

Bogotá, D. C. **28 SEP. 2016**

08SE2016120300000001539

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 11EE2016120000000006748

Sustitución Patronal - Principio "Ius Variandi" – Procedimiento para aplicación de la justa causal de despido establecida en el numeral 9 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual el Usted se refiere a una consulta acerca de "Sustitución Patronal - Principio "Ius Variandi"- Procedimiento para aplicación de la justa causal de despido establecida en el numeral 9 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes de competencia 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, los pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a las solicitudes cabe manifestar que cuando se presenta la figura de la Sustitución Patronal, el nuevo Empleador y el antiguo, responden solidariamente de las obligaciones que existían a la fecha de sustitución, cuando en el artículo 69 a la letra en su parte pertinente dice:

"Artículo 69 – Responsabilidad de los Empleadores

1. El antiguo y el nuevo {empleador} responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo {empleador} las satisficere, puede repetir contra el antiguo."

Por ello, con respecto a la posibilidad del nuevo Empleador de fijar una nueva cuota de venta a sus trabajadores del área comercial, cabe manifestar que la aplicación del principio denominado "ius variandi", por parte del Empleador no es absoluto, pues el mismo comporta el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y no puede transgredir lo relativo a los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son la prestación personal de la labor, la remuneración y la subordinación esta última

aplicada dentro de los parámetros del derecho fundamental a la dignidad del trabajador, por ello, la H. Corte Constitucional, ha manifestado que se requiere el beneplácito del trabajador para su canje, so pena de vulneración de sus derechos contrario al mutuo acuerdo expreso celebrado entre el Empleador y el Trabajador para estos tópicos.

En Sentencia T-682/14, Referencia. Expedientes T-4307722, T-4357583 y T-4354851 acumulados, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ivan Palacio Palacio, a la letra en uno de los apartes de la providencia dice:

“EJERCICIO DEL IUS VARIANDI POR EMPLEADOR PRIVADO O PUBLICO-No puede desconocer derechos fundamentales de persona que presta un servicio público

*A pesar de la existencia de esta facultad del ejercicio el “ius variandi” en cabeza ya sea de la administración pública o de un empleador privado, es de advertir que debe ejercerse. (i) dentro de los límites de la razonabilidad y (ii) las necesidades del servicio. En estos términos, su aplicación ha de consultar los derechos fundamentales del trabajador, su apego profesional y familiar, los derechos de terceros que eventualmente podrían verse afectados y todos aquellos **factores relevantes para evitar la toma de una decisión arbitraria**”. (resaltado fuera de texto)*

Con respecto a que el hecho de no alcanzar las nuevas metas canjeadas en forma unilateral por el Empleador, es justa causal de despido cabe manifestar que, no le es dable al Empleador ni al trabajador, erigir una nueva causal de despido justo, pues las mismas se encuentran expresa y taxativamente contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 62, sin que exista fundamento jurídico para el Empleador para erigir una nueva. La disposición a la letra dice:

“Artículo 62 – Terminación del contrato por justa causa –

Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

a- Por parte del {empleador}:

1- El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.

2- Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

3- Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores

4- Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

5- Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores

6- Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

7 -La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato

8 -El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

9- El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.

10-La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

11- Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

12-La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

13-La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

14-El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa

15- La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días”. (resaltado fuera de texto)

Por ello, para dar aplicación a la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 62, resaltada ut supra, se requiere por mandato legal, realizar un procedimiento previo, es decir, que la aplicación de la justa causal no es automática, pues en forma previa, el Empleador debe cumplir dos condiciones, la primera relacionada con la igualdad de las condiciones en las que se encuentran la persona o personas a quienes se le aplique tal medida y segundo de la implementación de instrumentos adecuados para realizar parámetros de comparación entre la actividad desempeñada por una persona con otra en igualdad de condiciones, para poder apreciar palmariamente, el bajo rendimiento sin causa que lo justifique mediante normas que la misma ley señala para su correspondiente aplicación y, la realización posterior del proceso disciplinario del sector privado, plasmado en el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con lo preceptuado por la H. Corte Constitucional en Sentencia C 593 de 2014, Referencia: expediente D-

10032, Magistrado Ponente, Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia de la que se destaca los apartes más relevantes, cuando en su parte pertinente a la letra dice:

*“Debido proceso en materia disciplinaria –
Elementos constitutivos*

Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”

El artículo 2 del Decreto 1373 de 1966, “*Por el cual se reglamentan los artículos 4-, 7- numerales 9, 14 y 15; 9, 10, 14 numeral 2; 17, 20, 25, 26, 39 y 40 del Decreto extraordinario No 2351 de 1965*”, que en su artículo 2, señala los parámetros que el Empleador debe tener en cuenta para dar aplicación a la causal establecida en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 9 para su correspondiente aplicación

“Artículo 2-

Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

a- Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.

b -Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y

c- Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes”

Por ello, el cuadro comparativo del rendimiento del trabajador se debe aplicar a quienes tienen condiciones iguales, no disímiles, pues de lo contrario el Empleador incurriría en la vulneración de los principios constitucionales obligantes para el Empleador, por mandato de la norma de normas, que es de obligatoria aplicación para todos.

En cuanto a la expresión de “no aceptación” por parte del trabajador a la que se alude en su consulta, cuando se le es comunicado un requerimiento para mejorar su rendimiento y le imprime la frase a la que se alude, cabe manifestar que su significancia no puede ser universal ni única, pues ello depende de cada circunstancia en particular, por ello, el procedimiento además de llenar los requisitos que la norma constitucional prevé, debe estar establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, el que el Empleador en atención a lo normado por el artículo 104 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene obligación de implementar para señalar las distintas circunstancias así como también las faltas graves, pues en atención a lo norma antedicha, el mismo debe contener entre otras lo siguiente, al preceptuar:

“Artículo 108 – Contenido- El reglamento debe contener disposiciones normativas de los siguientes puntos:

1-

16. Escala de faltas y procedimientos para su comprobación; escala de sanciones disciplinarias y forma de aplicación de ellas”.

En cuanto a que si la no aceptación del comunicado, constituye una violación grave a los deberes del trabajador cabe manifestar que, las obligaciones especiales del trabajador se encuentran taxativa y expresamente contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 58, por tanto, no le es dable al Empleador erigir unas especiales que la norma no contempla, disposición que a la letra dice:

“Artículo 58 – Obligaciones especiales del trabajador –

Son obligaciones especiales del trabajador:

- 1- Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.*
- 2- No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.*
- 3- Conservar y restituir un buen estado, salvo el deterioro natural, los instrumentos y útiles que le hayan sido facilitados y las materias primas sobrantes.*
- 4- Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.*
- 5- Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.*
- 6- Prestar la colaboración posible en casos de siniestro o de riesgo inminente que afecten o amenacen las personas o cosas de la empresa o establecimiento.*
- 7- Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales*

- 8- *La trabajadora en estado de embarazo debe empezar a disfrutar la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, al menos una semana antes de la fecha probable del parto”.*

Con respecto a erigir la negativa del trabajador a ser trasladado a otra ciudad como justa causal de despido, cabe destacar lo que la Oficina se pronunció ut supra sobre las justas causales de despido plasmadas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para mayor 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 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas
en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró : Adriana C.
Revisó : Dra. Ligia R.
Aprobó : Dra. Zully A.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvach\Documents\2016 CONSULTAS\12-09-2016\Cesar González-11EE2016120000000006748-Principio Ius Variandi.docx