



Concepto 209861 de 2025 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000209861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000209861

Fecha: 12/04/2024 10:19:09 a.m.

Bogotá D.C.

Ref. RETIRO DEL SERVICIO- Declaratoria Insubsistencia-Terminación Nombramiento Provisional

RADICACIÓN: 20249000191252 del 29 de febrero de 2024.

En primer lugar, sobre el retiro de los empleos públicos, encontramos que la Constitución Política de Colombia, dispuso:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...)

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales entre otros que determine la ley y su retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

De acuerdo con lo anotado, la Ley 909 de 2004¹, en lo concerniente con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia, señaló:

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

(...)

De acuerdo con lo señalado, el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de carrera administrativa se produce entre otros eventos por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa, lo que implica para el servidor la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002- 00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarsicio Cáceres Toro, afirmó:

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario"

Igualmente, resulta procedente dar a conocer la terminación del nombramiento en provisionalidad, sobre el cual el Decreto 1083 de 2015², señala:

(...) 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. (...)" (Subraya nuestra)

En ese sentido, este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normatividad transcrita esta ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el cual se ha sostenido el lineamiento, que el empleado provisional debe conocer las razones por la cuales se le desvincula, para efectos de ejercer su derecho de contradicción.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

"(...) 4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección", que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera

(Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...)” (Subrayas fuera de texto).

Sobre el particular, la Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación SU-917 de 2010, señaló:

“(...) En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

[...]

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa [66] 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 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 (...)” (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, que el acto administrativo por medio del cual se efectúa su desvinculación, debe encontrarse motivado, es decir, 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, para efectos de que el empleado pueda ejercer igualmente su derecho de contradicción.

Así las cosas, conforme lo expresa la Corte Constitucional, los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.

Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.

Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

En este sentido, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, debe adelantarse mediante acto motivado, 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, a fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción

Teniendo en cuenta lo señalado y puntualmente sobre su interrogante y la viabilidad de declarar insubsistente al empleado que supuestamente no ha cumplido sus funciones en el cargo que se posesionó, le informo que, la administración deberá recurrir a las causales, por medio de las cuales se puede invocar el retiro del empleado público a través de la declaratoria de la insubsistencia y establecer si la misma se constituye como una justa causa, dando en todo caso al empleado las garantías del debido proceso constitucional.

Finalmente, respecto de las eventuales consecuencias disciplinarias para los servidores involucrados, corresponderá a la Oficina de Control Interno, determinar si existe una conducta sancionable para aquellos funcionarios que usted manifiestan han incurrido en falta disciplinaria.

Si requiere profundizar en otro tema en particular relacionado con las políticas de empleo público y directrices para integración de los planes institucionales y estratégicos al servicio de la Administración Pública, le invitamos a visitar nuestro Gestor Normativo en el siguiente vínculo de la internet <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> , donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Técnica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Vivian Parra

Revisó. Maia Borja.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2026-07-05 12:41:22