



Función Pública

Concepto 069401 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000069401

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000069401

Fecha: 09/02/2022 02:26:48 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Funciones. Trabajo en Casa. Situaciones particulares. RADICACIÓN. 20222060068322 de fecha 04 de febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo, en atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual plantea una situación particular relacionada con la habilitación de trabajo en casa a funcionaria en estado de embarazo que presta sus servicios en China pero desea estar en Colombia para el nacimiento de su hijo, me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Con relación a la naturaleza del empleo de Agregados Comerciales el Decreto 663 de 1993², establece:

"ARTÍCULO 283.- Promoción de Exportaciones.

(...)

4. Agregados comerciales. Los agregados comerciales dependerán de la Embajada de la República de Colombia en el país donde actúen o de aquella que se encuentre ubicada en la capital más próxima a la ciudad en la cual cumplan sus funciones. En el contrato de fideicomiso se

estipulará que:

a. Los agregados comerciales serán personas naturales, pero el fideicomiso podrá contratar personas jurídicas que desempeñen funciones propias de los agregados comerciales. Podrá haber varios en un mismo país; o agregados para varios países.

b. Las personas jurídicas que ejerzan funciones propias de los agregados comerciales estarán vinculadas como contratistas, por honorarios, a la sociedad fiduciaria y adscritas a ella, y serán remuneradas con recursos del fideicomiso.

c. El Ministerio de Relaciones Exteriores vinculará, como empleados públicos, de libre nombramiento y remoción, a las personas naturales que seleccione la Junta Asesora, para que se desempeñen como agregados comerciales en los términos de este numeral y les expedirá el pasaporte que corresponda a su rango diplomático o consular, si cumplen los requisitos para ello. Con la aceptación de tal nombramiento cesará cualquier vinculación laboral con la sociedad fiduciaria, con el fideicomiso, o con el Banco de Comercio Exterior, si la tuvieren.

(...)"

Por otro lado, el Decreto 274 de 2000³ establece:

"ARTÍCULO 6. Cargos de Libre Nombramiento y Remoción. Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

(...)

i. Agregado Comercial."

De las normas señaladas se puede concluir que los agregados comerciales son empleados públicos de libre nombramiento y remoción vinculados al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, con relación a la autorización del trabajo en casa, la entidad pública es la única facultada para determinar la forma como se pueden cumplir con las funciones propias de los empleos, pues es la única que conoce de manera cierta la forma como se cumplen las mismas y la situación particular de su personal. En caso que la entidad no considere viable el desempeño de las funciones bajo la modalidad de trabajo en casa por la naturaleza del empleo, el servidor deberá desempeñarlas de manera presencial en la entidad o lugar donde está establecido el desempeño de las funciones.

En correspondencia a lo anterior, no es viable que se le autorice el trabajo en casa al servidor que se desempeña como Agregado Comercial y desempeña sus funciones en China, toda vez que por la naturaleza del empleo las funciones se deben desempeñar de manera presencial.

Conforme a lo anterior, se dará respuesta a las preguntas planteadas:

1. "¿Como mujer embarazada vinculada a una misión diplomática en el exterior tengo derecho para decidir autónomamente tener mi hijo en Colombia?"

Como mujer embarazada tiene derecho para decidir autónomamente donde nace su hijo, ahora bien, como servidora pública vinculada a una misión diplomática, que se desempeña como Agregado Comercial y desempeña sus funciones en China, de acuerdo con la naturaleza del empleo y el cumplimiento de las funciones las que se deben desempeñar de manera presencial, deberá tomar la decisión que considere le es más conveniente.

2. Si así es, en el tiempo que media entre la semana 32 y la del parto, ¿Pro Colombia puede o debe autorizar que yo cumpla mis funciones desde y en Colombia?

Como se señaló, de acuerdo con la naturaleza del empleo y las funciones que se cumplen, no es viable que se le autorice el trabajo en casa al servidor que se desempeña como Agregado Comercial y desempeña sus funciones en China, toda vez que por la naturaleza del empleo las funciones se deben desempeñar de manera presencial. Sin embargo, esta Dirección Jurídica manifiesta que la entidad pública es la única facultada para determinar la forma como se pueden cumplir con las funciones propias de los empleos, pues es la única que conoce de manera cierta la forma como se cumplen las mismas y la situación particular de su personal. En caso que la entidad no considere viable el desempeño de las funciones bajo la modalidad de trabajo en casa, el servidor deberá desempeñarlas de manera presencial en la entidad o lugar donde deba desempeñar las funciones.

3. En el caso que Pro Colombia no deba autorizar, y no autorizara, que cumpla mis funciones desde Colombia ¿cuáles son las opciones con las que cuento para poder realizar mi deseo de dar a luz en Colombia?, y específicamente, ¿existen opciones distintas a las vacaciones y a la licencia no remunerada para que yo pudiera ejercer mi derecho de dar a luz en Colombia?

La entidad bajo su autonomía administrativa, podrá decidir en caso que la servidora embarazada que presta sus servicios en el exterior y decida regresar a Colombia para su proceso de parto, permitirle que cumpla sus funciones de manera presencial en el lugar donde esta designada, y que por la naturaleza de las mismas no pueda serle autorizado el trabajo en casa, qué figura emplear para el caso particular. Sin embargo, a manera de información esta Dirección Jurídica manifiesta que la Ley 1822 de 2017⁴, por la cual se modifica el Artículo 236 del código sustantivo del trabajo, dispuso en su Artículo 1º lo siguiente, a saber:

"ARTÍCULO 1º. El Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este Artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este Artículo, y el Artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...) (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia, la cual podrá iniciar por lo menos dos (02) semanas antes de la fecha probable de parto.

Por último, se informa que existen otras situaciones administrativas que le permiten al empleado público separarse temporalmente del ejercicio de sus funciones como es el caso de las vacaciones, la licencia ordinaria y el permiso.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, 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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

7

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.
2. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.
3. Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.
4. Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:41:27