



Función Pública

Concepto 353291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000353291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000353291

Fecha: 26/09/2021 04:47:02 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: RETIRO DEL SERVICIO. Renuncia. Declaratoria de Insubsistencia Empleos de Libre Nombramiento y Remoción. ¿Es procedente solicitar a un empleado de libre nombramiento y remoción que pase la carta de renuncia a su empleo? RAD.: 20212060608242 del 02 de septiembre de 2021.

Reciba un cordial saludo,

Acuso de recibo la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Procuraduría Provincial de Pasto, a través de la cual consulta si es procedente que se le solicite a un empleado de libre nombramiento y remoción que pase la carta de renuncia a su empleo; al respecto, me permito señalar:

La Constitución Política de Colombia sobre la clasificación de los empleos en el artículo 125, 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.

Al respecto, se precisa que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera.

Es así como, la Ley 909 de 2004, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

"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; (...)

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". (Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme a lo anterior, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. Es importante indicarle que a la decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad.

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"

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

"En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que es procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción; la cual obedece a la facultad discrecional del nominador, que deberá estar fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores por tratarse, de cargos de dirección, confianza y manejo.

Ahora bien, por otro lado, es imperante manifestar que la renuncia tiene su desarrollo normativo en la Ley [909](#) de 2004, el Decreto-Ley [2400](#) de 1968 y el Decreto [1083](#) de 2015. En estas normas se expresa que esta causal de retiro consiste en la manifestación de la voluntad del empleado de separarse del cargo del cual es titular, por lo tanto, debe ser libre, espontánea, inequívoca y constar por escrito; en otras palabras, la renuncia es un acto unilateral, del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud, lo desvincule del empleo que viene ejerciendo.

En tal sentido, quedan prohibidas y carecen de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

En atención a lo referido en su consulta, de forma complementaria a lo anterior, es preciso referir lo que el Consejo de Estado, ha indicado con relación a la renuncia protocolaria, en sentencias como la emitida por la Sección Segunda, Subsección "B" del 01 de junio de 2017, así:

"Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo. En el mismo sentido, es

preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad. También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.” (Negrita y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, esta Dirección Jurídica concluye que el nominador cuenta con una facultad discrecional para retirar del servicio a los empleados de libre nombramiento y remoción, en atención a la naturaleza de ese tipo de empleos; no obstante, jurisprudencialmente se ha reconocido la figura de “renuncia protocolaria”, según la cual la administración como un acto de cortesía le solicita al empleado su renuncia, para no hacer efectiva la facultad discrecional en mención.

En todo caso, se considera que será procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido.

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 09:31:14