



* 2 0 2 0 1 4 0 0 5 5 7 9 8 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20201400557981

Fecha: 18/11/2020 05:02:46 p.m.

Bogotá, D.C.

Honorable
EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República
Correo electrónico: claudia.rodriquez@senado.gov.co

Honorable
ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara
Correo electrónico: angela.sanchez@camara.gov.co

Referencia: Concepto sobre el proyecto de ley 135 de 2020 “*Por medio del cual se modifica y fortalece la Ley 1221 De 2008, se fomenta el trabajo en casa bajo el teletrabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar, y se dictan otras disposiciones – Ley de Fortalecimiento al Teletrabajo*”.

Respetadas doctoras, reciban un cordial saludo:

En relación al proyecto de ley de la referencia, y teniendo en cuenta las competencias que le asisten a este Departamento Administrativo relacionadas con la política de empleo público y de gestión del talento humano del Estado, atentamente me permito presentar los siguientes comentarios y consideraciones:

En primer lugar, se tiene que el texto del proyecto de ley, desarrolla los siguientes aspectos:

1. Objeto
2. Definiciones
3. Política pública del fomento al teletrabajo
4. Red Nacional de fomento al teletrabajo
5. Implementación

6. Principios para las garantías laborales, sindicales y de seguridad social de los teletrabajadores
7. Acceso a equipos y herramientas para el Teletrabajo
8. Reconocimiento de gastos al Teletrabajador.
9. Protección de información y datos durante el Teletrabajo
10. Seguridad laboral durante el teletrabajo
11. Perfil del Teletrabajador
12. Prevención de violencias y salud mental durante el teletrabajo
13. Formación y Capacitación para el Teletrabajo.
14. Seguimiento a la ampliación de la oferta de Teletrabajo.
15. Fomento de Energías renovables.
16. Obligatoriedad del Teletrabajo
17. Prelación en el Teletrabajo
18. Mes del teletrabajo en el sector público.
19. Política Pública de la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.
20. Objetivos de la Política Pública de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
21. Medidas de conciliación entre la vida laboral y familiar.
22. Reglamentación
23. Vigencia.

Antes de pronunciarnos sobre el alcance del articulado propuesto en el proyecto de ley, y teniendo en cuenta que el mismo le apuesta a la aplicación del teletrabajo y la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales tanto en el sector privado como en el público, respetuosamente presentamos las siguientes consideraciones:

1. Estimamos importante que a lo largo del articulado se haga claridad sobre cuáles disposiciones le aplican al sector privado y cuáles al sector público, en especial teniendo en cuenta que según lo expresado en los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, hay varias categorías de servidores públicos, entre las cuales se encuentran: los empleados públicos que se rigen por una relación legal y reglamentaria, los trabajadores del estado que se rigen, por regla general, por lo pactado en el contrato de trabajo, al respecto el citado artículo señala:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

(...)

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

(...)

Por lo anterior, es claro que los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido en la Constitución y la ley.

2. Igualmente, atentamente sugerimos que sea este Departamento Administrativo de la Función Pública la entidad del Gobierno nacional encargada de desarrollar e implementar las disposiciones que para el efecto le sean aplicables al empleo público, en especial teniendo en cuenta las funciones que le fueron fijadas en la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, a decir:

“Artículo 14. EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Al Departamento Administrativo de la Función Pública le corresponde adelantar las siguientes funciones:

a) Bajo las orientaciones del Presidente de la República le corresponde la formulación de la política, la planificación y la coordinación del recurso humano al servicio de la Administración Pública a nivel nacional y territorial;

(...)

e) Impulsar, coordinar y, en su caso, ejecutar los planes, medidas y actividades tendientes a mejorar el rendimiento en el servicio público, la formación y la promoción de los empleados públicos;

f) Velar por el cumplimiento y aplicación por parte de las unidades de personal de las normas generales en materia de empleo público, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil;

g) Fijar, de acuerdo con el Presidente de la República, las políticas de gestión del recurso humano al servicio del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público dentro del marco de la Constitución y la ley, en lo referente a las siguientes materias: planeación del recurso humano, vinculación y retiro, bienestar social e incentivos al personal, sistema salarial y prestacional, nomenclatura y clasificación de empleos, manuales de funciones y requisitos, plantas de personal y relaciones laborales;

h) Definir las políticas generales de capacitación y formación del talento humano al servicio del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público y asesorar y apoyar técnicamente a las distintas unidades de personal en estas materias;

j) Asesorar a la Rama Ejecutiva de todos los órdenes y, en especial a los municipios en materias relacionadas con la gestión y desarrollo del talento humano;

(...)" (Subrayo fuera del texto).

Así las cosas, y toda vez que el proyecto de ley toca temas transversales del empleo público, como lo es incentivar la figura del teletrabajo, es necesario que sea Función Pública la entidad encargada de formular, implementar y evaluar los mandatos que para el efecto fije este proyecto de ley.

Efectuadas las anteriores consideraciones, a continuación nos permitimos presentar los siguientes comentarios sobre el articulado propuesto, así:

Artículo 1

Respecto al objeto propuesto, se recomienda aclarar en la redacción que la presente ley **modifica** la Ley 1221 de 2008 y **fortalece** el teletrabajo a través (...), toda vez que es ambiguo que una ley fortalezca otra ley.

Asimismo, si bien el título y objeto del proyecto de ley de fomentar el **trabajo en casa** bajo el teletrabajo, es importante recordar que la figura del trabajo en casa, adoptada mediante el Decreto Legislativo 491 de 2020, surge como respuesta a la necesidad de contar con un mecanismo expedito y general que permitiera habilitar, **de forma ocasional, excepcional y transitoria**, a los empleados para que desarrollaran sus actividades laborales de manera remota, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con la finalidad de prevenir la propagación COVID-19 mediante el distanciamiento social.

Así lo interpretó la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 2020, en la cual aclaró la diferencia en alcance de estas dos figuras:

6.57. Así las cosas, para este Tribunal es claro que no puede confundirse la modalidad de teletrabajo y la autorización de trabajo en casa, puesto que la primera se trata de una forma de relación laboral con unas obligaciones especiales para las partes contempladas en la Ley 1221 de 2008, en cambio, la segunda es meramente una habilitación al empleado para que

desempeñe transitoriamente sus funciones por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato respectivo.

(...)

6.64. De igual forma, al tratarse de una medida transitoria y restringida por las necesidades del servicio, es razonable que no se modifiquen las relaciones contractuales respectivas para adecuarlas a la modalidad de teletrabajo, sino que se opte por la autorización de trabajo en casa, cuya naturaleza es temporal y no altera las condiciones de la relación jurídica, incluidos los derechos laborales y las garantías sociales.” (Subrayo fuera del texto).

Por lo anterior, consideramos que no se deben equiparar las figuras de teletrabajo y trabajo en casa, toda vez que la primera, como bien lo señala la Ley 1221 de 2008 y lo reitera el presente proyecto, es una forma de organización laboral que el teletrabajador realiza de forma voluntaria y en el marco de unas obligaciones especiales contempladas en la ley, mientras que la segunda es una habilitación y/o autorización para que de forma ocasional, temporal y excepcional un trabajador pueda ejercer sus funciones por fuera de las sedes de la empresa o la entidad, ya sea desde su lugar de residencia o cualquier otro similar, no por ello constituyéndose en teletrabajador.

Sobre el particular es necesario tener en cuenta que el Gobierno nacional radicó el proyecto de ley “por el cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”, al cual se le asignó el número 294/2020 Cámara, y cuyo objeto es regular la modalidad del trabajo en casa como una forma de prestación de servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve a variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral.

Artículo 2

En lo que respecta a la modificación de las definiciones, consideramos que se podría hacer remisión directa al artículo 5 de la Ley 1978 de 2019, sin necesidad de transcribir la definición de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC en este proyecto de ley.

Con el propósito de que la definición de teletrabajador descrita en el numeral 3 también abarque a los empleados públicos, se sugiere reemplazar el término **contrato laboral** por **relación laboral**; esto, teniendo en cuenta los empleados públicos se rigen por una relación legal y reglamentaria y no por un contrato de trabajo. Cabe recordar que en el servicio público los únicos que se rigen por un contrato laboral son los trabajadores oficiales.

De igual forma, es importante precisar la forma en cómo se manejarían los riesgos laborales en las distintas modalidades de teletrabajador descritas en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 2 del presente proyecto de decreto. En el mismo sentido, si bien desde la Ley 1221 de 2008 se establecieron dichas distinciones, no es claro si los preceptos adoptados a lo largo del articulado aplican por igual a los diferentes tipos de teletrabajador.

Artículo 5

Se considera que Departamento Administrativo de la Función Pública por ser la entidad encargada de fortalecer las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, así como de proponer, diseñar, ejecutar y evaluar la política de empleo público y de gestión del talento humano del Estado, tal y como lo establece el Decreto 430 de 2016, debe hacer parte de las entidades del Gobierno nacional relacionadas como responsables de implementar los contenidos del teletrabajo y su aplicación en las entidades públicas.

Del mismo modo, Función Pública es la entidad a la que le correspondería definir las metas porcentuales anuales de aplicación e inserción del teletrabajo en todas las entidades públicas.

Finalmente, consideramos necesario que se precisen las materias que abarcaría el régimen especial al que se refiere el parágrafo del artículo en mención, y si su análisis se limita al sector privado.

Artículo 6

Teniendo en cuenta las particularidades de la relación laboral en el sector público y privado, se considera importante que el proyecto de ley precise cuáles principios aplican para uno y otro sector.

Lo anterior se sustenta en que, por ejemplo, el principio descrito en el numeral 5: *“El Ministerio del Trabajo adelantará vigilancia, seguimiento y control especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a cargas excesivas de trabajo y se protejan todos sus derechos. En todo caso, queda prohibido que el empleador contacte al trabajador en horarios fuera de la jornada laboral definida.”* no aplicaría a los **empleos de libre nombramiento y remoción** los cuales, según el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, cumplen, entre otros, los siguientes criterios:

- a) Dirección, conducción y orientación institucional, y cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices;
- b) Su ejercicio implica especial confianza, tienen asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo;
- c) Su ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Respecto a la jornada laboral de este tipo de empleos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-372/98, consideró:

“Los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada

máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.” (Subrayo fuera del texto).

De acuerdo con lo señalado, en atención a la naturaleza de dichos empleos, a los mismos no se les establecen las limitaciones de jornada laboral señaladas para los demás empleados públicos, razón por la cual estos empleos se deben exceptuar de los límites de la jornada laboral, además porque siempre se debe garantizar la prestación del servicio público a cargo de las entidades.

Del mismo modo, el principio enunciado en el numeral 9 que establece: *“El teletrabajo permitirá el ejercicio de otros contratos de trabajo, siempre que permita el cumplimiento de las actividades acordadas en el contrato que originó el teletrabajo”* no podría cumplirse en el empleo público, toda vez que, como lo señala el artículo 128 constitucional: *“(…) Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.”*

Artículo 7

Para el caso de las entidades públicas, es importante dejar explícito que estas podrán brindarle al teletrabajador los equipos necesarios para desarrollar sus funciones en el tiempo en el que esté vigente el teletrabajo, siempre y cuando cuenten con la **disponibilidad presupuestal** para el efecto.

Artículo 8

Consideramos que se deben regular por el Legislador de manera independiente los costos que conlleva al trabajador prestar las labores a través de la modalidad de teletrabajo, del beneficio del auxilio de transporte, con el fin de no desnaturalizarlo.

La sustitución que se hizo del auxilio de transporte por el auxilio de conectividad, se da en el marco de la emergencia sanitaria generada por el COVID.

Artículo 9

Nuevamente se solicita incluir al Departamento Administrativo de la Función Pública como entidad responsable de asesorar y acompañar, en conjunto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio del Trabajo y la Policía Nacional, a las entidades públicas en temas relacionados con esquemas de aseguramiento y seguridad de la información.

Artículo 10

Se reitera el comentario efectuado en el artículo 2, en aras de aclarar cómo se manejarán los riesgos laborales en las distintas modalidades de teletrabajador descritas en los numerales 4, 5 y 6 del mencionado artículo.

Artículo 11

Se estima necesario establecer que tal labor de perfilación del teletrabajador la efectuará el Ministerio del Trabajo para el sector privado y el Departamento Administrativo de la Función Pública para el sector público. Sin perjuicio de que se desarrolle de forma conjunta y articulada.

Artículo 12

Incluir al Departamento Administrativo de la Función Pública como parte de las entidades que trabajarán en el diseño de un plan que permita fortalecer la salud mental durante el teletrabajo, que prevenga condiciones de estrés y de violencia en el hogar relacionadas con la carga laboral, y que incluya pausas activas y actividades recreativas dirigida.

Artículos 13 y 14

De la redacción se deduce que la formación y capacitación para el teletrabajo se limitará al sector privado, en especial para los sectores de la economía, por lo cual respetuosamente se sugiere revisar si ese es el alcance. En caso de que se desee incluir al sector público, la tarea estaría en cabeza del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Asimismo, se recomienda que el informe anual que se propone rendir a las Comisiones Séptimas del Congreso sobre los avances de la política pública y el comportamiento y acciones en torno al fomento del trabajo en el país, se haga de forma conjunta entre el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por la normativa antes citada, el registro actualizado de toda la oferta de teletrabajo generada desde el sector público, deberá estar a cargo del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Artículo 16

Al respecto de la asesoría que se propone deberá prestar el Ministerio del Trabajo a las entidades públicas para que tengan planes de contingencia en casos de picos elevados de contaminación, emergencia ambiental, social o de salud, que hagan obligatorio el uso del teletrabajo, y que por lo tanto se permitan estar preparadas para incrementar el volumen de aplicación del mismo, consideramos que es Función Pública la entidad encargada de llevar a cabo dicha asesoría, tal y como lo hizo en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus.

De igual forma se considera que se debe eliminar el inciso “*El Gobierno Nacional, desincentivara además, otras formas de trabajo a distancia diferentes al teletrabajo, en donde se cuente con la disponibilidad de uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, y trabajará a su vez por la promoción efectiva y plena del uso y acceso al teletrabajo*”, por cuanto pueden existir mas modalidades para prestar los servicios, como por ejemplo el trabajo en casa, que en el marco del dinamismo y cambio permanente que exige la administración pública no podrían verse desincentivadas.

Artículo 18

Frente a la iniciativa de establecer el mes del teletrabajo en el sector público, que permita que durante este tiempo una vez al año todos los empleados del Estado que en razón a sus funciones puedan desempeñar labores en la modalidad de teletrabajo o trabajo en casa, se recomienda que este sea un día al año y no un mes al año como se propone, por cuanto hay labores que obligatoriamente deben restarse de manera presencial.

Lo anterior, puesto que no es claro si en dicho mes la relación laboral del servidor público variaría o si se estaría ante una modalidad de trabajo en casa, aspecto que como bien se retrató a inicios de esta comunicación, difiere de la figura del teletrabajo en especial por su carácter ocasional, excepcional y transitorio, y la cual no se desarrolla en el presente proyecto de ley.

Artículo 22

Nuevamente estimamos pertinente que sea el Ministerio del Trabajo, en conjunto con el Departamento Administrativo de la Función Pública, las entidades responsables de reglamentar el contenido de la ley.

Finalmente, desde Función Pública estamos en total disposición de prestarles todo el apoyo y asesoría que sea requerida.

Cordialmente,



FERNANDO ANTONIO GRILLO RUBIANO
Director

Copia: Secretaría Comisión Séptima Constitucional Permanente, para que obre en el expediente del Proyecto de Ley 135 de 2020 – Cámara. comision.septima@camara.gov.co

Sebastian Ramirez Flechas – Departamento Nacional de Planeación notificaciones_sgdorfeo@dnp.gov.co

11000.15