterio*"; para Vedel ello queda evidenciado tras el contraste entre la actitud del Consejo de Estado al declararse competente para conocer de todo asunto relacionado con la organización del servicio judicial y la particular interpretación que el Alto Tribunal hace de las reglas que le impiden enjuiciar asuntos como las relaciones entre el Gobierno y el



En lo atinente al tratamiento que a este tema se dispensa en España, allí el acto de gobierno alcanza reconocimiento legal expreso en el Reglamento de ejecución de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 13 de septiembre de 1888 —Ley de Santamaría de Paredes—, Reglamento de 29 de diciembre de 1890 que en su artículo 4º enlistaba aquellos asuntos considerados como correspondientes *“señaladamente a la potestad discrecional”*, entre los cuales incluyó a las *“cuestiones que pertenezcan al orden político o de gobierno”* y los sustrajo del conocimiento del entonces naciente juez administrativo<sup>28</sup>; ello, sin duda, en claro paralelismo con lo ocurrido en Francia, en el sentido de que la opción tomada por la española Ley de Santamaría de Paredes quizás obedeciera al temor del referido juez administrativo por su propia subsistencia, de suerte que eligió, para permanecer, el ejercicio *“prudente”* y *“moderado”* de sus competencias, frente a las prerrogativas de un poder Ejecutivo *“que tenía en sus manos la*

---

Parlamento o las relaciones internacionales, interpretación que —según Vedel— lleva a cabo *“de forma más prudente que las demás reglas relativas a las fronteras del contencioso-administrativo”*; es allí en donde radicarían las denominadas *“razones de política jurisprudencial”*, pues a juicio de Vedel, *“la razón de esta diferencia de actitud es que el Consejo de Estado, si entra en conflicto con el Parlamento o si se inmiscuye demasiado en las relaciones internacionales, correrá el peligro de ver convertidas sus sentencias en letra muerta, mientras que tal riesgo no existe en la frontera que separa el juez administrativo del poder judicial (...) Resta pues un ápice de verdad en la teoría de los actos de Gobierno: el juez administrativo debe evitar todo incidente fronterizo con el jefe del Estado, el Parlamento y las autoridades encargadas de la política internacional. Pero este fondo de verdad no basta para justificar el mantenimiento de la categoría de los actos de Gobierno como categoría autónoma de nuestro Derecho”*. Cfr. VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, traducción de la 6ª edición francesa por Rincón Jurado, J., Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, pp. 252 y ss. En muy similar sentido, véase WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, traducción de Rodríguez Zúñiga, Civitas, Madrid, 1989, pp. 131 y ss.

<sup>28</sup> No obstante, Garrido Cuenca asegura que, en el ordenamiento español, el acto de gobierno encuentra una clara formulación jurisprudencial de manera previa a su inclusión, por parte del citado Reglamento, entre las facultades discrecionales de la Administración o, lo que es igual, que el concepto de acto de gobierno en España encuentra recepción por vía jurisprudencial, de lo cual da cuenta, verbigracia, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1890, en la que se afirma que *“según el artículo 4º de la Ley de 13 de septiembre de 1888, se hallan excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de gobierno, que por su naturaleza y la materia sobre que versen, pertenezcan a la potestad discrecional”*; así también hay un importante grupo de pronunciamientos —por ejemplo los de 21 de noviembre, 7 y 18 de diciembre de 1889 y 24 de marzo de 1890— en los cuales el aludido Tribunal declara su incompetencia para conocer de los respectivos asuntos aduciendo que *“los tribunales de lo contencioso administrativo no pueden conocer de los actos de gobierno propios de la potestad discrecional, según terminantemente prescribe el art. 4.1 de la Ley de 13 de septiembre de 1888, siendo, por tanto, procedente la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción”*. Cfr. GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno...*, cit., pp. 316-317.



*posibilidad de, simplemente, arrebatárselas, o por no ser tan drásticos, de convertirlo en uno más de los instrumentos del poder, manejado a antojo de la clase e idea política en el poder*<sup>29</sup>.

Tal situación se mantiene hasta 1956 —año en el cual se modifica legalmente la asimilación de los actos de gobierno con los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales— y, hasta entonces, el juez administrativo español, con base en el único criterio del fin político del acto, hace crecer de forma desmesurada la inagotable lista de “actos discrecionales”, declarando con suma facilidad su incompetencia para enjuiciar toda una serie de actos que estima “libres” en su adopción por parte del poder Ejecutivo<sup>30</sup>.

Por su parte, la mencionada Ley española de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1956 supone una mutación notable de la concepción del acto de gobierno hasta entonces declarada por los textos legales —y defendida por la práctica doctrinal y jurisprudencial—, apartándola de la categoría de los “actos discrecionales” como consecuencia de la, por primera vez a este nivel proclamada, distinción cualitativa entre función política y función administrativa; en este sentido se expresa de forma palmaria la Exposición de Motivos del cuerpo normativo en comento, con la cual lo político pasa a formar parte de un orden diverso del administrativo, distinción que deriva en la incompetencia del juez de la actividad de la Administración para conocer de los procesos incoados contra los actos políticos:

*“Con este criterio [de sometimiento al Derecho Administrativo] se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la*

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> En suma, como lo sostiene Garrido Cuenca, “toda una doctrina jurisprudencial que nos tienta a afirmar, sin dudar equivocarnos (sic), que en esta larga etapa lo discrecional se identifica con lo político y, en consecuencia, con la inmunidad judicial”. Cfr. GARRIDO CUENCA, N., *El acto Gobierno...*, cit., pp. 300 y ss.



*función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales*<sup>31</sup>.

De este modo, la distinción entre Gobierno y Administración, entre función gubernamental y función administrativa y, consecuentemente, entre acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales y acto de gobierno, además de adquirir carta de naturaleza legislativa, paulatinamente va tomando fuerza en la doctrina<sup>32</sup> y en la jurisprudencia, al punto que en la actualidad en el Derecho español —y nada obsta para entender que tal

<sup>31</sup> Como corolario de este planteamiento, ya en la parte dispositiva de la mencionada Ley de 1956 es el artículo 2.b) el que establece como excepción al ámbito de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —fijado en el artículo 1º *ibídem*, de acuerdo con el cual “la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley”— el conglomerado de asuntos conformado por “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa”. Como se aprecia, el texto legal efectúa una enumeración meramente ejemplificativa, de suerte que no consagraba un *numerus clausus* de actos de gobierno, confiriendo al Ejecutivo, por tanto, la posibilidad de incrementar ese listado, como de hecho ocurrió durante la época inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Ley y prácticamente hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978, que juridificó al máximo nivel del ordenamiento interno, el tránsito de la dictadura franquista hacia la democracia. Tan amplia comprensión de la figura del acto de gobierno, en la cual en la práctica se hicieron encuadrar durante la dictadura no solo los estrictamente calificables como tales, sino “todos aquellos actos administrativos que basados en un móvil o motivo político resultaron convenientes para la pervivencia incuestionable y “pacífica” del régimen”, como lo advierte Garrido Cuenca, quien con esa frase sintetiza la dura crítica de la doctrina contra la perversión que de la figura del acto de gobierno se hizo durante la dictadura, incluyéndose entre los mismos incontables actos claramente administrativos con el exclusivo propósito de excluirlos de la fiscalización judicial. En tal sentido, puede verse lo afirmado, entre otros, por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 122; GUAITA, Aurelio, «Actos políticos y justicia administrativa», en *Estudios jurídico sociales en Homenaje al profesor Legaz y Lacambra*, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 94; BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español (I)», *Documentación Administrativa*, 177, 1958, pp. 30 y ss.; y por la propia GARRIDO CUENCA, N., *Los actos políticos...*, cit., pp. 395 y ss. Sin embargo, como ésta última autora lo advierte —p. 401—, en el análisis del alcance y del perfil actual del acto de gobierno en España debe tenerse presente que no es equiparable la situación que dicha figura atravesaba en la época del franquismo, con la que le es propia en vigor del presente Estado constitucional y democrático de Derecho, tanto por su sujeto, como por su objeto y significación.

<sup>32</sup> Sobre la distinción y la relación entre Gobierno y Administración en la doctrina española pueden verse, entre otros, los trabajos de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Gobierno y Administración: una reflexión preliminar», en *Documentación Administrativa*, 215, 1988, pp. 67-84; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «La dirección de la Administración Pública como función del Gobierno», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 34, 1992, pp. 67-95; PORRAS NADALES, Antonio José, «Las relaciones entre el Gobierno y la Administración en la Constitución de 1978», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 34, 1992, pp. 163-183; SAIZ ARNAIZ, Alejandro, «El Gobierno y la dirección de la política», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 34, 1992, pp. 185-200.



conclusión resulta trasladable al caso concreto del ordenamiento colombiano, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según se referirá más adelante— resulta mayoritariamente aceptada la existencia de una línea divisoria entre política y Administración como *“dos entes diferenciados, la segunda más estable, funcional, jurídica y técnica, irresponsable políticamente, mientras que el Gobierno sería una entidad política, responsable ante el Parlamento, formado por personas cuyo acceso y permanencia está en función de las orientaciones políticas que desde el Gobierno (...), y especialmente desde el Presidente, se le dan, y en última instancia, según las orientaciones que en su día fijó el electorado al dar un respaldo mayoritario a una determinada opción política”*<sup>33</sup>.

El referido criterio de la “subordinación”, empleado también por los franceses para diferenciar la función política de la administrativa, tiene acogida igualmente en España, como lo expone Xifra Heras, para quien la anotada distinción se basa en la intensidad con la cual se usa el poder único del Estado, de suerte que *“los actos que reflejan la plenitud del poder soberano, como poder autónomo y creador”* van a integrar la función política, mientras que *“los que suponen un empleo derivado y subordinado del poder, con sujeción a la legalidad, constituyen la función administrativa”*<sup>34</sup>; en otros términos, cuando el gobernante hace uso del poder para dictar una norma o adoptar una decisión desplegando una actividad creadora y condicionada solamente por el ordenamiento constitucional, realiza una función jerárquicamente privilegiada que es la función política; en cambio, si el

<sup>33</sup> Esto, empero, no es óbice para que igualmente se admita que las implicaciones recíprocas entre ambos niveles —político y administrativo— son tan intensas que, ciertamente, la referida línea podría tender a difuminarse en algunos casos, habida cuenta de que el Gobierno también cumple con funciones administrativas y la Administración desempeña tareas políticas, en la medida que despliega un programa político. Cfr. PÉREZ FRANCESCH, José Luis, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 126-129; en similar sentido, Jiménez Asensio apunta que *“los altos cargos de la Administración sufren las consecuencias derivadas de la responsabilidad política del Gobierno, su designación se hace por motivos políticos (creciente politización de la Administración) e incluso podríamos hablar de una creciente administrativización del Gobierno, en el sentido de que se pueden nombrar ministros por motivos técnicos”*. Cfr. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Política y Administración: los puestos de designación política en las Administraciones Públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 32, 1992, pp. 77-82.

<sup>34</sup> XIFRA HERAS, Jorge, «El Gobierno y la función política», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 1845.



órgano actuante lleva a cabo, ya en un plano inferior, *“una actividad vinculada jurídicamente por reglas previamente establecidas, relativa a asuntos que han merecido ya el bautizo jurídico, ejercen entonces la función administrativa”*<sup>35</sup>, actuando con libertad, por tanto, sólo en aquellos casos concretos en los cuales el Derecho le confiera la correspondiente facultad.

Por lo demás, la comentada distinción parece haber quedado elevada al mayor rango normativo como consecuencia de que en la Constitución Española —CE— de 1978 ello se expresa con claridad, comoquiera que la Norma Fundamental atribuye al Gobierno, directa y genéricamente, la función de dirección política, el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria —artículo 97 CE—, mientras que a voces del artículo 103.1 *ibídem*, la Administración Pública tiene como misión *“servir con objetividad los intereses generales, de acuerdo con la Constitución y las Leyes”*, tarea ésta que debe acometer bajo la dirección del Gobierno, tanto por imposición igualmente constitucional —también del citado artículo 97 CE, a cuyo tenor *“[E]l Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”*—, como por mandato legal —artículos 2.1. y 4.1.b) de la Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>36</sup>—; de ahí que la doctrina infiera que la Administración es un

<sup>35</sup> Sin embargo, este autor igualmente reconoce la dificultad de deslindar tajantemente, bien funcional, bien orgánicamente, lo político de lo administrativo, aunque —retomando a Tomás R. Fernández Rodríguez, cuya posición en este sentido es la misma (véase en ese sentido su trabajo *“Arbitrariedad y discrecionalidad”*, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, III*, Civitas, Madrid, 1991 p. 2305)—, no por ello desconoce la utilidad de la distinción —aunque reconoce que se trate de una “ficción”— a efecto de preservar cuando menos un mínimo de neutralidad del aparato estatal, sin la cual sería imposible el juego democrático. Cfr. XIFRA HERAS, Jorge, *«El Gobierno y la función política»*, cit., pp. 1845-1847. En similar dirección se pronuncian, entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *«Artículo 103. La organización y la función pública»*, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo VIII, ALZAGA, O. —Director—, Edersa, Madrid, 1985, p. 269 y SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *«El Gobierno, la función de Gobierno y la Administración»*, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo VIII, ALZAGA, O. —Director—, Edersa, Madrid, 1985, p. 21.

<sup>36</sup> Se trata de la Ley Orgánica 6/1997, de 14 de abril, cuyo artículo 2.1. preceptúa lo siguiente: *“2.1. La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo”* (énfasis añadido); por su parte, el artículo 4.1. *ejusdem* preceptúa: *“4.1. La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos: (...) b) La continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles...”*



36

cuerpo subordinado al Gobierno y destinado a satisfacer los intereses generales prefijados por las directrices políticas, en *"lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo: Administración dirigida por el Gobierno, pero establecida al servicio de los intereses generales"*<sup>37</sup>.

El más reciente eslabón de esta cadena evolutiva de la distinción entre Gobierno y Administración en el derecho positivo español está constituido por la consagración de una serie de elementos que posibilitarían el conocimiento, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de procesos en los cuales los enjuiciados sean actos políticos o de Gobierno, pero con el específico alcance de supervisar su ajuste, precisamente, al ordenamiento constitucional, al elenco de libertades y derechos fundamentales en el mismo recogidos y a los que han venido a denominarse "elementos reglados" del acto político; tal es el alcance de la regulación contenida en la vigente Ley española de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —Ley 29/1998, de 13 de julio—, la cual, al contrario de lo normado por su ya citada predecesora del año 1956 en el sentido de sustraer del ámbito competencial del juez de la Administración el conocimiento de demandas incoadas contra los catalogados como actos de gobierno, viene a incluir entre los asuntos susceptibles de impugnación ante el contencioso administrativo, *"la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos"* —artículo 2-a)—.

Así pues, al mismo tiempo que se clarifica la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de gobierno, se intensifican y se precisan a nivel normativo las herramientas de fiscalización judicial de estos últimos, de suerte que los que han dado en denominarse "elementos reglados del acto de gobierno" —sujeto, competencia, procedimiento e, incluso, adecuación al

<sup>37</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», en *Revista de Administración Pública*, 26, 1958, p. 16.



fin por el cual deben propender—, se constituyen en piezas claves del tratamiento que a este tema se dispensa en España<sup>38</sup>, tratamiento sustancialmente diverso del que recibe idéntico asunto en el derecho francés, en el cual, según se anotó, subsiste una considerable tendencia tanto a negar a la diferenciación entre los ámbitos político y administrativo de actividad del Ejecutivo, como a determinar que la consecuencia de la catalogación de una decisión como política o de gobierno es su imposibilidad jurídica de ser controlada por el juez administrativo, aserto éste que, sin duda, resulta contrario a la noción contemporánea de Estado Constitucional y democrático de Derecho, en el cual no deben existir órbitas de decisión de las autoridades públicas que escapen a la fiscalización por parte de las instancias jurisdiccionales.

Lo expuesto no ha sido óbice para que se reconozca, asimismo, que si bien es verdad que los muy amplios márgenes de valoración de los cuales dispone el Gobierno para proferir actos en ejercicio de su función de dirección política deben ejercerse siempre dentro del marco de la Constitución —pero teniendo como tal marco *sólo* el constitucional—, no es menos cierto que esto último se traduce en la escasa existencia de parámetros normativos precisos que programen esa actividad gubernamental, situación que, correlativamente, deja al juez de lo contencioso administrativo con escasas posibilidades de fiscalización del núcleo político o valorativo de tales actos<sup>39</sup>, pues esta tarea de control sólo

<sup>38</sup> En relación con la fiscalización judicial de los elementos reglados del acto de Gobierno y de éste, en general, pueden verse, además de las obras hasta el momento citadas sobre el tema, las siguientes: SAIZ ARNAIZ, Alejandro, «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 134, 1994, pp. 225-251; SÁNCHEZ AGESTA, Luis, «Concepto jurídico del acto político. (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa)», en VV.AA., *Estudios en Homenaje al profesor Nicolás Pérez Serrano*, Tomo II, Reus, Madrid, 1959, pp. 183-201; EMBID IRUJO, Antonio, «La justiciabilidad de los actos de Gobierno», en *Documentación Administrativa*, 220, 1989, pp. 19 y ss.

<sup>39</sup> Pues como expresa Aragón Reyes, en estos casos el juez se encontraría en “*la franja fronteriza entre el parámetro de control considerado como conjunto normativo, preexistente y no disponible, frente a la existencia de un canon fijo y predeterminado de valoración, que expresa en definitiva la diferencia entre control jurídico y control político*”. Cfr. ARAGÓN REYES, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, pp. 85-136. También en la línea de defender el carácter no fiscalizable de los actos políticos se encuentra Sánchez Morón, a cuyo juicio los mismos “*pese a estar sometidos a Derecho,*



podría llevarla a cabo, en semejantes circunstancias, "con arreglo a parámetros políticos y de oportunidad, precisamente excluidos de su competencia constitucional de juez de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE)"<sup>40</sup>; lo anterior no quiere decir que esos actos queden excluidos de todo tipo de examen jurisdiccional —como ya se ha señalado—, pero sí conlleva el remarcar que el concepto de control, que se tiende a circunscribir exclusivamente al verificado en sede judicial sobre la legalidad del proceder del órgano correspondiente, tratándose de actos de gobierno debe necesariamente ampliarse, posibilitando su proyección hacia la fiscalización que han de llevar a cabo bien otros poderes públicos, ora la misma opinión pública, cuestión que fortalece entonces nociones como las de control político parlamentario o control de índole social arraigado en la responsabilidad de tipo político<sup>41</sup>.

En el anterior orden de ideas y por cuanto al control judicial de los actos políticos respecta, resulta necesario destacar que la discrecionalidad administrativa, figura que como el propio sintagma lo sugiere resulta

---

como cualquier actuación de los poderes públicos, e inclusive a normas típicas de Derecho administrativo, no pueden ser enjuiciados por los Tribunales (ordinarios), ya que encierran decisiones de contenido esencialmente político, inherentes a la función de dirección política del Gobierno, en las que el ámbito de oportunidad y la trascendencia de los intereses del Estado como un todo es tal que no debieran verse razonablemente abocados a una controversia judicial con intereses meramente particulares". Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., «Análisis jurídico-administrativo de la cooperación internacional», en *Documentación Administrativa*, 227, 1991, p. 121; sin embargo, habría que entender, como se ha anotado ya, que esta afirmación del citado autor hace referencia al núcleo de decisión política del acto en cuestión —y en esa medida se comparte—, lo cual no debe ser óbice para que puedan controlarse, por parte de los jueces administrativos, aspectos como los contemplados por la vigente y precitada Ley española de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, acierta Andrés Ibáñez cuando afirma que "diffícilmente podría existir hoy ese acto político puro, expresión exclusiva de la política y ajeno por completo al derecho. Cualquier decisión de un gobierno legítimo estará normativamente mediada en algún grado; encontrará, unas veces, límites (externos) a su radio de acción y, otras (o a la vez), el condicionamiento (interno) representado por la existencia de elementos reglados; aparecerá sujeta al cumplimiento de ciertos fines y su pertinencia dependerá de que concurren determinados presupuestos de hecho" (énfasis añadido). Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 93, 1997, p. 8.

<sup>40</sup> GARRIDO CUENCA, Nuria, *El acto de gobierno...*, cit., p. 539.

<sup>41</sup> Pues, como ya se ha dicho, el intentar un control exclusivamente jurídico de los actos fruto del ejercicio de la función política puede conducir al juez a rebasar su tarea de aplicación del Derecho, para ingresar en el terreno de la valoración y apreciación política entre opciones alternativas, que en este ámbito definitivamente concierne al Ejecutivo. Cfr. PORRAS NADALES, A.J., «Actos políticos y función de dirección política», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3, 1991, pp. 130-131.



inherente al ejercicio de funciones de esa índole —esto es, administrativa—, resulta diferenciable —y sobre este aspecto se volverá en el siguiente apartado— de la que la doctrina ha denominado, con precisión, “discrecionalidad política”<sup>42</sup>, la cual, “al igual que cualquier otro tipo de discrecionalidad”<sup>43</sup>, modula o restringe la intensidad del control judicial, si bien no lo excluye del todo *per se*, pues “siempre que haya un límite jurídico a la actuación de cualquier autoridad es inexcusable el control judicial ordinario de su observancia”<sup>44</sup>, aunque resulte menester precisar que el tema relativo al “polémico y discutido control jurisdiccional” de los actos políticos “no se sitúa en el campo de la discrecionalidad administrativa *sensu stricto*”<sup>45</sup>; por consiguiente, cabe suscribir lo sostenido por el profesor López Menudo en relación con los alcances del control jurisdiccional de actos de naturaleza política o de gobierno, en el sentido de que

“... quizá lo más sensato, y a la vez más acorde con el sistema constitucional y el propio ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sea precisamente no plantear el problema en términos maximalistas, es decir, ni en pro de una tesis que excluya *ab initio* el conocimiento por la jurisdicción contenciosa de estos asuntos, ni de otra que diluya el concepto del acto político en el concepto de acto discrecional y, en definitiva, en el magma de los actos administrativos en general (...) Quizá el camino a seguir pudiera consistir en la admisión del control de aquellos elementos reglados que teniendo una referencia inequívoca en el propio ordenamiento, se encuentran además íntimamente relacionados con el legítimo ejercicio del acto político que se dicta, y no de aquellos otros elementos que aunque reglados y teóricamente separables, no dejan de tener un puro carácter adjetivo y meramente instrumental (...) aplicar sin más cualquier técnica de control alumbrada en el mundo de los actos discrecionales no parece una solución adecuada ni, desde luego, pacificadora”<sup>46</sup> (subrayas fuera del texto original).

<sup>42</sup> Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 57-58.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 51.

<sup>46</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, Franciso, «El control judicial de la Administración en la Constitución Española», en VV.AA., *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47 y ss. Así lo sostuvo, igualmente, el entonces magistrado del Tribunal Supremo español, Juan Antonio Xiol Ríos, en el voto individual que formulara respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, en el que se expresa que la transposición, sin más, de las técnicas de control de la actividad administrativa a la fiscalización de los actos políticos no parece ser la alternativa más conveniente de cara a la preservación de las



**LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: SU PREVISIÓN EN EL DERECHO POSITIVO, SU TRÁNSITO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, A PROPÓSITO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE EMPLEO PÚBLICO.**

Sea lo primero señalar que la explicada distinción entre Gobierno y Administración también puede entenderse recogida en la Carta Fundamental colombiana como resultado de la conjunción de las previsiones contenidas en los artículos 115 y 208 constitucionales<sup>47</sup>; asimismo ocurre, en el derecho positivo nacional, con la diferenciación entre acto administrativo y acto político o de gobierno, pues la legislación colombiana igualmente incluye, dentro del objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a los procesos instaurados contra actos políticos o de gobierno, aunque no limita la competencia jurisdiccional a este respecto —de la manera que actualmente lo hace la legislación española antes referida—, a determinados aspectos o elementos —“reglados”— relacionados con el acto enjuiciado; de este modo, en el inciso primero del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo —CCA—, en la redacción que del mismo hace la Ley 446 de 1998, se preceptúa que *“esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno”*.

---

esferas competenciales constitucionalmente atribuidas a cada rama del poder estatal: *“El principio de división de poderes supone necesariamente aceptar una serie de limitaciones para el acto judicial de control. Existe un núcleo de poderes de ejercicio discrecional (...) en donde la llamada a la autorrestricción o autonegación de los tribunales adquiere una presencia necesaria. Cuando se trata de los actos del Gobierno, la aplicación de las técnicas de control tiene que orientarse atendiendo la función constitucional que corresponde a este órgano, evitando el riesgo de sustitución en la acción de gobierno, motivo de las acusaciones de extralimitación que a veces se dirigen contra los tribunales y de las llamadas a actuar en una función de colaboración con el buen gobierno”*.

<sup>47</sup> Preceptos del siguiente tenor: “Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el ministro o director de departamento administrativo correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”.

“Artículo 208. Los ministros y directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”.



Así las cosas, parece claro que en la legislación colombiana el deslinde entre actividad administrativa y actividad de gobierno del Ejecutivo tiene reconocimiento legal, toda vez que el inciso primero del mencionado artículo 82 CCA —en la redacción que respecto de dicho precepto adoptó el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006— establece que *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*; nótese que de considerarse asimilables actos administrativos y actos de gobierno, sería prescindible la inclusión, en el precepto que nos ocupa, del inciso segundo que establece la competencia también para enjuiciar los denominados actos políticos<sup>48</sup>.

Sin embargo, la anotada diferenciación no ha sido de pacífico recibo en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, en la cual la historia de la distinción entre actos políticos y actos de gobierno va de la mano, en importante medida, con los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales a los cuales dio lugar la célebre nota diplomática calendada el 22 de noviembre de 1952 que el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia dirigió al Embajador extraordinario de Venezuela en nuestro país, mediante la cual se decía reconocer la soberanía venezolana sobre el disputado archipiélago de Los Monjes; en la primera ocasión en la cual el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto, la teoría entonces en boga, tanto en Francia como en España, respecto de los actos políticos o de gobierno como equivalentes a exención de control jurisdiccional de la

---

<sup>48</sup> La distinción entre actividad administrativa y actividad política o de gobierno resultaba más clara aún con la redacción que el citado artículo 82 CCA tenía antes de la aludida reforma legal, pues previamente señalaba que *“...la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”*. No puede perderse de vista, además, que el propósito de la expedición de la Ley 1107 de 2006 no fue, ni de lejos, eliminar la diferenciación entre actos administrativos y actos políticos o de gobierno, sino hacer prevalecer, para efectos de identificar el objeto de conocimiento de la Jurisdicción, un criterio orgánico respecto de uno material, como claramente lo explicita la Exposición de Motivos del comentado cuerpo normativo.



correspondiente actuación del Ejecutivo, fue prohijada por el máximo Juez de lo Contencioso Administrativo colombiano, en el entendido de que a tal categoría correspondían los actos derivados del ejercicio de las atribuciones del Presidente de la República en condición de Jefe del Estado y del Gobierno, como ocurre con el manejo de las relaciones internacionales y la seguridad exterior.

Tal comprensión determinó que la demanda judicial de nulidad incoada en contra de la aludida Nota Diplomática fuese inadmitida mediante auto interlocutorio de fecha 30 de marzo de 1971<sup>49</sup>, básicamente con el argumento de conformidad con el cual la manifestación de voluntad demandada no era un acto administrativo, sino un típico acto de gobierno proferido dentro del giro ordinario de las actividades correspondientes al manejo de las relaciones exteriores del país; así pues, sostuvo esta Corporación que

*"... la incompetencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ciertos actos y de sus consecuencias se explica normalmente por la existencia de una función gubernamental distinta de la función administrativa, de tal suerte que los actos ejecutados en ejercicio de aquella no son actos administrativos (...) En perfecta concordancia con esta doctrina está el artículo 120 de la Constitución Nacional [se refiere, naturalmente, a la Constitución de 1886, que correspondería al artículo 189 de la Carta vigente] cuando, al determinar las funciones del Presidente de la República, considera que unas le corresponden como Jefe de Estado y otras como suprema autoridad administrativa. Dentro de las primeras está, evidentemente, la función relativa a la dirección de las relaciones internacionales (...) En otras palabras, una cuestión que afecta las relaciones exteriores es una cuestión política que está más allá de la esfera de la competencia judicial" (énfasis añadido).*

Contra la referida providencia los demandantes interpusieron el recurso de súplica, cuya resolución fue la segunda ocasión en la cual el Consejo de Estado se pronunció sobre el asunto, mediante otro auto interlocutorio, de fecha 22 de octubre de 1971<sup>50</sup>, en el cual se dio un giro de 180 grados respecto de la posición asumida en el primer pronunciamiento, de suerte que en esta segunda ocasión la demanda sí se admitió, con el argumento de que

<sup>49</sup> Con ponencia del Consejero Lucrecio Jaramillo Vélez.

<sup>50</sup> Con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo.



en el derecho colombiano no existen actos exentos de fiscalización judicial, por manera que se refundió la categoría de los actos políticos en la de los actos administrativos, de modo que

*“... la nota o comunicación del señor ministro de Relaciones Exteriores del 22 de noviembre de 1952, dirigida al señor embajador extraordinario y plenipotenciario de Venezuela en Colombia, en principio, formalmente considerada, constituye un acto administrativo unilateral, contra el cual procede la acción de nulidad propuesta (...). Podría argüirse que el acto acusado, por referirse a relaciones diplomáticas, es de carácter político, no susceptible de control jurisdiccional, pero, aunque este criterio ha sido sustentado por la jurisprudencia francesa para sustraer de la jurisdicción contenciosa administrativa los actos relativos a las relaciones diplomáticas y a las de la administración con el Parlamento, por una parte, en el mismo país de origen se reduce su ámbito hasta circunscribirse solo a los actos señalados como tales por la jurisprudencia (...) Además, en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativos, salvo los casos específica y expresamente señalados en la ley (...) cualquiera que sea su finalidad o su naturaleza pueden someterse, en principio y mediante las acciones pertinentes, al control de la jurisdicción contenciosa administrativa” (se ha destacado).*

Sin embargo, no fue esta posición la que adoptó el Consejo de Estado al resolver de fondo sobre la acción de nulidad impetrada, mediante sentencia de 28 de enero de 1976<sup>51</sup>, pues en este proveído se retomó —eso sí, con varios salvamentos de voto— la distinción entre acto administrativo y acto político mantenida en el auto de 30 de marzo de 1971, de nuevo caracterizando a éste último por estar exento de control jurisdiccional<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Consejero ponente: Carlos Galindo Pinilla.

<sup>52</sup> En esta ocasión lo más relevante de la argumentación del Consejo se centró en destacar que “... las funciones constitucionales del gobierno consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional; de recibir los agentes respectivos y de celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso, no son, por su propia naturaleza, una función administrativa sino una función eminentemente política, en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro y otros Estados y de entidades de derecho internacional. La índole política de esta función no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional (...). Para el solo efecto de su competencia, en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa, por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que deba ser decidido por esta jurisdicción especial” (subrayas fuera del texto original).



Con posterioridad a dicho pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia, al declarar la inexequidad del aparte del inciso segundo del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo que restringía la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al enjuiciar los actos políticos o de gobierno —pues la redacción original de dicho precepto determinaba que dichos actos sólo podrían ser controlados por vicios de forma— consideró nuevamente que la Carta Política, para entonces vigente, no establecía diferenciación alguna entre los actos políticos y los actos administrativos; que aquellos quedaban también cobijados por la naturaleza reglada de todos los actos de la administración y que esa naturaleza los tornaba controvertibles y fiscalizables tanto material como formalmente; en ese sentido, expuso lo siguiente la Alta Corporación:

*«Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos del Gobierno o de la Administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de Gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación, diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los Actos Administrativos. La Constitución pues, no establece diferencia alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional (...) Por lo demás, dentro del régimen constitucional colombiano se tiene, sin excepciones, como emana entre otras normas de la Carta, del artículo segundo, en el cual se ha encontrado siempre el auténtico fundamento del Estado de Derecho, que toda actividad administrativa es reglada, constituyendo por lo tanto un imposible jurídico que existan Actos Administrativos que puedan escapar al control jurisdiccional (...) encuentra la Corte que la norma cuestionada interfiere indebidamente en la autonomía de la jurisdicción Contencioso Administrativa, como quiera que dicho precepto viene en el fondo a establecer restricciones contrarias a la Constitución, a las facultades de los jueces, dejando de lado como ya se ha visto que la facultad de juzgar los Actos de la Administración es de origen constitucional, como también es de estirpe constitucional el principio al tenor del cual la Jurisdicción y todos los organismos que la componen, Tribunales y Juzgados, deben actuar en el ejercicio de las funciones a ellos otorgadas por la misma Carta, con plena autonomía»<sup>53</sup>.*

<sup>53</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de noviembre de 1984; Magistrado Ponente: Ricardo Medina Moyano.



De hecho, apoyándose en este pronunciamiento y ante una nueva acción de nulidad incoada contra la aludida Nota Diplomática de 1952, el Consejo de Estado replanteó su posición y, en sentencia de 23 de octubre de 1992<sup>54</sup> declaró la nulidad de aquella, reiterando la catalogación de los actos de gobierno como una especie del género "acto administrativo", de suerte que

*".. los actos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y la ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales" (subrayas fuera del texto original).*

Posteriormente se han producido otros pronunciamientos del Consejo Estado<sup>55</sup>, en los cuales se reitera la concepción de que los actos de gobierno son una especie de los actos administrativos. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha abierto paso, sin ambages, a la diferenciación entre Gobierno y Administración tanto constitucional como legalmente reconocida —según se explicó en el apartado inmediatamente precedente en este voto particular— en el derecho colombiano, a propósito, precisamente, del examen de la facultad del legislador para establecer los criterios que han de servir de referencia para catalogar un empleo público como de libre nombramiento y remoción; en esa dirección, coincidiendo con la formulación de las tres categorías laborales a las cuales se ha hecho alusión en el presente salvamento de voto, el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*"2.1. Distinción entre Gobierno y Administración.*

*Es conveniente hacer una distinción entre gobierno y administración, ya que el sistema de carrera no tiene una función política, sino administrativa. En efecto, el gobierno es, ante todo, una estructura*

<sup>54</sup> Consejero ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Consejero Ponente: Mario Alario Méndez. Referencia: Expediente N° CA001. Control de Legalidad del Decreto 871 de 13 de mayo de 1996.



*política, es decir, conlleva un manejo del poder político encaminado hacia los efectos sociales de nivel general. El Gobierno, pues, supone la sistematización de un programa político, así como la ejecución de los principios doctrinarios, mediante el uso del poder.*

*El gobierno obra sobre toda la comunidad, directa o indirectamente. Ahora bien, su labor general ha de ser la conformación del orden social, es decir, la comunidad ordenada de acuerdo con la inclinación social del ser humano. En otras palabras, gobierno es orden político.*

*En cambio, administración significa la ordenación técnica sobre los recursos existentes, con el fin de conformar un orden, que ya no es general, sino adecuado a las circunstancias concretas. Los criterios administrativos se subordinan a los criterios políticos, así como la parte se ordena al todo.*

*La administración desarrolla algunos programas políticos, pero de modo concreto y no general, con criterios de manejo técnico, amparada por el poder político, pero no manejando dicho poder de manera inmediata<sup>56</sup> (subrayas fuera del texto original).*

Partiendo de la anotada distinción, la Corte Constitucional indicó, en el mismo proveído citado, que la facultad del Legislador para catalogar un empleo público como de libre nombramiento y remoción debe respetar el "principio de razón suficiente", en cuya virtud sólo en aquellos eventos en los cuales las funciones inherentes al cargo público tengan un contenido político propio de la actividad de "Gobierno" antes descrita, se justifica que su provisión y remoción pueda efectuarse de manera libre por parte del nominador:

*"Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la*

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia C-195 de 1994; Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



*labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.*

*(...)*

*... la discrecionalidad es una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política, o que requieren de colaboradores de su más absoluta confianza para el logro de sus fines. Como se manifestó en la sentencia citada "no puede prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política". Pero tampoco puede darse el otro extremo: regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera"<sup>57</sup> (se ha destacado).*

Con base en los aludidos planteamientos, en virtud de los cuales "no puede concebirse como ajustado a la Constitución un sistema legal que en esta materia distinga entre los trabajadores sin razón fundamentada en el examen objetivo de las funciones que en cada empleo debe cumplir un servidor público"<sup>58</sup>, la Corte Constitucional ha examinado, en concreto, la constitucionalidad de catalogar determinados empleos públicos como de libre nombramiento y remoción, en especial, por cuanto al presente caso interesa, haciendo alusión a los de alta dirección en la Administración Pública de las entidades territoriales:

*"Estima la Corporación en relación con los empleos acusados del numeral 1o. del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, en atención a su naturaleza y en perfecta armonía con los criterios expuestos, no existe fundamento valedero para incluir como cargos de libre nombramiento y remoción los de Jefes de Oficina, de Sección, de División, de Departamento y de Dependencia que tengan un nivel igual o superior a Jefe de Sección, toda vez que el desempeño de estos cargos no comporta la adopción de actuaciones primordiales dentro de la función pública, con carácter definitivo o el señalamiento de directrices generales, ni se ubican en la más alta jerarquía dentro de la estructura organizativa de las entidades territoriales y tampoco exigen la especial confianza que entraña el carácter de intuitu personae, cuyos motivos indican claramente que no hay razón para excluirlos de la garantía de estabilidad que el artículo 125 superior reconoce a los trabajadores del Estado, puesto que siendo por completo compatibles con el sistema de carrera, nada explica ni justifica que se les someta a las reglas propias del empleado de libre nombramiento y remoción"<sup>59</sup> (énfasis añadido).*

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-514 de 1994; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. En esta providencia agrega el Alto Tribunal que "[D]esde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuitu personae".

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia C-306 de 1995; Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.



Como corolario de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la autoridad nominadora goza de *libertad* —sin matiz alguno— para desvincular, mediante acto no motivado, a los servidores públicos que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción; así pues, la Corte Constitucional contrasta el carácter técnico de la función administrativa, el cual determina que las decisiones que se adopten en materia de personal en dicho ámbito respondan a la aplicación de reglas técnicas y objetivas, con la amplitud de la función gubernamental, de suerte que con ésta última se corresponde la *libertad* como característica que informa la adopción de decisiones en punto del manejo del personal designado en empleos de libre nombramiento y remoción que tienen a su cargo este tipo de responsabilidades de índole político:

*“Frente al concurso, la administración, carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa de que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. La actuación administrativa en lo que respecta a estos empleos no es política y se desarrolla, por ende, de conformidad con estrictas reglas técnicas y objetivas.*

(...)

*El régimen de ingreso, permanencia y promoción propios de la carrera administrativa, se caracteriza por sus connotaciones técnicas y por su decidida orientación hacia la conformación de un cuerpo administrativo profesionalizado, cuya legitimidad estriba en el mérito y la capacidad. En éste método de selección y promoción se basa en buena parte la garantía de que la administración realice en su práctica diaria los principios de servicio a los intereses generales (objetividad), imparcialidad, eficacia y neutralidad.*

*A diferencia de la administración, el gobierno (CP arts 114, 115, 188 y ss y 200 de la CP), que la dirige, se configura a partir de la elección democrática del Presidente de la República y de la libre designación por éste de sus agentes. La función del gobierno como órgano de dirección política, que tiene como tarea la de llevar adelante un programa de acción pública presentado en su oportunidad al electorado, explica la forma peculiar de su conformación.*

*La norma acusada desatiende por completo la diversa configuración, legitimación y finalidades del gobierno y de la función administrativa y, por esta razón, confunde sus diferentes métodos de organización. En el sistema de carrera introduce el factor de libertad en la nominación de los*



*funcionarios, lo que altera profundamente, como se ha visto, dicho régimen y extiende el campo del gobierno más allá de sus confines constitucionales<sup>60</sup> (énfasis añadido).*

Ahora bien, la propia jurisprudencia constitucional ha advertido que la tantas veces mencionada *libertad* para proveer empleos con funciones de índole política o gubernamental sólo encuentra límites en la restricción consistente en que *“en los empleos de libre nombramiento y remoción, por su propia naturaleza, la permanencia del empleado está supeditada a la discrecionalidad del nominador, siempre y cuando en el ejercicio de esta facultad no se incurra en arbitrariedad mediante desviación de poder (artículos 125 y 189, numeral 1º C.N.)<sup>61</sup>”; en tal dirección se ha sostenido:*

*“De otra parte, la Constitución prevé los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, cuya situación es completamente distinta a los de carrera, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de*

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1995; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. De idéntico modo, se ha advertido que *“resultan inconstitucionales -y así lo declarará la Corte- las normas legales que sustraen de las reglas sobre carrera a ciertos empleos cuyos titulares no cumplen funciones que, por su misma naturaleza, exijan la libertad del nominador para designar o remover al empleado”* (se ha subrayado). Corte Constitucional, sentencia C-552 de 1996; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. En la misma dirección consistente en destacar la libertad de la cual goza el nominador para proveer los empleos de libre nombramiento y remoción, ha señalado la Corte: *“A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones.*

(...)

*En los empleos de libre nombramiento y remoción, dado que el trabajador puede ser retirado en cualquier momento de su cargo, es decir, no goza de estabilidad, sería ilógico y excesivamente oneroso para el Estado, prever costosas indemnizaciones para su desvinculación”. Corte Constitucional, sentencia C-540 de 1998; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Asimismo, se ha sostenido que *“...la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.**

(...)

*... frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.*

(...)

*La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación”* (subrayas fuera del original). Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000; Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992; Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.



*sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.<sup>62</sup> A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones. Cuando no lo son, el Estado, que debe cumplir con sus fines de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 CP), autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales<sup>63,64</sup> (se ha destacado).*

Por su parte en la jurisprudencia del Consejo de Estado también se registran pronunciamientos en la referida línea argumentativa que tiende a justificar la existencia de una potestad nominadora libre respecto de los empleos de dirección política o de confianza excepcional al interior de las entidades estatales, como herramienta necesaria para garantizar la armonía y la unidad de criterios en la alta dirección pública, de suerte que, correlativamente, quepa exigir plenamente la responsabilidad que corresponda a los gerentes públicos, por razón de la gestión que adelanten en las entidades o dependencias a su cargo; tal el motivo por el cual comparto íntegramente la prolija argumentación expuesta por la Sección Segunda de esta Corporación en el anotado sentido:

**"DE LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION PARA EMPLEADOS PUBLICOS DE ALTO NIVEL.**

<sup>62</sup> Nota original de la sentencia citada: Sentencia C-479/92(...)

<sup>63</sup> Nota original de la sentencia citada: Sentencia C-540 de 1998, antes mencionada.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2001, Magistrado Ponente: Álvaro Tafúr Galvis. En el referido pronunciamiento, la Corte Constitucional reitera lo hasta ahora sostenido en relación con la naturaleza política o de gobierno de las funciones inherentes al empleo, como determinantes de su catalogación como de libre nombramiento y remoción: "Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades" (subraya, destacado y cursiva no originales).



*Tanto la Constitución como la Ley han previsto que los empleados que hacen parte del equipo administrativo del Estado estén clasificados como de libre nombramiento y remoción, pues sin lugar a duda quien llega a manejar los destinos de una entidad necesita tener el apoyo de un número reducido de funcionarios que entiendan el direccionamiento que pretende darle a la institución, pero que además compartan el modo y la forma de concebir las estrategias para lograr la consecución de las metas que se planeen desde un comienzo.*

*Es decir, es necesario una comunidad no solo de metas y objetivos, sino además de estrategias y modelos de gestión entre el Gerente, Director, Presidente, como se quiera llamar a quien rige y lleva la responsabilidad del ente sobre sus hombros y aquellos miembros de su EQUIPO, que sin lugar a duda deberán no solo compartir los objetivos sino el camino o caminos propuestos por quien los nombró para que lo ayuden en su tarea.*

*Perdida esa comunidad, en la forma de hacer las cosas, porque uno o varios de los miembros del equipo directivo juzgan que debe hacerse de tal o cual manera y no de la forma como el director de la entidad lo prevé, debe entenderse que tal disparidad de criterio afecta el servicio público y que por lo tanto ante la situación de insatisfacción y malestar que se pueda suscitar es indispensable que el nominador proceda a la reestructuración de sus cercanos colaboradores, para así nuevamente, obtener el control que le permita responder por la marcha de la organización que se le ha confiado.*

*Y ello si que es aún más evidente en el sector privado, en donde ni siquiera se puede pensar que quien dirige una empresa o corporación, esté supeditado a aquellas personas nombradas para que coadyuven su gestión y no para que la entorpezcan, y debe ser así pues no puede exigírsele resultados al gerente de una entidad, si no se le permite rodearse del equipo con el que él considera puede adelantar su labor.*

*Y la situación que se presentó en el caso en estudio, sí que es un claro ejemplo en el que justamente se evidencia una diferencia de criterio sustancial, entre el Gerente y la demandante (subgerente financiera) en el manejo de una entidad, concretamente de sus recursos. Es aquí en donde cabe preguntarse a quién se nombró para dirigir la entidad?, quién debe responder por la gestión?. Indudablemente el Gerente. Por lo tanto, sin vacilación, la diferencia de criterio debe ser solucionada utilizando la facultad discrecional que la Ley y la Constitución ha previsto justamente para el efecto.*

*(...)*

*Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, la Sala reitera que la accionante ocupaba un cargo de confianza y manejo y que si bien a la llegada del gerente Dr. Gallo Arias fue sostenida en el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno, con posterior ascenso a la Subgerencia Financiera de la entidad por el mismo gerente, podía ser declarada insubsistente en dicho cargo a pesar de sus buenos oficios, pues, es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el buen desempeño no otorga fuero alguno de inamovilidad, ya que en el cumplimiento de funciones de direccionar una entidad, cualquiera que ella sea, pública o privada, es factor sine qua non y preponderante la*



*confianza depositada en el funcionario por el nominador, factor que al perderse implica la posibilidad inmediata de su retiro para aquel, en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción; confianza que ha de entenderse básicamente referida a la presunción de que se buscan metas más o menos coincidentes, bajo un derrotero a seguir que indudablemente será trazado por el director de la Empresa.*

*(...)*

*Es importante señalar que de manera alguna pueda darse el mismo trato a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que se encuentran en diferentes niveles de la administración porque, sin lugar a duda, los de nivel directivo serán de confianza y manejo, con especial relación respecto del nominador, quien es, en últimas, el que responde por la buena o equivocada gestión al frente de una entidad y no tiene necesidad, ni la ley se lo exige, de proceder a dar explicaciones acerca de la pérdida de la confianza y de la necesidad y conveniencia de una reestructuración del equipo cercano a él, pues solo él tendrá que valorar y sopesar el perfil, la idoneidad, la empatía, la confianza y otros muchos factores que pesan necesariamente, sobre aquellos funcionarios muy cercanos en los que tendrá que apoyarse. De hecho quienes aceptan un cargo en el nivel directivo de cualquier entidad, saben desde un comienzo que dicho cargo no conlleva estabilidad alguna, y por el contrario, saben que son parte de un equipo bajo la dirección de quien los convoca para que lo apoyen en su gestión. Ahora bien podría decirse que por pertenecer al equipo no se tiene porque ocultar irregularidades de quien direcciona, y eso lo comparte la Sala, pero, en tal caso, el alto funcionario que así lo perciba deberá retirarse poniendo en consideración de las autoridades pertinentes esas irregularidades detectadas por él. Lo que no puede avalar la Sala, es que, los altos funcionarios una vez que se les ha pedido la renuncia protocolaria, en la mayoría de los casos, procedan a apalancarse y a dejar una serie de rastros, para sostenerse en el alto cargo a pesar del querer de quien está obligado a responder por la entidad. Que sería, se pregunta la Sala, del Presidente de la República que tuviere que entrar a explicar el por qué de la petición de renuncia de un Ministro?, o de un Gobernador que deba justificar la solicitud de renuncia de sus Secretarios de despacho?. Eso conllevaría la ingobernabilidad de la institución, cualquiera ella sea.*

*Todo funcionario de alto nivel debe contar con un perfil y con unas condiciones excepcionales no solo profesionales, sino además de hidalguía y pundonor que le permitan en determinada circunstancia salir de un alto cargo sin buscar una estabilidad que desde la aceptación del cargo sabía que no tenía.*

*(...)*

*El gerente o director debe sentirse cómodo y respaldado adecuadamente en la dirección de una entidad, pues de ello depende el éxito de su gestión y la suerte del fin estatal encomendado a la misma.*

*Ha hecho carrera que, por elegancia, los nominadores pidan renuncias a sus más cercanos colaboradores, sin embargo dicha elegancia no puede ser mal interpretada, ni utilizada para organizar procesos contra el Estado, pues, simple y llanamente hace parte de la misma discrecionalidad que tiene el nominador, referida a la manera como quiere prescindir de los servicios de su cercano colaborador.*



*Finalmente, debe entenderse que si en la cúpula administrativa de una entidad, por las múltiples circunstancias que puedan aflorar, se tiene un ambiente laboral incómodo, la búsqueda de la superación de dicho ambiente, de suyo, ya implica una mejora en el servicio.*

*No puede ser de recibo en esta jurisdicción la idea de que al producirse una manifestación de controversia entre el nominador y un subalterno que ocupe un cargo de dirección y confianza, siempre éste adquiera una especie de fuero de inamovilidad, porque de plano se estaría facilitando que soterradamente la facultad de libre nombramiento y remoción para ajustar la cúpula administrativa de la entidades estatales pierda su vigencia, con grave detrimento del principio del buen servicio público” (subrayas añadidas)<sup>65</sup>.*

La cita que se acaba de realizar pone de presente que la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo la Sección Tercera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado<sup>66</sup> no guarda relación alguna con la discrecionalidad que pueda ejercer el nominador con el fin de proveer empleos de libre nombramiento y remoción, pues ésta última corresponde —en cuanto entendida como una auténtica *libertad* para decidir, sin expresar los motivos concretos de la determinación y bastando con indicar, genéricamente, que, por vía de ejemplo, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en un empleo de los mencionados se precisa para garantizar la armonía y la coherencia ideológica o programática del equipo de dirección de la entidad— corresponde, insisto, de mejor manera, con la que se ha dado en denominar “*discrecionalidad política*”, propia de las decisiones de dicha índole —política o gubernamental—, como sin duda lo son las adoptadas en ejercicio de la comentada potestad de libre nombramiento y remoción.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de abril veintiséis (26) de dos mil siete (2007); Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero; Radicación número: 25000-2325-000-1999-5519-01(2959-04).

<sup>66</sup> En relación con la aludida concepción pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.



Y es que en relación con la discrecionalidad administrativa, la Sección Tercera parte de diferenciar las denominadas definiciones "materiales" o "positivas" de dicha figura, de las catalogadas como "formales" o "negativas" de la misma; las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando *«elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional»*<sup>67</sup>.

Para las segundas, por su parte —las catalogadas como definiciones "formales" o "negativas"— el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida —esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión—, sino la *forma* en la cual se configura —la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad—, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que —supuestamente, según estas posturas— todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto

<sup>67</sup> Cfr. MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 411.



es, se trataría de *indiferentes jurídicos*<sup>68</sup>.

Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general —prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior—, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado Social y Democrático de Derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en

<sup>68</sup> Entre tales definiciones formales o negativas de la discrecionalidad puede darse cuenta, en la doctrina alemana, de la propuesta por Martín Bullinger, autor a cuyo entender la discrecionalidad se configura como un margen de autodeterminación de la Administración frente a los demás poderes públicos —legislativo y judicial—, por manera que la facultad discrecional comporta un «*margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada*». Cfr. BULLINGER, Martín, «La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial», en *La Ley*, 1.831, 30 de octubre de 1987, Madrid, p. 896. En España, entre muchos otros autores quienes se decantan por esta postura —claramente mayoritaria en dicho país— que concibe la discrecionalidad como un «*margen de libertad de decisión*» —Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 15ª edición, Trivium, Madrid, 1993, p. 317— conferido a la Administración por parte del legislador y, por tanto, inmune al control jurisdiccional, puede citarse la definición propuesta por Luciano Parejo Alfonso, quien considera que la discrecionalidad «*consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad*», dentro del cual «*pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por conformes con el Derecho aplicable*». Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. En similar sentido, en la doctrina francesa, la definición de René Chapus. Cfr. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, Tomo I, 15ª edición, Montchrestien, Paris, 2001, p. 1056. También Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez siguen un rumbo similar, toda vez que consideran que «*el ejercicio de una potestad discrecional permite (...) una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho (...). La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Fernando y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, undécima edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 455-456 y 460-461. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, II, cit., p. 26, afirman que «*potestad reglada es aquella cuyos presupuestos de ejercicio, cuyo contenido y cuyo procedimiento están estrictamente regulados por la Ley. Frente a ello, la potestad discrecional se caracteriza por no tener los presupuestos de su ejercicio o su contenido predeterminados por la ley dejando su libre determinación a la Administración Pública*». Por similares derroteros marcha el concepto que propone María José Alonso Más, para quien «*podemos definir la discrecionalidad como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...), de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas*». Cfr. ALONSO MÁS, María José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1998, p. 223.



los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una 'patente de corso' para la arbitrariedad. Las concepciones *formales* o *negativas* de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que convierten ésta figura en "el caballo de Troya en el Estado de Derecho"<sup>69</sup>. De ahí que convenga reiterar los razonamientos que, en esta dirección, formuló la Sección Tercera del Consejo de Estado con anterioridad y que se transcriben a continuación, no obstante su extensión:

*"Sin embargo, tales definiciones "negativas" o "formales" de la discrecionalidad, que conducen, como se ha visto, a entender que cuando la administración ejercita una facultad de esa naturaleza prácticamente queda en "libertad" de escoger entre "alternativas igualmente justas para el Derecho" o entre "indiferentes jurídicos", han sido, a juicio de la Sala, acertadamente criticadas por la doctrina por cuanto parecieran desconocer que para la administración pública, en la medida en que no es titular de los intereses que procura —que no son otros que los intereses generales—, sino apenas gestora o vicaria de los mismos, en línea de principio, por lo menos, no es posible sostener a priori que cualquier alternativa de solución a un caso concreto, o cualquier curso de acción en su ordinario quehacer, es igual o indiferente respecto de otro u otros, pues la administración está instituida para servir a los intereses generales y, en consecuencia, se halla obligada a intentar encontrar, en cada supuesto específico, la opción que de mejor manera sirva a dichos intereses, atendiendo a criterios objetivos y razonables de decisión.*

*Y probablemente la aproximación teórica que de mejor manera ilustra lo que se acaba de sostener, es la que se vale de analizar en qué lugar, dentro de la estructura lógica de la norma de derecho administrativo, puede ubicarse la discrecionalidad administrativa: si en el supuesto de hecho, o en la consecuencia jurídica. Esto es, si la discrecionalidad consiste en libertad concedida a la administración para elegir cualquiera de las consecuencias jurídicas que la norma autoriza —o para establecer la que la administración considere—, o en autorización atribuida a la administración para completar el supuesto de hecho imperfecto o inacabado de la norma que atribuye la facultad a la administración, estableciendo un criterio objetivo y razonable de decisión"<sup>70</sup>.*

*Para las definiciones formales o negativas de discrecionalidad que se han referido, como quiera que traducen la discrecionalidad*

<sup>69</sup> En la expresión de Hans Huber, traída a cuento por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, en su *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 457.

<sup>70</sup> Nota original de la sentencia citada: Esta perspectiva de análisis es propuesta, en la doctrina española, por BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Entre nosotros, es seguida por MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 105 y ss.



administrativa en libertad de elección entre indiferentes jurídicos, lógicamente la discrecionalidad será ubicable en la consecuencia jurídica de la norma habilitante de la facultad, es decir, consiste en libertad para elegir cualquier consecuencia jurídica, como quiera que todas ellas serán válidas para el Derecho<sup>71</sup>. Para estas posiciones, por tanto, procede suscribir la afirmación del profesor Luciano Parejo en el sentido que «la discrecionalidad nunca se sitúa en el plano cognitivo (el supuesto de hecho abstracto puede estar, incluso, definido por la norma legal previa vinculante para la Administración), por hacerlo siempre en el volitivo (en el propio de la consecuencia jurídica, según la estructura teórica clásica de las normas)...»<sup>72</sup>.

Sin embargo, en el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la Administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad —artículo 209 de la Constitución Política. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas). De ahí que resulte mucho más acorde con la función constitucionalmente encomendada a la administración en un Estado de Derecho, sostener que la discrecionalidad administrativa consiste en habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante:

«De acuerdo con esta posición, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinen si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la Administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre una u otra consecuencia (s) jurídica (s) preestablecida (s) o no, sino, en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir la aplicación de ésta (s). La discrecionalidad administrativa no se diferenciaría entonces cualitativa, sino cuantitativamente de la discrecionalidad normativa de que la Administración dispone en ejercicio de la potestad reglamentaria, o de la que concierne incluso al legislador mismo.

Así, la discrecionalidad consistiría en la habilitación para que la Administración establezca en sede aplicativa los presupuestos de su propia actuación, intencionadamente indeterminados, inacabados o imperfectos en la norma reguladora de su actividad. La máxima discrecionalidad vendría conferida en las denominadas normas de programación final o por objetivos, es decir, aquellas que carecen de

<sup>71</sup> Nota original de la sentencia citada: BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 29-30 y 113 y ss.; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 106-109.

<sup>72</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar...*, cit., p. 122.



A7

supuesto de hecho definido y mediante las cuales suele programarse la actividad conformadora y/o planificadora de la Administración (por oposición a las normas de programación condicional que autorizan discrecionalidad en la adopción de su consecuencia jurídica: «Si concurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y ó Z»). La discrecionalidad no radicaría, entonces, en la elección de la consecuencia jurídica, sino en el establecimiento de los criterios que a la postre determinarán la aplicación —o inaplicación— de una u otra consecuencia jurídica»<sup>73</sup>.

De acuerdo con lo sostenido por Bacigalupo, siguiendo esta tesis, la aplicación de una norma jurídica de Derecho Administrativo que consagra una potestad discrecional supone la ejecución de dos operaciones diferentes y consecutivas, a saber:

«- En primer lugar, (...) la perfección o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta, como es evidente, una tarea materialmente normativa, pues consiste en la concreción o adopción de aquellos criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso prefigurar.

- Y, en segundo lugar, la posterior subsunción bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso (...) es esta segunda, por el contrario, una operación reglada de aplicación normativa.

(...)

Con otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad radicaría en la transformación del elemento cópula de la norma que la habilita, es decir, en la sustitución del operador permisivo que ésta contiene en origen (el «podrá» o «está autorizado a») —según se diría en la lógica deóntica— por un operador imperativo («deberá» o «está obligado a»)»<sup>74</sup>.

Continúa Bacigalupo —apoyándose en la exposición de Hans Joachim Koch— describiendo, desde el punto de vista de la estructura lógico-formal de las normas jurídicas, el procedimiento que supondría, de acuerdo con esta tesis, aplicar una norma habilitante de una facultad discrecional:

«... la descripción habitual de la estructura lógico-formal de una norma que habilita tanto discrecionalidad de actuación como discrecionalidad de elección en la adopción y determinación de su consecuencia jurídica (a saber: «Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos R<sub>1</sub> y R<sub>2</sub>, la Administración podrá adoptar las consecuencias jurídicas Y o Z») podría -y debería!- reescribirse de tal modo que de la misma surgieran normas de programación condicional en las que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica fueran unidos por un operador imperativo; concretamente de la siguiente manera:

<sup>73</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 119-120. En el mismo sentido, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 182-183.

<sup>74</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 33-34 y 183-187.



- «Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos  $R_1$ ,  $R_2$  y los requisitos  $R_n$ , determinados por la Administración, ésta deberá adoptar la consecuencia jurídica Y»; y;

- «Si concurre el supuesto de hecho X integrado por los requisitos  $R_1$ ,  $R_2$  y los requisitos  $R_s$ , determinados por la Administración, ésta deberá adoptar la consecuencia jurídica Z».

Como se puede apreciar, la discrecionalidad dejaría así de radicar en el elemento cópula que une el supuesto de hecho normativo con la consecuencia jurídica (el «podrá» se convierte en «deberá»), consistiendo su ejercicio, en cambio, en la perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho inacabado de la norma que la habilita (es decir, en la determinación de los requisitos adicionales  $R_n$  o  $R_s$ ) (la cursiva en el original)<sup>75</sup>.

Esta concepción de la discrecionalidad administrativa es, a juicio de la Sala, la que ajusta la figura en cuestión a las exigencias constitucionales en el sentido de que la actuación administrativa debe siempre responder a criterios objetivos (obligación que por supuesto no decae en los casos en los cuales tales criterios no vienen predeterminados por la ley dada la escasa densidad regulativa de la misma (...) proscribiéndose la adopción de decisiones arbitrarias —artículo 209 de la Constitución Política.

Es ésta, igualmente, a juicio de la Sala, la concepción de la discrecionalidad administrativa que subyace a la redacción de la norma que, en el Código Contencioso Administrativo colombiano, se ocupa de la figura en cuestión. No de otra forma habría de entenderse la exigencia formulada por el artículo 36 de dicho Estatuto en el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos por el referido artículo 36 C.C.A.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar —conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro—, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como

«...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad,

<sup>75</sup> Nota original de la sentencia citada: *Ibidem*, pp. 187-190.



*estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico»<sup>76,77</sup>.*

Como resulta sencillo advertir, no cabe contemplar el escenario de una autoridad nominadora justificando, para ejercer la potestad de libre nombramiento y remoción —a la cual ni siquiera se aplican las normas de libro primero del CCA por expreso mandato del artículo 1 de dicha obra—, que después de llevar a cabo un juicio de ponderación conducente a la adopción de un criterio objetivo y razonable de decisión, mediante el cual se completa el supuesto de hecho de la norma que le atribuye la potestad, sólo entonces, escoge de entre las diversas alternativas que la norma le posibilita la que resulte más ajustada al interés general. No. Como se ha explicado, la de libre nombramiento y remoción, como su propia denominación lo indica, es una potestad que implica *libertad* para adoptar una decisión de evidente contenido político.

Se trata, pues, del ejercicio de “*discrecionalidad política*” y ya igualmente se explicó que, frente al ejercicio de tal tipo de potestades, el Juez de lo Contencioso Administrativo, aunque en todo caso puede controlar las correspondientes decisiones comoquiera que ningún acto de autoridad pública puede estar exento de fiscalización judicial en un Estado de Derecho —aún cuando se trate de un acto político o de gobierno—, en principio no cuenta con parámetros jurídicos objetivos y precisos útiles para fiscalizar el núcleo de decisión política del acto del cual se trate; es decir, en principio, el juez administrativo no está llamado a controvertir las razones de naturaleza política, técnica, económica, de conveniencia u oportunidad que haya tenido la entidad actuante para proferir el acto mediante el cual ejerce la potestad de libre nombramiento y remoción. Empero, como con todo acierto lo han indicado tanto la legislación como la doctrina españolas, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sin duda puede controlar algunos elementos que,

<sup>76</sup> Nota original de la sentencia citada: *Ibidem*, p. 100.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074. M.P. Dr. Alier Hernández E.



de todas formas, deben estar presentes en tal tipo de decisiones, como lo son, por vía de ejemplo, la existencia de la potestad ejercida, la competencia, el procedimiento y la forma —de encontrarse legalmente exigidos— así como la sujeción a la finalidad.

Éste último, el fin con miras al cual debe ser ejercida la potestad, constituye uno de los elementos, entonces, que puede —y debe— fiscalizar el juez administrativo aún cuando la decisión revista un evidente contenido político, sin que con ello irrumpa indebidamente en la órbita de decisión de la Administración, cuyas razones para adoptar la decisión política de la cual se trate permanecerán intangibles en tanto respeten la anotada finalidad, al igual que los demás elementos a los cuales se acaba de hacer alusión.

Y el de la finalidad es, precisamente, el elemento que a mi juicio se encuentra claramente viciado en el acto mediante el cual se produjo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar, mismo cuya anulación dio origen al proceso que se falló mediante la sentencia de la cual me he apartado; la desviación de poder se encuentra acreditada en el asunto *sub judice* —al igual que la halló demostrada la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia del 9 de mayo de 1996—, tanto por las razones que en este voto individual se ha expuesto, como por aquellas que se relacionan a continuación.

**LA DESVIACIÓN DE PODER CONSTITUYE UN VICIO EN EL CUAL PUEDE INCURRIRSE EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.**

Visto que la potestad nominadora respecto de empleos de libre nombramiento y remoción, a pesar de la amplitud de valoración que confiere a su titular —al punto que le adscribe auténtica libertad para decidir, sin sujeción a obligaciones de ponderar, motivar, razonar o explicitar las razones de su decisión— y a pesar de que el juez administrativo, en principio, tiene vedado cuestionar los motivos políticos, económicos, técnicos, de conveniencia o de oportunidad que subyacen a la decisión respectiva, es una



potestad cuyo ejercicio debe dar lugar a la expedición de actos en los cuales tienen que concurrir unos elementos que pueden y deben ser fiscalizados por la instancia judicial uno de los cuales es la finalidad por la cual ha de propenderse a través del ejercicio de la atribución comentada, resulta imprescindible traer a colación, en este momento, la reiterada jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la cual se concluye lo que no podría entenderse de otro modo: que la potestad de libre nombramiento y remoción tiene una naturaleza, unas exigencias procedimentales y unos propósitos diversos de aquellos que distinguen, caracterizan, justifican y se persiguen a través de la potestad sancionatoria disciplinaria —con la cual no se excluye—:

*"En este caso la demandante alega que con la insubsistencia no se busca el buen servicio de la administración sino retirarla porque supuestamente ella incurre en una conducta disciplinaria. La inconformidad con la sentencia gira entonces en torno a la desviación de poder que se alega como causal de nulidad del acto acusado.*

*La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto.*

*(...)*

*No sobra recordar que la facultad de libre remoción es independiente del poder disciplinario. Una y otra pueden ejercerse independientemente, toda vez que la ley faculta para que quien esté aún retirado del servicio pueda ser objeto de una investigación y sanción disciplinaria por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones.*

*Si la desvinculación de un empleado de libre designación conviene a la adecuada prestación del servicio público, bien puede ejercer la autoridad nominadora la facultad discrecional de declarar insubsistente su nombramiento, así pudieran existir razones para adelantar un proceso disciplinario, por cuanto la primera de estas decisiones administrativas no persigue sancionar disciplinariamente al afectado, sino lograr, como se dijo, una acertada y eficiente prestación del servicio" (se ha subrayado)<sup>78</sup>.*

Pero, adicional a lo anterior y no menos importante resulta señalar que la

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 22 de febrero de 2007; Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla; Radicación número: 27001-23-31-000-2002-00696-01(7806-05). En idéntico sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia del 18 de octubre de 2007; Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón; Radicación número: 25000-23-25-000-1999-07448-01(4049-02).



potestad discrecional en este tipo de casos —en los cuales la discrecionalidad que se ejerce es política, no administrativa, se itera— no puede válidamente ser empleada con los fines para cuya consecución ha sido consagrada la facultad disciplinaria; proceder, entonces, a declarar insubsistente el nombramiento de un servidor público que desempeña un empleo de libre nombramiento y remoción, con fundamento en hechos constitutivos de infracción disciplinaria y con el fin de reprimir la comisión de los mismos —incluso de manera pública y abierta, como está probado que ocurrió en el caso *sub examine*—, hace incurrir al acto correspondiente en desviación de poder, razón por la cual el mismo debe ser anulado y su(s) autor(es) conminados a reintegrar a la Administración aquello que la misma debió pagar al afectado, como consecuencia del proceder viciado de los agentes estatales respectivos; en la anotada dirección, los argumentos esgrimidos por la Sección Segunda de esta Corporación son abundantes y reiterados, como se refiere a continuación:

*“En primer lugar debe reiterar que la facultad de remoción y la disciplinaria son independientes y que la primera no enerva la segunda. Pero no es menos cierto que los objetivos de cada una también son distintos, lo cual justifica la independencia anotada.*

*Establecer los límites entre una y otra requiere un estudio cuidadoso de las circunstancias alegadas y probadas en cada caso ya que, sin duda, la comisión de faltas disciplinarias no es conveniente para el servicio, pero no puede llegarse al extremo de sostener que como el derecho de defensa se puede ejercer una vez se ha hecho uso de la facultad discrecional, ello resulta suficiente para desvirtuar una posible desviación de poder.*

*Una cosa es el ejercicio del derecho de defensa y otra que la facultad que la ley ha otorgado al nominador se use con un fin distinto del previsto en ella, es decir que se haya incurrido en desviación de poder.*

*Se trata entonces de llevar al juez al convencimiento de que el motivo de la insubsistencia fue la presunta comisión de una falta disciplinaria y su finalidad sancionarla mediante el ejercicio de la facultad discrecional.*

*En este caso, cree la Sala que ha logrado desvirtuarse la presunción de legalidad del acto acusado.*

*(...)*

*A juicio de la Sala, las circunstancias que rodearon la situación anterior a la insubsistencia, constituyen indicio serio de que lo que se buscó no fue el mejoramiento del servicio, sino sancionar al demandante por los hechos que dieron lugar a investigación disciplinaria en su contra.*



*La finalidad con la cual fue utilizada la facultad discrecional de remoción no corresponde a la prevista en la ley, la sanción debe ser el resultado de un proceso disciplinario en el cual se establezca la responsabilidad del empleado en los hechos que le fueran imputados, más aún cuando desde el inicio de la investigación existen versiones diferentes sobre los mismos hechos". \*Datos del fallo (nota a pie de página) (subrayas fuera del texto original).*

De manera aún más prolija, si cabe, en otro pronunciamiento la Sección Segunda de esta Corporación explicó de qué manera deben relacionarse las potestades discrecional de provisión de empleos de libre nombramiento y remoción, de un lado y, de otro, la sancionatoria disciplinaria:

*"En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha establecido las diferencias entre el ámbito que comprende la facultad discrecional y el que regula la potestad disciplinaria y en este sentido, se advierte que mediante la primera, la administración cuenta con la libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia lo mejor para el servicio...*

*(...)*

*A su turno, se ha expresado, que la potestad disciplinaria, tiene por finalidad sancionar las actuaciones de los funcionarios que conlleven el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones y la incursión en prohibiciones; por ende, la falta disciplinaria se enmarca en la preservación de reglas de conducta que debe seguir el servidor público y que guardan relación con los principios que guían la función administrativa. Siendo así, la finalidad de la investigación disciplinaria, reside en la protección de la función pública y busca sancionar el menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por las actuaciones irregulares de sus funcionarios que se realicen a título de dolo o culpa; es decir, es de la esencia de la falta disciplinaria, que el comportamiento irregular del funcionario que se le atribuye subjetivamente se encuentre debidamente probado, bien por causa correlativa de la omisión del deber que le correspondía o por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*(...)*

*Con las anteriores premisas, se precisa que en el fondo, el incurrir en faltas disciplinarias, trae consigo la lesión al principio de la moralidad administrativa, por lo cual la falta disciplinaria incide en el prestigio e imagen de las instituciones; de modo que no es dable hacer uso de la facultad discrecional para pretender "depurar" el ente estatal, dado que si la situación que ha originado el deterioro de la imagen se subsume en el ámbito de las faltas disciplinarias y no se afecta el servicio, mal podría utilizarse dicho mecanismo.*

*En este orden de ideas, el vicio por desviación del poder, puede ocultarse detrás de aparentes actos discrecionales, dictados para castigar un comportamiento susceptible de investigación y sanción disciplinaria, y en consecuencia, si la administración dirige su actuación*



por ese conducto, incurre en irregularidad, puesto que la finalidad real de la expedición del acto, mediante el ficticio poder discrecional, es la censura por la falta individual del funcionario.

(...)

A manera de pauta y sin el propósito de establecer reglas exactas que resultan ilusorias de aplicar en razón a los disímiles eventos fácticos, examina la Sala que los siguientes argumentos fundamentan las apreciaciones consignadas en párrafos anteriores:

- Como la aplicación de la potestad disciplinaria, no tiene como propósito necesariamente la búsqueda del mejoramiento del servicio o satisfacción del interés general, aunque puede suceder que la sanción del comportamiento disciplinable contribuya intrínsecamente y sin que sea su finalidad a lograr estos resultados, **la administración no podrá prevalerse de la discrecionalidad para remover a un servidor que ha incurrido en conductas que a la luz de las normas rectoras disciplinarias son materia juzgable ante las autoridades investigadoras.**

- Como es factible hallarse frente a situaciones que comportan el enjuiciamiento por el sendero de la investigación disciplinaria y **que no conllevan afectación del servicio, la administración incurre en desviación del poder cuando indistintamente del análisis de la afectación funcional prescinde del funcionario, y en este evento, su actuación constituirá un abuso de la facultad discrecional.**

(...)

- El ejercicio de la medida discrecional de retiro a situaciones cobijadas en un entorno diferente, específicamente que no conllevan afectación del servicio además de viciar la legalidad del acto por violación del debido proceso, implica en ocasiones un drástico y severo proceder, debido a que la desvinculación se asimila a la destitución en cuanto conlleva el retiro, pudiendo resultar que de haberse seguido el conducto regular del procedimiento disciplinario, la calificación de la falta no ameritaba la desvinculación por configurarse en leve o grave, las cuales se sancionan respectivamente, con anotación en la hoja de vida o multa de hasta diez (10) días de salario, y con multa entre once (11) y noventa (90) días de salario, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o suspensión del contrato de trabajo hasta por tres (3) meses, en los términos del artículo 32 de la Ley 200 de 1995.

- La administración no podrá aprovecharse de la discrecionalidad para remover a un servidor público que ha incurrido en conductas que a la luz de las normas rectoras disciplinarias son materia juzgable ante las autoridades investigadoras, que no afectan el servicio y que requieren el agotamiento de las etapas de investigación y juicio, con observancia plena de las garantías constitucionales, en especial a la presunción de inocencia, en tanto al dictar la medida discrecional de desvinculación respecto de un hecho que requiere ser demostrado, se incurre en prejuzgamiento y en diáfana violación al debido proceso, al omitir todas y cada una de las formalidades que ciñen el proceso disciplinario" (se ha destacado)<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", Sentencia del 1º de abril de 2004; Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado;



Lo expuesto pone de presente que cuando se ejerce la potestad discrecional de provisión de empleos de libre nombramiento y remoción con una finalidad punitiva o sancionatoria, se incurre en una de las modalidades de desviación de poder a las cuales se hizo referencia en la presente aclaración de voto, toda vez que si bien no necesariamente se expide el acto con un propósito personal, subjetivo o caprichoso, sí se profiere el mismo con una finalidad, probablemente de interés público, pero completamente ajena a la que debería informar el ejercicio de la respectiva potestad y, lo que es definitivamente más grave, con abierta violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial de los derechos a la defensa, al debido proceso y, en eventos como el *sub judice*, del derecho a la honra y al buen nombre.

La desviación de poder así configurada, por tanto, debe conducir a la

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-12673-01(5985-02). En el mismo sentido e igualmente de interés para el asunto *sub examine*, se pronunció la Sección Segunda en los siguientes términos:

*"No obstante, estima esta Sala que la prueba indiciaria tiene la fuerza suficiente como para inferir las verdaderas razones consideradas por la administración para prescindir de los servicios de un empleado público que se hallaba, por cierto, bien calificado profesional y laboralmente.*

*En efecto, si el Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas - FERROVIAS - tenía conocimiento de irregularidades presentadas en el área financiera, por supuesta exigencia de dineros para el trámite de cuentas ante esa entidad - situación que revestía cierta gravedad -, ha debido adelantar las investigaciones del caso y tomar las medidas correspondientes, directamente o por conducto de las autoridades competentes, a fin de que se les garantizara el debido proceso y el derecho de defensa a los presuntos implicados, conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución Política.*

*Por el contrario, el representante legal de la empresa industrial y comercial del Estado optó por solicitar autorización al Departamento Administrativo de la Función Pública para retirar al personal de esa área, por "... circunstancias de público conocimiento y con miras a lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos por esta administración para sanear y recuperar el manejo ético de la empresa." Es decir, el Presidente de Ferrovías resolvió expresar, en esa solicitud, el motivo determinante para proceder a la desvinculación del demandante, consistente en un reproche sobre su conducta oficial que bien podía constituirse en una causal disciplinaria.*

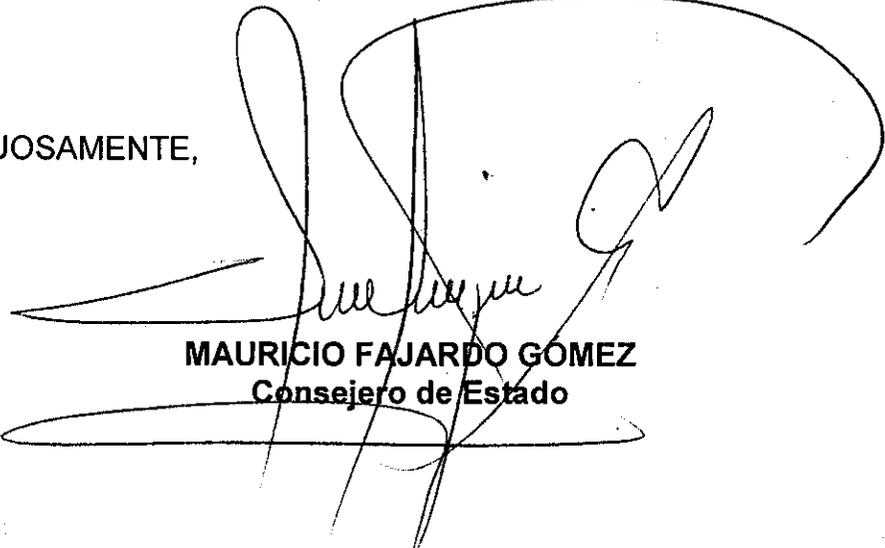
*De aceptarse como cierta la afirmación hecha por el Presidente de la entidad, se insiste de suma gravedad, no puede optarse en estos casos entre abrir una investigación disciplinaria o hacerse uso de la facultad discrecional, pues esta última figura jurídica no está prevista para sancionar a los servidores públicos"* (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia del 1º de septiembre de 2005; Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla; No. Referencia: 250002325000199805672 01; No. Interno: 3625-2003.



anulación del acto demandado y a abrir las puertas a la acción de repetición, como aquí ha ocurrido; con ello, se reitera, no irrumpe el juez indebidamente en la órbita de decisión política de otra Rama del Poder Público, habida cuenta de que la sujeción a la finalidad impuesta por el ordenamiento constituye en uno de los elementos que deben concurrir en todo acto administrativo y también en todo acto político o de gobierno.

En los anteriores términos dejo expuesta la aclaración al voto con el cual acompañé el fallo dictado dentro del proceso citado en la referencia.

RESPECTUOSAMENTE,



**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Consejero de Estado