



Función Pública

Concepto 71131 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000071131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000071131

Fecha: 07-03-2019 11:44 am

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Posibilidad de proveer el empleo de empleado provisional que se encuentra desaparecido. REMUNERACIÓN.- pago de salarios y prestaciones de empleado desaparecido. Radicación No. 20199000038492 del 4 de febrero de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Para el caso de los servidores que se encuentran secuestrados, o desaparecidos, debe señalarse que la Ley 986 de 2005, "Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones", establece:

«ARTÍCULO 15. *Pago de salarios, honorarios y prestaciones sociales del secuestrado.* El empleador deberá continuar pagando el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho el secuestrado al momento de ocurrencia del secuestro, ajustados de acuerdo con los aumentos legalmente exigibles. También deberá continuar este pago en el caso de servidores públicos que no devenguen salarios sino honorarios. Dicho pago deberá realizarse al curador provisional o definitivo de bienes a que hace referencia el artículo 26 de la presente ley. Este pago se efectuará desde el día en que el trabajador, sea este particular o servidor público, haya sido privado de la libertad y hasta cuando se produzca <sic> una de las siguientes condiciones:

1. En el caso de trabajador con contrato laboral a término indefinido, hasta cuando se produzca su libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta.
2. En el caso de trabajador con contrato laboral a término fijo, hasta el vencimiento del contrato, o hasta cuando se produzca su libertad o se compruebe la muerte o se declare la muerte presunta si alguno de estos hechos se produce con anterioridad a la fecha de terminación del contrato.
3. En el caso de servidor público hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: Que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo.

4. El cumplimiento de la edad y los requisitos para obtener la pensión, caso en el cual corresponde al curador iniciar los trámites para solicitar su pago.

No podrá reconocerse un pago de salario u honorarios superior a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, excepto en aquellos casos de secuestro ocurridos con anterioridad a la expedición de esta ley en los que se mantendrán las condiciones laborales previamente establecidas.

El empleador deberá continuar pagando las prestaciones sociales del secuestrado, atendiendo a las reglas de pago señaladas en los numerales 1 al 4, así como también los aportes al sistema de seguridad social integral.

(...)

PARAGRAFO 2. Por regla general, el curador provisional o definitivo de bienes deberá destinar en forma prioritaria los dineros que reciba en virtud de lo dispuesto en este artículo, para atender las necesidades de las personas dependientes económicamente del secuestrado.

PARÁGRAFO 3. En el evento contemplado en el numeral 2 de este artículo y en el caso del cumplimiento del período constitucional o legal del cargo en el caso de servidores públicos, el fiscal o el juez competente podrán determinar la continuidad en el pago de los salarios u honorarios más allá del vencimiento del contrato o del período correspondiente, y hasta tanto se produzca la libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta del secuestrado, si al ponderar los elementos de juicio a su alcance, infiere que entre el desempeño del trabajador como servidor público o particular y las causas del secuestro existe un vínculo inescindible." (Subrayado fuera de texto).

"ARTÍCULO 17. *Instrumentos de protección en materia de salud.* Se garantiza al secuestrado y a su núcleo familiar la protección en materia de salud. Para efectos del acceso a esta protección se deberán observar las siguientes reglas:

1. Secuestrado con relación laboral a término indefinido al momento del secuestro: Para el caso del secuestrado que al momento del secuestro tenía vigente una relación laboral a término indefinido, y en el entendido que durante el período de cautiverio y el de estabilidad establecido en el parágrafo 1o del artículo 15, el empleador está en la obligación de cumplir con los aportes respectivos al régimen contributivo, se mantendrá el acceso del secuestrado y sus beneficiarios al Sistema de Seguridad Social en Salud. Para efectos de garantizar el acceso efectivo de los beneficiarios del secuestrado a dicho sistema, el curador provisional o definitivo de bienes tendrá las mismas facultades que el sistema de seguridad social integral le otorga al trabajador. (...)" (Subrayado fuera de texto)

ARTÍCULO 26. El artículo 23 de la ley 282 de 1996 quedará así:

"ARTÍCULO 23. *Declaración de ausencia del secuestrado.* El proceso de declaración de ausencia de una persona que ha sido víctima de secuestro se adelantará ante el juez de familia del domicilio principal del ausente en cualquier momento después de la ocurrencia del secuestro y hasta antes de la declaratoria de muerte presunta.

"Estarán legitimadas para ejercer la curaduría de bienes, en su orden, las siguientes personas: el cónyuge o compañero o compañera permanente, los descendientes incluidos los hijos adoptivos, los ascendientes incluidos los padres adoptantes y los hermanos. En caso de existir varias personas en el mismo orden de prelación, el juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le pareciere más apta, y podrá también, si lo estima conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

"La demanda podrá ser presentada por cualquiera de las personas llamadas a ejercer la curaduría y en ella se incluirá la relación de las demás personas de quienes se tenga noticia sobre su existencia y que en virtud de lo dispuesto en el presente artículo podrían ejercerla. La declaración se entenderá rendida bajo la gravedad del juramento. A la demanda deberá anexarse la certificación vigente a que hace referencia el artículo 5° de la presente ley. Se podrá actuar directamente sin necesidad de constituir apoderado judicial.

"En el auto admisorio de la demanda se procederá a nombrar curador de bienes provisional a la persona llamada a ejercer el cargo, pero si se rechaza el encargo, o no se presentare ninguna persona legitimada para ejercerlo, o si de común acuerdo todas las personas que tienen vocación jurídica para ejercer la curaduría lo solicitan, el juez podrá encargar la curaduría a una sociedad fiduciaria que previamente haya manifestado su interés en realizar dicha gestión.

"El juez que no se ciña al procedimiento aquí señalado o que de cualquier manera actúe en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

"En lo no previsto en el presente artículo se aplicarán las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil".

La Corte Constitucional, en Sentencia C-394 del 23 de mayo de 2007, al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2° y 15, parágrafo 3°, de la Ley 986 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, señaló:

«Si bien la Corte Constitucional ya había garantizado el derecho a acceder a algunos beneficios a familiares dependientes de personas privadas de la libertad arbitrariamente, por un supuesto diferente al del delito de secuestro, esto es, bajo aquel de la desaparición forzada^{1[33]}, es a partir de la sentencia C-400 de 2003 que queda zanjada cualquier discusión respecto del trato diferenciado, en cuanto a medidas de protección, entre las víctimas de una y otra conducta. En aquella oportunidad, este Tribunal examinó la constitucionalidad de los parágrafos del artículo 10 de la Ley 589 de 2000 que estipulaban, en su texto original, que quien actuara como curador de la víctima de desaparición forzada o secuestro podría continuar percibiendo los salarios u honorarios a que ésta tuviera derecho, siempre y cuando se tratara de un servidor público. Adicionalmente, consagraban un trato diferente entre los familiares de las víctimas de secuestro y aquellos de las víctimas de desaparición forzada, ya que, mientras que a los primeros se les confería el beneficio hasta tanto el secuestrado recuperara su libertad, a los segundos únicamente se les otorgaba hasta por el término de dos años.

Con respecto a la diferenciación entre servidores públicos y particulares, esta Corporación encontró que se trataba de un trato discriminatorio establecido en perjuicio del núcleo familiar dependiente de estos últimos que no resultaba legítimo a la luz de los principios constitucionales, ya que las particularidades entre unos y otros no justificaba brindar una mayor protección a las familias de los servidores públicos que a los del trabajador particular *"pues tanto en este caso como en aquél el contenido de injusticia de los delitos es el mismo y también es equivalente la demanda de protección de las familias de las víctimas. Por lo tanto, el legislador no puede establecer un tratamiento diferente entre servidores públicos y trabajadores particulares pues, con miras a la delineación de tal institución, el elemento fundamental no es el estatus ni la clase de vínculo laboral sino la condición de privado injustamente de la libertad."*

En punto de la diferenciación en cuanto al tiempo en que se concede la protección de la continuidad en el pago de salarios entre las familias de las víctimas de desaparición forzada y secuestro, la sentencia concluyó, asimismo, que dicho trato resultaba inconstitucional por ser violatorio de la cláusula general de igualdad, ante la ausencia de justificación constitucionalmente admisible que la legitimara. La providencia lo expresó en los siguientes términos:

"El tratamiento que en materia de pago de salarios u honorarios dan los enunciados normativos demandados a los trabajadores que han sido desaparecidos forzadamente en relación con el dado a los trabajadores que han sido secuestrados es contrario a la Carta, pues constituye un tratamiento discriminatorio que vulnera el artículo 13 Superior. Ello es así en cuanto no concurre un fin constitucionalmente valioso que justifique ese tratamiento diferente. Por el contrario, existen sólidos argumentos constitucionales que demandan para los trabajadores desaparecidos el mismo tratamiento legal asignado, en esta materia, a los trabajadores secuestrados."

Más recientemente, la jurisprudencia se ha ocupado de sistematizar las características del régimen de protección. Así, en sentencia T-566 de 2005^{2 [34]}, fueron consignados los elementos del régimen vigente, de conformidad con la normatividad aplicable y con la jurisprudencia constitucional, de los beneficios de la continuidad del pago de salarios u honorarios y de las prestaciones sociales, así como del pago de los aportes en seguridad social correspondientes a quien por la ocurrencia del secuestro o de la desaparición forzada, quedó en imposibilidad fáctica de continuar con el cumplimiento de la prestación de sus servicios. La providencia lo hizo en los siguientes términos:

“a) Existe el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios y a garantizar los aportes a la seguridad social en salud de la familia del afectado, a quien actúe como curador del servidor público o trabajador particular secuestrado o desaparecido, hasta tanto se produzca su libertad. b) El Estado o el empleador particular, según el caso, tienen la obligación de continuar pagando los salarios y prestaciones sociales y de garantizar los aportes a la seguridad social en salud de los familiares del afectado, sin perjuicio de que se pueda acudir a mecanismos de garantía del pago, tales como el seguro colectivo de cumplimiento. c) El pago de salarios y la garantía de los aportes a la seguridad social en salud de los familiares del afectado, de servidores públicos y trabajadores particulares que han sido víctima de secuestro o desaparición forzada, debe ser ordenado por la autoridad judicial encargada de conocer o dirigir el proceso por el respectivo delito. Para que proceda el amparo constitucional de los derechos del trabajador secuestrado y su familia, el delito de secuestro o la desaparición forzada debe estar demostrado. La Corte ha considerado que tal exigencia no se encamina sólo a los supuestos de secuestro, sino a demandar un supuesto fáctico delictivo que de manera razonable justifique el correlativo esfuerzo del empleador obligado a asumir costos laborales sin contar con la efectiva prestación del servicio. e) El derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios de los trabajadores secuestrados o desaparecidos se reconocerá hasta tanto se produzca su libertad, salvo que exista una causa que extinga tal obligación.”

19.- De conformidad con lo dicho, una conclusión se impone: los desarrollos legislativos en materia de protección a las víctimas de los delitos de secuestro, desaparición forzada y toma de rehenes han sido notoriamente desiguales, en detrimento de las víctimas de estas dos últimas conductas. El ordenamiento jurídico, de años atrás, ha privilegiado a los familiares de las víctimas de secuestro frente a los rehenes y los desaparecidos. La brecha así advertida, se ha profundizado aún más a raíz de la expedición de la Ley 986 de 2005 que únicamente incluyó en el completo sistema de protección que consagra, a las familias y personas dependientes económicamente de las víctimas del delito de secuestro. Así pues, cabe preguntarse si tal tratamiento diferenciado resulta legítimo a la luz de los mandatos superiores y si del mismo se deriva efectivamente una inconstitucionalidad por la configuración de una omisión relativa del legislador, según el planteamiento de la demanda. Para resolver estas cuestiones, la Sala Plena entrará a recordar la jurisprudencia constitucional sobre la omisión legislativa relativa, lo cual permitirá determinar con posterioridad, si el legislador incurrió en una omisión de este tipo al no haber incluido como beneficiarios del sistema de protección de la Ley 986 de 2005 a las familias y las víctimas de las conductas de toma de rehenes y desaparición forzada.

“(…)”

De lo dicho hasta ahora se desprende que la diferenciación establecida en la descripción de los destinatarios del régimen de beneficios consagrado en la Ley 986 de 2005, configura un claro trato discriminatorio frente a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada y sus familias, pues definitivamente no existe una justificación válida desde la perspectiva constitucional, para establecer un régimen que únicamente favorezca a los secuestrados, mientras que, por el contrario, nada diga en relación con estos grupos que demandan igual ámbito de protección.

31.- Para terminar, esta Corporación recalca que existe un deber específico emanado de expresos mandatos constitucionales, consagrados en los artículos 2°, 5° y 95 de los cuales, como se dijo en precedencia, emana el compromiso de protección frente a todos los residentes del país y el deber de garantizar el respeto de sus derechos constitucionales, al igual que la protección de la familia como institución básica de la sociedad y el deber de solidaridad de los particulares frente a sus congéneres, deberes estos de mayor trascendencia cuando se trate de víctimas de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra y sus familias, quienes, en virtud del principio de igualdad, tienen derecho a recibir el mismo trato que los secuestrados y sus familias en materia de protección.

Adicional a lo anterior, es pertinente anotar que la ejecución de los tratados internacionales que buscan erradicar estas prácticas delictivas, debe sujetarse al principio de *pacta sunt servanda*^{3 [48]}, el cual exige no solamente respuestas punitivas proporcionadas frente a la realización de conductas proscritas por el derecho internacional, dentro de la jurisdicción respectiva del Estado parte, sino que impone el deber de implementación de medidas efectivas de carácter legislativo, ejecutivo y judicial en un plazo razonable, relativas a la protección de las víctimas y sus núcleos familiares dependientes.

Así, resulta claro que el legislador incurrió en una inconstitucionalidad por omisión relativa al excluir de las consecuencias jurídicas de la Ley 986 de 2005 a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, que redundó en una ostensible discriminación contra los grupos excluidos del amplio régimen de protección que dicho texto legal establece, por déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional. Se configura entonces una violación del artículo 13 superior, que establece la cláusula general de igualdad, a la vez que se presenta un desconocimiento de mandatos constitucionales que imponen el deber específico de protección frente a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, así como de los derechos al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la vida digna del núcleo familiar dependiente de quien ha sufrido la privación arbitraria de la libertad.

Por lo anterior, en la presente oportunidad la Corte proferirá una sentencia integradora, de conformidad con la cual el artículo 2° de la Ley 986 de 2005 será declarado exequible, pero sólo bajo el entendido de que los instrumentos de protección consagrados en dicha ley también deben hacerse extensivos a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada y sus núcleos familiares dependientes. Lo anterior, por cuanto, como ha sido expresado a lo largo de esta sentencia, sólo bajo este condicionamiento la disposición resulta ajustada a la Constitución.”

“(…)”

De conformidad con todo lo expuesto, para proteger de manera efectiva el principio de igualdad, respecto de las personas a quienes el artículo acusado que se declara condicionalmente exequible debe aplicarse, la presente sentencia tendrá efectos retrospectivos, es decir: (i) afecta las situaciones de hecho en curso, de manera que se aplica a personas cuya condición de desaparecidas o rehenes se haya configurado con anterioridad al presente fallo; y (ii) dichas personas y sus familiares sólo tendrán derecho a aquellos beneficios contemplados en la Ley 986 de 2005 que se causen a partir de la fecha de adopción de esta sentencia.[...]»

De la anterior sentencia, se evidencia que los beneficios consagrados en la Ley 986 de 2005, específicamente los concernientes al deber de la administración de continuar reconociendo a quienes acrediten el beneficio, el pago del salario y las prestaciones sociales a que tenga derecho el servidor público secuestrado al momento de la ocurrencia del secuestro hasta cuando se produzca su libertad, o se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del periodo constitucional o legal del cargo, se hacen extensivos a los casos en que se trate de delitos de toma de rehenes y desaparición forzada.

En este orden de ideas, lo primero que debe precisarse es si el hecho consultado se presentó como consecuencia de un posible delito de secuestro, desaparición forzada o toma de rehenes; si la desaparición obedeció a tales delitos, habrá lugar al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales en los términos de la Ley 986 de 2005, desde el momento en que se produzca el delito hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo, y siempre y cuando se cumpla con la totalidad de requisitos señalados en la citada Ley para el efecto. Los beneficios se refieren al pago de salarios, honorarios y prestaciones sociales y al pago de los aportes al sistema integral de seguridad social.

Por otra parte, en lo que respecta a la provisión del cargo mientras el empleado se encuentra desaparecido, debe señalarse que el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, establece, respecto al encargo:

«ARTÍCULO 2.2.5.4.7 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo.

ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

ARTÍCULO 2.2.5.5.44 Diferencia salarial. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.»

El artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

«ARTÍCULO 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.» (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, la entidad puede proveer el cargo vacante temporalmente, mientras dura la situación de retención del servidor público a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumplan los requisitos para su desempeño.

Respecto de la figura del encargo, podemos tener en cuenta el pronunciamiento efectuado por la jurisprudencia Constitucional, al señalar en sentencia C-428 de 1997, lo siguiente:

«... El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento»

El artículo 18 de la Ley 344 de 1996, dispone que los servidores públicos quienes se encarguen de empleos de superior categoría, no tienen derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo que desempeñan temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Así las cosas, y en criterio de esta Dirección Jurídica, cuando el empleado está en situación de retención y de conformidad con la Ley 986 de 20 tendrá derecho a recibir su remuneración a través de su curador, por lo tanto quien se encuentra encargado para remplazarlo durante el período que dure la retención no tendrá derecho a recibir la diferencia.

Finalmente, debe señalarse que no es posible efectuar otro nombramiento provisional en el empleo de quien se encuentra desaparecido, pues ello implicaría una declaratoria de insubsistencia tácita de quien se encuentra desaparecido, toda vez que no podrían existir dos empleados ocupando el mismo empleo en calidad de provisionales.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

CISP/JFC

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. [33] Por ejemplo, en sentencia T-1634 de 2000, la Sala Sexta de Revisión concedió la tutela de los derechos a la vida, a la subsistencia y a la integridad familiar de las compañeras e hijos de dos escoltas desaparecidos durante el ejercicio de sus labores para una empresa de seguridad privada y, en consecuencia, ordenó el pago de los salarios y las prestaciones de los trabajadores, a partir del día en que se produjo su desaparición.

2. 34] Este fallo retoma lo expuesto en la sentencia T-788 de 2003 y adiciona algunos elementos no contemplados en ésta.

3. [48] Este principio hace referencia a la observancia y ejecución de buena fe de los tratados internacionales. Así lo definió esta Corte Constitucional en sentencia C-400 de 1998: *"Pacta sunt servanda no sólo significa que los tratados deben ser formalmente acatados sino que deben ser cumplidos de buena fe, esto es, con la voluntad de hacerlos efectivos. Por ello la doctrina y la jurisprudencia internacionales consideran que el principio de buena fe es parte integrante de la norma Pacta sunt servanda."*

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:04:49