

CIRCULAR 22 DE 2021

(marzo 8)

Diario Oficial No. 51.610 de 8 de marzo de 2021

MINISTERIO DEL TRABAJO

Bogotá, D. C., 8 de marzo de 2021

Para: EMPLEADORES, TRABAJADORES Y ASPIRANTES A DESEMPEÑAR UN EMPLEO EN EL SECTOR PRIVADO
DE: MINISTRO DEL TRABAJO
ASUNTO: SOBRE LA NO EXIGENCIA DE PRUEBA DE SARS-CoV-2 (COVID-19) POR PARTE DEL EMPLEADOR A TRABAJADORES Y ASPIRANTES A UN PUESTO DE TRABAJO

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote de coronavirus Covid-19 como una pandemia. A su turno la Resolución [385](#) del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional por causa del coronavirus Covid-19, además ordenó a los coordinadores, nominadores y representantes legales de centros laborales públicos y privados a adoptar las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del Covid-19 y mitigar sus efectos. La emergencia sanitaria fue prorrogada a través de la Resolución [844](#) de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, que a su vez fue prorrogada mediante las Resoluciones [1462](#) y [2230](#) de 2020 y [222](#) de 2021, hasta el 31 de marzo de 2021.

Este fenómeno de salud pública tiene el potencial de afectar numerosos aspectos de la vida cotidiana, incluyendo el empleo, por lo que se ha expedido la Resolución [666](#) de 2020 que adopta el protocolo de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del coronavirus Covid-19.

Con todo ello, esta cartera Ministerial presenta las siguientes recomendaciones, con relación a la práctica de pruebas SARS-CoV-2 (COVID-19), que puedan ser exigidas por parte del empleador para el ingreso o para la continuación en el ejercicio del empleo.

1. La igualdad y la protección especial del derecho al trabajo frente a formas de discriminación

El artículo [13](#) Constitucional, exige del Estado la protección especial a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte el artículo [25](#) de la Carta Política, eleva a rango fundamental el trabajo y exige del Estado una protección especial, indicando además que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Desde ese contexto, el artículo [53](#) Constitucional establece los principios que afectan cualquier disposición legal que desarrolle el derecho al trabajo, entre los que se resalta la igualdad de oportunidades y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

Se desprende de las normas superiores que el derecho al trabajo goza de especial protección, cimentada en una premisa fundamental, según la cual, está prohibido cualquier acto

discriminatorio que lo limite.

Al respecto, en sentencia SU-256 de 1996, la Honorable Corte Constitucional, indicó:

“El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: Primera, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social.

Y segunda, porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo [13](#) superior, comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta...”.

En ese sentido la Ley [361](#) de 1997, estableció que el Estado debe garantizar la no discriminación por circunstancias físicas, fisiológicas, psíquicas o sensoriales:

“Artículo [20](#). El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales”.

Así las cosas, es claro que cualquier forma de discriminación en el trabajo por razones de salud, compromete garantías constituciones y exige del Estado su inmediata intervención.

2. El deber de protección del empleador al derecho a la intimidad y privacidad con relación a la salud de sus trabajadores

La intimidad es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser afectada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.

La protección especial al derecho a la intimidad dentro de las relaciones laborales ha sido tratada en la “Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 171)”⁽¹⁾ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Título II, Literal B, “Vigilancia de la Salud de los Trabajadores”, Párrafo 11, 2), en la que se indica:

“Deberían adoptarse disposiciones para proteger la intimidad de los trabajadores y procurar que la vigilancia de su salud no sea utilizada con fines discriminatorios ni de ninguna otra manera perjudicial para sus intereses” (Resaltado fuera de texto).

Asimismo, esta Recomendación contiene disposiciones sobre la protección de datos personales relativos a la evaluación del estado de salud realizada por los servicios de salud en el trabajo (Párrafo 14): “Los datos personales relativos a la evaluación del estado de salud sólo deberían comunicarse a terceros previo consentimiento del trabajador, debidamente informado”.

La protección al derecho a la intimidad en las relaciones laborales ha sido tratada de manera reiterada en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional Colombiana, tal como se evidencia en la sentencia T-340 de 2017, en la que se establecieron reglas, en relación con la información, la intimidad y la privacidad de las condiciones de salud en las relaciones laborales, así:

“i) La solicitud de información sobre ciertas enfermedades o condiciones de discapacidad, constituye una práctica ilegítima que vulnera, entre otros, los derechos a la no discriminación y a

la intimidad.

ii) No constituye justa causa de despido el no haber suministrado información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad. El despido solo será justificado si se ha demostrado que la enfermedad y/o condición de discapacidad sobre la cual se ocultó información resulta incompatible con el cargo que se va a desempeñar.

iii) En la medida en que el reconocimiento de una pensión de invalidez supone la presencia de una situación de discapacidad, el aspirante tampoco está obligado a informar sobre dicha situación al empleador.

iv) La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita.

v) En una entrevista de trabajo, las preguntas encaminadas a obtener información relevante, deben enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar. En esa medida, las preguntas que no guardan relación alguna con el cargo, se interpretan como posibles indicios de discriminación laboral, y en todo caso, no obligan al aspirante o trabajador a responderlas. De igual manera, el examen médico que se realice debe ser consistente con las necesidades de la profesión u oficio que habrá de desempeñar el trabajador.

vi) Si el empleador conoce de la enfermedad y/o situación de discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, y considera que configura una incompatibilidad con la labor que el empleado lleva a cabo, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la enfermedad y/o situación de discapacidad claramente es incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar”.

Como respuesta a las líneas jurisprudenciales relacionadas con el derecho a la intimidad en el ámbito laboral y el correlativo deber sobre esa garantía por parte del empleador respecto de sus trabajadores, el legislador a través del numeral 3 del artículo [24](#) de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, estableció que dentro de las informaciones y documentos que se encuentran expresamente sometidos a reserva:

“(…) 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica”.

De lo anterior se desprende que el empleador debe garantizar el derecho a la intimidad y privacidad de la salud de sus trabajadores o aspirantes, adoptar como principio básico, que el criterio para seleccionar empleados debe estar relacionado con el trabajo específico que se va a desarrollar, y en consecuencia, cualquier información que se solicite debe estar directamente relacionada con este.

3. Prueba de SARS-CoV-2 (COVID-19) como requisito para la contratación del trabajador

El artículo 14 de la Decisión 548 de 2004, que sustituyó la Decisión 547, “Instrumento Andino

de Seguridad y Salud en el Trabajo” de la Organización de los Estados Americanos, norma supranacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece la responsabilidad de los empleadores frente a la práctica de exámenes médicos de preingreso, periódicos y de retiro a sus trabajadores, relacionados con los riesgos a que estén expuestos por razones de la ocupación, el tenor de la norma se transcribe a continuación:

“Artículo 14. Los empleadores serán responsables de que los trabajadores se sometan a los exámenes médicos de preempleo, periódicos y de retiro, acorde con los riesgos a que están expuestos en sus labores. Tales exámenes serán practicados, preferentemente, por médicos especialistas en salud ocupacional y no implicarán ningún costo para los trabajadores y, en la medida de lo posible, se realizarán durante la jornada de trabajo”.

El artículo [348](#) del Código Sustantivo del Trabajo establece que todo empleador se encuentra obligado, a través del personal idóneo, a practicar los exámenes médicos y tomar todas las medidas necesarias para la protección de la vida y la salud de sus trabajadores.

Ante la necesidad de contar con medidas de protección adecuadas para los trabajadores en general, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución [666](#) de 2020, a través de la cual, adoptó el protocolo general de bioseguridad para mitigación de los factores que generan la transmisión del Covid-19, en dicha norma se impone una serie de obligaciones a los empleadores y trabajadores, como realizar actividades relacionadas con la identificación, valoración del riesgo, con apoyo de las ARL, así como cumplir con los protocolos de bioseguridad impuestos por el empleador o contratante:

3.1. A cargo del empleador o contratante:

3.1.3. Implementar acciones que permitan garantizar la continuidad de las actividades y la protección integral de los trabajadores, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra, y demás personas que estén presentes en las instalaciones o lugares de trabajo.

3.1.7. Apoyarse en la ARL en materia de identificación, valoración del riesgo y en conjunto con las EPS en lo relacionado con las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad.

3.2. A cargo del trabajador, contratista, cooperado o afiliado partícipe.

3.2.1 Cumplir los protocolos de bioseguridad adoptados por el empleador o contratante durante el tiempo que permanezca en las instalaciones de su empresa o lugar de trabajo y en el ejercicio de las labores que esta le asigne.

El anexo técnico de dicha resolución denominado “Protocolo de Bioseguridad para la Prevención de la Transmisión de COVID-19”, estableció una serie de procedimientos y actividades que deben ser tenidos en cuenta por empleadores, contratantes y demás actores que se ven involucrados en cualquier tipo de actividad económica, dentro de los que se encuentran la prevención y manejo de situaciones de riesgo de contagio, y se impone a las empresas el deber de identificar las condiciones de salud de los trabajadores, incluso se hace alusión a la posibilidad de realización de test o pruebas para Covid-19, siempre y cuando se cuente con personal idóneo para su práctica:

4. Prevención y manejo de situaciones de riesgos de contagio.

En el marco del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el trabajo, se deben identificar las condiciones de salud de trabajadores (estado de salud, hábitos y estilo de vida, factores de riesgo asociados a la susceptibilidad del contagio) así como las condiciones de los sitios de trabajo a través de visitas de inspección periódicas.

4.1. Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto del Sistema de Gestión de Seguridad y salud en el Trabajo SG-SST.

Si no se dispone del recurso humano idóneo, no se recomienda realizar test para COVID-19 a personas asintomáticas.

Conforme con lo establecido en la Resolución [666](#) de 2020 y su Anexo Técnico, junto con las recomendaciones efectuadas por organismos internacionales respecto de la necesidad de proteger a los trabajadores y sus familias del contagio del Covid-19, se concluye que es posible que un empleador remita a un trabajador ante el personal idóneo para que efectúe un test o prueba SARS-CoV-2 (COVID-19) esto en razón a que el empleador o contratante tiene la obligación de identificar las condiciones de salud de sus trabajadores, e implementar acciones que permitan garantizar la continuidad de las actividades y la protección integral de los trabajadores, contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios o de obra, en el marco del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo y con todo ello prevenir, controlar y minimizar los factores de riesgo.

Sin embargo, el resultado de la prueba SARS-CoV-2 (COVID-19) no debe constituir razón que afecte negativamente la relación laboral, sino que debe instar al empleador a tomar las medidas de protección y apoyo para evitar cualquier forma de discriminación, tal y como ha sido concebido en el artículo 22 de la Decisión 584 de 2004 y en la jurisprudencia señalada.

Ahora bien, el empleador ante la presencia de algún síntoma del trabajador o aspirante, puede remitirlo al personal idóneo para la realización de la prueba, cubriendo todos los gastos que se ocasionen; el empleador debe poner en conocimiento del aspirante dicha circunstancia, debidamente fundamentada, sin que ese hecho obstaculice el proceso de contratación o la continuación del empleo.

No es viable exigir al aspirante a un empleo o un empleado que allegue al empleador una prueba del SARS-CoV-2 (COVID-19) como requisito de acceso o de permanencia en un puesto de trabajo, como tampoco, este tipo de pruebas pueden ser utilizadas como una forma de discriminación o vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. En caso de presentarse alguna de estas situaciones, tanto el trabajador como el aspirante a un puesto de trabajo puede acudir ante las autoridades, con el fin de ponerlas en conocimiento y que se tomen los correctivos necesarios.

INSTRUCCIONES

1. Para el inicio de una relación laboral no le es permitido al empleador exigir que un aspirante a ocupar un puesto de trabajo, presente una prueba o test de SARS-CoV-2 (COVID-19).
2. No puede considerarse una prueba o examen médico como un requisito para contratar o mantener un empleo.
3. Cuando la protección de la persona y de la comunidad laboral, así como las condiciones de seguridad y salud en el trabajo lo requieran, el empleador, bajo su responsabilidad y costo, podrá

remitir al trabajador ante el personal idóneo para que sea efectuada la prueba SARS-CoV-2 (COVID-19), sin que el resultado de esta pueda ser utilizado como causal para terminar la relación laboral.

4. El empleador debe desplegar acciones, mecanismos y establecer protocolos de bioseguridad para la protección de la vida y salud de sus trabajadores, ajustando las medidas de higiene y seguridad en el trabajo para garantizar el desarrollo de las actividades laborales en los sitios de trabajo en condiciones seguras, debiendo establecer mecanismos que mitiguen la propagación del virus Sars- Cov2.

8 de marzo de 2021.

Cordialmente,

El Ministro del Trabajo,

Ángel Custodio Cabrera Báez

NOTAS AL FINAL:

1. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312509



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 14 de junio de 2024 - (Diario Oficial No. 52.762 - 20 de mayo de 2024)



MINTIC