



MinTrabajo
República de Colombia

**Prosperidad
para todos**

1200000
Bogotá,

202560

12 OCT. 2013

URGENTE

ASUNTO: Radicado No. **99705**
Tema. Derecho Laboral Individual
Variación del salario/ terminación del Contrato mujer embarazada/ trabajador discapacitado.

Respetada Señora.

De manera atenta, atendiendo a su consulta recibida en esta entidad bajo el radicado del asunto, nos permitimos aclarar sus inquietudes respecto a la variación de las condiciones laborales de una trabajadora al momento de la terminación de una licencia remunerada; respecto a la terminación del contrato a termino fijo de una trabajadora en estado de embarazo y de un trabajador discapacitado, en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar, que de acuerdo con la naturaleza y funciones atribuidas a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, y que por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias de índole laboral.

Respecto al primer interrogante, con base en lo anterior dejando claro que esta oficina no realizara ningún pronunciamiento respecto a los valores o a la legalidad de las conductas realizadas, si es procedente señalar que el contrato de trabajo, al ser un acuerdo de voluntades ente las partes contratantes, se permite acordar libremente las condiciones en las que se desarrollará el mismo, como lo dispone el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto a las condiciones del contrato de trabajo suscrito con un trabajador, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 132, señala:

"Formas y libertad de estipulación. 1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.(...)"

Junto a lo anterior, a propósito de las modificaciones o adiciones al contrato de trabajo es pertinente mencionar que la Corte Constitucional, se ha referido frente al "*ius Variandi*" como aquella facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo del trabajador en cuanto al modo, lugar, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe ser ejercida con un criterio razonable y, por tanto, sin arbitrariedad.

Carrera 14 No. 99 - 33
PBX: 489 3900 - 489 3100
Bogotá - Colombia
www.mintrabajo.gov.co



Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto su criterio en la sentencia T-483 de 1993 (M.P. Dr. Magistrado José Gregorio Hernández), en la que señaló:

"(...) el llamado ius variandi - entendido como la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores- está "determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa" y que de todas maneras "habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador" (Corte Constitucional. Sentencia T-407 de junio 5 de 1992).

El ius variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, las condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnimodas 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"

Con base en lo anterior, es claro que el empleador en uso de esta prerrogativa podría modificar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores y por razones de conveniencias que surgen de las necesidades de la empresa y no por motivos personales o subjetivos de éste, pues debe observar las condiciones mínimas del debido respeto y la dignidad de los trabajadores.

Sin embargo, es de anotar que el empleador no se encuentra facultado para modificar los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son el salario, la jornada de trabajo y la prestación del servicio, pues en todo caso es preciso destacar que los derechos laborales tienen el carácter de irrenunciables, por lo tanto, las modificaciones que se introduzcan en el contrato no podrán afectar los derechos laborales mínimos garantizados por la legislación laboral, situación que ha sido ampliamente debatida en instancia de nuestras altas cortes, en especial la sentencia del 21 de noviembre de 1983 Sala de Casación Laboral Sección Primera, señalo:

"El poder directivo o subordinante, de que sin duda goza el patrono en la relación laboral, y del cual es consecuencia directa el llamado ius variandi, dista mucho de ser una potestad absoluta, incondicionada o ilimitada, conforme lo ha señalado la Sala en varias ocasiones.

El ius variandi, en sentido propio o restringido, permite al patrono alterar o modificar por decisión suya aspectos tales como la forma de remuneración, el horario, la función, oficio o puesto laboral, y el lugar o sitio del trabajo. Pero este derecho empresarial debe atemperarse teniendo en cuenta el claro derecho del trabajador a que su situación no sea desmejorada (el principio de "la condición más beneficiosa"), y debe ser de todos modos utilizado —como todo derecho—, no de manera caprichosa, ad libitum, sino por razones objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción."

Al ser el contrato de trabajo 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 pero nunca hasta el punto de que la situación del



trabajador se vea desmejorada, como ocurriría en el caso de disminuir el salario sin el acuerdo o aceptación por parte del trabajador.

En este orden de ideas, considera la Oficina frente a lo consultado que al ser el contrato de trabajo, una relación de tracto sucesivo, las partes están facultadas en cualquier momento para que de común acuerdo realicen modificaciones sobre las condiciones y términos del contrato, siempre que se obedezca a criterios de justicia, proporcionalidad y consensualidad.

Respecto al segundo caso planteado, es importante precisar las características que rigen la vinculación mediante contrato a término fijo de una trabajadora en estado de embarazo.

El numeral 1 del artículo 46 del C.S.T. (subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990), consagra la terminación del contrato a término fijo por el vencimiento del plazo estipulado, en los siguientes términos:

"CONTRATO A TÉRMINO FIJO. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

(...)"

Para el caso especial de la trabajadora en estado de gravidez es pertinente considerar la aplicabilidad del anterior artículo. En este sentido, nuestra Corte Constitucional mediante sentencia T-426 de 1998, (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), resalto:

"Así pues, el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad con sus obligaciones, " a éste se le deberá garantizar su renovación". Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando exista notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aún cuando la constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo (...)" (Subrayado fuera de texto).

De igual forma, ese alto tribunal por medio de sentencia T-736/99, (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), señaló:

"En oportunidades anteriores, la Corte Constitucional se ha pronunciado en torno de los derechos al trabajo, a la maternidad y a la igualdad de mujeres embarazadas. Al respecto ha sentado con claridad una posición según la cual dichas mujeres gozan de una estabilidad laboral reforzada. En este sentido, en la Sentencia C-470 de 1997, afirmó:

"La Corte considera que, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas"



Con base en lo anterior y como lo ha sostenido esta oficina, que el cumplimiento del plazo pactado en el contrato y con el preaviso señalado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo no es causal suficiente para terminar el contrato a término fijo a la trabajadora en estado de gravidez, pues si la mujer embarazada ha cumplido con sus obligaciones laborales y se encuentran vigentes las causas que originaron la contratación, debe garantizarle la renovación del contrato; lo anterior, a partir de la protección otorgada por la jurisprudencia constitucional.

Vale la pena resaltar que el artículo 239 del C.S.T., consagra que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

Mediante sentencia T-095/08 (M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), instaura la falta de eficacia del despido de la mujer trabajadora, afirmando:

"En tal sentido, la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es responsabilidad del empleador garantizar la renovación del contrato de trabajo a término fijo de este tipo de trabajadoras, en las mismas condiciones de la vinculación inicial y siempre y cuando se cumplan cabalmente con sus obligaciones y subsistan las causas que dieran origen a la contratación. De lo contrario, a falta de autorización del inspector de trabajo, no produce ningún efecto la terminación del mencionado contrato, por consiguiente, hay lugar al reconocimiento de salarios, prestaciones y afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social por el tiempo que la trabajadora estuvo desvinculada. Lo anterior, a partir de la presunción que el despido es por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar durante el periodo de embarazo o los tres meses posteriores al parto.

Finalmente, respecto a su última inquietud es preciso señalar, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario y dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual prevé:

"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo." (Subrayado fuera de texto)

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, fue modificado por el Artículo 137 del Decreto 19 de 2012, el cual fue declarado Inexequible y estableció en su inciso 2°, lo siguiente:

"no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso."



Este artículo fue objeto de pronunciamiento jurisprudencial y mediante sentencia C - 744 de 2012 proferida por la Corte Constitucional, la cual no ha sido debidamente publicada, pero si fue objeto de comunicado de prensa, declaro INEXEQUIBLE el Artículo 137, que derogaba el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas a la Presidencia de la República.

En consecuencia a lo anterior, todo trabajador con discapacidad, al contar con una protección especial requiere para ser despedido o dar por terminada su vinculación, que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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,

MYRIAM SALAZAR CONTRERAS

Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas
Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: C. Cruz 29/03/2013
Revisó: Myriam S., Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas
C:\Users\CAMILO CRUZ\Documents\MINTRABAJO\CONSULTAS\18 febrero 2013\PTE IMPRIMIR\RAD 99705 - Variación del salario_terminación del Contrato mujer embarazada_trabajador discapacitado.doc