Función Pública

Concepto 004241 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000004241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000004241

Fecha: 05/01/2022 05:34:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN- Pago de salarios y prestaciones de empleado desaparecido. Radicación No. 20222060006742 del 5 de enero de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual manifiesta que el superior inmediato de una dependencia del DAPRE, mediante correo electrónico de fecha 16 de noviembre de 2021, informó al Área de Talento Humano que un funcionario a su cargo no se había presentado a su puesto de trabajo y que, de acuerdo con la información recibida por parte de su familia, el mismo se encontraba desaparecido. Por lo anterior el DAPRE, solicitó al funcionario indicar las razones por las cuales no se había presentado a trabajar en la Entidad. El día 24 de noviembre de 2021, se recibió comunicación, de quien manifestó ser su hija, indicando que su padre se encontraba desaparecido. - Así mismo, se solicitó al Área de Tecnologías y Sistemas de Información del DAPRE, la última fecha de ingreso a la Entidad registrada, así como la última fecha de ingreso a los aplicativos de la Presidencia, VPN, correo electrónico, etc. Ante lo cual, les informaron que revisada la base de datos del sistema de ingreso y registro, su última fecha de ingreso a la entidad y a los aplicativos fue el 5 de noviembre de 2021. Igualmente, se solicitó a la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional, les informaran si existía un proceso o radicado relacionado con la desaparición del funcionario. Ante lo cual, la Fiscalía responde que consultados los sistemas misionales, se encontró una noticia activa por el delito de desaparición forzada en calidad de víctima y a su vez la Policía Nacional respondió, que una vez verificados sus sistemas, se viene adelantando una investigación por homicidio. Así mismo, a la fecha no se ha recibido Registro Civil de Defunción del funcionario. Por lo anteriormente expuesto el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica solicita se emita concepto jurídico, frente a lo cual nos permitimos manifestarle que le daremos respuesta a cada una de sus preguntasen el mismo orden de la solicitud, así:

Con relación a su primera inquietud en la cual pregunta si se debe expedir un acto administrativo en relación con la ausencia del funcionario, sí es así, en qué sentido debe ser expedido, por abandono del cargo, desaparición o alguna otra razón o circunstancia, frente a lo anterior, y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica trae a colación lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1428 de 2002, del que se destaca:

"(…)

El desplazamiento, si bien genera una vacancia temporal, no constituye abandono del cargo, pues existe justa causa fundada en la fuerza mayor. - Por tanto, manteniéndose la calidad de servidor, la relación laboral subsiste, al no configurarse ninguna causal de retiro. –

(…)

De suerte que acogida normativamente la protección brindada a los empleados secuestrados, primero en la doctrina y luego en la jurisprudencia para garantizarles el reconocimiento de salarios y prestaciones, el legislador en la norma citada les otorgó similar beneficio a los servidores victimas de desaparición forzada.

En la práctica se está frente a una vacancia temporal, que puede llegar a convertirse en definitiva si fallece el servidor público víctima de desaparición forzada, situación administrativa que no ha sido prevista por el legislador de manera expresa. Ni la desaparición forzada ni el secuestro, están contemplados en nuestro ordenamiento jurídico como causales de desvinculación.

(…)

4. La provisión del cargo del empleado de carrera desplazado es viable pues la reubicación tiene por efecto producir vacancia absoluta. Respecto del empleado de libre nombramiento y remoción cuya reubicación no sea posible, puede disponerse el encargo hasta tanto permanezca en vacancia temporal. Si se produce vacancia definitiva por declaratoria de insubsistencia del nombramiento existe disponibilidad del cargo."

De lo señalado por el Consejo de Estado, se colige que cuando un empleado público es desplazado o desaparecido forzosamente, se genera una vacancia temporal sobre el empleo que desempeña, la cual se convertirá en una definitiva si el respectivo empleado fallece; así las cosas, con relación a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que como quiera que la desaparición del empleado produce una vacancia temporal, es procedente que la administración expida un acto administrativo indicando tal circunstancia.

2. Con relación a su segunda inquietud en la cual pregunta si es procedente continuar con la remuneración del empleado desaparecido, frente a lo cual nos permitimos manifestarle que el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, frente al pago y remuneración de los servidores públicos, dispone:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que genera la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informara al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente." (Subrayado fuera de texto)

Sobre el mismo tema, se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia T-1059, proferida el día 05 de octubre de 2001, indicando que la remuneración a que tienen derecho los servidores públicos tiene como presupuesto el deber correlativo de éstos, de prestar efectivamente un servicio, en razón a la existencia de un vínculo legal y reglamentario con el Estado.

Es decir, que los servidores públicos no tendrían derecho a remuneración alguna por los días que no fueren laborados en tanto no exista una justificación legal que explique dicha omisión, y el Estado, en consecuencia, no estaría obligado a pagarlos, siendo procedente en ese caso el descuento o reintegro de las sumas correspondientes al pago de servicios no rendidos.

Ahora bien, respecto a la situación de amenaza y desplazamiento forzado por la que un servidor se puede ver sometido en ciertos territorios, por la situación de orden público y en ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado en concepto con Radicación 1428 del 15 de agosto de 2002, al pronunciarse sobre la situación de los empleados públicos victimas de desplazamiento y desaparición forzada, estableció:

"(...) No se ha referido, pues de manera concreta, el legislador al reconocimiento y pago de salarios de empleados públicos desplazados por la violencia. Sin embargo, principios orientadores de la interpretación y alcance de los derechos que los protegen, como los de " acceder a soluciones definitivas de su situación" y el de "regreso a su lugar de origen", amén de la responsabilidad del Estado de adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado y la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, conducen a la Sala a considerar que aquél está obligado a neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia, a través de medidas que garanticen a los empleados públicos desplazados, medios necesarios para proveer sus propias formas de subsistencia, a través de la reincorporación a la vida laboral y su retorno voluntario a su zona de origen o sureubicación en nuevas zonas de asentamiento. El Estado, pues, está en el deber de asumir una posición activa hasta tanto se logre la consolidación y estabilización socioeconómica del desplazado, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento. En el caso concreto de los empleados públicos, víctimas de desplazamiento forzado por razones de violencia, de coacción injusta ejercida sobre ellos por los grupos armados al margen de la ley y de los continuos enfrentamientos entre la Fuerza Pública y éstos, hace necesario adoptar medidas para su protección,
(…)

El desplazamiento, si bien genera una vacancia temporal, no constituye abandono del cargo, pues existe justa causa fundada en la fuerza mayor. - Por tanto, manteniéndose la calidad de servidor, la relación laboral subsiste, al no configurarse ninguna causal de retiro. –

(…)

la ausencia del empleado con ocasión del desplazamiento forzado, no constituye causa de ruptura, *per se*, de la relación laboral y por el contrario produce vacante temporal por fuerza mayor, lo cual justifica la ausencia del empleado. Así las cosas, el ejercicio de la facultad discrecional de remoción está mediado por estas circunstancias y, por tanto, las razones de oportunidad y conveniencia deben contrastar el peso de los intereses de la administración con la garantía de dos derechos fundamentales: el de la vida y el del trabajo. (…). (Subrayado fuera de texto)

Dicho lo anterior la Sala concluyó:

"1. Los empleados públicos desplazados por la violencia y desaparecidos tienen derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta consulta.

2. Para el caso del empleado víctima de desplazamiento forzoso de libre nombramiento y remoción, el pago debe efectuarse hasta tanto las garantías brindadas por el Estado le permitan reincorporarse a sus funciones. Quien sea separado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia tendrá derecho a la protección prevista en el Artículo 18 de la ley 387 de 1997, hasta que opere su consolidación y estabilización socioeconómica.

Los empleados públicos víctimas de desaparición forzada tienen derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones hasta por el término de dos (2) años de conformidad con el parágrafo 1° del Artículo 10 de la ley 589 de 2000.

3. El régimen que regula las situaciones administrativas se aplica a los empleados desplazados.

4. La provisión del cargo del empleado de carrera desplazado es viable pues la reubicación tiene por efecto producir vacancia absoluta. Respecto del empleado de libre nombramiento y remoción cuya reubicación no sea posible, puede disponerse el encargo hasta tanto permanezca en vacancia temporal. Si se produce vacancia definitiva por declaratoria de insubsistencia del nombramiento existe disponibilidad del cargo."

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 produzcaa <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.

(…)

"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.

(…)

Por su parte, 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, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, dijo:

“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.”

(…)

En consecuencia, y en criterio de esta Dirección Jurídica, debe precisarse 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.

3. Ahora bien, frente a su tercera inquietud en la cual pregunta si en el caso que se deba seguir reconociendo la remuneración y las prestaciones sociales del funcionario presuntamente desaparecido, ¿por cuánto tiempo se le debe seguir reconociendo, frente a lo anterior, me permito manifestarle que 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 redunda 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.

4. Ahora bien, frente a su cuarta inquietud, en la cual pregunta si se puede tomar como referencia el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública No. 131281 de 15 de abril de 2021, que trata de desaparición forzosa, me permito manifestarle que si es procedente tener como referencia el concepto citado.

5. Finalmente, con relación a su quinta y ultima inquietud en la cual pregunta quiénes son los competentes para iniciar el proceso ante la autoridad judicial, teniendo en cuenta lo señalado por el concepto 131281 de 15 de abril de 2021, frente a lo cual me permito manifestarle que la ley 589 de 2000, por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones, dispone en su Artículo 11 lo siguiente:

Obligaciones del Estado. Sin perjuicio de la extinción de la acción penal o terminación del proceso por cualquier causa, en el delito de desaparición forzada de personas, el Estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares.

De acuerdo con la norma en cita, el estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares. En consecuencia, será la administración quien tiene la competencia para iniciar los tramites pertinentes.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Luis Fernando Nuñez.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 23:59:00