

CONCEPTO 8286 DE 2018

(febrero 16)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: Solicitud de concepto sobre viáticos y prima de localización y sobre estudios superiores de los contratistas. Radicado: 8-2018-007240

Previa presentación del contexto en que se genera la problemática planteada, la consultante refiere la situación fáctica que la origina, posteriormente describe la situación dentro del marco regional y el contexto de la formación rural indígena en la que expone la negativa de instructores temporales y con nombramiento provisional que se niegan al cumplimiento de sus obligaciones alegando estar en programas de educación superior, para posteriormente explicar cómo lo alegado por los instructores (interés particular) va en contravía del logro de los fines y metas institucionales (interés público), para, finalmente, formular los siguientes interrogantes:

V. Problemas Jurídicos:

1. De acuerdo con lo expuesto, el Sena Regional Vaupes, estaría en la obligación de cubrir viáticos a los instructores que se desplacen a impartir formación en contexto rural de nuestra sede de trabajo (Mitú), aun reconociendo la logística necesaria para su salida y retorno (transporte terrestre, fluvial o aéreo, combustible)?
2. De acuerdo con lo expuesto, el Sena Regional Vaupes, estaría en la obligación de cubrir viáticos a los instructores que se desplacen a impartir formación en contexto rural del resto del territorio departamental (Taraira, Carurú y demás comunidades del Departamento), aun reconociendo la logística necesaria para su salida y retorno (transporte terrestre, fluvial o aéreo, combustible)?
3. La prima de localización, que perciben los empleados de zonas como Vaupes, podría solventar su desplazamiento al contexto rural de nuestra sede de trabajo (Mitú).
4. Partiendo de la norma interna que indica que los instructores temporales AGROSENA, fueron creados para cubrir Formación en contexto rural. Es jurídicamente viable, que un instructor perteneciente a este equipo de trabajo, se niegue a impartir Formación en dicha zona, cuando su propósito principal es este?
5. La posición de los instructores temporales como de los instructores provisionales, de llegar al contexto rural con formación, va en contravía del compromiso adquirido con la entidad respecto de alinear su comportamiento a las necesidades, prioridades y metas de la entidad?
6. De acuerdo con lo expuesto, es válido, dar mayor trascendencia al derecho a la educación del instructor frente al derecho que tienen los aprendices a ser formados para la empleabilidad, según cumplimiento de funciones laborales adquiridas?
7. El SENA Regional Vaupes, estaría violentado el derecho a la educación de los instructores,

por el hecho de programar formación en contexto rural de acuerdo con sus funciones laborales adquiridas?

8. El nivel de estudios de maestría, hace parte de los programas que los empleados públicos y trabajadores oficiales adelantan a nivel de ciclo universitario?

9. Si fuere positivo o negativo el punto anterior, este sería óbice para adelantar el procedimiento interno de permisos, aun cuando existan formaciones programadas y metas que cumplir?

10. Es procedente adelantar el procedimiento interno de permisos, para estudios virtuales bien sea en el interior del país como en el extranjero?

11. Si fuere positivo o negativo el punto anterior, como se podría manejar esta situación?

Nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA – Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares ni de particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS JURÍDICO

Para una adecuada respuesta a los interrogantes formulados, consideramos pertinente conceptualizar separando la temática así: 1-. Viáticos y prima de localización. 2-. Educación o formación del funcionario frente a obligaciones del cargo – Permiso para adelantar estudios. 3-. Obligaciones del funcionario nacidas de la toma de posesión del cargo.

Con estos tres acápites quedan solventados los interrogantes propuestos en su integridad, no siendo necesario pronunciarse sobre cada una de las preguntas formuladas.

1-. Viáticos y Prima de Localización

La prima de localización es una prestación legal con carácter salarial que tienen en forma exclusiva algunos empleados públicos del SENA y los trabajadores oficiales por virtud de la Convención Colectiva de trabajo. Dado que la consulta se centra en los empleados públicos, en este concepto solo nos referiremos a la prima de localización de carácter legal de los empleados públicos.

Esta prima fue creada por el Decreto No. 1014 de 1978: Artículo [20](#) que señala:

“Los empleados públicos que prestan sus servicios en el Centro Náutico Pesquero de Buenaventura en la ciudad de Barrancabermeja, en el departamento del Chocó, y en la región de Urabá donde existen sedes permanentes del SENA, percibirán una prima de mil doscientos cincuenta pesos (\$1.250.00) mensuales por concepto de ésta prestación. En ningún caso se podrán recibir viáticos y prima de localización simultáneamente.// A partir del 1o de enero de 1979 los empleados públicos que prestan sus servicios en los departamentos del Cesar y la Guajira o en Centros fijos de los territorios nacionales, recibirán esta prestación”

Posteriormente, el Decreto No. 415 de 1979, artículo 8 modificó lo señalado en la norma anterior así:

“La prima de localización constituye parte integral de la asignación básica mensual de los empleados del SENA. En consecuencia, los empleados públicos que presten sus servicios en el Centro Náutico Pesquero de Buenaventura, en la ciudad de Barrancabermeja, en el Departamento del Chocó y en la región de Urabá donde existen sedes permanentes del SENA, en los Departamentos del Cesar y la Guajira o en Centros fijos de los territorios nacionales, percibirán una prima de mil quinientos pesos (\$1500.00) mensuales, por concepto de esta prestación. En ningún caso se podrá recibir viáticos y prima de localización simultáneamente. Esta prima se incrementará en un 20% anualmente”. (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, el Manual de Prestaciones Sociales del SENA, recogiendo las disposiciones anteriores establece:

“Definición: Es el pago mensual que le hace el SENA a sus empleados públicos y trabajadores oficiales por laborar permanentemente en las siguientes zonas geográficas del país: en el Centro Náutico Pesquero de Buenaventura; en la ciudad de Barrancabermeja; en el Departamento del Chocó y en la región de Urabá donde existen sedes permanentes del SENA; en los Departamentos del Cesar y la Guajira o en Centros Fijos de los antes denominados Territorios Nacionales (Arauca, Casanare, Putumayo, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada)

Esta prima de localización constituye parte Integral de la asignación básica mensual de los empleados públicos del SENA, más no de los trabajadores oficiales.

Derecho y cuantía: Para empleados Públicos: Esta prima es equivalente mensualmente a \$1.500 desde el año 1979, incrementados en un 20% anual; para el año 2007 corresponde a \$247.267 mensuales. Trabajadores Oficiales: Equivale mensualmente a 8,5 días del salario mínimo mensual legal vigente para el mes en que se haga el pago.

En ningún caso se podrán percibir viáticos y prima de localización simultáneamente.

Reconocimiento y pago: Esta prima se pagará mensualmente por el sistema de nómina procesada”

De acuerdo con esta regulación, no hace falta entrar a analizar el concepto de viáticos ni su procedencia pues es fácil concluir que si un funcionario tiene derecho a la prima de localización, no puede simultáneamente recibir viáticos. La normatividad establece que la prima de localización y los viáticos son excluyentes.

Ahora bien, siendo que la prima de localización hace parte de la asignación mensual, ni siquiera cabe la posibilidad de que el funcionario opte por una de las dos, pues legalmente no es posible renunciar al salario al que se tienen derecho, así sea en forma parcial, pues por principio del derecho laboral, elevado a garantía fundamental constitucional, los derechos laborales son irrenunciables (artículo 53 de la Constitución Política)

En consecuencia, tal como dispone la normatividad citada, los empleados públicos del SENA que perciban la prima de localización, no pueden recibir viáticos simultáneamente, siendo que la norma es absolutamente imperativa y que no da lugar a excepciones pues señala que “en ningún caso” se podrá recibir ambos emolumentos en forma simultánea.

Ya en concepto Concepto 7679 DE 2014, esta Coordinación se manifestó sobre el tema en este sentido:

“Al segundo:

Si el funcionario tiene asignada la prima de localización en ningún caso puede percibir viáticos, la norma expresamente prohíbe la concurrencia de estas dos asignaciones y es clara y expresa al afirmar que en ningún caso pueden concurrir, por tanto, si el funcionario tiene asignada la prima y se lo comisiona, no puede recibir viáticos.

En caso de que se trate de una comisión a un funcionario que no tiene prima de localización a un lugar de los que señala la norma para percibirla, no cabe reconocerla por cuanto también es clara la norma al señalar que son los funcionarios que presten sus servicios en determinados Centros, Zonas, Regiones o Departamento, es decir que pertenezcan a las plantas de cargos distribuidas a esos puntos de trabajo, que su designación laboral a esos puntos sea permanente, habitual, continua. En consecuencia, la sola comisión no genera derecho sobre la prima de localización, así como tampoco una comisión hace que la misma se pierda, pues una comisión no le quita al funcionario el carácter de permanente en su puesto original de trabajo”

Ahora bien, si bien es cierto que los funcionarios que tengan la prima de localización no pueden percibir viáticos, si deben cubrirse los pasajes, gastos de transporte y otros gastos de desplazamiento en que incurran para el ejercicio de sus funciones, pues los viáticos tienen por finalidad evitar que el funcionario tenga que hacer erogaciones para cubrir los gastos de alimentación y alojamiento los cuales, se puede decir, están subsumidos en la prima de localización que excluye los viáticos, pero no cubren transporte y otros gastos de desplazamiento, los cuales si deben ser cubiertos por el SENA.

2-. Educación o formación del funcionario frente a obligaciones del cargo – Permiso para adelantar estudios.

Primero que todo debemos señalar que dentro de los elementos constitutivos de la relación laboral, bien sea derivada de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria de los empleados públicos, se encuentra la subordinación, entendida esta como la facultad legal del empleador de fijar las condiciones de lugar tiempo y modo en que ejecuta el trabajo.

La subordinación se refleja en que el empleador fija donde debe ejecutarse el objeto de la relación laboral, la forma o las instrucciones para ejecutarlas y en qué tiempo debe hacerse fijando la jornada laboral.

En el caso del SENA y concretamente referido a la consulta sobre instructores, debemos tener en cuenta que existe una normatividad especial que sustrae a este grupo ocupacional de los topes generales de la jornada laboral de los servidores públicos. En efecto, sobre la materia debemos remitirnos a dos normas cuyos apartes correspondientes transcribimos a continuación:

Decreto 00249 de 2004 “Por el cual se modifica la estructura del servicio nacional de aprendizaje, SENA”, Artículo 24: “Funciones de las Direcciones Regionales y de la Dirección del Distrito Capital.15. Controlar el cumplimiento de la jornada de los instructores de cuarenta y dos y media (42.5) horas semanales, dedicadas en su totalidad a la ejecución de las funciones propias de su cargo y que la entidad les programe, y el cumplimiento de la dedicación por parte de cada instructor de treinta y dos (32) horas semanales en actividades directas de Formación Profesional Integral”. (Resaltado fuera de texto)

“Resolución [642](#) de 2004 SENA “Por la cual se determina la jornada laboral semanal para el grupo ocupacional de instructor del servicio nacional de aprendizaje SENA y se dictan otras disposiciones”. Artículo Primero: “De conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo [24](#) del decreto 249 de 2004, la jornada laboral semanal para el grupo ocupacional de instructor es de cuarenta y dos y media (42.5) horas, de las cuales se dedicarán treinta y dos (32) horas a las actividades directas de formación profesional integral.

Parágrafo 1o. Son actividades directas de formación profesional integral, las sesiones presenciales o desescolarizadas, tanto a distancia como virtuales, de duración mínimo de una hora desarrolladas por los instructores, en el SENA o en las empresas cuando realicen el seguimiento formativo a los alumnos en la etapa productiva.

Parágrafo 2o. Para efectos del seguimiento formativo a los alumnos en la etapa productiva, el subdirector de centro programará hasta el diez por ciento (10%) del total de las horas directas dedicadas por el centro a formación titulada en la vigencia y asignará los instructores requeridos para su cumplimiento.”

Artículo Segundo: “Las diez y media (10.5) horas restantes deberán ser dedicadas a la ejecución de actividades de obligatorio cumplimiento, previamente programadas, identificando el grado de responsabilidad, el tiempo de dedicación, los productos y resultados que el instructor debe cumplir, conforme a la siguiente distribución:

(....)”.

Es claro entonces que, en ejercicio de la facultad subordinante y dentro del marco normativo enunciado, el SENA es quien tiene toda la facultad legal de hacer la programación de actividades que se ejecutarán en la jornada laboral no dedicada a la formación directa y, en el mismo sentido, es la Entidad la que fija las condiciones de lugar en las que el instructor debe desarrollarlas y, así como puede programar actividades de capacitación en lugar distinto al sitio de trabajo, puede igualmente exigir que las otras actividades se ejecuten en las instalaciones del SENA, no siendo potestativo del instructor determinar donde las ejecuta ya que quien hace la programación y determina las condiciones de lugar tiempo y modo es el SENA, quien es quien tiene la facultad legal de subordinación.

Finalmente, debemos recordar que de acuerdo con la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), Artículo [34](#), uno de los deberes de los servidores públicos es: “11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales”, deber del cual no está exceptuado el instructor, siendo por tanto su obligación cumplir con la programación institucional en las condiciones que establezca la Entidad, durante toda la jornada laboral.

De acuerdo con lo antedicho, ningún funcionario puede negarse a cumplir la jornada laboral en las condiciones fijadas por el SENA, incluidos los instructores, ni mucho menos puede pretender que sea la Entidad la que se subordine a las necesidades particulares del funcionario. La facultad legal subordinante está en cabeza del empleador.

Ahora bien, los horarios o jornadas fijados por la Entidad no son absolutos e inamovibles, pues cabe manejarse con algún grado de elasticidad cuando circunstancias especiales del funcionario así lo ameriten, pero, en todo caso, anteponiendo el interés público del SENA al interés particular del funcionario.

Una de las formas de manejo de la jornada laboral es a través de los permisos, específicamente los permisos académicos, los cuales están normados así:

“Decreto 648 de 2017. Artículo [2.2.5.5.19](#) Permiso académico compensado. Al empleado público se le podrá otorgar permiso académico compensado de hasta dos (2) horas diarias o hasta cuarenta (40) horas mensuales, por dos (2) años, prorrogables por un (1) año, para adelantar programas académicos de educación superior en la modalidad de posgrado en instituciones legalmente reconocidas. El otorgamiento del permiso estará sujeto a las necesidades del servicio, a juicio del jefe del organismo. En el acto que se confiere el permiso se deberá consagrar la forma de compensación del tiempo que se utilice para adelantar los estudios, para lo cual se podrá variar la jornada laboral del servidor dentro de los límites señalados en la ley”. (Resaltado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto quedan claros dos aspectos a tener en cuenta. En primer lugar, que un funcionario tiene derecho a pedir el permiso compensado para adelantar estudios en los términos previstos en la norma transcrita. En segundo lugar, es claro que es potestativo de la Entidad otorgar esos permisos, pues así lo establece la norma al determinar que no es obligatorio el concederlos sino que “se le podrán” otorgar permisos. La decisión del SENA para otorgarlos o negarlos dependen de múltiples causas, pero fundamentalmente debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de los permisos no afecte la prestación del servicio, es decir, en el caso de los instructores, que dicho permiso no afecte la actividad formadora en desmedro de los intereses y derechos de los formados. Es decir, el instructor no puede exigir que, en detrimento del cumplimiento de su obligación formadora, se den permisos para actividades personales así sea compensando el tiempo de esos permisos, pues se estaría anteponiendo el interés particular del funcionario a los intereses públicos en desarrollo de la misión formadora del SENA.

3-. Obligaciones del funcionario nacidas de la toma de posesión del cargo.

El empleado público tiene con el Estado una relación legal y reglamentaria. Esto significa que su vinculación laboral está sujeta en todo a lo ordenado por la ley y los reglamentos, reglamentos que pueden estar dados por vía de decreto o por normatividad interna de las entidades a través de acuerdos, resoluciones, circulares etcétera.

Por tanto, no puede el funcionario negarse a cumplir con las obligaciones propias del cargo derivadas de las funciones asignadas al mismo, salvo que concurra una situación que justifique esa situación, como puede ser el caso de una incapacidad o una discapacidad laboral. Pero en ningún caso puede un funcionario negarse a cumplir con sus funciones aduciendo razones particulares de interés personal.

Es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el Código Único Disciplinario:

Artículo [34](#). Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley [190](#) de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función

(...)

Vista esta norma, si un funcionario se niega a cumplir las funciones para las que fue nombrado, sea en forma total o parcial, incurre en una falta disciplinaria por el incumplimiento de las funciones del cargo y, en consecuencia, deberá responder disciplinariamente.

Con lo expuesto quedan absueltos todos los interrogantes planteados en la consulta.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

