

<b>Tema</b>
Notificación de declaración de insubsistencia a servidor incapacitado.
<b>CRM</b>
52457
<b>Problema(s) jurídico(s)</b>
¿Es posible notificar a un servidor de libre nombramiento y remoción que se encuentra incapacitado, el acto administrativo que declara su insubsistencia?.
<b>Análisis jurídico</b>
<p>De conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera administrativa, salvo aquellos exceptuados expresamente por la Constitución o la ley, entre ellos los de libre nombramiento y remoción.</p> <p>En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 dispuso que, el retiro del servicio de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción se produce, entre otras, por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, acto administrativo que se profiere en ejercicio de una competencia discrecional y que, salvo disposición expresa en contrario, no requiere motivación específica.</p> <p>El Consejo de Estado ha sostenido de manera uniforme que la insubsistencia de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción no requiere motivación formal, dado que se fundamenta en el principio de confianza, eje esencial de este tipo de vínculos jurídicos. No obstante, la potestad discrecional de la administración no es absoluta, en tanto debe ejercerse respetando los principios de razonabilidad, proporcionalidad, buena fe y debido proceso.</p> <p>La incapacidad médica genera una imposibilidad transitoria de un servidor público para ejercer sus funciones debido a razones de salud, sin embargo, no constituye, por sí sola, una limitación jurídica al ejercicio de la facultad discrecional de declarar la insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción.</p> <p>La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la declaratoria de insubsistencia puede efectuarse válidamente incluso respecto de servidores que se encuentren en situación de incapacidad médica, siempre que no concurra una condición de debilidad manifiesta o de estabilidad laboral reforzada que exija un examen más estricto de razonabilidad y proporcionalidad.</p> <p>De igual forma, la Corte Constitucional (C 195 de 1994, T 372 de 2012) ha sostenido que, aunque la administración conserve su competencia para retirar a servidores incapacitados, debe observar el deber de solidaridad y tomar en consideración las circunstancias particulares que puedan incidir en la protección del derecho fundamental a la salud. Por ende, si bien la incapacidad médica temporal no constituye un obstáculo jurídico para la declaratoria de insubsistencia, la administración está obligada a garantizar que el servidor desvinculado no vea afectado injustificadamente su acceso a los servicios de salud ni sus prestaciones económicas derivadas del sistema de seguridad social.</p>
<b>Respuesta</b>
La circunstancia de que el funcionario se encuentre en incapacidad médica temporal no impide la procedencia de la notificación del acto de insubsistencia, toda vez que la

ley no contempla tal situación como causal de suspensión o invalidación del procedimiento de notificación.

Resulta jurídicamente procedente notificar la declaratoria de insubsistencia, en tanto la incapacidad médica temporal no configura, por sí misma, un fuero de estabilidad laboral reforzada ni impide el ejercicio de la potestad discrecional que asiste al nominador respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 125 de la Constitución Política; sin embargo, vale la pena precisar que, en el ejercicio de dicha facultad, la administración debe actuar de manera diligente y solidaria, garantizando que la desvinculación del servicio no implique la interrupción injustificada del acceso a los servicios de salud ni de las prestaciones asistenciales que correspondan, conforme a las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social y a los principios constitucionales que rigen la función pública, asegurando así la protección efectiva del derecho fundamental a la salud del servidor desvinculado. Además, se deberá garantizar que el notificado pueda ejercer los recursos que le correspondan, si a ello hubiere lugar.