

**CONCEPCIONES DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. ANÁLISIS DE LA
SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1992,
EXPEDIENTE 1009- CASO DEL CLUB MILITAR.**

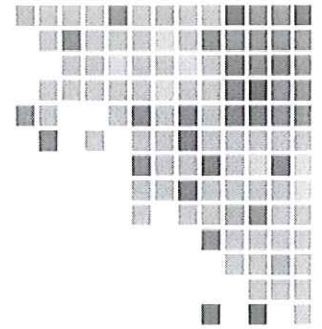
DARIO FERNANDO ANDRADE SARASTY

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2017**





**La Santiago
transforma
tu mundo**



**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ACTA DE SUSTENTACIÓN NO. 60**

En Cali, a los (05) días del mes de septiembre del año 2017, en la oficina de la Dirección de los Postgrados en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron en calidad de evaluador, el profesor: **FERNEY MORENO VIAFARA** y (los) estudiantes (s) **DARIO FERNANDO ANDRADE SARASTY CC 1144140087** con el trabajo titulado: **“CONCEPCIONES DE DISCRETIONALIDAD ADMINISTRATIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1992, EXPEDIENTE 1009-CASO DEL CLUB MILITAR”**

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (hicieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego los jurados interrogaron ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito legal del Trabajo de Grado.

[Handwritten signature of Ferney Moreno Viafara]
FERNEY MOENO VIAFARA
Evaluador

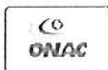
[Handwritten signature of Dario Fernando Andrade Sarasty]
DARIO FERNANDO ANDRADE SARASTY
Examinado

[Handwritten signature of Viviana Marcela González Muñoz]
VIVIANA MARCELA GONZÁLEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Administrativo



ISO 9001:2008

BUREAU VERITAS
Certification



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia

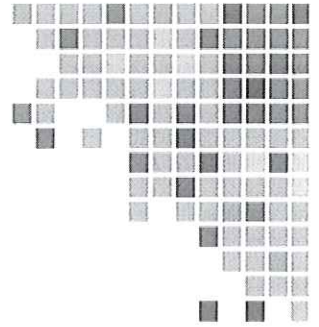


USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
FACULTAD DE DERECHO
CALLE 100

[Handwritten signature]



La Santiago *transforma* tu mundo



NOTA DE ACEPTACIÓN

[Handwritten signature]

Evaluador Trabajo de Grado

[Handwritten signature]

Coordinadora de la Especialización



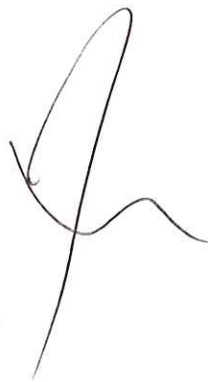
ISO 9001: 2008

BUREAU VERITAS Certification



Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia





Concepciones de discrecionalidad administrativa. Análisis de la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 1992, expediente 1009- Caso del Club Militar.

Presentación.

El presente documento pretende realizar un análisis muy concreto, en razón a la extensión máxima permitida del mismo, de las concepciones de discrecionalidad administrativa. Para ello se revisará las teorías que la Jurisprudencia del Consejo de Estado y algunos doctrinantes han desarrollado en torno a esa figura, luego de lo cual, se procederá a analizar la Sentencia del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 1992, Consejero Ponente Reynaldo Arciniegas Baedecker, asunto que se conoce como el del club Militar¹, donde se indagará sobre la naturaleza jurídica del club militar, determinando si la facultad de incorporar socios al mismo en vigencia del Acuerdo 025 de 1977 y Decreto 0894 de 1978 es reglada o discrecional, precisando cómo debe ejercerse esa facultad, para terminar indicando la concepción de discrecionalidad administrativa que sustentó tal decisión, aportando argumentos acerca de la concepción de discrecionalidad administrativa que debería aplicar el juez administrativo en ese y en cualquier otro caso en el cual ejerza facultades de esa naturaleza.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente 1009. Sentencia del 21 de Septiembre de 2009. C.P. Reynaldo Arciniegas Baedecker.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
1. CONCEPCIONES DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	5
1.1 FORMAL O NEGATIVA.	5
1.2 MATERIAL O POSITIVA.	6
1.3 MIXTA.	8
2. SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DEL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1992, CONSEJERO PONENTE REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER-CLUB MILITAR. 9	
2.1 HECHOS.....	9
2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CLUB MILITAR Y FACULTAD DE INCORPORAR SOCIOS AL MISMO EN VIGENCIA DEL ACUERDO 025 DE 1977 Y DECRETO 0894 DE 1978.	10
2.3 CONCEPCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADOPTADA EN EL CASO DEL CLUB MILITAR.	12
2.4 CONCEPCIÓN QUE SE DEBÍA ADOPTAR EN EL CASO DEL CLUB MILITAR Y EN FUTUROS ASUNTOS.....	14
3. CONCLUSIONES.	17
BIBLIOGRAFÍA.....	18

Introducción.

Comprender las concepciones de discrecionalidad administrativa, objeto de este trabajo, es de valiosa importancia para el derrotero diario de la administración y para el ejercicio de la actividad judicial a la hora de sentenciar actos administrativos que lleven inmersas tales facultades. En el presente documento se presenta de forma muy sintética, una clasificación de las nociones de discrecionalidad administrativa impulsada por distintos estudiosos del tema y que ha tenido muchos efectos prácticos para la adopción de decisiones en el Consejo de Estado Colombiano.

La formal o positiva, material o negativa y la mixta, son concepciones que sobre la discrecionalidad administrativa se han construido, todas, buscan explicar en qué parte de la estructura de la norma jurídica se ubica la discrecionalidad a efectos de determinar cómo debe ejercerse; visto lo anterior se procederá a realizar un breve análisis de la Sentencia Consejo de Estado del 21 de septiembre de 1992, Consejero Ponente Reynaldo Arciniegas Baedecker², identificando qué dentro de aquella providencia se optó, de forma implícita, por la concepción de discrecionalidad “formal o negativa”, situación que pugna con principios elementales dentro de un estado social de derecho.

Lo anterior, conduce a que se tome una posición dentro del asunto, para lo cual se considera que la concepción de discrecionalidad que se debía adoptar en aquella decisión y en cualquier otra, es la “mixta”, en razón a la garantía de caros principios que en el cuerpo del documento se detallaran. En suma, lo que se hará en este documento, es el análisis de una decisión del consejo de estado a la luz de las distintas concepciones que sobre la discrecionalidad administrativa se han estructurado, pasando a tomar posición, con argumentos claros, de la concepción que se debió adoptar en aquella providencia y en futuras decisiones.

² Ibíd.

1. Concepciones de discrecionalidad administrativa.

Doctrinaria³ y jurisprudencialmente⁴ pueden encontrarse ciertas construcciones que buscan explicar la discrecionalidad administrativa de acuerdo al lugar en que se ubica dentro de la estructura lógico formal de la norma jurídica. Así, encontramos, la «formal o negativa», «material o positiva» y la «mixta».

1.1 Formal o negativa.

Esta primera tesis sostiene que la facultad discrecional está únicamente en la consecuencia jurídica de la norma habilitante, lo que implica sostener que, en uso de aquella, la administración tiene completa libertad para elegir entre las varias consecuencias jurídicas posibles, sin importar que las mismas sean semejantes o radicalmente opuestas, ya que, a la vista del derecho, todas son válidas. Para quienes abanderan esta posición no existe posibilidad de apreciación discrecional en el supuesto de hecho normativo ya que en ese ámbito la tarea de la administración se limita a un ejercicio de subsunción para determinar si el caso que se trata se ajusta a la situación fáctica que prevé la norma. Así, mientras que la elección de la consecuencia jurídica supone un proceso completamente volitivo de la administración, la subsunción en el supuesto de hecho de la norma da cuenta de un proceso cognitivo, que implica conocer y constatar los hechos del caso para concluir si se ajustan o no al marco fáctico que define la disposición.

Como se advierte, la noción de discrecionalidad «formal o negativa», desplaza el concepto de interés general, y da mayor trascendencia a la formalidad en que deviene la facultad discrecional, es decir, en si la facultad discrecional esta conferida al órgano o no, o si su regulación es parcial, circunstancia que habilita a la administración a decidir

³ Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007 (Reimpresión 2012).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. P, 42 y ss, C.P: Alier Hernández Enríquez.

entre «alternativas igualmente justas para el derecho» o entre «indiferentes jurídicos», ubicando la discrecionalidad en la consecuencia jurídica⁵.

Esta es una posición criticada pues, como se explicará más adelante, en un Estado de Derecho, la voluntad de la administración no puede estar desprovista de criterios objetivos.

1.2 Material o positiva.

Para otro sector, dentro de la estructura lógico formal de la norma jurídica, la discrecionalidad administrativa debe ubicarse en el supuesto de hecho, lo que significa que la administración puede definir las circunstancias fácticas que darían lugar al ejercicio del poder discrecional. En otras palabras, la discrecionalidad no reside en escoger entre un abanico de consecuencias jurídicas posibles sino en la potestad de fijar criterios en el plano fáctico de la norma con los cuales pueda determinarse si se aplica o no una u otra consecuencia jurídica⁶. Solo a partir de la construcción de unos lineamientos objetivos y razonables que sirvan de guía en el ejercicio de la facultad discrecional se puede hacer honor a los fines y parámetros a los que debe responder la función administrativa según el artículo 209 de la Constitución Política, así como respetar los límites de que tratan los artículos 36⁷ del Decreto 01 de 1989 y el 44⁸ de la Ley 1437 de 2011.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Hugo Alberto Marín Hernández. *Discrecionalidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007 (Reimpresión 2012).

⁷ Artículo 36. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

⁸ Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El doctrinante Mariano Bacigalupo, que se suscribe a esta tesis, explica que, ante la existencia de una potestad discrecional, la administración debe emprender dos operaciones de diferente naturaleza. En primera medida, tiene que perfeccionar o integrar el supuesto de hecho de la norma estableciendo los criterios que fácticamente van a definir los casos en que se aplica una determinada consecuencia jurídica y aquellos otros en que debe acudir a una distinta, lo que permite descartar el ejercicio arbitrario de la facultad que concede la norma habilitante. De otro lado, la administración ha de realizar un ejercicio de subsunción para saber si el caso en concreto se ajusta a dichos criterios, procedimiento que en lugar de responder a una operación volitiva, resulta siendo plenamente reglado⁹.

Al completar el supuesto fáctico de la norma concretando de manera detallada los requisitos para que opere una u otra consecuencia jurídica, lo que hace la administración es transformar lo que se conoce como el elemento cópula de la norma, sustituyendo el operador permisivo («podrá»), que en principio la define como una facultad discrecional, por uno imperativo («deberá»).

Esta posición, además de tener como base una construcción lógica plausible, es la que más se ajusta a los lineamientos que consagra la Constitución Política ya que provee una forma de aplicar objetiva y razonablemente las facultades discrecionales, con lo que se puede superar el mayor temor que estas generan, que consiste en una actuación caprichosa por parte de la administración. Ahora bien, garantizar la renuncia al ejercicio arbitrario de la facultad discrecional implica también salvaguardar otro de los propósitos esenciales dentro de un Estado de Derecho, cual es la igualdad, porque fijar los criterios fácticos que determinan la consecuencia jurídica a aplicar, permite resolver uniformemente los diferentes casos que son de conocimiento de la administración.

⁹ Mariano Bacigalupo. La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Marcial Pons. Madrid, 1997.

La concepción «material o positiva», parte de que en una disposición donde la noción de interés general no sea clara, la administración, después de realizar una ponderación de los hechos e intereses del caso, puede tomar una decisión salvaguardando la conveniencia pública¹⁰.

1.3 Mixta.

Finalmente, hay un tercer grupo de autores que considera que la discrecionalidad se encuentra tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica de la norma.

Al analizar la estructura de la norma, podría pensarse que, en principio, en este caso la discrecionalidad administrativa se encuentra en la consecuencia jurídica y que se trata de una discrecionalidad de elección, toda vez la forma en que se encuentra redactada deja la sensación que la administración puede optar entre cualquiera de las consecuencias que la norma autoriza, resultando jurídicamente indistinto si se accede por una u otra opción.

Empero, la concepción «mixta» entiende que la discrecionalidad administrativa, faculta al órgano para completar o estructurar el supuesto de hecho de la norma imperfecta o incompleta, estableciendo criterios objetivos que determinarán o no la aplicación de una consecuencia jurídica, posición que se ajusta más a los postulados de un Estado de Derecho¹¹.

Así, la concepción mixta agrupa elementos de las «formales» y «materiales», y puede ser entendida 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. P. 42 y ss, C.P: Alier Hernández Enríquez.

¹¹ *Ibíd.* P. 43

de la escasa densidad o imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos –aun de componente extrajurídico- 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»¹².

2. Sentencia del Consejo de Estado del 21 de septiembre de 1992, Consejero Ponente Reynaldo Arciniegas Baedecker-club Militar¹³.

2.1 Hechos.

La situación fáctica ventilada en la Sentencia que se estudiará se sintetiza así: *“Leoncio Rodríguez García, oficial de la Policía Nacional con el grado de Capitán prestó servicios a la institución por un lapso a los 19 años. En la actualidad goza de asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de la Policía Nacional, según resolución No. 0383 del 7 de febrero de 1983. Fue retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno el 15 de abril de 1982, según decreto No. 1088 del 19 de abril de 1982. En marzo 23 de 1983 el actor hizo solicitud para ingresar al Club Militar en su calidad de socio efectivo en virtud de cumplir los requisitos legales, pero la institución le negó la admisión por el motivo de haber sido retirado del servicio activo "POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO" y por haber cometido "faltas graves que desprestigiaron la institución". El actor siempre ha sido socio del Club Militar de Oficiales, antes por el hecho de ser oficial activo, ahora al estar en disfruta de asignación de retiro es su deseo ser socio del club. De otra parte, el literal c) del artículo 14 del Decreto 262 de 1978 expresamente señala las causas por las que un socio pierde su calidad de tal y ninguna de ellas encuadra en el caso del actor. Gozando de tiempo atrás de su status de socio, ningún acto administrativo lo ha*

¹² Op. Cit. MARÍN HERNÁNDEZ. p. 177.

¹³ Op. Cit. Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente 1009.

separado del mismo y el acto acusado es arbitrario ya que es reglado y no discrecional. Concluye que la Junta Directiva del Club está obligada a aprobar las admisiones porque el acto es reglado y no discrecional y que es un derecho propio del status militar, por lo que hay un desvío de poder que afecta el honor de Oficial del demandante que la Constitución protege y el acto desconoce y viola”.

2.2 Naturaleza jurídica del club militar y facultad de incorporar socios al mismo en vigencia del acuerdo 025 de 1977 y decreto 0894 de 1978.

Siguiendo con el derrotero planteado, se considera necesario precisar que el club militar es un establecimiento público de orden nacional creado por la Ley 124 de 1948 y reorganizado por los Decretos 146 de 1960 y 2336 de 1971, el cual fue modificado por el 2164 de 1984, y, por lo tanto, el ejercicio de la función administrativa a su cargo debe enmarcarse en los parámetros que fija el artículo 209 de la Constitución Política. También es importante advertir que, conforme al artículo 210 *ibíd*, «La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes».

De acuerdo con ello, la Ley 489 de 1998¹⁴ dispuso con relación a los establecimientos públicos que «son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público [...]», siendo uno de sus rasgos distintivos la autonomía administrativa y financiera con la que cuentan en el desarrollo de su operación.

Según el artículo 71 de la ley en cuestión, las funciones que les competen tienen siempre como referente las normas mediante las cuales fueron creados y sus estatutos internos, sin que tengan la posibilidad de actuar por fuera del marco que estas definen,

¹⁴ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

marco que constituye un verdadero límite a la autonomía administrativa y financiera que se les ha conferido.

La dirección y administración de los establecimientos públicos fue encomendada a un director, gerente o presidente y a un Consejo Directivo (art. 72 L. 489/98), a este último corresponden las funciones que expresamente prevé el artículo 76 de la referida norma, entre las que se encuentran «Las demás que les señalen la ley, el acto de creación y los estatutos internos».

Ahora bien, es necesario precisar que los hechos controvertidos en la sentencia tuvieron lugar cuando se encontraba vigente el Decreto 894 de 1978, aprobatorio del Acuerdo 025 de 1977, que contenía los estatutos internos de la entidad y que contemplaba en su artículo 7, literal g) la facultad de la Junta Directiva consistente en «Aprobar o improbar **discrecionalmente** las solicitudes de admisión para ingreso como socio o asociado; y aplicar las sanciones disciplinarias que le asigne el respectivo reglamento».

Se observa entonces que se trata de una facultad discrecional que tiene consagración expresa en los estatutos internos de la entidad puesto que por medio de la misma se le confiere a la Junta Directiva del Club Militar un margen de relativa libertad de juicio y decisión en el ejercicio de la potestad de admitir el ingreso de nuevos socios. Ello es así como quiera que la forma en que se encuentra estructurada la facultad no agota *in extenso* la manera en que ha de utilizarse sino que corresponde a la Junta Directiva, cuando la solicitud es puesta en su conocimiento, resolverla con base en criterios que no han sido predeterminados por la disposición pero que pueden ser fijados por ella de manera objetiva, teniendo siempre presente que su propósito es la satisfacción del interés general y que ello, de suyo, implica la proscripción del más mínimo asomo de arbitrariedad.

2.3 Concepción de discrecionalidad adoptada en el caso del Club Militar.

En lo que respecta a la concepción de discrecionalidad administrativa que sustentó la decisión contenida en la sentencia del 21 de noviembre de 1992¹⁵, se advierte que de manera **implícita** asumieron la noción de discrecionalidad Administrativa «formal o negativa», en la medida que el juzgador de aquella época no realiza ningún análisis diferente al de verificar si efectivamente existía una disposición jurídica que otorgara la facultad, a la junta directiva, de aprobar o no, la solicitud de admisión al club militar, concluyendo que el artículo 7 literal g) del Decreto 0894 de 1978, en efecto así lo establecía, soslayando un análisis de fondo respecto del ejercicio de aquella facultad discrecional.

El Consejo de Estado, en tal ocasión, aunque ni siquiera se haya dado a la tarea de explicarlo así, basó su determinación en el hecho que el literal g), artículo 7 del Decreto 894 de 1978 otorgaba un ámbito de decisión no regulado a la administración en virtud del cual, las diferentes decisiones que pudiera haber tomado la junta directiva del Club Militar en uso de dicha facultad pudieran haber estado ajustadas a derecho, en razón de lo que se conoce como «indiferentes jurídicos». La construcción que se ha hecho en torno a este último concepto ha sido objeto de fuertes críticas ya que el principal objetivo de la administración pública es la salvaguarda del interés general y, por tal razón, siempre habrá una decisión que satisfaga en mayor medida y de mejor manera dicho propósito, con lo que se queda sin sustento la posibilidad de que determinaciones de diferente índole puedan resultar indistintas.

La posición esgrimida por el fallador frente a la discrecionalidad Administrativa, encaja dentro de la tipología catalogada como «formal» o «negativa», pues se itera, se **limitó** simplemente a plasmar la existencia de una disposición que habilita a la administración para aprobar o improbar discrecionalmente una solicitud, es decir, la facultad de la junta

¹⁵ Op. Cit. Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. P, 42 y ss, C.P: Alier Hernández Enríquez.

directiva de elegir entre varias alternativas disponibles, entendiendo la discrecionalidad administrativa, como la libertad de la administración de escoger entre «alternativas igualmente justas para el Derecho» o entre «indiferentes jurídicos»¹⁶; sumado a ello, la corporación resalta la falta de una disposición que obligue a la junta directiva para admitir a un postulante que satisfaga las dos primeras exigencias, antes citadas, precisando que ello también le da la connotación de facultad discrecional. Sin embargo, no debe ser esa la lectura que se le otorgue a la norma.

Es preciso entender que cuando el artículo 7, literal g) del Decreto 894 de 1978 le confiere a la Junta Directiva del Club Militar la facultad de «Aprobar o improbar **discrecionalmente** las solicitudes de admisión para ingreso como socio o asociado [...]», le está permitiendo a la administración establecer de manera detallada unos parámetros fácticos que deben ser razonables y objetivos con los cuales pueda tomar una decisión inequívoca a la hora de aplicar la consecuencia jurídica.

Empero, la discrecionalidad terminó en optar por dos caminos, aprobar o improbar la solicitud, sin que medie un criterio objetivo que justifique la decisión, acudiendo a argumentos sucintos, como la simple trascripción de la disposición que le otorgaba la naturaleza discrecional. Por lo anterior, la decisión siguió la senda de las concepciones «formales» o «negativas» de la discrecionalidad.

Es importante señalar que si bien en alguna época la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que tratándose del ejercicio de facultades discrecionales no interesaba la motivación del acto administrativo, posición a la cual se suscribe el fallo en cuestión, hoy en día se está superando esta teoría, entendiéndose que, con mayor razón, el ejercicio de estas facultades por parte de la administración requiere satisfacer una

¹⁶ Rasgo fundamental para determinar si la discrecionalidad es «negativa» o «formal». Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fecha 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación 13074.

carga argumentativa superior con el fin de descartar que la potestad en cuestión sea usada al antojo del administrador de turno¹⁷.

Esta nueva tendencia se apoya en la teoría mixta, que en aras de garantizar la prevalencia de los intereses generales dentro del Estado Social de Derecho como finalidad primordial de la función administrativa (art. 209 C.P.), advierte la necesidad de impedir que las decisiones de la Administración estén a merced de criterios subjetivos, caprichosos o arbitrarios. Aunque esta goce de un margen decisorio, en aplicación del mismo, debe fijar criterios objetivos que permitan el ejercicio de la facultad en forma armónica a los mandatos constitucionales. Así pues, esta concepción parte de mezclar la posición negativa o formal con la material o positiva en el entendido que la libertad de que es titular la administración resulta de la estructura de la norma, que prevé un supuesto de hecho inacabado; además dicha libertad es relativa pues tiene siempre como foco la prevalencia del interés público dentro de cada caso concreto, a partir de la formulación de criterios objetivos que, entre las múltiples posibilidades de acción, permitan elegir la que más le hace justicia a dicho interés.

2.4 Concepción que se debía adoptar en el caso del club militar y en futuros asuntos.

En lo que respecta al operador judicial, se estima que este debe optar por la concepción «mixta» de discrecionalidad, entendida ésta como la facultad de la administración para decidir atendiendo criterios objetivos, razonables, donde se justifique la elección entre la

¹⁷ Aquel cambio de posición puede evidenciarse en las siguientes sentencias del Consejo de Estado Colombiano sala de lo contencioso administrativo: Sección quinta, del 03 de junio de 2010, rad. 2009-00043. C.P María Nohemí Hernández Pinzón; Sección segunda, subsección B, del 11 de noviembre de 2010, rad. 2006-01792. C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sección Segunda, Subsección B, del 02 de mayo de 2013. Rad. 2013-00289. C.P Bertha Lucia Ramírez de Páez.

pluralidad de alternativas de las que dispone, buscando integrar el interés público y sin lugar a arbitrariedades¹⁸.

En el caso del Club Militar debía aplicarse aquella lectura de la discrecionalidad, en la medida que resulta contrario al Estado de Derecho adoptar una decisión, donde se debe inclinar por una de varias alternativas, sin fijar un criterio objetivo y razonable que justifique la elección, pues el Juez de esa causa se limitó a transcribir las disposiciones que le daban la naturaleza de discrecional a la medida de aprobar o improbar una solicitud de admisión de socio o asociado, sin realizar ningún otro análisis al respecto, como tratar de determinar si los hechos que aducía la junta directiva en las actas que niegan el ingreso como socio efectivo eran ciertos o tenían fundamento, o si existía algún criterio objetivo que hubiese llevado a la conclusión que la decisión estaba ajustada a Derecho, o atemperar la decisión a los principios de razonabilidad o proporcionalidad.

Así, se soslayó además, los fines para los cuales fue constituido el Club, que de acuerdo al Decreto 0894 de 1978 y el Acuerdo N.º 025 de 1977, es un establecimiento público cuyos objetivos son proporcionar medios de recreación a fin de fortalecer los vínculos de afecto entre oficiales en servicio activo y en retiro.

En suma, los criterios fundantes de la denominada discrecionalidad «mixta» evitan que la decisión de la administración sea arbitraria, como lo fue la que adoptó el Club Militar.

Y es que en efecto, el papel del Juez en el estado constitucional no puede limitarse a ser un garante de la legalidad en abstracto, sino que debe propender por efectivizar los valores, principios y postulados constitucionales que inspiran el Estado Social de Derecho y el que hacer de la administración.

¹⁸ Op.Cit. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fecha 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación 13074.

Se considera entonces que teniendo en cuenta el marco constitucional vigente no es posible admitir la interpretación que se pregona en la tesis formal o negativa, por cuanto concluir que la administración puede elegir de manera indistinta cualquiera de las consecuencias jurídicas, limita el papel del Juez como garante del Estado Social de Derecho, pues no le permite analizar cuál de estas alternativas, efectiviza de mejor manera el interés general.

En tal virtud, considero plausible que el control judicial del ejercicio de la discrecionalidad se realice con un parámetro teniendo en cuenta los principios generales del derecho, la racionalidad y razonabilidad y el principio de proporcionalidad y que igualmente permita al Juez sustituir la decisión administrativa discrecional, en los casos en que se cumplan los requisitos para el efecto.

Para efectos académicos, la estructura de la norma jurídica podría reformularse como sigue: «Si se presenta una solicitud de admisión para ingreso como socio o asociado del Club Militar, la Junta Directiva podrá aprobarla o improbarla discrecionalmente». Conforme a lo señalado, la facultad discrecional con que cuenta la Junta Directiva de dicha entidad reside en poder concretar los criterios que debe llenar dicha solicitud para que sea aprobada y aquellos bajo los cuales tendría que improbarse. En uso del ejercicio que propone el profesor Mariano Bacigalupo, la transformación del operador permisivo de la norma por uno imperativo llevaría a replantearla de la siguiente manera: «Si se presenta una solicitud de admisión para ingreso como socio o asociado del Club Militar que reúna los requisitos R1, R2 y R3, definidos por su Junta Directiva, esta deberá aprobarla».

De esta forma, se logra la armonización de los valores y principios constitucionales con el ejercicio de la facultad discrecional que le fue concedida a la Junta Directiva del Club Militar. Esto bajo el entendido que, con el supraprincipio del Estado Social de Derecho, la administración debe tomar su elección teniendo en cuenta no solo los postulados

contenidos en el preámbulo, y en los artículos 1.º y 2.º de la Carta Política sino también los principios que inspiran la función administrativa contenidos en el artículo 209 *ibidem*, los cuales son mandatos de optimización del actuar de la administración.

3. Conclusiones.

- En conclusión, tenemos que la Sentencia objeto de análisis en éste documento asumió la concepción de discrecionalidad “formal o negativa” que ha sido fuertemente criticada y que desconoce claros principios constitucionales.

- De las concepciones de discrecionalidad vistas, la que más se ajusta a principios como el de Estado de Derecho y a los contenidos en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política Colombiana, es la denominada discrecionalidad «mixta», que evita que la decisión de la administración sea arbitraria. En efecto, el papel del Juez en el estado constitucional no puede limitarse a ser un garante de la legalidad en abstracto, sino que debe propender por efectivizar los valores, principios y postulados constitucionales que inspiran el Estado Social de Derecho y el que hacer de la administración, ella debía adoptarse en la sentencia.

Se considera entonces que, teniendo en cuenta el marco constitucional vigente no es posible admitir la interpretación que pregona en la tesis formal o negativa, por cuanto concluir que la administración puede elegir de manera indistinta entre cualquiera de las consecuencias jurídicas de una norma, limita el papel del Juez como garante del Estado Social de Derecho, pues no le permite analizar cuál de estas alternativas, efectiviza de mejor manera el interés general.

Todo lo expuesto, se traduce en una guía para la comprensión de las concepciones de discrecionalidad administrativa, mismas que deben ser ponderadas por el administrador de turno buscando siempre la efectivizar los artículos 1 y 2 de la Constitución política y los principios contenidos en el artículo 209 de la misma norma.

Bibliografía.

HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad Administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007 (Reimpresión 2012).

MARIANO BACILGALUPO. *La discrecionalidad administrativa*. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Marcial Pons. Madrid, 1997.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de septiembre de 2009. Expediente 1009. C.P. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 13074. C.P: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 03 de junio de 2010, rad. 2009-00043. C.P MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON.

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección segunda, subsección B, Sentencia del 11 de noviembre de 2010, rad. 2006-01792. C.P VIRCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 02 de mayo de 2013. Rad. 2013-00289. C.P BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

Colombia. Constitución Política de 1991. Asamblea constituyente de 1991.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2011.

Colombia. Congreso de la República. Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1998.

Colombia. Congreso de la República. Ley 124 de 1948. Por la cual se establece un plan de viviendas y se crea un club con destino a las Fuerzas Militares, y se provee a los auxilios fiscales para su edificación, instalación y funcionamiento. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1948.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2164 de 1948 Por el cual se modifica el Decreto-ley 2336 de 1971, reorganizo del Club Militar y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1984.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 894 de 1978. Por el cual se aprueban los estatutos del Club Militar. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1978.