



LA DISPONIBILIDAD LABORAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD CONFORME A LA LEY DE DESCONEXIÓN LABORAL EN COLOMBIA

La disponibilidad laboral en Colombia, es un fenómeno del que poco se habla, ya que existe una definición ligada a la disposición del trabajador de prestar el servicio por fuera de la jornada laboral.

Este concepto de disponibilidad laboral enmarca una incertidumbre para el trabajador asistencial respecto a la remuneración que conlleva esa disposición para prestar efectivamente el servicio por fuera de su jornada laboral, no obstante, el vacío legal existente en cuanto a la remuneración pactada cuando el trabajador se encuentra disponible en su lugar de residencia, nos hace ceñirnos al concepto del trabajo suplementario para tratar de sustentar normativamente la obligación del empleador de remunerar ese periodo de tiempo en que el trabajador está activo por fuera del lugar donde presta el servicio, pero no puede disponer de su tiempo libremente ya que está sujeto a la subordinación de su empleador de acudir a un llamado de emergencia en cuanto su servicio sea requerido.

LA DISPONIBILIDAD LABORAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD CONFORME A LA LEY DE DESCONEXIÓN LABORAL EN COLOMBIA

La disponibilidad laboral en Colombia, es un fenómeno del que poco se habla, ya que existe una definición ligada a la disposición del trabajador de prestar el servicio por fuera de la jornada laboral.

Este concepto de disponibilidad laboral enmarca una incertidumbre para el trabajador asistencial respecto a la remuneración que conlleva esa disposición para prestar efectivamente el servicio por fuera de su jornada laboral, no obstante, el vacío legal existente en cuanto a la remuneración pactada cuando el trabajador se encuentra disponible en su lugar de residencia, nos hace ceñirnos al concepto del trabajo suplementario para tratar de sustentar normativamente la obligación del empleador de remunerar ese periodo de tiempo en que el trabajador está activo por fuera del lugar donde presta el servicio, pero no puede disponer de su tiempo libremente ya que está sujeto a la subordinación de su empleador de acudir a un llamado de emergencia en cuanto su servicio sea requerido.

INTRODUCCIÓN.

La disponibilidad laboral ocurre cuando el trabajador no labora, pero está sujeto a que en cualquier momento deba hacerlo según los requerimientos del empleador, esto quiere decir que la disponibilidad se considera como forma de trabajo y se incluye como tal dentro de la jornada laboral ya que implica que el trabajador no pueda disponer libre y autónomamente de su tiempo, pues en caso de ser necesario, la obligación de presentarse a trabajar está por encima de cualquier consideración personal o familiar.

Este tema es muy común dentro del talento humano en salud, en el sentido que los médicos, enfermeras, técnicos en rayos x, bacteriólogos y demás personas que prestan servicio en salud, salen de sus turnos de trabajos, pero quedan en disponibilidad (activa) en su lugar de residencia.

No obstante, debe decirse que no es un tema que este taxativamente regulado en la norma; por lo tanto, su desarrollo, definición y regulación ha sido de contexto jurisprudencial.

Esta atribución corresponde entonces, a que la corte constitucional en su desarrollo ha establecido que existen

dos tipos de disponibilidad laboral las cuales se abordaran en su integralidad en el desarrollo del presente escrito.

SOBRE LA DISPONIBILIDAD EN EL LUGAR DE TRABAJO:

Esta modalidad se presenta cuando el trabajador debe permanecer en su sitio de trabajo, bien sea, en una clínica, hospital o cualquier otra entidad de salud.

En tal caso al trabajador no se le asigna ninguna tarea, pero no puede abandonar las instalaciones de la institución prestadora de salud porque debe garantizar al empleador que estará disponible para cuando se le requiera el llamado.

En este sentido; al trabajador ese tiempo debe reconocérsele dentro de su jornada laboral ya que es por mera liberalidad del empleador exigirle al trabajador que permanezca en institución sin asignarle labores, por tanto, tiene derecho a la remuneración pactada;

Es claro entonces, que la disponibilidad en estas condiciones se computa dentro de la jornada laboral del



trabajador implicando el reconocimiento de todos los emolumentos derivados de ella, como el pago de horas extras, si la disponibilidad excede la jornada laboral ordinaria; al pago del recargo nocturno, si la disponibilidad se debe prestar en la noche; al recargo dominical y festivo, si la disponibilidad se presta en domingos o festivos.

Lo anterior cobra su sustento en Sentencia 43641 del 5 de abril de 2017¹:

«Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.»

CUANDO LA DISPONIBILIDAD ES EN CASA DEL TRABAJADOR

En este sentido, el trabajador no debe permanecer en el sitio de trabajo, por lo contrario, permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral.

En atribución la sola “disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir, con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria.

Dicho de otro modo; dependiendo del nivel de disponibilidad, se computará como parte de la jornada laboral, y si el trabajador termina no laborando, en todo caso se le debe remunerar con **el salario básico**.

No obstante, si la disponibilidad fuera de las instalaciones de la empresa implica determinados límites al trabajador, esta se tratará como si fuera una disponibilidad en las instalaciones de la institución; es decir, si el trabajador está en su casa, pero sin poder alejarse de ella porque en

cualquier momento debe presentarse a trabajar, esa disponibilidad se considera trabajo.

Para resumir, la disponibilidad que implique restricciones al trabajador que le impidan disfrutar de su tiempo libre, se paga como si hubiera trabajado; por el solo hecho de estar disponible de noche o los fines de semana, así no haya trabajo efectivo, se le deben pagar los recargos a que haya lugar; por el contrario sensu; si la disponibilidad a la que se somete el trabajador le permite autonomía en el manejo de su tiempo, se paga como trabajo ordinario, es decir, así no trabaje o trabaje poco, tiene derecho a su salario básico, pero no a recargos de ningún tipo, a no ser que el trabajo efectivo deba realizarlo en un horario que implique recargos.

Si un trabajador con disponibilidad flexible, por llamarla así, en un día cualquiera debe trabajar a media noche como es el caso del talento humano en salud, se le reconoce el recargo nocturno, e igual si debe trabajar un domingo o festivo; se le debe reconocer su recargo dominical o festivo.

Un dato a saber es que la “disponibilidad” no se encuentra expresamente regulada en el Código Sustantivo del Trabajo ni en otra norma nacional. Por ello, su estudio debe comprender el análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales, no son de obligatorio cumplimiento, al no ser leyes de aplicación general, pero sí son herramientas de decisión judicial para futuros casos similares.

SOBRE LA LEY 2191 DE 2022 – LEY DE DESCONEXION LABORAL Y SU REPERCUSION EN EL FENOMENO DE LA DESCONEXION LABORAL.

los artículos 3° y 4° de la Ley establecen unos parámetros para garantizar la desconexión laboral, dentro de los cuales está la garantía a “no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo, o convenida, ni en sus vacaciones o descansos”; así como la imposibilidad de acordar o pactar entre las partes una situación contraria (Contreras, 2022).

Partiendo de este presupuesto, la disponibilidad del trabajador es prohibida en el marco de la regulación de la ley de desconexión laboral, no obstante, se lanza un salvavidas ya que esta figura seguirá siendo válida para los cargos de dirección, confianza y manejo, partiendo que una de las excepciones de esa misma ley modula la

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, Sentencia del 43641 del 5 de abril de 2017, MP. Jorge Luis Quiroz Alemán Obtenido de

<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bjun2017/Ficha%20SL5584-2017.pdf>



desconexión laboral permitiendo la disponibilidad siempre que se miren aspectos como la naturaleza del cargo y situaciones extraordinarias que hagan necesaria su interrupción, las cuales deberán ser incluidas por el empleador en la política que exige la Ley.

Por otra parte, para el talento humano en salud sigue siendo prohibida, ya que luego de turnos de 8 a 12 horas se exige una desconexión laboral para que el trabajador tenga un periodo de recreación y descanso.

CONCLUSION

Con base en lo anterior, se tiene que el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar si se debe pagar o no horas de trabajo para el talento humano en salud que se encuentre disponible para prestar el servicio a pesar de no llevar a cabo función alguna al respecto:

Esto dependerá del hecho que la persona no pueda realizar actividades propias y esté en el lugar de trabajo.

Así, si un médico, bacteriólogo, enfermero o técnico en rayos x por decir algunos, puede estar en su casa, dormir, salir del sitio del trabajo, hacer actividades lucrativas propias y simplemente estar dispuesto a que eventualmente sea llamado para atender una urgencia, no puede considerarse como tiempo de trabajo y por ende, no deberá pagarse.

Para el caso se trae un ejemplo a mayor ilustración definido entre líneas por la Sentencias del cinco (5) de mayo de 1971 de la misma Corte y más recientemente, Sentencia del 14 de agosto de 2007.

“Así, durante el término de disponibilidad al trabajador no se le ésta exigiendo que preste su actividad de forma normal y continua, sin embargo, en términos de la Corte: “Cuando el médico atiende al paciente, en esas condiciones, está prestando un servicio personal el cual sí hay que remunerar” y continúa “Pero al contrario, si la urgencia no ocurre y el médico, como el de autos, aunque disponible, permaneció inactivo, no surgió para él derecho a la remuneración que solo la ocasiona el trabajo persona”

¡La Corte concluyó dentro de su argumento que los turnos de “disponibilidad” deben pagarse, pero si se aprecian los hechos ocurridos en ese caso, no sólo hubo “disponibilidad” sino prestación efectiva del servicio!

“Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún

inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.”

Así las cosas, como se observa dentro de su argumento jurídico, la Corte concluyó que el hecho de tener que estar disponible y no poder llevar a cabo las actividades personales que se deseen sin limitaciones, otorga el derecho al empleado de que ese tiempo se reconozca como servicio suplementario y además, a devengar recargos por horas extra (y demás recargos de ley), a pesar que finalmente no sea la persona llamada a laborar.

En conclusión en esta Sentencia, se evidencia que la regla general establecida por los precedentes judiciales se mantiene: Si el trabajador no puede llevar a cabo actividades propias o personales durante el turno de disponibilidad, tales como viajar, estar con su familia, dedicarse a actividades lucrativas independientes, dormir y demás, entonces deberá pagársele ese tiempo como si hubiera prestado el servicio, inclusive con los recargos a los que haya lugar, nocturno, dominical, festivo y suplementario (horas extras).

Por otra parte, la ley de desconexión laboral, prohíbe la disponibilidad laboral en el marco que todo trabajador tiene que tener su tiempo de descanso, pero como toda prohibición tiene sus excepciones, se contempla también la posibilidad de emplearse esta figura bajo una serie de excepciones propias del cargo y particulares extremas de caso; como consecuencia, se podrán establecer en la mencionada política los casos o situaciones en las cuales se requerirá que el trabajador atienda el llamado realizado por el empleador fuera de la jornada.

En este sentido, el empleador debe disponer de colaboradores que estén disponibles en tiempo diferente a su jornada ordinaria (por ejemplo, fines de semana) para hacer específicas funciones, atender eventuales contingencias o tareas esporádicas que implique que éstos deban estar pendientes de eventuales órdenes o instrucciones laborales. Lo dicho siempre y cuando les impida, a manera de ejemplo, salir de vacaciones, viajar, no atender el celular, dormir y, en fin, llevar a cabo sus actividades cotidianas, personales y familiares sin restricción alguna.



GONZALEZ PAEZ
ABOGADOS

Referencias.

Daniel Mauricio Contreras (2022) en su columna de opinión ¿y la disponibilidad laboral? analisis/daniel-mauricio-contreras-2959119/y-la-disponibilidad-laboral-3287656

Carolina Porras Ramírez (2017) en su columna de opinión ¿Ahora la disponibilidad laboral se paga? <https://www.semana.com/opinion/columnistas/articulo/ahora-la-disponibilidad-laboral-se-paga-carolina-porras/250658/>

LAURA VANESSA SAMUR VERGARA

 Cra 7 # 71-21 Torre B Piso 13. Edificio Avenida Chile. Bogotá D.C. Colombia.

 www.gonzalezpaezabogados.co

 Cra 20 # 18-17 - Of. 304 Ed. El Portal, Sincelejo (Sucre) - Colombia.

  @gonzalezpaezabogados  @gonzalezpaezab

 (+57) 324 6467069

 info@gonzalezpaezabogados.co

Bogotá - Barranquilla - Cartagena - Montería - Valledupar - Bucaramanga - Medellín - San Juan de Pasto - Santa Marta - Villavicencio - Cali