

Bogotá D.C., 21/11/2017

08SE2017120300000030550

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. ID 137750 del 2 de octubre del 2017
lus Variandi – modificación de las funciones del contrato laboral

Respetado(a) Señor(a)

En atención a su comunicación radicada en esta Oficina Asesora Jurídica, a través de la cual requiere pronunciamiento de este Ministerio sobre las modificaciones de las funciones contractuales y la asignación salarial, le informo:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica

Antes de dar trámite a su consulta es de aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica solo estaría habilitada para **emitir conceptos generales y abstractos** en relación con las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011 y por ende **no le es posible realizar declaraciones de carácter particular y concreto**. De igual manera, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el art. 41 del D.L. 2351 de 1965, modificado por el art. 20 de la ley 584 de 2000, dispone que los funcionarios de este Ministerio **no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces.**

Tema de consulta

- Modificación de las funciones contractuales laborales
- Asignación salarial

Normatividad aplicable

- Código Sustantivo del Trabajo
- Jurisprudencia Colombiana

Consideraciones

Con el fin de darle respuesta a la solicitud radicada por usted ante este Ministerio, es necesario aclarar algunos aspectos legales y jurisprudenciales que pueden fungir como criterios orientadores para dilucidar la solución al problema jurídico planteado en su escrito.

Como primera medida, es necesario indicarse que el contrato de trabajo es un acto jurídico celebrado por el empleador y el trabajador de manera consensual, las partes están facultadas para convenir la índole del trabajo, las funciones y labores a desempeñar, las condiciones para su desempeño, el sitio en donde ha de realizarse, la cuantía, la forma de remuneración, los períodos que regulen su pago y demás condiciones laborales.

En virtud de dicha consensualidad, puede considerarse que tanto empleador como trabajador tienen la posibilidad de llegar a mutuos acuerdos, **siempre que no contraríen la ley ni desconozcan los mínimos derechos establecidos en la legislación laboral.**

Ahora bien, El empleador en uso del *ius variandi*, podría variar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores; por razones de conveniencia que surgen de las necesidades de la empresa, mas no por motivos personales o subjetivos de éste, pues debe observar las condiciones mínimas del respeto a la dignidad de los trabajadores.

Sin embargo, **es de anotar que el empleador no se encuentra facultado para modificar unilateralmente los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son el salario, la jornada de trabajo y las funciones**, puesto que los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables; las modificaciones que se efectúen al contrato de trabajo, deben ser acordadas y aceptadas por el trabajador. Las modificaciones, que se introduzcan en el contrato, no podrán afectar los derechos laborales mínimos garantizados por la legislación laboral.

En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, vale decir, sus efectos se producen en el tiempo, de manera tal que cobra respecto de éste, especial importancia la posibilidad de introducir modificaciones en su contenido, sin embargo, el “*ius variandi*” no sólo está limitado por los parámetros de la ley sino también por el status jurídico del trabajador, razón por la cual, es fundamental tener presente que el empleador puede variar las condiciones laborales, como el salario o las funciones o responsabilidades a cargo, **pero nunca sin el acuerdo o aceptación por parte del trabajador** ni para desmejorarlo, ya sea en un contrato a término fijo, indefinido o por la duración de la obra.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-682 de 2014, consideró algunas situaciones de abuso del “*ius variandi*” cuando se modifica el lugar de realización del trabajo, así:

“(ii). Otro ejemplo de abuso del “ius variandi” se presenta cuando el empleador - público o privado-, en ejercicio del poder subordinante, modifica la sede donde se desarrolla el trabajo.

Esta figura denominada por la jurisprudencia como “ius variandi locativo” ha sido estudiada por la Sala de Casación Laboral y se ha abordado como una facultad del empleador limitada por criterios de antigüedad, cargas empresariales y derechos adquiridos del trabajador.

Así lo explicó en su momento la Corte Suprema de Justicia^[41] cuando decidió no casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que ordenó el reintegro de una trabajadora que había sido desvinculada sin justa causa, por haberse negado a trasladarse de ciudad por orden de su empleador.

En síntesis, en esa ocasión la trabajadora había sido despedida por haberse negado a desplazarse a la ciudad de Bogotá, luego de permanecer durante toda la relación laboral en la ciudad de Cali y haber prestado sus servicios durante 30 años de manera ininterrumpida. En esta ocasión el empleador no midió las consecuencias e impactos negativos que dicho traslado acarrea en la vida familiar y situación psicoafectiva de la peticionaria.

Sin embargo, fue este el fundamento utilizado por el juez laboral para proteger el derecho invocado por la accionante y el detonante final para activar el amparo que desencadenó múltiple pronunciamiento de este Tribunal, encaminados a brindar mayor auxilio a los trabajadores objeto de traslado sin las correspondientes medidas de concertación. En esta oportunidad la Corte expresó:

“3. El ius variandi locativo: Basta reseñar la importancia y complejidad del tema para confirmar plenamente las anteriores consideraciones, según las cuales no puede ser válido el poder de dirección de un patrono en esta materia tan delicada, cuando se pretende sustentarlo en la cláusula ambigua de un contrato impreso (T. Sala franco, la movilidad del personal dentro de la empresa- Editorial Tecnos 1973)

Indica la doctrina que la movilidad del personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnimoda, puesto que no se puede disponer del trabajador como si fuese una máquina o una mercancía, ya que él “echa como las plantas sus propias raíces”. Es evidente que el trabajador tiene un legítimo derecho a la inamovilidad, que le permite organizar su vida personal, social y familiar sin trastornos innecesarios.

El cambio de la sede de trabajo, que implica cambio de localidad, o sea el traslado en sentido propio, debe tener unos límites genéricos (causas justificativas de la actuación empresarial y respecto de los derechos adquiridos del trabajador), además de unos límites específicos, propios o impropios como pueden ser el criterio de la antigüedad y el de las cargas empresariales, respectivamente. En todo caso, debe obedecer a criterios objetivos y no puede imponerse sobre la base de un pacto impuesto y además ambiguo, en el cual se prevé el cambio de dependencia, pero no el de localidad y menos aún entendida como cambio de ciudad y de región.” (Resaltado fuera del texto original)

Se debe aclarar que este pronunciamiento jurisprudencial sobre el “ius variandi locativo” se ha considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como pionero y garantista en materia de protección al trabajador objeto de traslado; al grado que es el criterio vigente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia pese al tiempo transcurrido.

Siguiendo este hilo argumentativo, en un caso posterior, la Sección Primera de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia núm. 4756 del 30 de enero de 1992, retoma los anteriores argumentos y explica de manera más detallada el concepto de “ius variandi locativo” resaltando que el mismo debe atender las exigencias técnicas y organizativas, sin desconocer las consecuencias laborales, familiares y económicas del traslado. Para ello determina algunos otros criterios a tener en cuenta al momento de realizar la valoración “técnica y objetiva” de los traslados, y efectúa una diferenciación importante entre los altos ejecutivos o trabajadores muy calificados y los que no están dentro de este calificativo. Sobre el particular, la Corte Suprema indicó lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterada al explicar que la facultad directiva y de impartir órdenes del empleador no es absoluta e ilimitada tratándose de la potestad que posee de variar las condiciones laborales de sus trabajadores, en especial tratándose de la movilidad geográfica de éstos, la cual no puede obedecer al capricho empresarial, sino que debe corresponder a razones objetivas como son las técnicas, de organización y las propiamente humanas sin que tal medida pueda llegar a implicar el desconocimiento del derecho del trabajador a que su situación laboral, familiar y económica no sea desmejorada.

Las circunstancias personales del trabajador antes mencionadas dadas a conocer para él mismo la empresa no permiten entender la obstinación de la empleadora en trasladar a aquel a otra ciudad, la cual podría comprensible si se hubiera tratado de un alto ejecutivo o un trabajador muy calificado y por razones válidas, pero no en el caso de una persona que desempeña un oficio que no exige mayor calificación, que además es cabeza de familia y con un salario que resulta escaso para instalarse en una ciudad distinta a aquella en la que reside con su familia por más de 16 años”

El anterior desarrollo jurisprudencial ha sido complementado por el juez constitucional, que también ha condensado algunas reglas respecto a los límites del “ius variandi”. Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se ha considerado que la facultad legal de la que dispone el empleador -privado o público- para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, los siguientes^[42]:

- (i) Las circunstancias que afectan al trabajador,*
- (ii) La situación familiar,*
- (iii) El estado de salud del empleado y el de sus allegados,*
- (iv) El lugar y el tiempo de trabajo,*
- (v) Las condiciones salariales,*
- (vi) El comportamiento del trabajador durante la relación laboral y;*

(vii) *El rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto.*

En ese orden de ideas, en lo referente al ejercicio del ius variandi, esta Corporación ha establecido que en cada caso particular, es el empleador el que tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo presente que dicha potestad no lo reviste “de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”[43].

Bajo ese contexto, se puede decir que uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del ejercicio del “ius variandi” se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial)[44] pero siempre con el respeto de las directrices limitantes ya expuestas”.

Así las cosas, la modificación que se pretenda ejercer que sobrepase los límites del *ius variandi*, podría realizarse a través de un otrosí, **contando con el consentimiento del trabajador**, siempre y cuando con dicha modificación y para el caso en concreto, la de asumir funciones que representen modificación a la asignación salarial, no se desconozcan los mínimos de derechos y garantías consagrados a favor del trabajador según los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

Seguido a esto resulta importante mencionar el artículo 143 del Código sustantivo del Trabajo señala:

“A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL. Modificado por el art. 7, Ley 1496 de 2011

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales”. (Negrilla fuera del texto)

Es decir, asume esta Oficina Asesora Jurídica en virtud del mencionado artículo, que cuando se presenten situaciones similares en cuanto puesto, jornada, condiciones entre dos trabajadores, se debería tener una asignación también similar.

Finalmente, corresponde a las partes de la relación laboral llegar a un acuerdo respecto a los efectos en el cambio de funciones y asignación salarial; atendiendo a razones de equidad, dignidad y justicia. En aras de buscar un acuerdo amigable para la solución de un posible conflicto, se podría acudir ante el Inspector de Trabajo para que sean citadas las partes a una audiencia, donde puedan conciliar las diferencias surgidas. Si se llegarán a evidenciar infracciones a la normatividad laboral este Ministerio podría imponer las sanciones administrativas correspondientes.

Finalmente este Ministerio lo invita para que visite nuestra página <http://mintrabajo.gov.co/conceptos-institucionales-oficina-asesora-juridica>, donde encontrará publicado los conceptos que ha emitido esta Oficina Asesora Jurídica.

En este sentido damos respuesta a su comunicación, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 del 2011, adicionado por el artículo 1 de la ley 1755 del 30 de junio del 2015 en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Transcriptor: Alejandra P.
Elaboró: Alejandra P. 21/11/2017
Aprobó: Marisol P.