



Concepto 305771 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000305771

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000305771

Fecha: 18/09/2019 02:30:54 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Es procedente remover o cambiar funcionarios de libre nombramiento y remoción en Ley de Garantías. Radicado:20192060299542, del 27 de agosto de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a esta Dirección Jurídica, por la Procuraduría Provincial de Montería, en la cual consulta, ¿si es procedente que, en vigencia de la Ley de Garantías, se solicite la renuncia de manera escrita verbal o por intermedio de terceros, a empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción?, será necesario precisar los siguientes aspectos:

En relación con las prohibiciones consagradas en la Ley 996 de 2005, denominada Ley de Garantías Electorales, el artículo 38, señala:

"ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

PARÁGRAFO. (...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

El Consejo de Estado, en Concepto Número 1839 de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos respecto al Alcance de la prohibición contenida en el párrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señaló:

"En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo

ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo 38 de la ley de garantías."

Conforme la norma y jurisprudencia pre aludida, durante los cuatro meses anteriores a comicios electorales, de cualquier cargo de elección popular, no se podrá realizar ningún movimiento en la nómina de las entidades estatales, que implique vinculación o desvinculación de servidores públicos, sin importar cuál sea la naturaleza del cargo que desempeñan; con excepción de la aplicación de normas de carrera administrativa, la renuncia debidamente aceptada, o la muerte del titular del empleo.

De otra parte, se precisa que el literal D, del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, contempla como una de las causales de retiro del servicio de los empleados que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, la renuncia regularmente aceptada.

Así mismo, el artículo 2.2.11.1.3 del Decreto 1083 de 2015, consagra que toda persona que desempeñe un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo y, por lo tanto, la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

De tal manera que no es procedente en vigencia de la ley de garantías electorales, retirar del servicio a un empleado público donde su renuncia no sea producto de la manifestación espontánea e inequívoca de separarse del servicio.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:39