

El poder discrecional del servidor público

Lizeth Susana Valencia González



El poder discrecional del servidor público

Lizeth Susana Valencia González¹

Resumen

Este artículo analiza el poder discrecional del servidor público y le da herramientas para tomar decisiones que garanticen la autonomía territorial, la prevalencia de los derechos y garantías de sus habitantes y promueva la consolidación de una óptima prestación de servicios a la comunidad. El propósito principal de este capítulo es el de dar una guía que asegure el correcto desarrollo de las funciones del servidor público en el ejercicio del poder discrecional. Es relevante reiterar que este poder puede ejercerse siempre y cuando exista “una plena consonancia entre el ejercicio del poder y el objetivo del poder para el cual está previsto” (Corte, Constitucional, 2004)

Palabras claves: Poder discrecional, servidor público, ordenamiento jurídico, decisiones integrales, gestor público y motivación.

Requisitos generales para la expedición del acto administrativo

En la expedición de los actos de la administración se deben tener en cuenta los requisitos contemplados en la ley y en la doctrina del derecho administrativo para garantizar la vida jurídica del acto. Respecto al ejercicio del poder discrecional, es importante enunciar que se debe realizar un examen riguroso de los motivos y fundamentos del acto, para evitar la configuración de un posible error relacionado con una falsa apreciación o una extralimitación en el ejercicio de las funciones por parte del servidor público.

Los requisitos para la expedición del acto en el ejercicio del poder discrecional son de dos tipos:

Requisitos de fondo

Los requisitos de fondo, para todos los actos en general que expida la administración, hacen alusión al conjunto de elementos que deben contener

¹ Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). Correo electrónico: lizethvalencia@esap.edu.co

el acto para que sea válido y se repunte como legal. Según la Corte Constitucional, es *“la exigencia de formalidades en la toma de decisiones por parte de la Administración Pública, obedece a la necesidad de rodear de seguridad tanto al administrado como a la propia Administración”* (Consejo de Estado, Rad. 27832).

Los requisitos de fondo son:

Competencia:

Para García Trevijano (s.f.) citado por el Diccionario Panhispánico, la competencia es *“el conjunto de facultades, de poderes, de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás”*. Ariel (2007), enuncia que la competencia es una *“fuente de autoridad de aquel funcionario público que toma la decisión en nombre del órgano al cual pertenece”*. En tal sentido, la competencia legitima el principio de legalidad, porque

“En el Estado de Derecho las competencias son siempre expresas y explícitas, no existiendo para ello competencias implícitas, ni por analogía y este principio es válido no solo para el más humilde de los funcionarios, sino también para la Corte” (Corte Constitucional, Sentencia C442/2001).

Clasificación de la potestad:

El funcionario que expida la decisión deberá verificar que se trata de una potestad discrecional, porque de presentarse el caso contrario, el de ser una potestad reglada, esta actuación o decisión dará origen a un error de apreciación en la expedición del acto.

La clasificación de la potestad es un acto que se debe analizar concienzudamente, debido a que puede llegar a causar una falta disciplinaria por extralimitación de funciones. Por ello se recomienda al funcionario identificar si la actividad o decisión que debe llevar a cabo no se encuentra contemplada de manera taxativa en la Ley.

La causa:

“Está constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho o derecho que justifican la expedición del acto” (Ariel, 2007). En efecto, la causa son todos aquellos sucesos que sustentan el acto en el plano

material. Es importante evaluarla a la luz del derecho, porque, de no hacerlo, no existirán argumentos materiales que la sustenten.

Legalidad:

La medida debe estar en consonancia con el ordenamiento jurídico debido a que el funcionario público “solo puede hacer lo que les está permitido por la Constitución y las leyes” (Corte Constitucional, Sentencia C-893/2003). Todo acto de la administración debe tener un sustento legal, en virtud del principio de legalidad.

Finalidad:

Se deberá respetar y promover la finalidad del Estado Social de Derecho, representado por el interés general. Este componente es el núcleo esencial un acto de carácter discrecional. El interés general esta conceptualizado como la razón última del acto, sin importar su clasificación. El objetivo del acto discrecional que se expide debe ser el de materializar los fines esenciales del Estado. “*La finalidad del acto debe también guardar relación con los criterios de interpretación esbozados por la doctrina judicial*” (Ariel, 2007).

La decisión debe ser adecuada y proporcional:

Según el Código Contencioso Administrativo en su artículo 44, la decisión o actuación, “*debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”. Una decisión o actuación en ejercicio del poder discrecional debe ser proporcional, necesaria, razonable y útil, para encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico y constitucional colombiano.

Estos principios son la base para el ejercicio del poder discrecional en la medida en que son los hechos y fundamentos en los que tiene asiento la decisión tomada. Tenerlos en cuenta a la hora de ejercer la función conlleva a

“Confrontar los efectos que en relación con los valores, principios y derechos constitucionales se producirían a partir del ejercicio de una facultad discrecional reconocida en la ley, de suerte que, si demuestra que no existe ninguna otra medida que, de manera clara y contundente, produzca en términos

constitucionales igual resultado a un menor costo, la decisión adoptada por la Administración resulta acorde con el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional. Sentencia T-982/04).

Requisitos de forma

Los requisitos de forma que se deben tener en cuenta a la hora de expedir el acto son:

Motivación:

La motivación es el núcleo esencial del ejercicio del poder discrecional, debido a que son las razones que fundamentan la decisión. Una decisión puede estar legalmente acorde con el ordenamiento jurídico, pero ser nula si no contiene uno de los requisitos esenciales del acto administrativo, representado en la motivación.

Publicación y notificación:

Este aparte dependerá del contenido del acto, ya que, según su contenido, se divide en: actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular. Este requisito garantiza la firmeza del acto administrativo.

Siempre que se expida un acto en el ejercicio del poder discrecional, se deberá realizar un análisis cuidadoso respecto a todos sus componentes, debido a que este tipo de actos discrecionales, en la práctica administrativa, son poco utilizados por el riesgo que representa para el servidor.

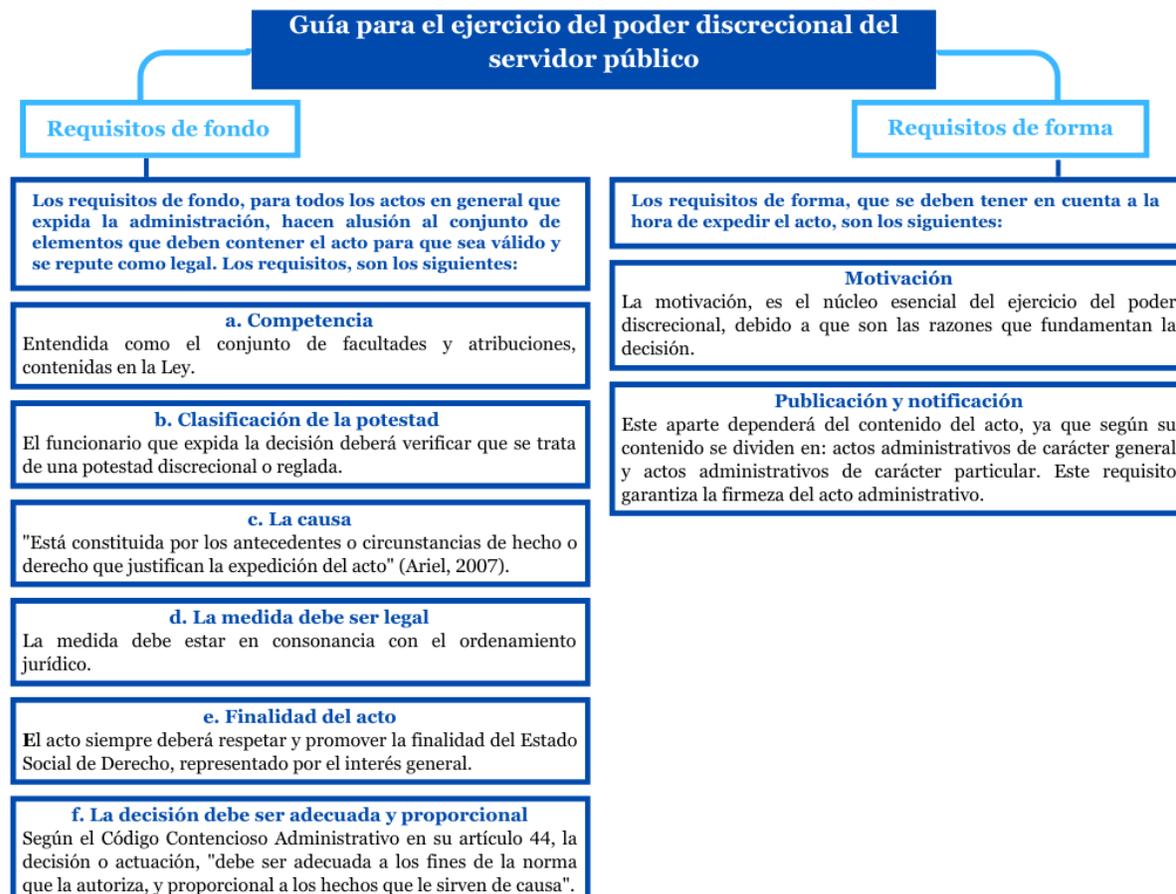


Figura 1. Gráfico guía para el ejercicio del poder discrecional del servidor pública

Fuente: elaboración propia

El control de las decisiones discrecionales por parte de la administración

Los controles de las decisiones que expide la administración son mecanismos que buscan proteger los derechos de los administrados y representan unas herramientas de contención del poder.

De igual manera, el control de las decisiones de la administración tiene como propósito establecer una sanción judicial y política para aquellos servidores que, en el ejercicio de su función, traspasen los límites constitucionales, ya que aquel "*servidor público que se aparta de la constitución política y la ley, ofende con su conducta el juramento que ha jurado cumplir*" (Isaza, 2009). Por lo tanto, estos controles son un mecanismo que garantizan que todos los

actos de la administración estén acordes con el sistema jurídico y con la materialización del interés general.

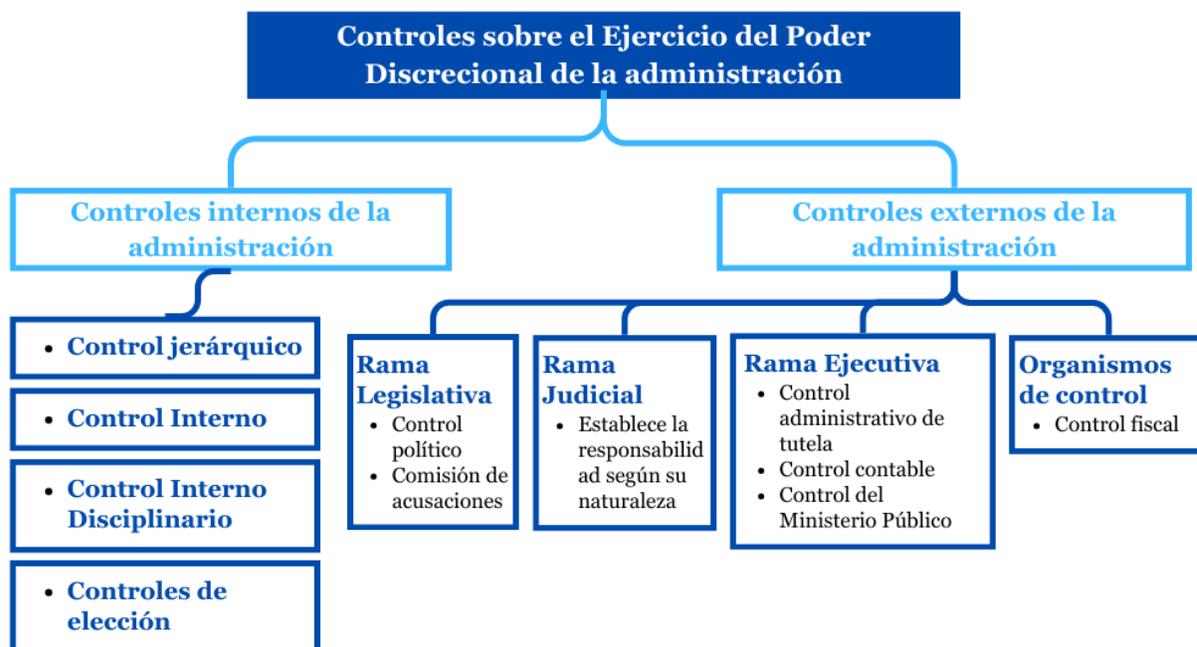


Figura 2. Gráfico controles sobre el ejercicio del poder discrecional de la administración

Fuente: elaboración propia

Tipos de control en la administración pública

En el ordenamiento jurídico colombiano existen dos tipos de control: internos y externos.

Controles internos

Los controles internos, también llamados ex ante, hacen referencia a todo el conjunto de controles que posee la administración pública para vigilar la organización y buen funcionamiento interno de la entidad. Los controles internos de las organizaciones públicas son:

Control según la elección

El control de la elección del cargo a proveer es uno de los más relevantes respecto a la figura del poder discrecional, debido a que reduciría la desviación y la presencia de intereses personales en la función pública.

Control jerárquico

Es aquel control que ejerce la autoridad superior sobre las autoridades o funcionarios inferiores, con fundamento en su rango y autoridad. El control jerárquico *“es entendido como la relación jurídico administrativa interna que vincula entre sí los órganos de la administración y los funcionarios, mediante poderes de subordinación para asegurar la unidad en la acción”* (Carreño, 2001).

Este tipo de control se ejerce a través de tres procedimientos:

- Control sobre los funcionarios
- Control sobre los actos de los funcionarios
- Poder de vigilancia y resolución de conflictos de competencia

Este control busca asegurar una unidad de acción, en el ejercicio interno de los poderes de la función pública.

Control interno

Según la Ley 87 de 1993, el control interno es:

“El sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”.

El control interno es un mecanismo que posibilita la consecución de los objetivos institucionales y refleja la realidad en términos de gestión de la administración. “El control interno se perfila como un mecanismo idóneo para apoyar los esfuerzos de las entidades públicas con miras a garantizar razonablemente los principios constitucionales y la adecuada rendición de cuentas” (Gamboa, Puentes & Vera, 2016). Este tipo de control contribuye, a la elaboración de metas institucionales y planes para el mejoramiento de la institución.

Este control garantiza una buena gestión de metas y recursos de la entidad y contribuye a evidenciar los riesgos que se encuentran en el ejercicio de la administración. Todas las entidades públicas están obligadas a adoptar el Sistema de Control Interno.

Control interno disciplinario

El control interno disciplinario *“es una herramienta para tutelar la organización y el orden interno de la administración”* (Isaza, 2009). Este tipo de control vela por la buena marcha de la administración pública. El régimen disciplinario busca ejercer un control de la administración sobre sus funcionarios, con el fin de asegurar la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio. El control interno disciplinario tiene como objeto *“castigar las conductas de los servidores públicos constitutivas de infracción a la relación de servicio y que determinan una inadecuada satisfacción de intereses”* (Isaza, 2009). Este tipo de control tiene como propósito garantizar que las decisiones y el ejercicio de las funciones de la administración se encuentren encaminadas a la consecución de los principios y fines del Estado. Este control se realiza por medio de un proceso en el cual se evalúan los hechos y su adecuación típica con una falta disciplinaria, con el fin de decretar contra un servidor público declarado culpable una sanción de carácter disciplinaria que puede llegar hasta la destitución del empleo.

La rendición de cuentas

La rendición de cuentas tiene una doble dimensión debido a que es una obligación de la administración y un derecho ciudadano. *“La rendición de cuentas es la obligación de las entidades y servidores públicos de informar y explicar los avances y los resultados de su gestión”* (DAFP, s.f.). De igual manera, la rendición de cuentas es la obligación de informar de manera actualizada la gestión de la administración a todos los ciudadanos.

La rendición de cuentas, según la Contraloría General de la República, contribuye a:

- Fomentar la transparencia en la administración pública
- Posibilitar la toma de decisiones con los distintos grupos de valor
- Garantizar el derecho ciudadano a la información

La rendición de cuentas contribuye al esclarecimiento de responsabilidades por mala gestión en la administración y posibilita un control por parte de la ciudadanía a la administración, con el fin de generar una gestión transparente.

Controles externos

Los controles externos, también llamados *ex post*, hacen referencia a aquellos controles que no hacen parte de la organización interna de la administración y que buscan discutir o reafirmar la legalidad de las actividades de la organización pública. Los controles externos a la administración son los medios de control y el Código Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA.

Los medios de control

“Los medios de control se ejercen a través de las acciones administrativas. Por medio de ellas, los administrados acuden a la jurisdicción contenciosa para someter ante ella los actos y hechos de la administración que consideren quebrantan la legalidad del orden jurídico” (Martínez, Pardo & Cepeda, 2006). El ejercicio de los medios de control procede:

- Cuando se presuma que un acto o decisión de la administración ha causado perjuicios a los administrados.
- En caso de que se evidencie que la expedición del acto es irregular.
- Cuando se demuestre que el acto expedido afecta el orden público, político, económico y social.

La elección del medio de control a utilizar surge de la evaluación de los hechos y las pretensiones a elevar. El CPACA contempla los siguientes medios de control para alegar la ilegalidad o transgresión de actos de la administración frente al tema objeto de estudio:

- Nulidad
- Nulidad y restablecimiento del derecho
- Reparación directa
- Repetición
- Protección de los derechos e intereses colectivos

- Reparación de los perjuicios causados a un grupo

En resumen, los medios de control son mecanismos judiciales que buscan la protección del interés general y de la administración pública frente a interferencias que pretendan desviar los fines y principios de la administración.

El control de tutela

Es el control que realizan las autoridades centrales sobre los organismos descentralizados territorialmente y por servicios. Tiene como fin inspeccionar los actos de los servidores públicos y las actuaciones de los organismos descentralizados.

El control de tutela está basado en la dependencia no jerárquica para coordinar, orientar e instruir sus actividades conforme a los objetivos trazados por el gobierno, armonizando la actividad administrativa sin que conlleve la posibilidad de impartir órdenes (Rodríguez, 1998, citado por Carreño, 2001). El ejercicio de este control es excepcional y se aplica según lo contemplado en la ley.

La moción de censura

Es una *“función de control político para requerir y emplazar a los ministros del despacho y demás autoridades y conocer de las acusaciones que se formulen contra altos funcionarios del Estado”* (El Tiempo, 2018). Esta figura se encuentra contemplada en el artículo 135 constitucional y en el Reglamento del Congreso de la República.

Dicha moción, para ser convocada por parte del Congreso, necesita la aprobación por parte de una décima parte de sus integrantes. Esta figura contribuye al control de las decisiones de los funcionarios públicos y coadyuva a asegurar un sistema de igualdad democrática.

La Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes

Esta Comisión es la encargada de ejercer funciones judiciales contra los aforados constitucionales. En el caso de que estos altos funcionarios cometan un delito o una mala conducta, *“lo investiga la Cámara, por conducto de la Comisión de Investigación y Acusación, y lo juzga el Senado”* (Castro, 2014).

El control fiscal

El control fiscal es realizado por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales. Según la Sentencia C-374/95, “*es una actividad de exclusiva vocación pública que busca asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, para asegurar los fines esenciales del Estado*”. El control fiscal vela por el buen manejo de los recursos y bienes públicos, verifica que se haya realizado una buena a gestión fiscal en la administración, investiga posibles sobrecostos en los servicios, promueve la protección de los bienes públicos y vigila que los recursos públicos se inviertan en los proyectos para los cuales fueron destinados. Por lo tanto, si en el ejercicio de este control se evidencia que existen circunstancias de detrimento patrimonial, se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal y se vinculan los servidores públicos que sean presuntamente responsables.

Control del Ministerio Público

La Procuraduría General de la Nación es la entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado. Es el máximo organismo del Ministerio Público, conformado además por la Defensoría del Pueblo y las personerías. La PGN es un organismo que ejerce tres funciones:

- Función preventiva
- Función de intervención
- Función disciplinaria

La PGN juzga las presuntas faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. También es un organismo garante de los derechos humanos. Por ende, el control del Ministerio Público no puede entenderse como una inferencia en la gestión pública, sino que son un conjunto de estrategias que buscan reducir las faltas y violaciones de derechos humanos en el ejercicio de la administración.

Mecanismos de control ciudadano a la administración

Los ciudadanos, al ser el constituyente primario, tienen a su disposición una serie de mecanismos de participación ciudadana, que tienen como propósitos fundamentales ejercer un control ciudadano de los actos de la administración,

buscar la materialización del interés general y propender por la garantía de un gobierno abierto y transparente con sus ciudadanos.

Los mecanismos de participación con los que cuentan los ciudadanos para realizar el respectivo control sobre los actos de la administración respecto al tema objeto de estudio, son:

- La veeduría ciudadana
- El cabildo abierto
- Consulta popular
- La iniciativa popular
- La revocatoria del mandato

Estos mecanismos de participación ciudadana contribuyen a la buena gestión de la administración y ayudan a consolidar la legitimidad del Estado y la confianza ciudadana en las actuaciones de la administración.

En resumen, los diversos controles internos y externos de la administración garantizan el Estado Social de Derecho y promueven la contención del poder y la consolidación del sistema de pesos y contrapesos.

Responsabilidad del servidor público

Todo acto contrario a la Constitución y la ley en que incurra el servidor público dará origen a una serie de responsabilidades que variarán según el análisis del caso en concreto. *“Todas las acciones y decisiones libres por fuera del campo de autonomía funcional que les es permitido a algunos servidores públicos son punibles por no estar reconocidas como producto del ejercicio de la libertad jurídica”* (Isaza, 2009). Las responsabilidades que pueden surgir son:

- Responsabilidad administrativa
- Responsabilidad disciplinaria
- Responsabilidad fiscal
- Responsabilidad penal
- Responsabilidad civil

Según la naturaleza del hecho, se dará origen a uno u otro tipo de responsabilidad, porque el Estado busca sancionar *“todas las conductas de los servidores públicos constitutivas de infracción a la relación de servicio y*

que determinan una inadecuada satisfacción de intereses públicos que la organización política tiene trazados” (Isaza, 2009).

Conclusiones

El poder discrecional es una parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la administración (Otero, 1995), que posibilita la materialización de los derechos humanos y los principios democráticos (Villoría, 2016). Es una herramienta de concreción del poder del Estado que contribuye a fortalecer la toma de decisiones actualizadas y acordes en cada caso concreto. La labor del servidor público no puede “reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social” (Caicedo, 2017). El poder discrecional es una medida necesaria y útil dada la multiplicidad de funciones que tiene el Estado. Desconocerlo implica ignorar que el legislador no tiene la facultad de contemplar todas las circunstancias que pueden ocurrir en el ejercicio de la administración.

El uso del poder discrecional facilita al servidor el uso de la norma.

No es una facultad de carácter arbitrario, pues la motivación de la decisión discrecional se erige como el aspecto esencial en la expedición del acto. Además, el ordenamiento jurídico colombiano posee una serie de controles, internos y externos, para vigilar el uso de este poder en las actividades de la administración.

El uso de este poder es un ejercicio objetivo, ya que todo acto que se encuentra fuera de los límites legales y constitucionales será un acto que se declare como arbitrario.

Referencias

- ¿Qué es y cómo funciona una moción de censura? (2018, 11 de septiembre). El TIEMPO.
<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/que-es-y-como-funciona-la-mocion-de-censura- contra-ministros-266518>
- Arias, G. (2010). A Vueltas Con La Discrecionalidad Administrativa. *Revista NOVUM JUS* 4(1), 127- 150.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/17073/1/A%20vueltas%20con%20la%20discrecionalidad%20administrativa.pdf>
- Ariel, C. (2007). Acto administrativo. 1a edición. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Barrera, J. (2008). Competencia discrecional, Constitución Política y responsabilidad del funcionario público. *Derecho Y Realidad*, 6(11).
- Batet, M & Lasagna, M (2008). Independencia y control de la discrecionalidad en la función pública.
- Seminario en Transparencia y Buen Gobierno: hacia un Gobierno Abierto y Participativo, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores. Monterrey, Mexico.
- Constitución Política de Colombia 1991, (1991, 20 de julio). Gaceta Constitucional No. 116.
- Departamento Administrativo de Función Pública (s.f.). Concepto de servidor público.
- Gamboa, J, Puentes, S & Ysidora, P. (2016). Importancia del control interno en el sector público.
Revista Publicando 3(8), 487-502.
- Martínez, Y, Pardo, G & Cepeda, R. (2006). Medios de control de la actuación administrativa. [Trabajo de pregrado, Universidad libre]. Archivo digital.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/3643>
- Murillo, J. (2014). Las facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. [Tesis de Maestría. Universidad del Rosario]. Archivo digital.
<https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/9638>
- Navarro, M. (2013). Discrecionalidad administrativa. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* (3). 200-205.
- Procuraduría General de la Nación. (s.f.). Objetivos y funciones de la PGN.
Revista del CLAD Reforma y Democracia, (65). 5-38.

Sobre la autora



Lizeth Susana Valencia González

Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia y Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública, especialista en Gestión Pública de la Escuela Superior de Administración Pública y actualmente se encuentra cursando la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Entre los logros a destacar se encuentran ser coautora del régimen disciplinario y la autora del reglamento interno del Tribunal Disciplinario de Asuntos Docentes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, cuenta con más de cuatro años de experiencia profesional en el sector público en temas relacionados con servidores públicos y derecho disciplinario. En la actualidad se desempeña como contratista en la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Escuela Superior de Administración Pública.

Correo electrónico:
susana.valenciaconsultorias@gmail.com