



* 2 0 2 1 6 0 0 2 5 4 5 8 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000254581

Fecha: 20/07/2021 10:37:13 a.m.

Bogotá D.C.

Señor:

ARTURO RONDEROS SALGADO

Email: arturoronderos@yahoo.com

Bogotá D.C

REF: EMPLEO. Teletrabajo. Trabajo en casa. DELEGACIÓN. Requisitos.
¿Cuáles son las diferencias entre teletrabajo y trabajo en casa? ¿Quiénes son beneficiarios del Reten Social? Delegación en materia disciplinaria. Obligación de crear comité de conciliación. **Rad: 20219000479402** del 17 de junio de 2021.

Reciba un cordial saludo:

Acuso de recibo la comunicación de la referencia a través de la cual realiza varias preguntas; al respecto, me permito dar respuesta en el mismo orden en que fueron planteadas, así:

1. ¿Cuáles son las diferencias entre teletrabajo y trabajo en casa?

La Ley 1221 de 2008, la cual regula el teletrabajo, dispone:

“ARTÍCULO 2º. Definiciones. Para la puesta en marcha de la presente ley se tendrán las siguientes definiciones:

Teletrabajo. Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas:

- **Autónomos** son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
- **Móviles** son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles.
- **Suplementarios**, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.
- **Teletrabajador**. Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios.”

La norma establece que el teletrabajo consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, además señala que éste es suplementario, lo que quiere decir que los teletrabajadores laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Ahora bien, por otro lado, el Decreto 491 de 2020, “*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*”, señaló:

“ARTÍCULO 2. Objeto. *El presente Decreto, en el marco de los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, tiene por objeto que las autoridades cumplan con la finalidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines y principios estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.*

“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. (Destacado nuestro)

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.*

“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. (Subrayas y negrilla fuera del texto)*

En virtud de los artículos anteriormente señalados se dispuso que, para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social hasta tanto permanezca vigente la

Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades¹ a que se refiere el artículo 1 del Decreto 491 de 2020, **velarán por prestar los servicios** a su cargo mediante la **modalidad de trabajo en casa**, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones; así mismo se indica que, durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades no podrán suspender la remuneración mensual de los servidores públicos.

Adicionalmente la norma señalo que 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**.

Con el Decreto 491 de 2020 lo que se estipuló fue una **nueva modalidad de trabajo** (en casa), sin que se hayan suspendido la prestación de los servicios o las relaciones laborales, tampoco se modificaron las normas sobre administración de personal, ni se suspendió la respectiva remuneración mensual de los servidores públicos.

En consecuencia, se concluye que el trabajo en casa es una modalidad creada por el Decreto 491 de 2020 con ocasión a la declaratoria de Emergencia Sanitaria, mientras que la figura del teletrabajo tiene limitaciones que exigen alternar el trabajo en casa con el trabajo presencial, y tiene su propia reglamentación para el acceso al mismo.

2. ¿Qué es y quiénes son beneficiarios del Reten social?

Con relación a la figura del retén social, el Decreto 190 de 2003 establece lo siguiente:

“Artículo 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto.

Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección

(...)

d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.”

Así las cosas, se tiene que la Figura del Reten Social, es un amparo especial a los empleados públicos que se encuentren en situación especial de protección; no obstante, dicho beneficio no es absoluto, en la medida que de conformidad con lo señalado en el artículo 13 del Decreto 190 de 2003, para efectos de acceder al beneficio, la entidad se debe encontrar en proceso de rediseño institucional y el servidor público debe demostrar una condición especial; por su parte, la entidad deberá verificar que se presente tal condición.

De igual forma, el empleado o la empleada interesada, debe acreditar cualquiera de las condiciones descritas en la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003; entre los cuales tenemos a las *“madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años”*; la entidad que se encuentre en desarrollo de procesos de reestructuración o liquidación, en los que eventualmente se pueda ver comprometida la estabilidad laboral de los servidores públicos, deberá asegurar y mantener en su cargo a quien se encuentre en dicha situación de debilidad manifiesta, inclusive cuando la naturaleza de su vinculación laboral no corresponda a la de empleado de carrera administrativa.

Ahora bien, es necesario mencionar que la figura del “Retén Social” es aplicable en las entidades del orden territorial, que se encuentren en procesos de reestructuración, tal y como lo señala por la Corte Constitucional en Sentencia T – 353 de 2010 :

“1.5. Del mismo modo, esta Corte ha indicado que las normas que regulan la especial protección que la Carta Política otorga a determinados grupos vulnerables de la población en procesos de reestructuración administrativa que tienen la calidad de servidores públicos que hacen parte de entidades del orden nacional, es igualmente predicable de aquellos trabajadores de la administración que prestan sus servicios en entidades del sector territorial. En efecto, en sentencia T-1031 de 2006, el Tribunal Constitucional señaló cuanto sigue:

“6. Así las cosas, para la Sala no cabe duda que si bien es cierto la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, no lo es menos que las entidades territoriales que deciden modernizar, actualizar y modificar las plantas de personal también deben diseñar programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa normativa. Luego, se concluye que en aplicación directa de los artículos 1º, 13, 25, 43 y 44 de la Constitución, los beneficios previstos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, también se aplican a los trabajadores de las entidades de la rama ejecutiva del sector territorial”.

*1.6. En conclusión, los servidores públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas, mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón del llamado retén social. Este amparo (i) se prolonga hasta el momento en que se extinga definitivamente la existencia jurídica y material de la empresa objeto del proceso de reestructuración, o quede en firme el acta final de liquidación de la entidad de que se trate y; (ii) es otorgable en similares condiciones a los servidores públicos que estén vinculados con la administración en el orden territorial.”
(Subrayado fuera del texto)*

En conclusión, en criterio de esta Dirección Jurídica, la protección del Retén Social sólo cobija a los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad ya descritos, vinculados en entidades Estatales que se encuentren en proceso de reestructuración, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, o liquidación, siempre y cuando se reglamente dentro de la entidad la aplicación de este beneficio.

3. ¿Se puede delegar para fallar en primera y segunda instancia en materia disciplinaria?

Inicialmente, con relación a la aplicación de la normativa vigente para abordar el tema objeto de consulta, es necesario señalar que la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, fue derogada por la Ley 1952 de 2019; no obstante, la vigencia de esta última, fue diferida hasta el 29 de marzo de 2022 de acuerdo con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 2094 de 2021.

Aclarado lo anterior, se resalta que actualmente sigue estando vigente la Ley 734 de 2002, y es la norma aplicable en materia disciplinaria; en ese sentido, frente a la delegación, esa norma señala en su artículo 76:

“ARTÍCULO 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la

garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. *En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.*

PARÁGRAFO 1º. *La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.*

PARÁGRAFO 2º. *Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.*

PARÁGRAFO 3º. *Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Como se aprecia, la norma ordenó de manera explícita que la segunda instancia corresponde al nominador, salvo que la Ley diga lo contrario. Debe analizarse entonces si para el caso objeto de la consulta procede la delegación de la segunda instancia disciplinaria.

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, una vez revisado el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, se observa que la misma no autoriza de manera expresa la delegación de la facultad del nominador de actuar como segunda instancia en los procesos disciplinarios, salvo la expresa disposición legal.

4. ¿Una Unidad Administrativa Especial de Carácter Académico sin personería jurídica, debe tener comité de conciliación?

Con relación a la obligación de integrar un comité de conciliación, la Ley 446 de 1998¹, dispuso:

¹ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.”

“ARTÍCULO 75. Comité de conciliación. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así:

“Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad.”

(Subrayado y negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, se coligue que es obligación de todas las entidades y organismos del Estado, del orden nacional, departamental y distrital, entre otros, de crear un comité de conciliación, conformado con funcionarios del nivel directivo, los cuales deberán cumplir las funciones que se les señalen.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, atendiendo a que las Unidades Administrativas Especiales, son entidades públicas en los distintos niveles, se considera que si deben dar aplicación y cumplimiento a lo contemplado en el artículo 75 de la Ley 446 de 1998.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Nataly Pulido

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4