



Función Pública

Concepto 347901 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000347901

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000347901

Fecha: 21/09/2021 05:36:39 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO - Trabajo en casa. Radicado No. 20219000604822 de fecha 31 de agosto de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual realiza algunos interrogantes relacionados con la modalidad de trabajo en casa para funcionarios con recomendaciones médicas, me permito informarle que los mismos serán resueltos en el orden consultado.

(i) Al presentarse una situación como, servidores públicos con recomendaciones médicas emitidas por especialistas tratantes por casos críticos de manejo, que no pueden exponerse a la presencialidad por su condición, y emiten recomendación al empleador trabajar en casa o en alternancia, puede una entidad ampararse en una respuesta administrativa que, en la entidad no se ha regulado el trabajo en casa y no se permite la alternancia como modalidad de trabajo, por lo tanto deben continuar en presencialidad.

Respecto de la modalidad de trabajo en casa, el Congreso de la República expidió recientemente la Ley 2088 del 12 de mayo de 2021, "por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones", sobre el particular establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1. Objeto y campo de aplicación. La presente ley tiene por objeto regular la habilitación de trabajo en casa como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral

PARÁGRAFO. La presente ley no será aplicable a quienes se encuentren cobijados por regímenes especiales de orden constitucional o legal en atención al desempeño de sus funciones siempre y cuando estas sean incompatibles con el trabajo en casa.

ARTÍCULO 2. Definición de Trabajo en Casa. Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Este no se limita al trabajo que puede ser realizado mediante tecnologías de la información y las comunicaciones, medios informáticos o análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de trabajo o labor que no requiera la presencia física del trabajador o funcionario en las instalaciones de la empresa o entidad. (Subrayas y resalto propio)

De acuerdo con la actual legislación, si el empleo es compatible con esta figura y la Administración habilita el trabajo en casa; en criterio de esta dirección jurídica, puede desempeñar las funciones del cargo desde el lugar donde tenga su residencia o sitio de habitación.

No obstante, la misma ley establece en el artículo 9º lo siguiente:

ARTÍCULO 9. Procedimientos necesarios para la implementación del Trabajo en Casa. Previo a la implementación del trabajo en casa, toda empresa y entidad pública o privada deberá contar con un procedimiento tendiente a proteger este derecho y garantizar a través de las capacitaciones a que haya lugar el uso adecuado de las tecnologías de la información y la comunicación - TIC o cualquier otro tipo de elemento utilizado que pueda generar alguna limitación al mismo.

Para dar inicio a esta habilitación, el empleador deberá notificar por escrito a sus trabajadores acerca de la habilitación de trabajo en casa, y en dicha comunicación, se indicará el periodo de tiempo que el trabajador estará laborando bajo esta habilitación.

Así las cosas, con la nueva legislación las entidades deberán contar con un procedimiento interno que proteja y garantice este derecho y a la vez regulen situaciones particulares como la expuesta en su consulta.

Por otra parte, previo a la Ley 2088 de 2021, el Decreto No. 491 de 2020 establecía lo siguiente al respecto;

ARTÍCULO 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

PARÁGRAFO. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial. (negritas propias)

De la norma transcrita se infiere que, cuando no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio, las entidades deben prestar el servicio de manera presencial, de todas formas, se debe tener en cuenta si las autoridades han ordenado la suspensión del servicio presencial ya sea total o parcialmente.

Por su parte, el artículo 15 *ibidem* establece;

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 propias)

Ahora bien, con relación al mismo tema, se expidió la circular externa No. 100-009 del 07 de mayo 2020, cuyo asunto es, ACCIONES PARA IMPLEMENTAR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL PROTOCOLO GENERAL DE BIOSEGURIDAD ADOPTADO EN LA RESOLUCIÓN 666 DEL 24 DE ABRIL DE 2020 DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, donde se estableció:

A. Trabajo en casa

1. Priorizar el trabajo en casa, regulado en el Decreto legislativo 491 de 2020, como medida principal para que los servidores públicos y contratistas de prestación de servicios desempeñen sus funciones y cumplan con sus obligaciones. utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

2. Caracterizar, a iniciativa de los servidores y contratistas de la entidad, a aquellas personas que manifiesten tener patologías de base como factor de riesgo, tales como:

a) Diabetes, enfermedad cardiovascular, hipertensión arterial - HTA, accidente cerebrovascular, VIH, cáncer, uso de corticoides o inmunosupresores, enfermedad pulmonar obstructiva crónica - EPOC.

b) Mujeres en estado de embarazo.

c) Personas mayores de 60 años.

d) Las demás definidas en el anexo técnico del protocolo general de bioseguridad.

En dichos casos, se recomienda a las entidades extender la modalidad de trabajo en casa aún superado el periodo de aislamiento preventivo obligatorio.

3. Establecer instrumentos de seguimiento a las actividades desarrolladas por los servidores mediante el trabajo en casa, las cuales deberán estar directamente relacionadas con las funciones del empleo y con lo pactado en la evaluación de desempeño.

De acuerdo con todo lo expuesto, si bien es cierto existe una Ley que regula la figura de trabajo en casa, corresponde a cada entidad contar con instrumentos que habiliten esta modalidad en su interior, por lo cual, si en el caso concreto la entidad manifestó que no se ha regulado la figura de trabajo en casa y no se permite la alternancia como modalidad de trabajo y necesariamente los funcionarios deben estar en presencialidad, se deberán acatar tales instrucciones atendiendo la autonomía que tienen las entidades al respecto.

(ii) ¿Se estaría desconociendo la normatividad en seguridad y salud en el trabajo, que obliga a todo empleador a la protección de su salud?, la entidad está obligada en términos de la Ley 776 de 2002 acatar dichas recomendaciones médicas en puesto de trabajo y velar por su absoluto cumplimiento?

Es necesario recordar que por disposición Constitucional todas las personas y entidades, tanto públicas como privadas están obligadas al cumplimiento de las leyes expedidas en el país, como es el caso de la Ley 776 de 2002 y las demás aplicables sobre la materia. No obstante, debemos mencionar que la regulación expedida con ocasión de la declaratoria de la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, no ha modificado o alterado las normas cuestionadas, por lo cual, con el hecho de no otorgar la figura de trabajo en casa o alternancia, no se estaría vulnerando las normas sobre seguridad y salud en el trabajo o del sistema general de riesgos profesionales.

(iii) ¿es potestad de la entidad evaluar el caso y negarlo aun existiendo evidencia médica especializada que indica que el trabajador debe cumplir sus funciones, pero que no lo lleve a una exposición total y se le permita trabajo en casa o alternancia?

Si bien es cierto las entidades deben velar por el bienestar y la salud de sus funcionarios; tal y como se indicó en la respuesta a su primer interrogante, las entidades tienen la potestad o autonomía de habilitar o no la modalidad transitoria de trabajo en casa.

Para tal efecto, la Administración deberá realizar un ejercicio de ponderación entre las necesidades institucionales y el bienestar de sus trabajadores, de tal manera que cumpla con los objetivos institucionales sin descuidar el Bienestar de los mismos, dicho análisis es propio de cada entidad en virtud de la autonomía administrativa, teniendo en cuenta que la autoridad nominadora es la única que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de sus trabajadores.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, incluida la norma citada en el presente concepto, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011¹.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó: Harold Herreño.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:38:28