



Bogotá, D.C.

ASUNTO: Radicado 05EE2023120300000020160

Capacitación para selección de personal. Prohibición de discriminación. Exámenes pre ocupacionales para postulantes a un cargo o puesto de trabajo

Respetada señora, reciba un cordial saludo

El Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, habiendo recibido la comunicación del asunto, mediante la cual Usted solicita concepto sobre capacitación para selección de personal. Prohibición de discriminación. Exámenes pre ocupacionales para postulantes a un cargo o puesto de trabajo ; se permite atender sus inquietudes, mediante las siguientes consideraciones generales.

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral y de seguridad social vigente de derecho del trabajo individual – trabajadores particulares - y colectivo – trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que un empresario, tiene libertad de empresa lo que connota la organización de su empresa como lo desee, para el cumplimiento de sus objetivos empresariales, siendo sus límites la Constitución y la ley, para el caso lo preceptuado en el Código Sustantivo del Trabajo CST., que establece el mínimo de derechos y garantías en favor del trabajador y las normas sobre Seguridad y Salud en el Trabajo SST., las cuales entre otros aspectos, establecen la obligación del empleador de

1 de 6

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX
(601) 3779999

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular 120
www.mintrabajo.gov.co





otorgar capacitación al nuevo trabajador sobre la forma de realización de la labor encomendada y los riesgos que la actividad connota y la forma de prevenirlos, con la prohibición de discriminación por cualquier causa, entre ellos el sexo.

La Corte Constitucional, como máxima autoridad en la interpretación normativa, establece con respecto a la libertad de empresa:

“LIBERTAD DE EMPRESA-Concepto/LIBERTAD DE EMPRESA-Garantías que comprende/LIBERTAD DE EMPRESA-Prerrogativas que comprende su núcleo esencial

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable.” 1 (resaltado fuera de texto)

Por ello, el empresario tiene libertad de escogencia de sus colaboradores, sin que pueda haber injerencia en los métodos utilizados para dicha gestión empresarial, cuyos límites los constituyen la Constitución y las leyes.

Es la razón por la cual, el empresario para la selección de personal a su servicio, puede implementar métodos o formas para escoger a quienes contribuirán al cumplimiento de su objeto empresarial, para lo cual es posible, tal como lo prevé la jurisprudencia con relación a la libertad de empresa, cuyos apartes más importantes se transcriben con antelación, escoger métodos de selección de personal que estime

1 Corte Constitucional Sentencia C-263/11 Referencia.: expediente D-8270 Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



conveniente, siempre y cuando no se discrimine a los participantes y haya igualdad en los métodos de selección; tiempo que es previo a la iniciación de compromisos contractuales laborales, en los cuales, se entiende que el candidato a ocupar un puesto de trabajo, no realiza la labor encomendada, sino que se trata de un interregno de tiempo, en el que se observa el despliegue de las cualidades y capacidades del candidato para ocupar el cargo respectivo.

Una vez culminado el proceso de selección, el empresario es libre de escoger a la persona que desea vincular laboralmente, de acuerdo al perfil que requiera el cargo o el puesto de trabajo. Es la razón por la cual, no podría predicarse que el hecho de que el empleador seleccione a quien desee, descartando a los demás postulantes, sería una acción discriminatoria contra alguien, debido a que tiene libertad de escogencia.

Distinta situación se daría si el resultado es fruto de discriminación por cualquier circunstancia, la que se encuentra proscrita por la Constitución, norma que a la letra dice:

*“Artículo 13. **Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.** El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (resaltado fuera de texto)

Por ello, quien considere que el empleador ha vulnerado sus derechos fundamentales, para el caso la prohibición de discriminación por razones de sexo, podrá acudir ante el Juez, quien como autoridad con competencia exclusiva y excluyente decide sobre la legalidad de las actuaciones del empleador o empresa empleadora, proscrito para los funcionarios de esta Cartera Ministerial.

Ahora bien, no debe confundirse este proceso previo de selección de personal, de libre escogencia del empleador, con la obligación del empleador o empresa empleadora, previo a la iniciación de labores por parte del trabajador contratado, es decir, el candidato vinculado laboralmente en su condición de trabajador, de capacitarlo en la forma de realización de las labores, obligación establecida como parte de la Seguridad y Salud en el Trabajo SST., disciplina que contempla la protección de los dos factores mencionados salud y

3 de 6

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX
(601) 3779999

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular 120
www.mintrabajo.gov.co





seguridad en el ámbito de trabajo, aunado al hecho de que el Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, cubre desde el día siguiente al de la afiliación.

Por ello, se sugiere y de hecho lo hace la mayoría de los empresarios de utilizar el primer día de labores en el que no hay cobertura de Sistema de Riesgos Laborales, para el conocimiento por parte del trabajador contratado laboralmente, de la empresa, su organización, sus jerarquías, los pormenores de la forma de ejecución de las labores y los riesgos que la actividad contratada connotan, así como la forma de prevenirlos, siendo obligación de capacitar al trabajador al respecto previo a la iniciación de labores en los aspectos mencionados, en atención a lo normado por el Decreto 1443 de 2014 *Por el cual se dictan disposiciones para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST)*, compilado en el Decreto 1072 de 2015, cuando a la letra dice en su parte pertinente:

“Artículo 2.2.4.6.11. Capacitación en seguridad y salud en el trabajo – SST

El empleador o contratante debe definir los requisitos de conocimiento y práctica en seguridad y salud en el trabajo necesarios para sus trabajadores, también debe adoptar y mantener disposiciones para que estos los cumplan en todos los aspectos de la ejecución de sus deberes u obligaciones, con el fin de prevenir accidentes de trabajo y enfermedades laborales. Para ello, debe desarrollar un programa de capacitación que proporcione conocimiento para identificar los peligros y controlar los riesgos relacionados con el trabajo, hacerlo extensivo a todos los niveles de la organización incluyendo a trabajadores dependientes, contratistas, trabajadores cooperados y los trabajadores en misión, estar documentado, ser impartido por personal idóneo conforme a la normatividad vigente.

(...)

PARÁGRAFO 2. El empleador proporcionará a todo trabajador que ingrese por primera vez a la empresa, independiente de su forma de contratación y vinculación y de manera previa al inicio de sus labores, una inducción en los aspectos generales y específicos de las actividades a realizar, que incluya entre otros, la identificación y el control de peligros y riesgos en su trabajo y la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades laborales. “ (resaltado fuera de texto)

(Decreto 1443 de 2014, art. 11)

Por ello, se debe partir de la base que durante el proceso de selección el postulante o candidato a un cargo, puesto de trabajo, no realiza ninguna actividad al servicio del empleador y por tanto, su actividad no es remunerada, ni subordinada, debido a que el postulante es libre de aceptar o no su participación en dicha forma de selección de personal.

EXAMENES PRE OCUPACIONALES

Ahora bien, los exámenes pre ocupacionales, tal como su nombre lo indican son exámenes previos a la contratación del personal, realizados por el empleador o empresa empleadora, costeados por el empresario,

4 de 6

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX
(601) 3779999

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular 120
www.mintrabajo.gov.co





con el fin de verificar si el candidato reúne las condiciones necesarios para ocupar el cargo cuyo perfil requiere, por lo que no podría decirse que con la sola práctica de los mismos, exista vinculación laboral del trabajador o candidato a ocupar un cargo o un puesto de trabajo, la que se perfecciona con la celebración de un contrato de trabajo, en cualquiera de las modalidades que el Código Sustantivo del Trabajo CST., señala o con la ejecución de la labor contratada, aun cuando no se hubiese firmado un contrato de trabajo escrito, debido a la validez del contrato verbal.

En efecto, la Resolución Número 2346 de 2007 *Por la cual se regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales*, modificada por la Resolución Número 1918 de 2009 *Por la cual se modifican los artículos 11 y 17 de la Resolución 2346 de 2007 y se dictan otras disposiciones*, proferidas por el Ministerio de Salud, estable lo concerniente a la obligación del empleador de practicar exámenes pre ocupacionales, en los cuales se coteja el perfil del cargo que el empleador ha colocado disposición del médico, para verificar si el candidato cumple los requisitos exigidos para el cargo a desempeñar, teniendo en cuenta los riesgos a los cuales expondría el empleador a su trabajador.

Sobre los tipos de exámenes médicos pre ocupacionales a los que puede ser sometido el candidato al puesto de trabajo, el artículo 4 de la Resolución 2346 de 1998, a la letra dice:

*“Artículo 4o. **EVALUACIONES MÉDICAS PREOCUPACIONALES O DE PREINGRESO.** Son aquellas que se realizan para determinar las condiciones de salud física, mental y social del trabajador antes de su contratación, en función de las condiciones de trabajo a las que estaría expuesto, acorde con los requerimientos de la tarea y perfil del cargo.*

El objetivo es determinar la aptitud del trabajador para desempeñar en forma eficiente las labores sin perjuicio de su salud o la de terceros, comparando las demandas del oficio para el cual se desea contratar con sus capacidades físicas y mentales; establecer la existencia de restricciones que ameriten alguna condición sujeta a modificación, e identificar condiciones de salud que estando presentes en el trabajador, puedan agravarse en desarrollo del trabajo.

El empleador tiene la obligación de informar al médico que realice las evaluaciones médicas pre ocupacionales, sobre los perfiles del cargo describiendo en forma breve las tareas y el medio en el que se desarrollará su labor.

En el caso de que se realice la contratación correspondiente, el empleador deberá adaptar las condiciones de trabajo y medio laboral según las recomendaciones sugeridas en el reporte o certificado resultante de la evaluación médica pre ocupacional.

PARÁGRAFO. El médico debe respetar la reserva de la historia clínica ocupacional y sólo remitirá al empleador el certificado médico, indicando las restricciones existentes y las recomendaciones o condiciones que se requiere adaptar para que el trabajador pueda desempeñar la labor.” (resaltado fuera de texto



Por lo que a quien se le practique exámenes pre ocupacionales costeados por el empleador o empresa empleadora no podría afirmar que por ese solo hecho se encuentra vinculado laboralmente a la empresa, sino que tal como su nombre lo indica son gestiones a las que se somete el candidato en procura de una posible vinculación laboral.

Cabe destacar que el Ministerio del Trabajo, entre sus muchas funciones cumple con las labores de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de normas laborales y de seguridad social, pero carece de competencia para declarar derechos individuales y dirimir controversias laborales, propia de los Jueces.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(FIRMADO EN EL ORIGINAL)

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral.

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Adriana C. 26-04-2023

Revisó: Marisol P.

Aprobó: Marisol P.

Ruta Electrónica: /C:\Users\lcalvachi\Documents\2023 CONSULTAS\MES ABRIL 2023\26-04-2023 ALTERNANCIA\05EE2023120300000020160 Carol capacitación selección personal discriminación.docx

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX
(601) 3779999

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita
018000 112518
Celular 120
www.mintrabajo.gov.co



@mintrabaiocol



@MintrabaoColombia



@MintrabaoCol