



Concepto 035841 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000035841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000035841

Fecha: 19/01/2024 07:07:30 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA. RETIRO DEL SERVICIO - RADICADO: 20232061089692 del 7 de diciembre de 2023.

Acuso recibo de su comunicación remitida a este Departamento Administrativo por el Consejo Superior de la Judicatura con el RAD: CE-EXT-2023-3399 a través de la cual consulta: «*la procedencia de la terminación de un nombramiento en provisionalidad*».

En atención al oficio de la referencia, en relación con la terminación de un nombramiento provisional, el Decreto [1083](#) de 2015¹, establece lo siguiente:

“Artículo 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Frente al particular, se considera procedente tener en cuenta los pronunciamientos que ha efectuado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia [T-326](#) del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, María Victoria Calle Correa, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carácter provisional, señaló:

“Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.”

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia [SU 917](#) de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, señaló:

“El acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del Artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los

funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

El Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, señala:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.” (negrilla y subrayado nuestro)

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera procedente la terminación de un nombramiento provisional, siempre y cuando se atienda el marco legal y jurisprudencial que se ha dejado descrito.

Así las cosas, a modo de conclusión podemos mencionar que, al momento de expedir el acto administrativo de insubsistencia, denominado así por el legislador por lo que no hay otra forma de llamarlo, por lo tanto, el nombre del acto es el correcto; así mismo, al momento de expedirlo el acto no solo debe estar motivado si no cumplir las exigencias de su contenido material, motivando la decisión ajustada a derecho por el cual se dará la terminación del nombramiento.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:42