

GUSTAVO PENAGOS

Profesor de Derecho Administrativo

**NOMBRAMIENTOS E
INSUBSISTENCIAS
DISCRECIONALES,
PARTIDISTAS O ARBITRARIOS**

- La Competencia Discrecional - Conceptos Jurídicos Determinados e Indeterminados - Diferencia con la Interpretación de la Ley - Nombramientos y Remociones Partidistas en Plantas Globales y Flexibles - Solicitud de Renuncia y Recomendados Políticos - Los Méritos Individuales - Fines y Motivos no Admitidos por la Moral Administrativa - El Juez No Debe Valorar la Oportunidad

Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
Santafé de Bogotá, D. C. — 1998

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	XVII
1. EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD	3
2. ABANDONO DE LA TESIS DE IRREVISIBILIDAD JUDICIAL	3
3. LA LUCHA CONTRA LA INMUNIDAD DISCRECIONAL	4
4. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL	6
5. LA LIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LO DISCRECIONAL	7
6. LA REAFIRMACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	8

CAPÍTULO II

LA COMPETENCIA DISCRECIONAL

1. NECESIDAD DE LA POTESTAD DISCRECIONAL	13
2. LA COMPETENCIA DISCRECIONAL	14
3. LA DISCRECIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO ES UNA REMISIÓN LEGAL	15
4. NECESARIAMENTE LA DISCRECIONALIDAD TIENE QUE SER LIMITADA	16
5. LA LEY AUTORIZA VALORACIONES SUBJETIVAS PARCIALMENTE	17
6. NO EXISTE DISCRECIONALIDAD AL MARGEN DE LA LEY	18
7. ELEMENTOS REGLADOS DE TODA COMPETENCIA DISCRECIONAL	19

	PÁG.
8. CUANDO LA FACULTAD DISCRECIONAL ES INDETERMINADA, LA ADMINISTRACIÓN DEBE INAPLICARLA EN CASOS CONCRETOS .	21
9. LAS POTESTADES DISCRECIONALES CONSTITUYEN UN DESAFÍO A LA JUSTICIA	26
10. NO EXISTE FACULTAD DISCRECIONAL EN LA FORMA, NI EN LA COMPETENCIA	27
11. TRASPASAR LOS LÍMITES DE LA FACULTAD DISCRECIONAL COMO FORMA, LUGAR, PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA, ES CAER EN LO ARBITRARIO	30
12. NO EXISTEN FACULTADES DISCRECIONALES ABSOLUTAS.....	31
13. LA JURISDICCIÓN DEBE CONTROLAR LOS ACTOS DEL GOBIERNO EN SU INTEGRIDAD	33

CAPÍTULO III

DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS

— DETERMINADOS E INDETERMINADOS —

1. FACULTAD DISCRECIONAL Y CONCEPTOS JURÍDICOS DETERMINADOS	45
2. FACULTAD DISCRECIONAL BASADA EN CONCEPTOS JURÍDICOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE DETERMINADOS	46
3. FACULTAD DISCRECIONAL Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	48
4. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES.....	49
5. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS FACULTAN LA APLICACIÓN DISCRECIONAL CON FUNDAMENTO EN LA LEY	51
6. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ADMITEN SINO UNA SOLUCIÓN	52
7. LA FACULTAD DISCRECIONAL TIENDE A REDUCIRSE CON LA PRECISIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .	54
8. CONFUSIÓN ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y FACULTADES DISCRECIONALES.....	55
9. FACULTAD DISCRECIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA LEY	56
10. INTERPRETACIÓN, VALORACIÓN Y FACULTAD DISCRECIONAL ..	57

CAPÍTULO IV

MODALIDADES DE LA DISCRECIONALIDAD

— LO DISCRECIONAL Y LO TÉCNICO SON CONCEPTOS
ANTAGÓNICOS —

	PÁG.
1. MODALIDADES DE LA DISCRECIONALIDAD	63
2. NO EXISTE DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.....	65
3. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA	66
4. LO DISCRECIONAL Y LO TÉCNICO SON CONCEPTOS ANTAGÓNICOS	66
5. CLASIFICACIÓN DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES	69
6. EXISTEN ACTIVIDADES DISCRECIONALES PERO NO ACTOS DISCRECIONALES	70
7. FUENTES DE LA DISCRECIONALIDAD	71

CAPÍTULO V

GRADO DE DISCRECIONALIDAD EN
NOMBRAMIENTOS Y REMOCIONES DEL PERSONAL
AL SERVICIO DEL ESTADO

— LA RESERVA MORAL —

1. EL GRADO DE DISCRECIONALIDAD EN EL NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL ESTADO LO DETERMINA LA LEY	75
2. FACULTAD DISCRECIONAL Y LA RESERVA MORAL	77
3. FACULTAD DISCRECIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	78
4. NO SE DEBE INVOCAR LA FACULTAD DISCRECIONAL CON EL PRETEXTO DE PROTEGER LA SEGURIDAD JURÍDICA CON DECISIONES ARBITRARIAS.....	78
4. MANIFESTACIONES DE LA ACTIVIDAD REGLADA Y DISCRECIONAL	79

CAPÍTULO VI

**LO DISCRECIONAL O REGLADO ES LA ATRIBUCIÓN
PARA PROFERIR EL ACTO ADMINISTRATIVO**

— REGLAMENTACIONES TÉCNICAS —

	PÁG.
1. FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES	83
2. LAS POTESTADES REGLADAS LIMITAN LA COMPETENCIA	84
3. LO QUE DEBE CALIFICARSE DE DISCRECIONAL O REGLADA ES LA ATRIBUCIÓN PARA PROFERIR EL ACTO ADMINISTRATIVO	85
4. POSIBILIDAD DE OPCIÓN PARA EL FUNCIONARIO DE PROFERIR O NO LA DECISIÓN	86
5. REGLAMENTACIÓN TÉCNICA (ANTES LLAMADA “DISCRECIONALIDAD TÉCNICA”).....	86
6. ACTIVIDAD DISCRECIONAL PREVIA A LA REALIZACIÓN DE LOS HECHOS TÉCNICOS.....	87
7. LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE EXCEPCIÓN	88

CAPÍTULO VII

FORMACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL

**— JUICIO RACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN —
—QUERER JURÍDICO O CAPRICHOS DEL GOBERNANTE—**

1. FORMACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL.....	91
2. LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL	92
3. ELABORACIÓN DEL PROCESO DISCRECIONAL	95
4. LA REALIDAD ES EL ANTECEDENTE PARA ESTABLECER LA JUSTIFICACIÓN DISCRECIONAL	95
5. LA DISCRECIONALIDAD QUE DEBE TENER FUNDAMENTO REAL Y NO EL SIMPLE QUERER O CAPRICHOS DE LA ADMINISTRACIÓN .	96
6. LÍMITES JURÍDICOS DE LA DISCRECIONALIDAD	96
7. FORMACIÓN DE LA DECISIÓN DISCRECIONAL	97
8. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL ES EL RESULTADO DEL EJERCICIO DE UNA FACULTAD JURÍDICA.....	97
9. EL ACTO ADMINISTRATIVO RESULTADO DEL PROCESO CREADOR PERTENECE AL MUNDO DEL DERECHO	98

CAPÍTULO VIII

DISCRECIONALIDAD PARA EL RETIRO DE EMPLEADOS POR ESTIMAR QUE ES BENÉFICO PARA LA ADMINISTRACIÓN

**— DESMEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES —
— TRASLADOS INJUSTOS —**

	PÁG.
1. FACULTAD DISCRECIONAL PARA LA REMOCIÓN DE SUBALTERNOS POR RAZONES DEL SERVICIO.....	101
2. LA DISCRECIONALIDAD TIENE FUNDAMENTO EN LA RACIONALIDAD Y ES EXCEPCIONAL	103
3. FACULTAD DISCRECIONAL PARA RETIRAR DEL SERVICIO UN EMPLEADO POR ESTIMAR QUE ES BENÉFICO PARA LA ADMINISTRACIÓN	107
4. FACULTAD DISCRECIONAL PARA DECLARAR INSUBSISTENTE A UN EMPLEADO DE CARRERA DESPUÉS DE HABER CAMBIADO A UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO	112
5. LA FACULTAD DISCRECIONAL Y EL DESMEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES	115
6. EL TRABAJADOR AFECTADO POR LA FACULTAD DISCRECIONAL QUE LO DESMEJORA EN SUS CONDICIONES DE TRABAJO DEBE SER INDEMNIZADO	116
7. FACULTAD DISCRECIONAL PARA MODIFICAR LA UBICACIÓN TERRITORIAL DE SUS FUNCIONARIOS	119

CAPÍTULO IX

DISCRECIONALIDAD EN EL TRASLADO DE PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES CON PLANTAS GLOBALES Y FLEXIBLES

— REMOCIONES DE EMPLEADOS CON PROCESOS DISCIPLINARIOS —

1. FACULTAD DISCRECIONAL EN EL TRASLADO DE PERSONAL EN LAS INSTITUCIONES CON PLANTAS GLOBALES Y FLEXIBLES	127
--	-----

	PÁG.
2. LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LAS PLANTAS GLOBALES Y FLEXIBLES GARANTIZAN EL MANEJO DE LOS FUNCIONARIOS Y EL SERVICIO PÚBLICO	131
3. FACULTAD DISCRECIONAL EN EL NOMBRAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS QUE SE TORNA ARBITRARIA AL DESCONOCER SUS MÉRITOS	132
4. LA FACULTAD DISCRECIONAL PARA DECLARAR INSUBSISTENTE UN FUNCIONARIO NO SE PIERDE POR ADELANTAR CONTRA EL MISMO UN PROCESO DISCIPLINARIO	136

CAPÍTULO X

DISCRECIONALIDAD EN NOMBRAMIENTOS Y REMOCIONES DE RECOMENDADOS POLITICOS

— SOLICITUD DE RENUNCIAS EN CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS —

1. LAS DECISIONES DISCRECIONALES DEBEN OBEDECER A MOTIVOS DE BUEN SERVICIO E INTERÉS GENERAL	141
2. NOMBRAMIENTOS Y REMOCIONES DISCRECIONALES O ARBITRARIOS	142
3. LA FACULTAD DISCRECIONAL ES FUNCIONAL Y TIENE COMO RESULTADO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE GOZA DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y JUSTIFICACIÓN OBJETIVA	143
4. JUSTIFICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD PARA DECLARAR INSUBSISTENTE O NOMBRAR UN FUNCIONARIO	145
5. CUANDO LA DISCRECIONALIDAD ES MAYOR, DEBE SER MÁS EXIGENTE LA JUSTIFICACIÓN	146
6. DISCRECIONALIDAD VICIADA DE NULIDAD AL DECLARAR INSUBSISTENTE UN EMPLEADO Y PARA NOMBRAR UN RECOMENDADO POLÍTICO	147
7. DISCRECIONALIDAD QUE SE CONVIERTE EN DESVIACIÓN DE PODER EN NOMBRAMIENTOS O INSUBSISTENCIAS POR RAZONES PARTIDISTAS	150
8. LA INSUBSISTENCIA POR RAZONES POLÍTICAS	154
9. INSUBSISTENCIA DE CARGOS ADMINISTRATIVOS Y POLÍTICOS .	155

	PÁG.
10. EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD FUNDAMENTADO EN RAZONES POLÍTICAS	159
11. RENUNCIAS SOLICITADAS EN CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS	160

CAPÍTULO XI

LA MOTIVACIÓN DESLINDE ENTRE LO DISCRECIONAL Y LO ARBITRARIO

— MOTIVOS DETERMINANTES —

1. DISCRECIONALIDAD Y MOTIVACIÓN	167
2. LA MOTIVACIÓN DESLINDE ENTRE LO DISCRECIONAL Y LO ARBITRARIO	168
3. DISCRECIONALIDAD Y MOTIVOS DETERMINANTES	169
4. MOTIVACIÓN POSTERIOR DEL ACTO	170
5. ES ARBITRARIO OBLIGAR A LA ADMINSTRACIÓN MOTIVAR LAS DECISIONES QUE SON PROFERIDAS CON BASE EN FACULTADES DISCRECIONALES	170
6. LA ANOTACIÓN DE LA INSUBSISTENCIA Y SUS CAUSAS EN LA HOJA DE VIDA DEL FUNCIONARIO, NO FORMAN PARTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO	171
7. LOS ENFOQUES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CONSTANCIA EN LA HOJA DE VIDA	172

CAPÍTULO XII

QUÉ DEBE ENTENDERSE POR INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DE LA DISCRECIONALIDAD

— LOS MÉRITOS INDIVIDUALES DEL FUNCIONARIO —

— FINES Y MOTIVOS NO ADMITIDOS POR LA MORAL ADMINISTRATIVA —

— LA DESVIACIÓN DE PODER —

1. EL INTERÉS PÚBLICO FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL	179
2. LA DISCRECIONALIDAD QUE NO RESPONDE AL INTERÉS GENERAL SE CONVIERTE EN DESVIACIÓN DE PODER	180

	PÁG.
3. LA DISCRECIONALIDAD CON FINES Y MOTIVOS NO ADMITIDOS POR LA MORAL ADMINISTRATIVA SE CONVIERTE EN DESVIACIÓN DE PODER	181
4. SE DEBE PROBAR QUE EL ACTO FUE EXPEDIDO CON FINES Y MOTIVOS NO ADMITIDOS POR LA MORAL ADMINISTRATIVA	183
5. NO HAY DESVIACIÓN DE PODER CUANDO SE TRATA UNA INSUBSISTENCIA POR RAZONES DE BUEN SERVICIO	184
6. LA FACULTAD DISCRECIONAL PARA TRASLADAR FUNCIONARIOS DEBE SER MOTIVOS DE INTERÉS PÚBLICO	186
7. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL PUEDE ORIGINAR DERECHOS A FAVOR DE PARTICULARES	193
8. CON BASE EN LA FACULTAD DISCRECIONAL SE PUEDE REVOCAR UN ACTO ADMINISTRATIVO POR RAZONES DE OPORTUNIDAD ...	194
9. EN EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL NO SE DEBEN DESCONOCER LOS DERECHOS LEGÍTIMOS.....	194
10. LA FACULTAD DISCRECIONAL NO DEBE EXTRALIMITAR EL ACTO REGLA CON LA FINALIDAD DE APLICARLO A CASOS PARTICULARES	195
11. NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL EXPEDIDO PARA SER APLICADO A UN CASO PARTICULAR	197
12. EJERCICIO DISCRECIONAL LÍCITO AL DECLARAR INSUBSISTENTE UN FUNCIONARIO QUE NO PERTENEZCA A CARRERA ADMINISTRATIVA, NI ESTÉ ELEGIDO PARA UN PERÍODO DETERMINADO.....	198
13. EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD AL DECLARAR INSUBSISTENTES FUNCIONARIOS ANTERIORMENTE SANCIONADOS	199
14. EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD EN FORMA ARBITRARIA CUANDO SE ACEPTA UNA RENUNCIA SOLICITADA Y NO LIBREMENTE PRESENTADA	201
15. EL ADELANTAMIENTO DE UN PROCESO DISCIPLINARIO NO ENERVA LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN	203
16. LA FACULTAD DISCRECIONAL ES UN PODER-DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN	203
17. SE PUEDE EJERCER LA FACULTAD DISCRECIONAL CON LA FINALIDAD DE SATISFACER EL INTERÉS GENERAL AUN SACRIFICANDO LOS MÉRITOS INDIVIDUALES DEL FUNCIONARIO...	204

	PÁG.
18. LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RESULTADO DEL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES.....	205

CAPÍTULO XIII

LA FACULTAD DISCRECIONAL ES SUSTANCIALMENTE POLÍTICA Y NECESARIA PARA UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

—EL JUEZ NO DEBE VALORAR LA OPORTUNIDAD DE LA DECISIÓN —

1. EL CARÁCTER DE LO DISCRECIONAL ES SUSTANCIALMENTE POLÍTICO	209
2. LA FACULTAD DISCRECIONAL ES NECESARIA PARA UNA BUENA ADMINISTRACIÓN	210
3. DISCRECIONALIDAD NO SIGNIFICA ARBITRARIEDAD	210
4. LAS FACULTADES ABSOLUTAMENTE REGLADAS SON IRREALIZABLES	211
5. EL JUEZ NO DEBE SUSTITUIRSE A LA ADMINISTRACIÓN EN LA VALORACIÓN DE LA OPORTUNIDAD.....	213
6. LA FACULTAD DISCRECIONAL DEBE BUSCAR LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	215
7. LA DISCRECIONALIDAD COMPORTA LA NECESIDAD DE TOMAR EN CUENTA CRITERIOS NO ESTRICTAMENTE JURÍDICOS	217
8. LA OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA INTEGRAN LA JURIDICIDAD DE LA DECISIÓN PROFERIDA CON BASE EN FACULTADES DISCRECIONALES	218
9. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE ACTOS RESULTADO DE POTESTADES DISCRECIONALES O REGLADAS	219
10. LA FACULTAD DISCRECIONAL ES COMPLEMENTARIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA	220
11. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA NO SE CONCIBE SIN CIERTO MARGEN DE DISCRECIONALIDAD	220
12. LA FACULTAD DISCRECIONAL SE FUNDAMENTA EN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN	223
ÍNDICE DE NOMBRES	225
ÍNDICE DE MATERIAS	229