



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO 105243 DE 2020

(mayo 26)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Situaciones administrativas durante la Emergencia Sanitaria

Cordial saludo,

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto de acuerdo con sus funciones establecidas en los numerales 7.8, 7.10 y 7.11 del artículo 7 del Decreto Nacional 5012 de 2009, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Objeto

"(...) Una docente regida por el Decreto Ley 1278 de 2002, solicitó en el mes de enero del presente año licencia no remunerada, la misma fue concedida por el término máximo permitido por la Ley, es decir tres (03) meses, este periodo de tiempo ya transcurrió y la docente deberá reintegrarse a su cargo el día 20 de abril de 2020, una vez culmine el periodo vacacional.

No obstante, lo anterior, la docente no se encuentra actualmente en el país y debido a las restricciones impuestas por parte del Gobierno Nacional a raíz de la pandemia generada por el COVID 19, no le es posible viajar y por ende no podrá reintegrarse a su cargo en la fecha estipulada (20 de abril).

1. ¿Ante este caso, es posible dar aplicación al artículo 8° del Decreto 491 de 2020, teniendo en cuenta que la docente ya hizo uso del término máximo permitido por la ley de una licencia no remunerada?

2. De ser aplicable el Decreto 491 de 2020 (artículo 8). ¿Cuál es el término de la prórroga que deberá asignársele a la docente a partir de la fecha que se supere la emergencia sanitaria, para que la misma se presente nuevamente a laborar?

3. De no ser posible la aplicación del Decreto 491 de 2020 ante el caso referido. ¿Cuál deberá ser la actuación de la Secretaría de Educación, teniendo en cuenta que se trata de un caso de fuerza mayor que no está previsto en la Ley?" [sic]

2. Consultas jurídicas

Previamente, le precisamos que esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionada con el sector educativo.

A continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan los asuntos consultados, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Ley 715 de 2001. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros."

3.2. Decreto 1278 de 2002. "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

3.3. 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".

4. Análisis

4.1. Aclaración previa: Competencias de las entidades territoriales certificadas para la administración del personal docente en su jurisdicción

En virtud de la descentralización del servicio público educativo, se hizo entrega del manejo de los recursos y de la administración del servicio público de educación a los departamentos y a los municipios certificados en educación.

Por su parte, la Ley 715 de 2001, la cual derogó la Ley 60 de 1993, fija las competencias de las entidades territoriales para definir, entre otros temas, la administración del personal docente y administrativo en su jurisdicción. Veamos:

"Artículo 6. Competencias de los departamentos. Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:

[...]

6.2.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

[...]

"Artículo 7. Competencias de los Distritos y los Municipios Certificados.

[...]

7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones asignado a la respectiva entidad territorial y trasladará docentes entre instituciones educativas, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados." (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, la administración del personal docente se encuentra a cargo de los entes territoriales certificados en educación por ser el nominador, por lo tanto, en ejercicio de sus funciones deben

dar cumplimiento estricto a lo establecido en las normas respecto de las distintas situaciones administrativas en las que pueda encontrarse un docente.

4.2. Situaciones administrativas (licencia no remunerada) en el marco de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional por el COVID 19

En primer lugar, precisamos que de acuerdo con el Decreto 1278 de 2002 un servidor público docente puede encontrarse en diversas situaciones administrativas, a saber:

"Artículo 50. Situaciones administrativas. Los docentes o directivos docentes pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas:

- a. En servicio activo, que comprende el desempeño de sus funciones, el encargo y la comisión de servicios.
- b. Separados temporalmente del servicio o de sus funciones, esto es, en comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendidos por medida penal o disciplinaria, o prestando servicio militar.
- c. Retirados del servicio. " (Negrilla fuera de texto)

En punto de su consulta, el artículo 59 ibídem establece que, los docentes y directivos docentes tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres (3) meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua, según la solicitud del interesado, esta no es prorrogable, ni revocable, veamos:

"Artículo 59. Licencia no remunerada. Los docentes y directivos docentes estatales tienen derecho a licencia no remunerada hasta por tres (3) meses por cada año calendario, en forma continua o discontinua, según lo solicite el interesado. Esta licencia no es revocable ni prorrogable por quien la concede, pero es renunciable por el beneficiario. El nominador la concederá teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Durante el término de la licencia no se podrá desempeñar otro cargo público retribuido, y el tiempo de servicio no se contabiliza para ningún efecto". (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que la licencia no remunerada es una situación administrativa en la que se puede encontrar un servidor público docente con derechos de carrera. Durante el disfrute de dicha situación el empleado no pierde su condición de servidor público.

Dicha licencia no remunerada podrá solicitarse hasta por el término de máximo noventa (90) días o tres (3) meses por cada año calendario y debe concedida por la Secretaría de Educación correspondiente, no es prorrogable, ni puede ser revocada.

Ahora bien, atendiendo su precisa consulta sobre la aplicación del artículo 8 del Decreto 491 de 2020 para prorrogar una la licencia no remunerada, cuyo término máximo de duración venció durante la declaratoria de Emergencia Sanitaria y que por dicho motivo el docente no ha podido regresar al país. Procedemos a extenderle las siguientes consideraciones:

Como consecuencia de la declaratoria de Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional se impartieron directrices para adoptar mecanismos que permitan mitigar los impactos en la salud de las personas. Para ello, se hace necesario que las entidades del Estado tomen las medidas necesarias para evitar la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social facilitando el uso de las herramientas tecnológicas de información y las comunicaciones para garantizar el "trabajo en casa", sin afectar la continuidad y efectividad de la prestación de los servicios.

Bajo los anteriores presupuestos, se expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo 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", en virtud del cual se establece:

ARTÍCULO 1. Ámbito de aplicación. El presente Decreto aplica a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

(...)

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.

(...)

ARTÍCULO 8. Ampliación de la vigencia de permisos, autorizaciones, certificados y licencias. Cuando un permiso, autorización, certificado o licencia venza durante el término de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social y cuyo trámite de renovación no pueda ser realizado con ocasión de las medidas adoptadas para conjurarla, se entenderá prorrogado automáticamente el permiso, autorización, certificado y licencia hasta un mes (1) más contado a partir de la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Superada la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social el titular del permiso, autorización, certificado o licencia, deberá realizar el trámite ordinario para su renovación.

(...)

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. (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, podemos afirmar que mediante la expedición del Decreto 491 de 2020, se dispuso la modalidad de trabajo en casa, mediante el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones con el fin de propiciar el aislamiento preventivo.

En consonancia con lo anterior, este Ministerio con el fin de brindar orientaciones para el desarrollo de los procesos pedagógicos, el trabajo en casa y el manejo del personal docente, directivo docente y administrativo del sector educación durante la Emergencia Sanitaria, expidió la Circular N° 21 del 17 de marzo de 2020, dirigida a todas las entidades territoriales y personal directivo docente, indicando las acciones preventivas a

seguir para el desarrollo de actividades académicas, adicionalmente, respecto del manejo de la planta docente, dispuso:

1. Situaciones administrativas docentes

La modificación del calendario académico en ningún momento tiene como fin modificar la regulación existente sobre las situaciones administrativas de los educadores, de manera especial las relacionadas con las licencias, los permisos, las comisiones, los encargos y el manejo de incapacidades, las cuales deben seguirse tramitando de conformidad con la normatividad vigente. (Negrilla fuera de texto)

Aunado a lo anterior, mediante la Directiva 09 de 2020 este Gabinete brindó unas orientaciones a las entidades territoriales certificadas y no certificadas en educación, rectores y directores rurales, para garantizar la continuidad de las jornadas de trabajo flexibles, adaptadas a las condiciones de trabajo en casa y acorde con las condiciones de contexto local y ritmos de aprendizaje de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, conviene mencionar lo dicho por el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP mediante concepto 150491 de 2020 respecto del Decreto 491 de 2020 en respuesta a una consulta similar a la que nos ocupa en el presente concepto, mediante el cual indicó:

"(...) 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 indica que, con la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por el COVID-19, y la expedición de los decretos para afrontar dicha emergencia, no se modificaron las normas sobre administración de personal y en tal sentido, tampoco sufrió modificación alguna las disposiciones sobre situaciones administrativas de los servidores públicos; quiere esto decir que, para el presente caso, el empleado que está en uso de una licencia ordinaria que superó el término inicial y el de su prórroga en virtud de la disposición legal, una vez se venza el término de la respectiva prórroga, deberá regresar a ejercer las funciones propias de su cargo.

Por lo anterior si al terminar dicha licencia no se ha superado la emergencia sanitaria declarada por el gobierno, y siempre y cuando la naturaleza de las funciones del empleado lo permitan, en consideración de esta Dirección Jurídica podrá retornar a sus labores a través de la modalidad de trabajo en casa, el cual se traduce en la prestación del servicio y la realización de sus funciones haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones." (Negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, la Función Pública ^[1] respecto de la aplicación del artículo 8 del Decreto 491 de 2020 como fundamento para la ampliación de las licencias laborales de los servidores públicos, adujo:

"El artículo 8 del Decreto 491 de 2020 tiene como finalidad dar una solución a la imposibilidad que tienen los ciudadanos de desplazarse para adelantar trámites administrativos con el fin de ampliar la vigencia de permisos, autorizaciones, certificados y licencias, como por ejemplo las licencias y permisos ambientales, señalando que cuando un permiso, autorización, certificado o licencia venza durante el término de vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social y cuyo trámite de renovación no pueda ser realizado con ocasión de las medidas adoptadas para conjurarla, se entenderá prorrogado automáticamente el permiso, autorización, certificado y licencia hasta un mes (1) más contado a partir de la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En consecuencia, esta disposición no es aplicable a las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos durante su relación laboral, las cuales seguirán rigiéndose por las normas que las regulan." (Negrillas fuera de texto)

De lo expuesto, podemos concluir que, con ocasión de la declaratoria de Emergencia Sanitaria declarada por el Gobierno Nacional por causa del COVID 19, se expidió el Decreto Ley 491 de 2020 mediante el cual se estableció, entre otros asuntos, el trabajo en casa como mecanismo de distanciamiento social.

Si bien el artículo 8 ibídem establece la prórroga hasta por un (1) mes contado a partir de la superación de la Emergencia Sanitaria, para permisos, autorizaciones, certificados y licencias, de acuerdo con lo indicado por el DAFP dicho artículo tiene como finalidad ampliar la vigencia de trámites como por ejemplo, licencias y permisos ambientales, a los ciudadanos que tienen imposibilidad de desplazarse para adelantarlos y, por lo

tanto, dicha disposición no es aplicable a las situaciones administrativas en las que se puede encontrar los servidores públicos durante su relación laboral, las cuales seguirán rigiéndose por las normas que las regulan.

Asimismo, tal como lo indicó el DAFP en el concepto citado, si al terminar la licencia de la que gozaba el servidor público no se ha superado la Emergencia Sanitaria declarada por el Gobierno, este podrá retornar a sus labores en la modalidad de trabajo en casa, siempre y cuando la naturaleza de sus funciones así lo permita.

5. Respuesta

5.1. ¿Ante este caso, es posible dar aplicación al artículo 8° del Decreto 491 de 2020, teniendo en cuenta que la docente ya hizo uso del término máximo permitido por la ley de una licencia no remunerada?

De acuerdo con lo indicado por el DAFP, el artículo 8 del Decreto 491 de 2020 no es aplicable a las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los servidores públicos durante su relación laboral, las cuales seguirán rigiéndose por las normas que las regulan.

Asimismo, se reitera lo sostenido por dicha entidad en casos similares al planteado en su consulta, en virtud del cual, si al terminar la licencia de la que gozaba el servidor público no se ha superado la Emergencia Sanitaria declarada por el Gobierno, el servidor público podrá retornar a sus labores en la modalidad de trabajo en casa, siempre y cuando la naturaleza de sus funciones así lo permita.

En todo caso, atendiendo las competencias de las entidades territoriales certificadas, el nominador debe atender las orientaciones y disposiciones expedidas en materia educativa para la prestación del servicio educativo y trabajo en casa de acuerdo a las condiciones específicas de cada caso concreto y a la necesidad del servicio en su territorio.

5.2. “De ser aplicable el Decreto 491 de 2020 (artículo 8). ¿Cuál es el término de la prórroga que deberá asignársele a la docente a partir de la fecha que se supere la emergencia sanitaria, para que la misma se presente nuevamente a laborar?”

Remítase a la respuesta anterior.

5.3. De no ser posible la aplicación del Decreto 491 de 2020 ante el caso referido. ¿Cuál deberá ser la actuación de la Secretaría de Educación, teniendo en cuenta que se trata de un caso de fuerza mayor que no está previsto en la Ley?”

Se reitera que esta OAJ no resuelve casos particulares ni concretos, sino que emite conceptos jurídicos como respuesta clara a una consulta sobre la interpretación o alcance de una norma del sector educativo, por lo tanto, definir qué actuación debe tener la entidad territorial en la consulta planteada, es un asunto que escapa por completo a las funciones legalmente asignadas a esta Oficina.

No obstante, de conformidad con lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Ley 715 de 2001, la administración del personal docente se encuentra a cargo de los entes territoriales certificados en educación por ser el ente nominador, por lo tanto, a estas corresponde, el manejo sobre la planta de personal docentes y directivos docentes.

Bajo ese entendido, las entidades territoriales certificadas son las encargadas de definir la prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos docentes mediante la modalidad de trabajo en casa, para lo cual deberán atender las orientaciones brindadas por este Ministerio mediante la Circular 21 de 2020 y la Directiva 9 de 2020, para la planeación de dichas actividades y definir las acciones de trabajo en casa en su jurisdicción de acuerdo con las necesidades del servicio.

El anterior concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, “salvo disposición en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

Cordialmente,

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1. Función Pública. ABC Preguntas Frecuentes Decreto 491 de 2020.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.