

CONCEPTO 0010689 DE 2021

(febrero 15)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: XXXXXXXXXXXX - Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa – Dirección Jurídica - 1-0014

ASUNTO: Concepto cumplimiento funciones o labores servidor público desde el exterior – situación emergencia sanitaria COVID 19.

Mediante comunicación electrónica de fecha 20 de enero de 2021 radicada con el número 9-2021-000158 consulta si un funcionario puede realizar sus funciones en el exterior del país argumentando trabajo en casa y sin la autorización previa de la entidad, para lo cual destaca lo previsto en el artículo [15](#) del Decreto 491 de 2020. Al respecto de manera atenta le informo:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones 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.

PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos y doctrinales:

Decreto legislativo 491 de 2020 (28 de marzo) “por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”- artículo [15](#).

Decreto 039 de 2021 (14 de enero) "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Corona virus COVIO - 19, y el mantenimiento del orden público, y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable" – artículo [9](#).

Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único – artículo [34](#)

Resolución [2230](#) de 2020 (27 de noviembre)” Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo coronavirus que causa la Covid-19, declarada mediante Resolución [385](#) de 2020 y

modificada por la Resolución [1462](#) de 2020”.

Directiva Presidencial [007](#) de 2020 (28 de agosto) “Retorno gradual y progresivo de los servidores públicos y contratistas a las actividades laborales y la prestación de servicios de manera presencia”.

Ley [1221](#) de 2008 “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones”.

Circular 01-3-2020-000[156](#) de 2020 (2 de septiembre) lineamientos para el “Aislamiento Selectivo Inteligente”- Secretaria General del SENA.

Conceptos 177151 (12-05-2020) y 180011 de 2020 (13-05-2020) - Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANÁLISIS JURÍDICO

Con ocasión de la situación epidemiológica causada por el virus COVID-19 y de la emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional, se expidió el Decreto legislativo [491](#) de 2020 (28 de marzo) mediante el cual se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se tomaron medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas.

Así, el artículo [15](#) del Decreto legislativo 491 de 2020, norma con fuerza material de ley actualmente vigente, dispuso:

“Artículo [15](#). Prestación de servicios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, 'haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En ningún momento la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas, podrán suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los servidores públicos o docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

Parágrafo. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cátedra no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, éstos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan”(Negrillas y subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta la prórroga de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social hasta el 28 de febrero de 2021 mediante Resolución [2230](#) de 2020 (27 de noviembre)”, el Gobierno Nacional expidió el Decreto [039](#) de 2021 (14 de enero) "Por el cual se

imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Corona virus COVID - 19, y el mantenimiento del orden público, y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable".

El artículo [9o](#) del precitado Decreto establece:

“Artículo [9](#). Teletrabajo y trabajo en casa. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares.”.

A tono con lo anterior, mediante la Directiva Presidencial [007](#) de 2020 (28 de agosto) se impartieron directrices para el retorno gradual y progresivo de los servidores públicos y contratistas a las actividades laborales y la prestación de servicios de manera presencial.

En este contexto normativo, la Secretaria General del SENA expidió la Circular 01-3-2020-[000156](#) de 2020 (2 de septiembre) mediante la cual se impartieron, entre otros, los siguientes lineamientos para el “Aislamiento Selectivo Inteligente”:

“(…) El SENA retornará de forma gradual y progresiva al trabajo presencial. A partir de septiembre de 2020 prestaremos el servicio de forma presencial hasta con el 30% de los servidores públicos y contratistas de la entidad que sean indispensables en las sedes de trabajo; el 70% restante continuará realizando trabajo en casa. No quedan sujetos a este porcentaje del 30% las dependencias (administrativas y Centros de Formación) que cumplan funciones o actividades estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria del COVID-19.

Para la determinación de las personas que retornarán a la presencialidad dentro del porcentaje señalado, los Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales y Subdirectores de Centro, deben tener en cuenta criterios como los siguientes:

- i) Continuarán haciendo trabajo en casa los servidores públicos y contratistas mayores de 60 años, quienes presenten comorbilidades, mujeres en estado de gestación y residentes en zonas de alerta naranja (cuando aplique).
- ii) Podrán asistir al SENA o continuar con el trabajo en casa quienes tengan hijos menores de 12 años, o convivan con personas con alguna morbilidad, cuidadores de adultos mayores, personas en condiciones especiales de salud o que convivan con trabajadores del sector salud que se encuentren atendiendo la emergencia.
- iii) La naturaleza de las funciones y de las obligaciones contractuales.
- iv) Si las funciones o las obligaciones contractuales pueden seguir prestándose desde la casa o si es indispensable que se presten desde las sedes del SENA para garantizar la adecuada prestación del servicio.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo antes expuesto, para efectos de la consulta formulada pueden presentarse dos supuestos:

(I) Ejecución de funciones en condiciones normales

Conforme con lo antes expuesto, se encuentra que los servidores públicos, incluidos los pertenecientes al nivel de Instructor, tienen asignada una jornada de trabajo.

En el SENA, los instructores tienen asignada una jornada ordinaria de trabajo de 42.5 horas, de las cuales deben dedicar 32 horas a las actividades directas de formación profesional integral.

Ahora, tal como lo dispone el numeral 11 del artículo [34](#) de la Ley 734 de 2002, los servidores públicos tienen el deber de “Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales”.

Podría suceder que en condiciones normales, el servidor público sin justificación alguna deje de concurrir al sitio de trabajo. Para que ocurra el abandono del cargo por parte de un empleado público deben tenerse en cuenta los elementos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia C -769 de 1998: (i) si hubo dejación voluntaria definitiva, o (ii) transitoria de los deberes del cargo, (iii) si se desertó materialmente del cargo, (iv) o no regresó al sitio de trabajo para cumplir con las labores asignadas. (v) si fue injustificado, es decir, sin que existiera una razón o motivo suficiente para que el servidor público se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio.

De ahí que el artículo [2.2.11.1.16](#) del Decreto 1083 de 2015 exija que el abandono sea injustificado, es decir, que no medie causa alguna que exonere al servidor público de abandonar los deberes de su cargo.

A prima facie se encuentra que en condiciones normales, los servidores públicos deben dedicar la totalidad del tiempo de trabajo de manera presencial, sin que exista norma que permita que el trabajo pueda realizarse de manera no presencial, salvo cuando el trabajador voluntariamente se acoja al teletrabajo, actividad a la que habremos referirnos más adelante.

(II) Ejecución del contrato en las condiciones de la emergencia sanitaria decretada a causa del coronavirus COVID-19

Con ocasión de la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, las entidades públicas o privadas procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares, mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, tal como lo establece el artículo [9o](#) del Decreto 039 de 2021, en armonía con lo previsto en el artículo [15](#) del Decreto legislativo 491 de 2020.

En el marco de la emergencia sanitaria prorrogada hasta el 28 de febrero de 2021, la cual podrá ser prorrogada si así lo estima procedente el Ministerio de Salud y Protección Social, y el “Aislamiento Selectivo Inteligente”, en el SENA deberá observarse los lineamientos señalados en la Circular [156](#) de 2020 en cuanto al retorno gradual y progresivo en la prestación presencial del servicio hasta el 30% de los servidores públicos y contratistas.

Como bien lo indica la precitada Circular “Para la determinación de las personas que retornarán a la presencialidad dentro del porcentaje señalado, los Directores de Área, Jefes de Oficina, Directores Regionales y Subdirectores de Centro, deben tener en cuenta criterios como los siguientes:

v) Continuarán haciendo trabajo en casa los servidores públicos y contratistas mayores de 60 años, quienes presenten comorbilidades, mujeres en estado de gestación y residentes en zonas de alerta naranja (cuando aplique).

vi) Podrán asistir al SENA o continuar con el trabajo en casa quienes tengan hijos menores de 12 años, o convivan con personas con alguna morbilidad, cuidadores de adultos mayores, personas en condiciones especiales de salud o que convivan con trabajadores del sector salud que se encuentren atendiendo la emergencia.

vii) La naturaleza de las funciones y de las obligaciones contractuales.

viii) Si las funciones o las obligaciones contractuales pueden seguir prestándose desde la casa o si es indispensable que se presten desde las sedes del SENA para garantizar la adecuada prestación del servicio.

En el caso que nos ocupa, se recomienda que por parte del Director Regional y/o el Subdirector de Centro se determine si el servidor(a) público (a) a que se refiere la comunicación se encuentra en alguna o algunas de las situaciones antes descritas para que pueda cumplir sus funciones en forma no presencial en Colombia o en el exterior mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y mientras dure la emergencia sanitaria, conforme con lo previsto en la Circular [156](#) de 2020 en armonía con lo previsto en el Decreto [039](#) de 2021.

Ahora, es importante señalar que en los dos supuestos planteados “no es posible dar teletrabajo en el exterior ya que el teletrabajo exige alternar el trabajo en casa con el trabajo presencial en este caso asistir a la entidad, así mismo, para cumplir con el teletrabajo debe haber un soporte de las tecnologías de la información y la comunicación – TIC, lo que no es posible realizar este soporte acordado a las TICs”, tal como se desprende del Concepto 177151 de 2020 (12 de mayo) emanado de la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la luz de lo previsto en la Ley [1221](#) de 2008 “Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones”.

Al respecto la Ley 1221 de 2008 establece en el artículo [60](#): “(...) 11. Las empresas cuyas actividades tengan asiento en Colombia, que estén interesadas en vincular teletrabajadores, deberán hacerlo con personas domiciliadas en el territorio nacional, quienes desarrollarán sus labores en Colombia”.

Sobre este punto conviene mencionar lo expuesto por la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 177151 (12-05-2020), reiterado mediante Concepto 180011 de 2020 (13-05-2020) relacionado con el trabajo desde el exterior por parte de los servidores públicos con ocasión de la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID- 19:

“(…) Así mismo es de aclarar que el trabajo en casa es una modalidad creada por el decreto [491](#) de 2020 a raíz de la pandemia del Covid -19 mientras que la figura del teletrabajo tiene limitaciones que exigen alternar el trabajo en casa con el trabajo presencial; y teniendo en cuenta que este último mecanismo no puede ser utilizado simultáneamente por todo el personal de una entidad u organismo y está sujeto a otras exigencias especiales, con el fin de prevenir la propagación de la pandemia, el artículo [3](#) del Decreto Legislativo 491 de 2020.

(…)

No obstante, con ocasión de la situación que se presentó por el Covid -19 como fue el cierre de fronteras, muchos de los servidores públicos no han podido ingresar al país y respecto a la protección laboral es viable que el empleado público cumpla sus funciones desde casa, siempre y cuando ello sea posible sin importar si está en Colombia o en el exterior”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, y en consonancia con las normas antes mencionadas y el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública si es posible que un (a) servidor(a) público (a) pueda cumplir sus funciones o labores en Colombia o desde el exterior mediante la modalidad de trabajo en casa haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, mientras subsistan o continúen las restricciones impuestas por la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19.

Es importante determinar si la presencia del servidor público es o no indispensable en la sede de trabajo, acorde con los lineamientos indicados en la Circular [156](#) de 2020 y en el Decreto [039](#) de 2021 y si cumple en forma oportuna y eficiente con las tareas y labores asignadas, sin que, de paso, en nuestro criterio, se requiera autorización para cumplir sus funciones y desarrollar sus tareas fuera del país.

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. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica



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)



logo