

222146

23 DIC. 2014

OBLIGACIÓN ESPECIAL DE EMPLEADOR.

b) Tema de consulta

Indicar las implicaciones para el Empleador generadas por el cambio de sede de la empresa. Autorizar el traslado de sede de la empresa. Señalar las obligaciones económicas del Empleador frente a auxilios correspondientes a transporte y alimentación.

c) Normatividad aplicable

Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 4108 de 2011.
Ley 15 de 1959.

d) Aspectos jurídicos

Del ius variandi

En primer lugar, debe advertirse al consultante que esta Oficina Asesora Jurídica; de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto 4108 de 2011; no ostenta la competencia para indicar si la actuación de la Empresa en calidad de Empleador se encuentra ajustada o no a derecho, pues, esto corresponde a las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo.

No obstante, se considera importante mencionar algunos aspectos jurídicos pertinentes que podrían fungir como criterios orientadores a fin de resolver su inquietud.

Así pues, debe comenzarse por indicar que en una relación jurídica laboral deben existir los elementos esenciales establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tales como: 1) prestación de servicio personal, 2) subordinación y 3) contraprestación / remuneración por los servicios prestados.

Es de la *subordinación* que emana una facultad del Empleador consistente en modificar las condiciones de trabajo, entre las cuales se encuentran: modo, tiempo y lugar.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que dicha facultad se denomina *ius variandi*, definiéndolo mediante sentencia T-524 de 2010, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

114. 1.8. Por su parte, frente al denominado ius variandi, este Tribunal lo ha definido como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo¹¹.

Tal facultad, entonces, se concreta en la posibilidad que tiene la respectiva autoridad nominadora de modificar la sede de la prestación de los servicios personales, bien sea discrecionalmente para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio cuando las necesidades así lo impongan, o bien por la solicitud de traslado que directamente se realice."(Negrillas fuera del texto original)

También, indica la Corte, en sentencia T-065 de 2007; con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil; que el *ius variandi* no es absoluto, de manera que posee límites en el siguiente sentido:

"Como en reiteradas ocasiones lo ha precisado esta Corporación²¹, el ejercicio del ius variandi no tiene un carácter absoluto. Para la Corte dicha potestad encuentra límites claros en la propia Constitución Política, concretamente, (i) en las disposiciones que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas (C.P. arts. 1°, 25 y 53), (ii) en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para exigir de sus empleadores la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores (C.P. preámbulo y arts. 1°, 2°, 25, 39, 48,

Carrera 14 No. 99 - 33 Edificio REM, Bogotá D.C., Colombia

P8X: 4893900 www.mintrabajo.gov.co.

53, 54, 55, 56 Y 64) y, en general, (i;) en los principios mínimos fundamentales que deben regular las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el Artículo 53 del Estatuto Fundamental.

Sobre esa base, ha sostenido la jurisprudencia que la facultad del empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, las circunstancias que afectan al trabajador, la situación familiar, su estado de salud y el de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado.

Así, frente al ejercicio del *ius variandi*, en cada caso particular el empleador tiene la carga de observar el conjunto de estos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente, teniendo siempre 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".

En complemento de lo anterior, ha aclarado este Tribunal que la naturaleza pública o privada del empleador no constituye, por sí misma, razón suficiente para diferenciarlos alcances del *ius variandi* en uno y otro caso, razón por la cual los criterios relativos a las mínimas condiciones de respeto a la dignidad de los trabajadores tienen plena aplicación frente a cualquier empleador, sin importar que el mismo sea de derecho público o de derecho privado.²"

(Negritas fuera del texto original)

En igual sentido, se pronunció la Corte mediante sentencia T-687 de 2013, Magistrado ponente: Luis...Guillermo Guerrero Pérez:

"La Corte Constitucional ha entendido el *ius variandi* como la facultad que tiene el empleador para modificar las condiciones de trabajo de sus empleados, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de la relación laboral. No obstante, dicha potestad no es absoluta, pues tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y de su familia establecidos en la Constitución: (i) en las disposiciones que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas; (ii) en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para exigir de sus empleadores la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores; y (iii) en los principios mínimos fundamentales que deben regular las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el Artículo 53."

Acogiendo el criterio de nuestro máximo Tribunal constitucional, el Empleador en ejercicio del *ius variandi* no posee un poder absoluto sobre el Trabajador, pues, como indicó en el fallo citado existen límites como lo son los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política, el derecho del trabajador a desarrollar sus actividades en condiciones dignas y justas, así como tener en cuenta el grado de afectación que los cambios pretendidos sobre su dignidad, salud, situación familiar, condiciones salariales, así como su rendimiento reciente, entre otras.

En consecuencia, la discrecionalidad que tiene el Empleador en desarrollo de esta facultad de modificar las condiciones de trabajo no es infinita, toda vez que debe respetar los postulados constitucionales mencionados.

De las obligaciones especiales del empleador

Teniendo en cuenta las limitaciones del *ius variandi*, y a efecto de responder su inquietud, debe destacarse una de las obligaciones especiales del Empleador, establecida en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza:

"Artículo 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. Son obligaciones especiales del empleador:

(...)
8. Pagar al trabajador los gastos razonables de venida y de regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. Si el trabajador prefiere radicarse en otro lugar, el empleador le debe costear su traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar donde residía anteriormente. En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con él convivieren; y ...(...)"

Así pues, si a consecuencia del ejercicio del *ius variandi*, el Empleador hace cambiar de residencia al Trabajador con el objeto de prestar sus servicios en otro lugar que implique su mudanza y radicación en un lugar diferente al que

tenía cuando celebro el contrato de trabajo, debe asumir todos los gastos del trabajador y su familia (bajo el entendido que convivan con él), implicando el traslado tanto de ida como de regreso a donde se encontraba residiendo antes.

Del auxilio de transporte

El artículo 2° de la Ley 15 de 1959, dispone:

"Establécese a cargo de los patronos en los municipios donde las condiciones del transporte así lo requieran, a juicio del gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de (...).

PARAGRAFO. El valor del subsidio que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagará exclusivamente por los días trabajados. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la norma preinserta, el auxilio de transporte tiene como fin colaborarle económicamente al trabajador en los gastos de movilización de su residencia al sitio de trabajo para cumplir con sus obligaciones.

Por su parte, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 1 de 1988, que no tiene derecho al auxilio de transporte el trabajador cuyo traslado al sitio de trabajo no implica ningún costo:

"Casos en que no se paga el auxilio de transporte. Se desprende de lo anterior como lógica consecuencia y sin que sea indispensable acudir a los varios decretos reglamentarios cuya vigencia se discute, que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado a éste no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones".

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia manifiesta en la Sentencia del 30 de junio de 1989, lo siguiente:

"... Si el auxilio de transporte sólo se causa por los días trabajados (L.15/59, art. 2, par.) y puede ser sustituido por el servicio gratuito del transporte que directamente establezca el patrono... es incontrovertible que su naturaleza jurídica no es, precisamente, la retribución de servicios sino, evidentemente, un medio de transporte en dinero o en servicio que se le da al trabajador para que desempeñe cabalmente sus funciones..." (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con las disposiciones normativas señaladas, el auxilio de transporte es una figura jurídica creada para aquellos trabajadores que devenguen hasta dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, siempre que éstos laboren en lugares donde se preste el servicio público de transporte (urbano o rural) y deban utilizarlo para desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, sin tener en cuenta la distancia ni el número de veces al día que deba pagar pasajes.

No obstante, atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, no se genera el pago del auxilio de transporte cuando el trabajador vive en el mismo sitio de trabajo, o cuando el traslado de su residencia al lugar del trabajo no implica ningún costo, o cuando los empleadores de forma gratuita suministren los medios de transporte.

Aunque se encuentren exceptuados de pagar el auxilio de transporte aquellos empleadores que suministren gratuitamente los medios de movilización para llegar tanto a su sitio de trabajo como a su residencia, entendería la Oficina que esta excepción sería procedente siempre y cuando no se genere costo alguno para el trabajador, y del mismo modo, que ese servicio sea prestado de carácter permanente y no de manera temporal; pues en caso contrario, el empleador estaría obligado a cancelar dicho auxilio a los trabajadores que devenguen menos de dos salarios mínimos y que requieran incurrir en gastos para trasladarse hasta su residencia."

La liquidación del auxilio de transporte se debería realizar sobre la jornada ordinaria laboral de manera directa al trabajador establecida en el artículo 158 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual reza:

"ARTÍCULO 158. JORNADA ORDINARIA. La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal."

Finalmente, resulta pertinente indicarle que mediante el Decreto 3069 del 2013, fue fijado el auxilio de transporte para la vigencia del año 2014 en valor que asciende a SETENTA y DOS MIL PESOS (\$72.000,00) MONEDA CORRIENTE.

Este Despacho acogiendo el criterio de la Insigne Corte Suprema de Justicia, entendería que cuando un Trabajador cumpla con el presupuesto legal de devengar hasta dos (2) salarios mínimos legales vigentes, habría lugar al pago del Auxilio de transporte independientemente de si en el lugar de su residencia sea prestado el servicio de transporte público urbano - rural y deban utilizarlo para desplazarse, así como tampoco se tiene en cuenta la distancia ni las sumas que deba pagar por conceptos de pasajes.

Conclusión

Considerando lo expuesto, esta Oficina estimaría que el ejercicio del *ius variandi* por parte de todo empleador debe respetar los principios constitucionales aludidos, por lo cual, una vez se valoren éstos frente a la situación concreta podrían realizarse las modificaciones sobre el modo, tiempo y lugar en tanto condiciones de trabajo se refiere sin desmejorar su situación laboral ni vulnerar la dignidad humana y demás derechos fundamentales del trabajador.

Resulta relevante indicar que la apertura de una nueva sede de la empresa no requiere autorización de este Despacho, pues, ello se entendería emanado de una decisión por política comercial de la misma organización, cuya materialización podría implicar el cumplimiento de la obligación especial de asumir todos los gastos en que incurran sus trabajadores en caso de cambiar su lugar de residencia a fin de continuar prestando sus servicios a la empresa aludida.¹

y aquellos trabajadores que devenguen un salario no superior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, entendería este Despacho que de conformidad con lo establecido en el Decreto 3069 del 2013 tendrían derecho a recibir el auxilio de transporte.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

(original fdo)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica

¹ Cfr. Ver artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 8.

