

Bogotá D.C., 6 de Septiembre de 2015

No. de radicación 2015-ER-130616
solicitud:



2015-EE-101899

Doctora

Asunto: Retiro por muerte presunta y pago de salarios sin prestación del servicio ante desaparición del servidor.

OBJETO DE LA CONSULTA

"(...) De acuerdo con lo anterior le solicito de manera comedida revisar este caso y orientarnos sobre el procedimiento a seguir. Para su análisis le estamos enviando los documentos soporte de caso específico y a su vez la liquidación proyectada del valor que deberíamos reconocer, en caso de que proceda la solicitud.

(...)

Un docente desapareció desde el mes de mayo de 2009, a partir de esa fecha y con base en información escrita de un hermano del docente, la persona responsable del área de recursos humanos de esa época, ordenó a nómina, mediante escrito, suspender el pago de salarios y demás emolumentos y en el 21 de julio del mismo año, nombraron el reemplazo de este docente, en vacancia definitiva.

En el mes de septiembre de 2014, salió el fallo judicial declarando la muerte presunta del docente y el certificado de defunción, con fecha de fallecimiento 28 de mayo de 2011.

La consulta concreta es la siguiente:

Los efectos fiscales del acto administrativo de retiro debe ser la del 28 de mayo de 2011? o desde la fecha en que no volvió a la Institución?

Se le deben cancelar los salarios y demás emolumentos, a los beneficiarios del docente?. En caso positivo cual debe ser el procedimiento?." (SIC).

NORMAS Y CONCEPTO

De conformidad con lo preceptuado en el Decreto 5012 de 2009, por el cual se modificó la estructura del Ministerio de Educación Nacional (MEN) y se determina la función de sus dependencias, este Ministerio no es el competente para definir situaciones particulares y concretas en relación con los derechos o situaciones administrativas de los docentes o de las personas particulares. Sin embargo, en relación con el tema objeto de consulta se presentan los siguientes argumentos legales que pueden servir de fundamento para tomar la decisión por parte de la autoridad competente.

Ley 909 de 2004.

"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:*

(...)

m) *Por muerte;(...)"*

El Decreto 1278 de 2002.

"Artículo 63. Retiro del servicio. *La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos:*

(...)

c) *Por muerte del educador;(...)"*

Código Civil, establece:

"Artículo. 97. Muerte por desaparecimiento:

Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

(...)

6. *El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último día del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias."*

El Decreto 1844 de 2007, por el cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo, prescribe:

"Artículo Primero: *La no prestación oportuna del servicio para el cual están vinculados por el Estado, o el cese de actividades laborales, realizado por servidores públicos, no amparados en justa causa previamente definida en la ley, se entiende ilegal y generará para quienes participen en él, la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el decreto 1647 de 1967."*

Ley 986 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, establece:

"Artículo 1. Objeto de la ley. *La presente ley tiene por objeto establecer, en virtud del principio de solidaridad social y del cumplimiento de los deberes del Estado consagrados en la Constitución Política, un sistema de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, los requisitos y procedimientos para su aplicación, sus instrumentos jurídicos, sus destinatarios, y los agentes encargados de su ejecución y control.*

Artículo 2. Destinatarios de los instrumentos de protección. *Los instrumentos que esta ley consagra tienen por objeto proteger a la víctima del secuestro, a su familia y a las personas que dependan económicamente del secuestrado. Asimismo, los instrumentos de protección definidos en los Capítulos I*

y IV del Título II de esta ley tendrán aplicación para el caso de la empresa unipersonal cuyo titular sea una persona secuestrada.

Para los efectos de esta ley, cuando se utilicen las expresiones "secuestrado" y "víctima de secuestro", se entenderá que se hace referencia a la víctima de un delito de secuestro, según se desprenda del proceso judicial adelantado por la autoridad judicial competente.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-394 de 2007, en el entendido que también son destinatarios de los instrumentos de protección consagrados en dicha ley, las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y las personas que dependan económicamente de ellas.

(...)

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 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.

(...)

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 Ley 1531 de 2012, por medio de la cual se crea la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, prescribe:

"Artículo 7. Efectos. La Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria tendrá los siguientes efectos:

(...)

d) Garantizar la protección de los derechos de la familia y de los hijos menores a percibir los salarios, cuando se trate de un servidor público;

e) El juez fijará como fecha de la ausencia por desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria, el día del hecho consignado en la denuncia o queja."

La Corte Constitucional se ha pronunciado en casos en que se aplican las normas anteriores referentes al pago de los salarios, entre otras mediante la sentencia T-1131 de 2008, indicando:

"En suma, la jurisprudencia de esta corporación, tras la sentencia C-400 de 2003, estableció como requisitos para la continuidad de pago de los salarios u honorarios: (i) que el delito se encuentre probado, (ii) condicionó la continuidad de pago de los mismos hasta tanto se produjera la libertad o que existiera una causa que extinguiera la obligación –salvo que las circunstancias del caso permitieran determinar como necesaria la continuidad- y (iii) estableció que la competencia para determinar el pago de la remuneración radicaba en cabeza de la autoridad judicial competente de conocer o dirigir el proceso del respectivo delito, pues "(...) es allí donde reposan las diligencias y pueden analizarse en toda su dimensión los elementos probatorios para determinar si en realidad se está en presencia de un delito de tal naturaleza, o si por el contrario se trata de la mera ausencia de una persona." (Sentencia T-566 de 2005)"

Con fundamento en las normas citadas, en relación con la primera de las consultas, teniendo en cuenta que en el presente caso la causal de retiro que se invoca es la de muerte del servidor público, la declaratoria del retiro del servicio será a partir del momento que el juez competente fijó como día presuntivo de la muerte del servidor

público.

Es preciso recordar que el Estado colombiano ha reconocido derechos especiales a quienes han sido víctimas de los delitos de secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada, sus familias y las personas que dependan económicamente de ellas, entre los cuales se encuentran la continuidad del pago del salario y prestaciones sociales. Por tanto, en caso que de acuerdo con los hechos particulares del caso se establezca que la desaparición del servidor público obedeció a una de las causales que establecen las leyes citadas (Ley 986 de 2005 y demás normas concordantes) y que no se trata de la mera ausencia de una persona, se deberán seguir los procedimientos especiales que dichas normas contemplan, por parte de las autoridades competentes allí determinadas, y teniendo en cuenta los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que han modulado su aplicación, para comprobar si se presentan las circunstancias especiales para el pago de los salarios y prestaciones sociales por la condición de víctimas de uno de los delitos mencionados.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*.

Atentamente,

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

Anexo: