C-028-19

Sentencia C-028/19

PRESUNCION DE PERIODO DE PRUEBA DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS-Inexequibilidad de la presunción del período de prueba

La disposición no es legítima, ni razonable en el marco de la Constitución Política y por ello es inexequible, en tanto no debe presumirse el periodo de prueba de los trabajadores del hogar. Estos cuentan con la posibilidad de convenirlo, siempre que conste por escrito y con las reglas generales del Código Sustantivo del Trabajo.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

IGUALDAD-Carácter relacional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Juicio o test de igualdad

JUICIO DE IGUALDAD-Etapas/JUICIO DE IGUALDAD-Metodología de análisis/TEST DE IGUALDAD-Método de análisis constitucional/JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación del test leve, mediano o estricto/JUICIO ESTRICTO DE IGUALDAD-Criterios

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO-Finalidad y alcance

E] derecho a la estabilidad laboral se traduce en que el trabajador se mantenga en el empleo, resistiéndose al despido y que aun cuando este último proceda, por razón del pago previo de una indemnización, no pueda fundarse en categorías de discriminación, pues esto implicaría su ineficacia, al contrariar no solo los postulados de la Carta Política, sino además el Convenio 111 de OIT.

PERIODO DE PRUEBA-Objeto

La figura del periodo de prueba (…) aun cuando típicamente es benéfica para el empleador, lo cierto es que, al ser facultativa, se asienta sobre la idea de que ambas partes comprueben si las expectativas iniciales sobre la relación son ciertas y si se mantiene la

voluntad para continuar con el vínculo jurídico, modificándose temporalmente el régimen de extinción del contrato, en tanto, como ya se dijo, habilita a su rescisión sin consecuencias monetarias para el contratante.

PERIODO DE PRUEBA-Excepción al principio constitucional de la estabilidad en el empleo

PERIODO DE PRUEBA EN CONTRATO DE TRABAJO-Límites constitucionales a la facultad del empleador de terminar unilateralmente el vínculo laboral

CONTRATO DE TRABAJO-Requisitos para pactar válidamente el periodo de prueba

CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJO DECENTE PARA TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS-Jurisprudencia constitucional/CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJO DECENTE PARA TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS-Contenido/CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJO DECENTE PARA TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS-Ámbito de aplicación

TRABAJO DOMESTICO-Definición/TRABAJO DOMESTICO-Infravaloración histórica/TRABAJO DOMESTICO-Situación de vulnerabilidad

TRABAJO DOMESTICO-Obligación estatal de asegurar a las personas vinculadas, condiciones decentes de trabajo y, especialmente, la plena vigencia del principio de igualdad

APLICACION IGUALITARIA DE NORMAS DE TRABAJO AL EMPLEO DOMESTICO, Y SITUACION ESPECIAL DE PRIMA DE SERVICIOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS-Reglas jurisprudenciales

Referencia: Expediente D-12745

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 77, numeral 2° del Decreto Ley 2663 de 1950 “Sobre Código Sustantivo de Trabajo”.

Demandante: Josué Daniel Cristiano Jácome

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Josué Daniel Cristancho Jácome demandó la inconstitucionalidad del numeral 2° del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950 "Sobre Código Sustantivo de Trabajo" con fundamento en la presunta vulneración de los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

Por Auto del seis (6) de julio de 2018, el Despacho Sustanciador admitió la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el numeral 2° del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, por los cargos relacionados con la presunta vulneración de los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

El inicio del proceso de constitucionalidad se comunicó a la Presidencia de la República y al Ministerio de Trabajo para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado designado para el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que justifican la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Así mismo, se invitó a participar a las Facultades de Derecho de las Universidades de Los Andes, Colegio Mayor del Rosario, Externado de Colombia, Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, así como a la Central Unitaria de Trabajadores –CUT- y al Sindicato Nacional de Trabajadores del Servicio Doméstico –SINTRASEDOM- para que intervinieran dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación respectiva,

explicando las razones que sustentan la exequibilidad o inexequibilidad de la disposición acusada[1].

1. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma, se subraya y resalta en negrilla el parágrafo demandado:

"DECRETO LEY 2663 DE 1950

(Mayo 8 de 1950)

Diario Oficial No. 27.407 de 9 de septiembre de 1950

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No. 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No. 3518 de 1949.

(…)

ARTÍCULO 77. ESTIPULACIÓN.

1. El periodo de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

2. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como periodo de prueba los primeros quince (15) días de servicio".

2. LA DEMANDA

El actor sostiene que el apartado demandado incorpora una presunción, por virtud de la cual, los 15 primeros días laborados por los trabajadores del servicio doméstico se entienden como periodo de prueba y asegura que esto entraña un trato desigual y una clara desprotección frente a los demás empleados para quienes "de no haberse estipulado por escrito el respectivo tiempo para el periodo de prueba, estos estarán regulados por las

normas generales del contrato de trabajo, es decir se entenderá como no existente y no podrá alegarse por parte del empleador en caso de presentarse un despido injusto". Expresa que, además, la norma acusada parcialmente desconoce que el derecho al empleo proporciona unas condiciones dignas y justas y que esto cobija también a quienes prestan servicios en las labores del hogar.

En lo relativo al cargo por violación del artículo 13 constitucional asegura que la igualdad es un derecho humano que tiene dos dimensiones, la formal y la material, que se distinguen porque, en la formal se parte de la premisa de que todos los seres humanos son libres e iguales ante la ley y que no es posible admitir diferenciaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros, mientras que en la material se exige "el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas que, en justicia, deben ser relevantes para el derecho".

Explica que, de acuerdo con el test de igualdad desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte, y ampliado en la sentencia C-015 de 2014, al analizar la vulneración del reseñado artículo 13 superior se hace necesario establecer un patrón de igualdad o tertium comparationis, en el que se precisen si los supuestos de hecho son susceptibles de equipararse, si son sujetos de igual naturaleza, y si es constitucionalmente admisible el trato dado.

Aduce que, en la disposición impugnada, se hace una excepción a la regla, pese a tratarse por igual de contratos de trabajo, regulados por el derecho laboral, con una relación similar y a los que se asignan idénticos derechos y que "es legítimo entrar a comparar el periodo de prueba dentro de los contratos laborales domésticos, con relación a los demás contratos laborales"; que tras evidenciar dicho patrón de comparación, aparece inequívoco el trato desigual, injustificado y alejado de los fines constitucionales que consiste "en establecer que para los contratos laborales para prestación de servicios domésticos, el periodo de prueba se presume de 15 días, cosa que no pasa, como se dijo antes, en ningún otro tipo de contrato laboral", y que esa ventaja al empleador deriva en una desprotección en los casos en los que se presta el servicio doméstico.

Manifiesta que no existe una razón válida para otorgar un trato diferenciado en perjuicio de

los trabajadores domésticos, a quienes se les restringe la posibilidad de negociar el periodo de prueba con sus empleadores y califica tal contenido normativo como "un obstáculo para el perfeccionamiento de la igualdad material, en virtud de que es deber del Estado adoptar y propender por medidas que equilibren las desigualdades que pueden aparecer" como lo que ocurre con la infravaloración del trabajo doméstico, realizado en su mayoría por mujeres y niñas que integran las comunidades desfavorecidas. Que por tanto se está ante un caso de discriminación negativa, que debe ser eliminada del ordenamiento jurídico.

Sobre la violación del artículo 25 de la Constitución Política arguye que el trabajo es un valor, conforme al preámbulo y al artículo 1° superior, y que orienta e impulsa que sus condiciones sean dignas y justas; que además es un principio rector que impone al legislador el respeto por un conjunto de reglas mínimas laborales y, además, es un deber social, que goza de un "núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga el carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social".

Con soporte en dicho contenido asegura que el precepto demandado trasgrede el derecho al trabajo al establecer una presunción del periodo de prueba aun cuando las partes no la pactaron y que ello puede dar lugar a condiciones laborales injustas, además de desconocer el consentimiento de una de las partes en la relación contractual, y el principio de estabilidad laboral como criterio interpretativo y prosigue con que "de esta manera el derecho al trabajo no solo debe ser comprendido bajo la esfera de un medio o un instrumento para la supervivencia, sino que por el contrario, este también debe ser entendido como base del bienestar individual, en virtud que este permite el desarrollo personal y la aceptación e integración social".

Para sustentar el cargo por violación del artículo 53 constitucional resalta que los trabajadores deben contar con condiciones de igualdad y, además tener estabilidad en el empleo y que, de acuerdo con los principios consignados en dicha norma superior, la igualdad de oportunidades es un elemento determinante para impedir tratamientos injustificados y perjudiciales para determinado grupo, en este caso para los trabajadores domésticos.

Esgrime que, según se explicó en la sentencia C-616 de 2013 sobre las trabajadoras

domésticas existe un mandato de equiparación frente a los derechos, dadas las particularidades en su forma de subordinación y que es imperativo reforzar el marco de protección, dado que, insiste, se trata, en su mayoría, de mujeres de escasos recursos y sin instrucción.

II. INTERVENCIONES

De acuerdo con la constancia expedida por la Secretaría General[2] de esta Corporación, dentro del término de fijación en lista que venció el 1 de agosto de 2018, se recibieron escritos de intervención de la Universidad Libre, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Javeriana, los cuales se resumen a continuación:

1. Universidad Externado de Colombia

El Director del Departamento de Derecho Laboral Jorge Eliécer Manrique y el docente Jorge Mario Benítez Pinedo, en escrito de 1 de agosto de 2018[3] solicitan declarar inexequible la norma demandada.

Señalan que la figura jurídica del periodo de prueba es funcional para el empleador, dado que le permite evaluar la labor contratada, y para el trabajador en la medida en que puede advertir las condiciones de trabajo; que en ese lapso se permite la terminación de la relación sin consecuencias indemnizatorias.

Exponen que una de las características del periodo de prueba es la que requiere que el acuerdo conste por escrito, y que solo se pacte por una vez en los contratos sucesivos, asimismo que su duración tiene un límite fijado por el legislador, todo ello con el fin "de evitar que el trabajador se vea sometido sine die a la posibilidad de que le sea terminado el contrato de trabajo en cualquier momento y sin el pago de indemnización o que el empleador disponga de periodos de prueba prolongados sin justificación alguna".

Reflexionan que, dada la finalidad del periodo de prueba, el empleador no dispone de libertad plena para la terminación del contrato cuando aquella opera, pues "su ejercicio debe enmarcarse dentro del respeto de los derechos de los trabajadores" y por ello debe ser consecuencia "de la ineptitud comprobada del trabajador para desarrollar la labor

encomendada y no del simple capricho del empleador, de manera que esconda un despido sin justa causa con el que se pretenda evadir el pago de la respectiva indemnización".

No obstante, evidencian que las personas que se desempeñan en el servicio doméstico se encuentran en situación de vulnerabilidad, son mayormente mujeres, con precariedad en sus ingresos económicos y con un grado bajo de instrucción académica, que su situación laboral es susceptible de equipararse con la generalidad de los trabajadores subordinados, dependientes y por cuenta ajena y que frente a la terminación del contrato laboral son pasibles de arbitrariedad.

Añaden que el numeral 2 del artículo 77 del CST consagra una diferencia de trato entre quienes desempeñan labores domésticas y los que llevan a cabo otro tipo de actividades, pues para estos últimos el periodo de prueba debe constar pos escrito, y ante su ausencia el empleador carece de posibilidad de rescindir el convenio salvo que demuestre una justa causa o que cancela la indemnización por terminación injusta y que "en contraste para los trabajadores domésticos se establece una presunción de periodo de prueba que pone a este tipo de trabajadores en una situación de desventaja frente a los demás, en tanto su contrato puede ser terminado sin justa causa y sin indemnización, simplemente haciendo uso de la presunción anotada".

Recaban en que no existe fundamento constitucional que justifique la distinción en el trato, máxime cuando esta afecta a un segmento de trabajadores altamente vulnerables, en desmedro del contenido de los artículos 13 y 53 superiores y del contenido del Convenio 189 de la OIT "que obliga a los Estados a respetar, promover y hacer respetar los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores domésticos, entre los que se encuentra la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación" y que hace parte del bloque de constitucionalidad.

2. Universidad Libre

Por escrito[4] radicado en la Secretaría General el 1 de agosto de 2018, el Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, intervino para que se declarara la exequibilidad de la norma demandada.

Explica que el Convenio 189 de la OIT “sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos” reconoce las condiciones especiales en las que se desarrolla el empleo; que dicho convenio se introduce vía bloque de constitucionalidad, por virtud de lo dispuesto en los artículos 53 y 93 constitucionales.

Asegura que esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial de protección a los trabajadores domésticos, basada en un juicio de igualdad; que en este particular aspecto el trato diferenciado en torno al periodo de prueba está justificado, pues “el legislador al establecer esa presunción … tuvo en cuenta la desigualdad de hecho en la contratación que tienen los empleados domésticos en cuanto a la desprotección de sus garantías laborales, por ello estableció un trato objetivo y razonable al poner 15 días como presunción para el periodo de prueba en cualquier contrato con empleados domésticos”.

Discurre que la presunción de prueba es una garantía, “además de constituirse en una discriminación positiva que lleva a que esta población vulnerable pueda alcanzar el derecho a la igualdad en condiciones laborales de los cuales gozan los demás trabajadores, así sea cuando se contrate de forma verbal” de allí que no sea posible su regresividad.

2. Universidad del Rosario

A través de documento radicado el 1 de agosto de 2018[5], el Coordinador del área Laboral del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario Javier Eduardo Almanza Junco y el Asesor del área José Luis Rodríguez Casallas pidieron declarar la exequibilidad condicionada de la norma, aun cuando no explican el sentido del condicionamiento.

Acotan que el periodo de prueba es una regulación que les permite a las partes conocerse antes de tornar en definitivo el contrato laboral y que por tanto “no es de recibo pensar entonces que el empleador va a hacer uso del periodo de prueba para despedir a un trabajador doméstico… despedirlo a los 15 días con el fin de no pagarle la indemnización”.

4. Universidad Javeriana

El profesor del Departamento de Derecho Laboral Carlos Adolfo Prieto Monroy pide declarar

exequible la disposición demandada. Explica que el razonamiento del demandante se construye a partir de un error de interpretación, pues en contravía de lo afirmado la finalidad del numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo no se ve alterada por cuanto la potestad de rescindir el contrato laboral por parte del empleador se encuentra limitada. Copia íntegramente el concepto del Ministerio del Trabajo radicado 08SE2018212000000022523, en el que se señalan los avances normativos y jurisprudenciales en orden a proteger a este segmento de trabajadores y lo utiliza como argumento para su tesis.

Expone que el periodo de prueba se ha concebido para evaluar las condiciones de trabajo, sin que pueda catalogarse como "una ventaja para el empleador, como un medio para la exoneración del pago de la indemnización" y por ello critica el fundamento de la demanda. Así mismo sostiene que "el hecho de que el legislador haya establecido que para los trabajadores del servicio doméstico el periodo de prueba no requiera pacto y que tenga una duración improrrogable de quince días al inicio del contrato, constituye una protección especial para este grupo de trabajadores" dada la brevedad del referido periodo que a su juicio ratifica lo benéfico que resulta para los trabajadores dependientes del hogar.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación rindió el Concepto[6] de Constitucionalidad Número 006439 del 29 de agosto de 2018, a través del cual solicita a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia que decida la demanda que cursa bajo el expediente D-12659 y por ello pide se declare exequible el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo e inhibida para pronunciarse sobre la vulneración del artículo 25 de la Constitución Política por ineptitud sustancial.

Una vez trae a colación los argumentos de la demanda, refiere que el problema jurídico consiste en establecer si existe identidad entre esta demanda y la del expediente D-12659 para decidir si se debe estar a lo allí resuelto, en la medida en que en ambos expedientes se planteó la presunta vulneración del derecho a la igualdad y del trabajo en condiciones dignas y justas.

En un acápite de análisis constitucional y de periodo de prueba señala las características de

esta figura jurídica y se remite al artículo 77 del Código Sustantivo de Trabajo que la define como "la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador y, por parte de este, la conveniencia de las condiciones de trabajo", y, en ese sentido, la califica como una prerrogativa para ambas partes, en torno a establecer los beneficios y utilidades del contrato.

Reflexiona sobre el carácter excepcional de tal figura, que impide que opere el principio constitucional de estabilidad laboral, pues en su vigencia puede rescindirse el contrato sin comprobación de una justa causa y que el aparte demandado lo que dispone es que, aun cuando no se estipule por escrito el periodo de prueba, en el caso de los trabajadores del servicio doméstico, se presume.

A continuación, señala que el tratamiento desigual está justificado, dada las diferencias entre los trabajadores de servicios domésticos con los demás trabajadores. Que en cualquier análisis que se emprenda es necesario acudir a las reglas decantadas por la jurisprudencia constitucional, en relación con la existencia de un mandato constitucional de equiparación de los principios mínimos del trabajo entre los trabajadores domésticos, con el régimen general del trabajo y que allí están distintos planos de protección laboral, salariales, prestacionales, de seguridad social, condiciones físicas compatibles con la dignidad, así como entender las características de las labores domésticas.

Añade que el Estado colombiano conoce las dificultades y condiciones adversas de quienes prestan servicios domésticos "entendiendo que por décadas en muchos países han sido notorios los eventos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa … que habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia en un rezago de la esclavitud y la servidumbre" y que por tanto es imperativo dispensar un trato distinto mediante medidas afirmativas. Con soporte en tal argumento aduce que la presunción de un periodo de prueba más corto es una prerrogativa, dado que no se extiende como en los otros casos a 2 meses.

Sobre el cargo por violación del artículo 25 constitucional pide que la Corte se declare inhibida, pues no se extrae del texto normativo la afectación del derecho al trabajo y el argumento no se construye en lógica de los efectos de la presunción del periodo de prueba,

sino a partir de un reproche genérico sobre los efectos de su aplicación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del Artículo 241 de la Constitución Política.

1.1. Cuestión previa. Aptitud de los cargos

1.2. En su intervención al proceso, el Procurador General de la Nación señala que el cargo por violación del artículo 25 constitucional carece de certeza y de pertinencia, en la medida en que lo señalado en la disposición no tiene los efectos que le adscribe el accionante sobre las condiciones dignas y justas en el empleo de quienes realizan labores domésticas.

1.3. Para definir sobre la aptitud del cargo, debe recordarse que el Artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 dispone que cuando los ciudadanos ejercen la acción pública de inconstitucionalidad deben indicar (i) el objeto demandado, (ii) las normas constitucionales que se reputan infringidas, (iii) el concepto de la violación, (iv) el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado, así como la forma en que fue quebrantado y, (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

1.4. En ese sentido esta Corte ha decantado que los cargos por inconstitucionalidad deben: (i) ser suficientemente comprensibles (claridad); (ii) recaer sobre el contenido real de la disposición acusada y no sobre uno inferido por quien demanda (certeza); (iii) demostrar cómo la disposición vulnera la Constitución Política, mediante argumentos determinados, concretos, precisos y particulares sobre la norma en juicio (especificidad); (iv) ofrecer razonamientos de índole constitucional que se refieran al contenido normativo de las disposiciones demandadas (pertinencia); y (v) suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma que se estima contraria a la Carta Política (suficiencia[7]).

1.5. Ahora bien, en relación con el cargo por violación del derecho al trabajo, advierte esta Corte que, tal como lo destacó la Vista Fiscal, la acusación carece de certeza, pero porque

el accionante no identifica cuáles son las condiciones de trabajo dignas y justas que se ven comprometidas en el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo y tampoco realiza un argumento constitucional tendiente a cuestionar de qué manera el periodo de prueba puede traer como consecuencia tal afectación, máxime cuando introduce razones como las de tratarse de un instrumento para la supervivencia, base del bienestar individual que permite el desarrollo personal y la aceptación e integración social sin explicar de qué modo estos aspectos se ven afectados con la disposición que cuestiona de allí que tampoco cumpla con la suficiencia y pertinencia requeridas para emprender el juicio de constitucionalidad, y por ello no se estudiará.

1.6. En relación con los restantes cargos, esto es por el artículo 13 y 53 constitucionales, encuentra la Corte que el reproche constitucional que se realiza en ambos está conectado en el juicio de igualdad que promueven, cuyos argumentos son transversales y se utilizan para dar cuenta, tras acudir al patrón de igualdad, que la medida es inconstitucional, esto es por cuanto si bien los sujetos son comparables, el medio utilizado no es el adecuado y no tiene una finalidad legítima, en la medida en que la presunción del periodo de prueba mantiene una discriminación negativa, por razón del género y la condición social, de allí que su análisis se efectúe bajo tal parámetro, al cumplir con las exigencias del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, y con el referido tertium comparationis.

2. Problema jurídico y método de resolución

2.1. El demandante sostiene que el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo establece un trato diferenciado en perjuicio de los trabajadores domésticos, a quienes se les impone el periodo de prueba, a través de una presunción legal, cuando esto no ocurre con los restantes trabajadores y que esto da cuenta de una discriminación negativa, que debe ser eliminada del ordenamiento jurídico.

2.2. La Universidad Externado de Colombia solicita la inexequibilidad de la disposición demandada, Arguye que, por naturaleza, el periodo de prueba es funcional al empleador, y que dada su incidencia se exige que en todos los casos conste por escrito, para impedir que pueda desconocerse el término máximo permitido, entre otras cosas porque mientras aquel opera es posible la terminación de la relación laboral sin efectos indemnizatorios. Que por ello la excepción de las trabajadoras domésticas, en punto a la presunción del periodo de

prueba, no atiende que son pasibles de arbitrariedad ante el despido o desconocimiento de derechos laborales dadas sus circunstancias de vulnerabilidad, y que por ello se hace necesario que conozcan de antemano y por escrito cualquier disposición que afecte sus garantías laborales.

2.3. Los restantes intervinientes, así como el Procurador General de la Nación piden la exequibilidad de la norma demandada. Refieren que, contrario a lo sostenido por el actor, la disposición acusada incorpora una discriminación positiva, porque el periodo de prueba de 15 días es más benéfico que el de dos meses previsto para los demás trabajadores y que esto cumple con los estándares jurisprudenciales establecidos por esta Corporación, así como las obligaciones internacionales, específicamente el Convenio 189 de la OIT. Afirman que, en todo caso, la presunción se justifica por el carácter de la labor que realizan actividades domésticas, y el lugar en el que prestan sus servicios.

2.4. Así las cosas, corresponde a la Sala Plena determinar si la presunción del periodo de prueba aplicable únicamente a los trabajadores domésticos establecida en el numeral 2º del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, quebranta el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

2.6. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá sobre: (i) el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional y su test integrado; (ii) el principio constitucional de estabilidad en el empleo y el período de prueba; (iii) las particularidades del trabajo doméstico y la necesaria equiparación de derechos como mandato de igualdad material; y a continuación (iv) analizará la constitucionalidad de la norma que se demanda parcialmente.

3. El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional y su test integrado. Reiteración jurisprudencial

3.1. El artículo 13 superior introduce la cláusula de igualdad, por virtud de la cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y, bajo tal entendido gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, que no pueden restringirse por razón del sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política y filosófica, de allí que deban recibir la misma protección y trato de las autoridades.

3.2. Ese mismo precepto dispone que la igualdad no tiene solo una dimensión formal, pues corresponde al Estado promover las condiciones materiales para que ese postulado sea real y efectivo, y por tanto tiene el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, o de quienes, dada su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta; esto es introduce una dimensión material de dicha garantía. De manera que, como derecho, la igualdad impone deberes de abstención, como la prohibición de discriminación y, además incorpora obligaciones de acción, esto es tratos favorables a grupos en situación de debilidad manifiesta[8].

3.3. Bajo tales contenidos, es que esta Corte ha decantado que la igualdad tiene carácter relacional, que implica determinar los grupos o situaciones de hecho que se distinguen. También ha sostenido que como toda regulación supone la creación de distinciones, destinadas a cumplir los fines políticos que establece el Congreso de la República, las prescripciones jurídicas o situaciones de hecho que se reprochan, desde la perspectiva constitucional, son las odiosas, irrazonables o desproporcionadas[9].

3.4. Asimismo la jurisprudencia constitucional ha señalado que como la igualdad implica otorgar (i) un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes o similares, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) dispensar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes o mayormente distintos, es necesario determinar su vulneración a través de una metodología para identificar si existen o no tratamientos discriminatorios introducidos por el legislador.

3.5. Para el efecto se utiliza el juicio integral de igualdad que tiene dos fases, en las que (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. Asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Además, a partir de (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se determina si la distinción se justifica constitucionalmente, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Aquí se valoran los motivos en los que se cimienta la medida y la finalidad que se busca. Específicamente se analiza: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin.

3.6. Este juicio integrado, tiene tres niveles, esto es leve, intermedio o estricto. Para determinar la intensidad del test la jurisprudencia ha indicado que dependerá de factores tales: (i) los principios constitucionales intervenidos por el legislador; (ii) la materia regulada; (iii) los grupos de personas afectadas o beneficiadas con el trato diferente; y (iv) el grado de afectación del principio democrático.

3.7. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, medidas que no tengan un mínimo de racionalidad. Se ha aplicado en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecia prima facie una amenaza frente al derecho sometido a controversia. Se justifica en el principio democrático que impone respetar la libertad del legislador, con un margen de valoración, de allí que se analice exclusivamente la legitimidad del fin y del medio, esto es que no se encuentre constitucionalmente prohibido y que el mecanismo utilizado sea adecuado[10].

3.8. El test intermedio, se aplica al afectarse el goce de un derecho no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que es susceptible de afectar la libre competencia económica. Este test examina que el fin sea legítimo e importante, porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver[11].

3.9. La aplicación del test estricto, opera cuando está de por medio el uso de un criterio sospechoso, a los cuales alude el artículo 13 de la Constitución, o si la medida recae en personas que están en condiciones de debilidad manifiesta, o pertenecen a grupos marginados o discriminados. También se ha utilizado cuando la diferenciación afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho fundamental. Como su nombre lo indica, es el más exigente, pues busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo, además de determinar si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales[12].

4. El principio constitucional de estabilidad en el empleo y el periodo de prueba. Diferenciación en el tratamiento entre trabajadores domésticos y los trabajadores en general

4.1. La Constitución Política protege al trabajo como valor esencial[13] y lo promueve en condiciones dignas y justas, fundada además en la solidaridad social. Esto implica que las relaciones laborales se aseguren con principios que restrinjan "los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo"[14], también la distribución equitativa de oportunidades que tiene como efecto el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores.

4.2. Bajo ese entendido esta Corporación ha explicado que el derecho a la estabilidad laboral se traduce en que el trabajador se mantenga en el empleo, resistiéndose al despido[15] y que aun cuando este último proceda, por razón del pago previo de una indemnización, no pueda fundarse en categorías de discriminación, pues esto implicaría su ineficacia, al contrariar no solo los postulados de la Carta Política, sino además el Convenio 111 de OIT[16]. También se ha señalado que el reseñado principio se aplica a todos los trabajadores dado que "la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono"[17].

4.3. Esto último se ha cimentado en que no es posible predicar en las relaciones laborales la plena autonomía de la voluntad, y que al estar involucrados en el trabajo derechos de estirpe superior, como la dignidad y la igualdad, es necesario proscribir todo tipo de arbitrariedad[18], así como establecer mecanismos de control para evitar que, de existir, perviva.

4.4. De manera que, con respaldo en el artículo 53 superior, la privación del trabajo debe ser motivada[19], sin arbitrariedad y sujeta a un procedimiento de comprobación de la justa causa, como un derivado de principios mínimos fundamentales del trabajo, entre los que se encuentra la estabilidad en el empleo, que aparece como límite a la libertad contractual

de las partes[20].

4.5. Ahora bien, como excepción a dicho principio, existe, además, una figura particularísima en las relaciones laborales, cual es la del periodo de prueba, que no tiene antecedentes en otras ramas del derecho y que aparece para favorecer la contratación del empresario, en tanto le permite conocer y evaluar las aptitudes del trabajador, así como sus cualidades para el desarrollo de la tarea contratada y, definir si mantiene o no el vínculo, sin que en este último evento deba asumir una carga económica por la terminación anticipada[21], mientras que para este último supone que puede constatar qué tipo de actividad adelantará, la suficiencia de la contraprestación, el ambiente laboral y el talante de quien lo emplea.

4.6. Aun cuando típicamente es benéfica para el empleador, lo cierto es que, al ser facultativa, se asienta sobre la idea de que ambas partes comprueben si las expectativas iniciales sobre la relación son ciertas y si se mantiene la voluntad para continuar con el vínculo jurídico, modificándose temporalmente el régimen de extinción del contrato, en tanto, como ya se dijo, habilita a su rescisión sin consecuencias monetarias para el contratante.

4.8. Precisamente por tales características es que se asegura que el periodo de prueba sea conocido por las partes desde el inicio, de allí que se exija la solemnidad de que conste por escrito y de que tenga un término de duración máximo, pues en ese interregno puede culminar anticipadamente, sin causarse la indemnización que ordinariamente tendría de optar el empleador por rescindirlo sin señalar justa causa.

4.9. La forma escrita permite determinar si el mismo excede o no el tiempo máximo que ha sido permitido para la prueba, eliminando la facultad de extinción libre, sin consecuencias monetarias y retornando a la garantía de la estabilidad en el empleo que protege a la parte débil de la relación y que reconduce a establecer límites materiales y formales para desasir el vínculo. Cuando no se acuerda de esa manera, se produce una renuncia implícita a dicha facultad, que luego no puede ser remediada por las partes, máxime cuando esa figura opera por una sola vez en el marco de la relación laboral[23].

4.10. Por la vía de que conste por escrito, también se incentiva la formalización de las relaciones laborales, generalmente mediadas a través de pactos verbales informales. Así, es

más factible controlar que se realicen los pagos debidos y que se garanticen principios de salario mínimo vital y móvil, la protección de la seguridad social y en general de las prerrogativas del empleo, lo cual es relevante para garantizar el trabajo decente, es decir en condiciones dignas y justas.

4.11. El ordenamiento jurídico colombiano introduce el periodo de prueba en el artículo 9 de la Ley 6 de 1945, pero para los trabajadores particulares es el Decreto Legislativo 2663 de 1950, dictado en virtud de las facultades del Estado de Sitio, el que lo desarrolla en su Título II Capítulo I (artículos 76 a 80). De manera que no existe una exposición de motivos por parte del legislador para entender la estructura que adopta, sino más bien se trata de una incorporación sui generis[24] de disposiciones laborales, por parte del Presidente de la República, mientras cesaban las condiciones de inestabilidad política y social en el país y que, luego, fue acogido a través del artículo 1° de la Ley 141 de 1961 como norma de trabajo permanente[25]lo que da cuenta de un déficit democrático en su elaboración[26] y de la necesidad de realizar un análisis riguroso sobre la disposición demandada para establecer si, en efecto, es compatible con la Constitución Política.

4.12. Lo que hace el Código Sustantivo del Trabajo es definir el periodo de prueba en el artículo 76 como "la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de este las conveniencias en las condiciones del trabajo", y en el precepto siguiente dispone que aquel siempre debe constar por escrito, pues de lo contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato laboral. Esto significa que, de no existir pacto escrito del periodo de prueba, desde el inicio, opera la estabilidad en el empleo, impidiendo la rescisión injustificada, salvo que medie indemnización.

4.13. Por ello el numeral 2 del artículo 77 del CST es una excepcionalidad, en tanto suple la voluntad de las partes, de no existir por escrito, y presume el periodo de prueba durante los 15 primeros días exclusivamente para quienes prestan servicios domésticos. Ahora bien, el artículo 78 del referido código incorpora una regla general para el periodo de prueba pactado por escrito, esto es que no puede exceder de dos meses, en los casos de los contratos indefinidos, o de la quinta parte en los que sean fijos, inferiores a un año, impidiendo, en todo caso que, en las relaciones sucesivas, se pueda volver a pactar (artículo 79 CST).

4.14. Es decir que quienes desarrollan trabajos domésticos, al igual que los trabajadores particulares, pueden pactar periodo de prueba con su empleador, que no puede exceder de las reglas explicadas del artículo 78. La diferencia está en que aquellos, pese a no pactarlo, tienen la prueba por los primeros 15 días, por razón de la presunción, sin acuerdo por escrito. Así mismo según el artículo 80 que "el periodo de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento y sin previo aviso", es decir extinguirse la relación sin efectos indemnizatorios, pero eso sí con el pago de las acreencias laborales causadas por el término de duración de la relación.

4.15. Esa regulación legal del periodo de prueba en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, ha sido redefinida por esta Corporación que, atendiendo el déficit democrático de tal legislación laboral, como se explicó, lo ha compatibilizado con el modelo constitucional de relaciones laborales. Esto ha implicado que, además de la regla general que requiere que el acto de prueba conste por escrito, el empleador que decida optar por la rescisión sin indemnización sustente objetivamente que esto se origina por la ausencia de competencias mínimas para el ejercicio de la labor, con el objeto de que al utilizarla no adopte determinaciones arbitrarias.

4.16. Esto se ha cimentado en que el acto de prueba tiene un objetivo o causa para el empleador, esto es conocer y evaluar las aptitudes y cualidades del trabajador para el desarrollo de la tarea contratada, de manera que, al utilizar la facultad de desistir del contrato debe justificarlo conforme la finalidad para la cual se previó. Así se impide o restringe que en las relaciones laborales se permitan prejuicios o prácticas discriminatorias, que lesionen injustificadamente derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, lo cual se encuentra acorde con el artículo 13 superior y, como se anotó al inicio, con el Convenio 111 de la OIT[27] "relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación", que impone al Estado la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades en materia de empleo y ocupación, a través de distintos mecanismos, entre los que se encuentra la derogatoria de disposiciones legislativas incompatibles con tal postulado, y la modificación de prácticas que distingan, excluyan o se funden en preferencias injustificadas basadas en motivos de raza, religión, color, opinión política, ascendencia u origen social (artículo 1, literal b).

4.17. Esos derroteros han sido acogidos por esta Corporación, en principio en sentencia

T-978 de 2004, al explicar que “el periodo de prueba, de conformidad con lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa. Con todo, esta facultad no puede extenderse al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador, en especial, en lo relativo a la prohibición de la discriminación injustificada en el empleo. Por ello, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador”[28].

4.18. También se reiteró, en decisión T-1097 de 2012, que la utilización irrestricta de las facultades legales incorporadas en el Código Sustantivo del Trabajo, entre ellas las del periodo de prueba, no pueden servir de excusa para dejar de cumplir con los deberes de promoción hacia los grupos sociales tradicionalmente excluidos o personas en circunstancia de debilidad manifiesta, de conformidad con los mandatos contenidos en la misma disposición[29].

4.19. De esta manera, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada. Así las cosas el régimen jurídico del periodo de prueba para los trabajadores en general implica que deban pactarlo por escrito y disponen la garantía de que el empleador al usarlo deba señalar las condiciones objetivas en caso de tener el interés en acabar el vínculo laboral en ese interregno.

4.20. En cambio para los trabajadores domésticos no ocurre igual, pues de acuerdo con la norma demandada de no convenir el periodo de prueba igual este opera y al no existir constancia del mismo dificulta establecer sus límites temporales y, de otro, es más difícil el control para establecer los motivos de la extinción. Sobre este último aspecto, en punto a la presunción del periodo de prueba para los trabajadores domésticos, esta Corporación al resolver sobre la exequibilidad de la Ley 1595 de 2012, que introdujo el Convenio 189 de la OIT sobre trabajo doméstico hizo alusión a su alcance. En efecto, dicho instrumento,

específicamente su artículo 7° estableció la necesidad de que los Estados adoptaran medidas para ampliar la formalización de quienes prestaban dichos servicios y, además, de garantizar que los trabajadores conocieran las condiciones en las que iban a emplearse, para ello se advirtió la importancia de que constaran por escrito, entre otros, el régimen del trabajo, los contratantes, y el periodo de prueba, así mismo que se realizara a través de un mecanismo adecuado, verificable y fácilmente comprensible, con el fin de evitar la elusión de responsabilidades.

4.21. Por tal manera, en sentencia C-616 de 2013, esta Corte observó que el artículo 7 del Convenio 189 de OIT concretaba una de las dimensiones del trabajo en condiciones dignas y justas para los trabajadores domésticos, al permitirles conocer de antemano de qué manera realizarían sus labores y qué prerrogativas tendrían a su alcance, no solo como un simple derecho a la información, sino como la posibilidad cierta de saber sobre sus derechos y poderlos reclamar efectivamente. En todo caso anotó que esto no significaba variar las modalidades de contratación, transmutando la naturaleza consensual de algunos convenios ya en curso, protegidos por el principio de primacía de la realidad sobre las normas, sino de incorporar una herramienta de control, dadas las limitaciones en los grados de instrucción, así como la situación de vulnerabilidad de quienes desarrollan tales tareas, exacerbadas por razón de la subordinación jurídica y la dependencia económica.

4.22. Específicamente, sobre el carácter de derecho humano laboral del periodo de prueba expresó:

"La Sala observa que una disposición de este carácter desarrollo varios derechos fundamentales de los trabajadores. En primer lugar, concurre en la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, pues permite al empleado conocer cómo serán dichas condiciones y, por ende, verificar que se ajustan al ordenamiento legal aplicable a la materia. De otro lado, permite hacer efectivo el derecho a la información, que para el caso de la relación laboral se traduce en la necesidad que el trabajador sea suficientemente informado acerca de las prerrogativas de las que es titular en virtud del contrato de trabajo, así como de las leyes laborales que prefiguran sus diversos derechos y prestaciones. A partir de estas comprobaciones, el precepto se muestra compatible con la Constitución.

Sin embargo, debe también acotarse que previsiones internacionales de esta naturaleza

apuntan necesariamente a facilitar el acceso a la información para el trabajador doméstico, en particular frente a las condiciones de contratación laboral. Ello no significa, en modo alguno, que la obligación citada transmute la naturaleza consensual del contrato de trabajo, del modo en que lo comprende la legislación nacional y en desarrollo del principio mínimo del trabajo de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Con todo, también para el caso de los contratos consensuales de índole verbal, las condiciones de empleo deben ser suficientemente conocidas por el trabajador doméstico. Por lo tanto, la norma internacional impone un deber específico para los empleadores y para el Estado, consistente en la disposición de mecanismos adecuados y suficientes para las trabajadoras y trabajadores domésticos sean debidamente informados sobre sus derechos y obligaciones en virtud de la relación laboral. Tales mecanismos, a su vez, deberán tener en cuenta las particulares condiciones de dichos trabajadores, especialmente su grado de instrucción, la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse y el tipo de subordinación jurídica que se predica respecto del empleador, conforme se explicó en apartados anteriores de esta sentencia".

4.23. Huelga indicar que tal Convenio 189 de OIT integra el bloque de constitucionalidad, pues se ocupa de derechos humanos laborales, así quedó explicado en la reseñada decisión C-616 de 2013, en punto a que: "Recientemente, Colombia ratificó y aprobó el Convenio 189 de la OIT (Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos), en cuyo preámbulo se destaca el valor económico y social del trabajo doméstico, y cuyas normas prevén obligaciones concretas que constituyen principalmente un énfasis en los compromisos ya adquiridos por el Estado desde los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política. En la sentencia C-616 de 2013, la Corte Constitucional se pronunció sobre la conformidad del tratado y su ley aprobatoria con la Constitución Política, indicando que, además de haber sido incorporado al derecho interno por la Ley 1595 de 2012, el Convenio 189 de 2011 hace parte del bloque de constitucionalidad, por tratarse de un instrumento de derechos humanos. Algunas consideraciones de su preámbulo se dirigen también a destacar la infra valoración del trabajo doméstico, cuando no la auténtica invisibilización de su valor", lo que da cuenta de su valía a la hora de establecer un juicio para la equiparación de derechos de las trabajadoras domésticas.

4.24. En ese orden de ideas puede decirse que (i) el principio constitucional de estabilidad en el empleo concreta la protección del trabajo en condiciones dignas y justas, y recae en

todos los trabajadores; (ii) dentro de las excepciones permitidas al reseñado principio está el periodo de prueba el cual es facultativo, es decir, su estipulación depende de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo. Específicamente, en relación con el trabajo doméstico el Convenio 189 de OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, ha indicado que el derecho a la información sobre el periodo de prueba concreta una dimensión del trabajo en condiciones dignas y justas, de allí que todos los trabajadores deben contar con idénticos derechos, entre ellos la constancia de que tal pacto conste por escrito, independientemente de la labor llevada a cabo; (iii) debe cumplirse con la solemnidad de pactarse por escrito para acreditar su existencia y, en los términos del Convenio 189 de OIT esto es especialmente relevante para quienes desempeñan labores domésticas, dada su vulnerabilidad, al tratarse, en su mayoría, de mujeres y niñas, con precarios ingresos y baja instrucción académica, las cuales requieren conocer las condiciones en que se desarrollará el empleo y, además la posibilidad de que se rescinda su vinculación sin indemnización, todo lo cual permite incentivar su formalización laboral; (iv) cuando el periodo de prueba se pacta por escrito, tiene un término legal máximo de dos meses para las vinculaciones indefinidas, o la quinta parte de la duración del contrato, en caso que éste sea a término fijo inferior a un año. Esto opera para todo tipo de trabajador, entre ellos quienes desarrollan labores domésticas, solo que para estos últimos, aun sin que lo acepten por escrito, procede el periodo de prueba por 15 días; (v) sólo puede acordarse el periodo de prueba por una vez mientras subsistan las mismas partes, esto es, que "cuando entre un mismo empleador y trabajador se celebren contratos de trabajo sucesivos, no es válida la estipulación del periodo de prueba, salvo para el primer contrato"; (vi) el trabajador, durante su vigencia, goza de todas las prestaciones laborales previstas en la ley; (vii) sin embargo, el artículo 77 del Código Sustantivo de Trabajo incorpora una distinción de trato entre los trabajadores en general y quienes desempeñan labores domésticas, pues los distingue para suplir la voluntad de estos últimos cuando no existe pacto escrito del periodo de prueba.

4.25. Esto tiene unos efectos dado que (ix) el periodo de prueba tiene causalidad y por tanto corresponde al empleador sustentar las razones por las cuales no se satisficieron las expectativas laborales, todo esto en aplicación del principio constitucional de la estabilidad en el empleo y del trabajo en condiciones dignas y justas que, frente a ese aspecto ha desarrollado la jurisprudencia de la Sala Plena (x) de no existir razones justificadas y de estar presentes criterios sospechosos de discriminación es ineficaz la terminación del

contrato; no obstante al no existir la prueba escrita en los casos de las trabajadoras domésticas a quienes se les presume, se dificulta la exigencia de sus derechos e incluso la prueba misma de la relación, es por ello que (xi) el artículo 7 del Convenio 189 de OIT deriva como derecho humano laboral, la garantía a la información de los trabajadores domésticos, para que conozcan por escrito sobre el periodo de prueba, máxime cuando son sujetos de especial protección, dada su vulnerabilidad y en atención a que es una dimensión del trabajo en condiciones dignas y justas.

5. Particularidades del trabajo doméstico y la necesaria equiparación de sus derechos, como resultado de la igualdad material. Trabajadores domésticos y trabajadores en general son susceptibles de compararse

5.1. Las condiciones de vulnerabilidad y de desprotección laboral de quienes se desempeñan en el servicio doméstico está bien documentada[30], así como lo está la dificultad del ordenamiento jurídico de dispensarles iguales derechos que al resto de los trabajadores[31], por estimar, hasta no hace mucho tiempo, que debían tener un trato distinto, dado el lugar en el que se desempeñaban y el tipo de labores que ejecutaban[32].

5.2. Esa devaluación, se ha cimentado en argumentos como la intangibilidad de los aportes que dispensa la actividad doméstica, su carácter improductivo, la ausencia de coincidencia o relación con la actividad del empleador, la escasa atención que le ha dado el derecho social y la matriz cultural que la asocia a la noción de familia y por esa vía a que se realiza, naturalmente y sin mayor esfuerzo, por parte de las mujeres.

5.3. Aun cuando en la actualidad el trabajo doméstico se sigue reproduciendo en condiciones inadecuadas, bajos salarios, extensas jornadas, trabajo forzoso[33], informalidad y una limitada protección social, que les impide una movilidad ascendente, pese a su papel esencial en el cuidado y sostenimiento de la vida[34], lo cierto es que su protección ha venido discutiéndose paulatinamente y, de ese modo, presionando la transformación de viejas estructuras inequitativas.

5.4. Así se ha posibilitado, aunque lenta, una equiparación de tales derechos que han tomado relevancia desde que se ha discutido públicamente el carácter, incidencia y valía del trabajo doméstico, sacando de la marginalidad sus condiciones y evidenciando las

relaciones que subyacen en los espacios privados en los que se realiza y que no por ello deben ser ajenos a la promoción de la igualdad y la no discriminación.

5.5. Discutir sobre las singularidades del trabajo doméstico, en el que se concentra un alto grado de informalidad[35], con el objetivo de mejorar los derechos de quienes se desempeñan en tales labores, fue un objetivo de la OIT que en el Informe sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, la que dio cuenta de las condiciones precarias en las que se llevan a cabo esas tareas y más tarde, cuando se redactó el Convenio 189[36] trajo a colación la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial "que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país".

5.6. También el eco, desde múltiples espacios, de que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible, realizado principalmente por mujeres y niñas, todas de escasos recursos y particularmente vulnerables a la discriminación, en los países que carecen de empleo formal ha permitido amplificar la realidad de que las condiciones particulares en las que se lleva a cabo se requieren normas específicas y protectoras que garanticen sus derechos. Pero esto también ha evidenciado la necesidad de proscribir de los ordenamientos jurídicos tratamientos odiosos que dispensen un trato inequitativo, o supongan un régimen jurídico distinto, justificado en la naturaleza de la actividad doméstica.

5.7. Ese giro en el debate y análisis de este tipo de controversias han venido a impeler la protección en el trabajo de quienes prestan el servicio doméstico, esto dadas sus connotaciones que siguen siendo inequitativas y que se explican en el reciente Informe de Trabajo Doméstico[37] según el cual: "El trabajo en el servicio doméstico ha sido construido socialmente como una labor femenina con las discriminaciones conexas al género, la etnia y las condiciones socioeconómicas precarias … existe una deuda histórica en los pisos mínimos de seguridad social, formalización, prestaciones sociales y, sobre todo, en condiciones de dignidad humana por su exposición a situaciones de maltrato, violencia y discriminación en el lugar de trabajo"[38]. Por ello los datos estadísticos allí estudiados permiten caracterizar el trabajo doméstico en Colombia para, de ese modo, entender la

dinámica en la que se lleva a cabo, y de esa manera determinar las vías de protección necesarias.

5.8. El reseñado Informe, en el que se analizó la Gran Encuesta Integrada de los Hogares de 2017 del DANE, da cuenta que se trata de una labor feminizada, con escasa protección social. De las 680.566 personas dedicadas a este trabajo, el 98% son mujeres, esto es el 3% de la población ocupada, de ellas, el 56% es mayor de 40 años y el 8,4% cuentan más de 60 años de edad. En las zonas rurales 3.888 niños y niñas son trabajadores domésticos, lo que equivale al 3,3%. De la totalidad de quienes prestan el trabajo doméstico el 4,5% nunca ha asistido a la Escuela, el 38% tiene educación básica primaria, el 20,2% secundaria y el 29,9% educación media. El 61% devenga menos del salario mínimo, el 77% recibe alimentación como salario en especie y el 99% no recibe el pago de horas extras. Solo el 39% cotiza al régimen contributivo de salud y el 18% a pensiones. Por eso no es desacertado que, de acuerdo con los resultados de dicha Encuesta el 90% de quienes prestan servicios domésticos habiten en estratos bajos, que su trabajo se caracterice como precario y que por esto mismo les impida la movilidad social.

5.9. Lo incomprensible es que, aunque la tasa de desempleo de quienes se desempeñan en el trabajo doméstico es baja, solo el 5,5%, sus niveles de protección en el empleo son escasos, por la alta informalidad de su contratación. En el señalado Informe la informalidad y, de contera, la ausencia de cobertura en la protección social, se justifica en que "el contrato verbal es la forma que prevalece en la relación laboral con un 88,6%. El contrato escrito aumentó en términos mínimos (1.6%) pasando del 9,8% a 11,3% ... el 76,6% es contrato a término indefinido y el 22,9% a término fijo. Pero en la lógica del contrato verbal esto se debe a la indecisión por parte del empleador de hasta cuando requerirá del servicio prestado, más allá de que haya acuerdo de generar una relación contractual de estabilidad prolongada".

5.10. De acuerdo con lo descrito, el trabajo doméstico es realizado fundamentalmente por mujeres, de escasos recursos económicos, con baja instrucción académica y en condiciones precarias de protección social. Sus vinculaciones son en un alto porcentaje verbales y aun cuando el desempleo no es alto, si lo es la ausencia de cobertura del sistema general de seguridad social como trabajadoras dependientes, lo que da cuenta de su alta informalidad.

5.11. En todo caso, pese al diagnóstico y a que sigue siendo escasa su cobertura en derechos sociales, el aumento en el disfrute de garantías como las vacaciones, la prima de servicio y la cobertura del sistema de riesgos laborales dan cuenta de un avance levemente perceptible en el que ha incidido la reconversión en el análisis del modelo de regulación laboral doméstico, que ha significado emprender la eliminación de todas las formas de discriminación, para proscribir un trato desfavorable basado en el género, la raza, o la condición social, categorías todas que se imbrican en el trabajo doméstico, realizado en Colombia fundamentalmente por mujeres, pobres, jóvenes y afro descendientes[39].

5.11. Esto se ha posibilitado desde la jurisprudencia tras advertir la pervivencia de obstáculos jurídicos y materiales que supuso desligar el trabajo doméstico de las concepciones pre modernas como la servidumbre – en la que se dispone sobre la persona y no sobre la labor que esta realiza- y que implicaba que pudieran exigírseles deberes principales de conducta que, además de excesivos, no son correlativos a las garantías que deben dispensárseles en el marco de las garantías constitucionales, especialmente de la dignidad, en tanto aquella dispensa un trato de mercancía a quien es persona[40].

5.13. Esas construcciones jurídicas desatendían la complejidad y esfuerzo del trabajo en el hogar, incluso más que el de los empleos de oficios varios de cualquier empresa, en tanto que, en aquel, las tareas pueden ser ilimitadas, al depender de los requerimientos de cada familia, que pueden ir desde "el aseo del espacio físico y sus muebles y enseres, la preparación de alimentos, el lavado y planchado del vestido, servicios de jardinería y conducción, y el cuidado de miembros de la familia o de los animales que residen en casas de familia"[42], y suponen una suerte de aptitudes y competencias físicas y psicológicas, que sustraen de lógica las conclusiones por las cuales su reconocimiento pleno de derechos ha estado relegado, sobre todo si se advierte que hoy es un sector altamente relevante, no solo por el volumen de trabajo que aporta a la economía, sino por la contribución social, que aumenta las posibilidades para que hombres y mujeres puedan emplearse de forma remunerada fuera del hogar[43].

5.14. De allí que la paradoja por razón de la cual si el trabajador realizaba tareas similares fuera del ámbito privado, recibiera mayores contraprestaciones laborales que aquel que lo efectuara en un hogar no podía mantenerse, y por tanto esas regulaciones jurídicas edificadas en un trato desigual e injustificado, que es más lesivo para las mujeres que son

quienes se desempeñan, en mayor porcentaje, en tales actividades, es injustificada.

5.15. En lo relativo a la evolución de esta discusión, la primera decisión que acudió a la distinción entre ámbito privado (hogar) y ámbito público para dispensar o no un derecho laboral, fue la C-051 de 1995, en la que se analizó, entre otros, si la exclusión de la prima de servicios para las trabajadoras domésticas violentaba o no la Constitución Política. Allí se explicó que no era posible la equiparación de ese derecho, dado el carácter retributivo de utilidad tenía en la empresa y que no podía predicarse de la casa del empleador.

5.16. La Corte, en ese momento, destacó que el Estado tiene como deber promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados", y resaltó la igualdad de oportunidades para los trabajadores, de que trata el artículo 53 superior, en ese sentido advirtió que 'esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña y no de las circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual". Bajo tal derrotero concluyó que "la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono, se conviertan en factores de tratos desiguales en perjuicio de los trabajadores".

5.17. Al estudiar los cargos contra el artículo 338, la Corte por unidad normativa, se refirió al artículo 252 del código sustantivo del trabajo, en lo relacionado con las cesantías de las trabajadoras domésticas, y para declarar la inexequibilidad de su numeral primero destacó como razones para la inconstitucionalidad que 'si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores" y que "la limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social".

5.18. Tiempo después, la Corte se pronunció en la sentencia C-372 de 1998 sobre el apartado del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo que exceptuaba del tope de la jornada máxima legal a las trabajadoras domésticas, indicando que la distinción se fundaba por el lugar en el que se prestaba el servicio, lo que sin embargo no impidió que se entendiera que las trabajadoras domésticas que habitaran la casa del empleador tenían un límite de 10 horas diarias, luego de las cuales se causaban horas extras, pero que las

restantes trabajadoras se regulaban por el régimen ordinario.

5.19. En ese mismo periodo, y al resolver una demanda sobre el artículo 89 del Código Civil, en el que se contemplaba que el domicilio del empleador era también el de sus trabajadores domésticos, la Corte, estimó que "Las empleadas o empleados del servicio doméstico, aunque en la mayor parte de los casos residan en la misma casa de quienes los contratan, tienen con sus patronos una relación jurídica de carácter laboral y el hecho de habitar en el inmueble, como el de recibir alimentación, corresponden más a modalidades de remuneración en especie que a obligaciones de seguimiento físico o jurídico de la persona del patrono. Menos todavía puede entenderse que tales condiciones del contrato impliquen el reconocimiento de una sujeción o dependencia en cuanto a los atributos de la personalidad, como el domicilio, o el carácter accesorio de una persona respecto de la otra" y aludió a que el empleado doméstico no es siervo o criado, sino que tiene derechos básicos, al margen de las relación subordinada, proscribiéndose, de ese modo cualquier discriminación injustificada que contraríe la dignidad humana, más cuando esta se funda en condiciones económicas.

5.20. Luego en la sentencia SU-062/99, la Sala Plena estudió el caso de una mujer adulta mayor, quien por cerca de dos décadas se dedicó a las labores de servicio doméstico, sin que le fueran reconocidos sus prestaciones sociales, ni a la seguridad social, circunstancias que motivaron que impetrara acción de tutela contra su empleador. En esta decisión, la Corte consideró que dicha omisión afectaba tanto el derecho a la dignidad humana de la trabajadora, como sus derechos laborales mínimos de estirpe constitucional. Agregó que la vulneración era particularmente intensa, puesto que era un sujeto de especial protección constitucional, a quien, en virtud de la supuesta diferenciación entre el trabajo doméstico y otras modalidades de labor, era sometida a condiciones de empleo contrarias a la Constitución.

5.21. En la sentencia C-967 de 2003, la Corte explicó que se justificaba la exigencia de cotizaciones al sistema general de seguridad social, de las trabajadoras de servicio doméstico, aun cuando implicara una exigencia económica, lo que soportó en que: "la igualdad en el derecho a obtener la pensión mínima; viabilidad que con la reforma legal no se logra solamente mediante el aludido sacrificio individual de los trabajadores domésticos y de sus patronos, sino que también es fruto del mayor esfuerzo colectivo llevado a cabo

mediante el mecanismo de ampliación del principio de solidaridad, que ahora exige a quienes más devengan hacer aportes adicionales a los antes vigentes, para alimentar los fondos de solidaridad pensional y de garantía de pensión mínima.

5.22. Más tarde, en la sentencia C-310 de 2007, al definir sobre la inexequibilidad del numeral 2 del artículo 252 sobre la liquidación del auxilio de cesantías de las trabajadoras domésticas, la Corte resaltó dos "elementos definitorios del trabajo doméstico: el concepto de hogar como ámbito de servicios y la naturaleza de las funciones desarrolladas, que deben ser aquellas inherentes a la vivienda, como el aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños, etc.".

5.23. Sobre el concepto de hogar, la Corte actualizó el debate, destacó que, si bien en un inicio la jurisprudencia distinguió entre el trabajo realizado en el hogar y el ejecutado en una empresa, para definir sobre los rasgos particulares de la economía doméstica lo cierto es que correspondía "conciliar la protección efectiva del núcleo familiar, con las condiciones dignas y justas de quienes allí trabajen, precisando así el alcance de ciertas obligaciones laborales". Así mismo concluyó que el tratamiento de la referida disposición era discriminatorio "lo cual se hace aún más evidente al comparar el caso de los trabajadores domésticos con la situación de los conductores de vehículos de una familia, a quienes la ley laboral ordena aplicar las disposiciones establecidas para los domésticos, pero les reconoce el régimen ordinario de liquidación en materia de cesantía, vacaciones remuneradas y el auxilio en caso de enfermedad profesional", y por ello estimó injustificado un trato diferencial por razón de las tareas llevadas a cabo.

5.24. En sentencia C-871 de 2014 la Corte definió sobre la exequibilidad de la expresión "toda empresa" del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para adoptar medidas legislativas y políticas públicas para avanzar hacia la universalidad del derecho al pago de la prima de servicio de las trabajadoras domésticas, que culminó con la expedición de la Ley 1788 de 2016.

5.25. Allí consideró que las familias sí reciben beneficios económicos cuando contratan el servicio doméstico, pues de esa manera algunos de sus integrantes pueden ingresar al mercado laboral, satisfacer sus necesidades, o crear empresas y enfatizó que "la invisibilización del trabajo doméstico que, tradicionalmente han asumido las mujeres en el

hogar, sin remuneración no es valorado por la sociedad, y el Estado viene haciendo esfuerzos concretos por superar esa situación, dado que es un problema latente de discriminación contra las mujeres, que la sociedad apenas comienza a asumir. La forma en que ese trabajo no es apreciado, lleva a que, al ser asumido por un tercero, se le atribuya menor valor del que merece, precisamente por la tendencia de la sociedad a desconocer su importancia económica. En ese orden de ideas, la invisibilización del primero comporta la infravaloración del segundo. El desconocimiento de la actividad como generadora de valor económico conlleva, además, bajos estándares salariales".

5.26. Esa decisión, remontó la utilización de la infravaloración del trabajo[44] doméstico para excluirlo de ciertas garantías, pese a su carácter de necesario, útil y relevante que impidió, por mucho tiempo, reconocer que a través suyo las familias pueden equilibrar su vida familiar y laboral, pues dispensa asistencia a quienes lo necesitan, entre ellos menores, adultos mayores o personas en situación de debilidad manifiesta, como los enfermos, y esto se traduce en que tiene un valor en el cuidado y sostenimiento de la vida.

5.27. Por esta razón, considera la referida sentencia que, al tomar un sentido más amplio, la prima de servicios en la práctica reconoce al trabajador, el beneficio que ha recibido el empleador con la prestación de sus servicios, que no solamente está referido a la generación de plusvalía, sino al valor social y económico que el trabajo puede llegar a crear. En ese orden, considera que el servicio doméstico genera beneficios a la familia en tanto que permite a sus integrantes la vinculación al mercado laboral para generar ingresos, razón por la cual la distinción entre trabajadores del servicio doméstico y otros trabajadores para el pago de la prima de servicios es irrazonable y violatoria del principio de igualdad. No obstante, lo anterior, la corporación reconoce los efectos que puede generar en la sociedad la extensión de este derecho laboral para los trabajadores del servicio doméstico, en tanto que el impacto económico será para las familias, institución sensible que supone la existencia de una carga distinta, en consideración a las circunstancias económicas y sociales que caracteriza a cada una de las familias. Con ello se mantiene una línea de protección del trabajo doméstico, que se concentra en superar su infravaloración, ampliando la cobertura de derechos sociales a quienes se dedican al cuidad y sostenimiento de la vida.

5.28. De acuerdo con lo planteado, la Corte reitera las reglas decantadas[45] en relación con la garantía de los derechos de los trabajadores y trabajadoras domésticos, esto es, esencialmente (i) la existencia de un mandato constitucional de equiparación, en punto al goce y ejercicio de los principios mínimos del trabajo, de que trata el artículo 53 C.P. entre los trabajadores y trabajadoras domésticos y los demás trabajadores y que tienen distintas dimensiones tanto salariales y prestacionales, de la seguridad social, las condiciones físicas del empleo compatibles con la dignidad de la persona; la protección de la estabilidad laboral de la mujer embarazada, etc. (ii) el reconocimiento que la relación laboral de los trabajadores y quienes desempeñan servicios domésticos está signada por una particular forma de subordinación jurídica hacia el empleador, dada su labor y las condiciones en que se desarrolla, máxime que, como se ha constatado, es realizado por mujeres de escasos recursos e instrucción; en consecuencia (iii) la necesidad de otorgar a las relaciones laborales un marco reforzado de protección de los derechos de las trabajadoras, lo cual incluso permite fijar discriminaciones a su favor, compatibles con la condición de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las trabajadoras y trabajadores domésticos (iv) no es posible mantener tratos diferenciados por razón del lugar en el que se realiza la labor, ni el tipo de actividad; (v) el ámbito privado en el que se realiza trabajo que sostiene la vida de sus integrantes requiere de equiparación de derechos[46] (vi) el trabajo precario, que se sustenta en la informalidad y en la ausencia de control del Estado, deteriora las condiciones dignas y justas en las que debe desarrollarse el trabajo doméstico.

6. Análisis del cargo por inconstitucionalidad

6.1. El actor sostiene que el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo establece un trato diferenciado en perjuicio de los trabajadores domésticos, a quienes se les impone el periodo de prueba, a través de una presunción legal, cuando esto no ocurre con los restantes trabajadores y que esto da cuenta de una discriminación negativa, que debe ser eliminada del ordenamiento jurídico.

6.2. La Universidad Externado de Colombia solicita la inexequibilidad de la disposición demandada. Arguye que, por naturaleza, el periodo de prueba es funcional al empleador, y que dada su incidencia se exige que en todos los casos conste por escrito, para impedir que pueda desconocerse el término máximo permitido, entre otras cosas porque mientras aquel opera es posible la terminación de la relación laboral sin efectos indemnizatorios. Que por

ello la excepción de las trabajadoras domésticas, en punto a la presunción del periodo de prueba, no atiende que son pasibles de arbitrariedad ante el despido o desconocimiento de derechos laborales dadas sus circunstancias de vulnerabilidad, y que por ello se hace necesario que conozcan de antemano y por escrito cualquier disposición que afecte sus garantías laborales.

6.3. Los restantes intervinientes, así como el Procurador General de la Nación piden la exequibilidad de la norma demandada. Refieren que, contrario a lo sostenido por el actor, la disposición acusada incorpora una discriminación positiva, porque el periodo de prueba de 15 días es más benéfico que el de dos meses previsto para los demás trabajadores y que esto cumple con los estándares jurisprudenciales establecidos por esta Corporación, así como las obligaciones internacionales, específicamente el Convenio 189 de la OIT. Afirman que, en todo caso, la presunción se justifica por el carácter de la labor que realizan actividades domésticas, y el lugar en el que prestan sus servicios.

6.4. Así las cosas, corresponde a la Sala Plena determinar si la presunción del periodo de prueba aplicable únicamente a los trabajadores domésticos establecida en el numeral 2º del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, quebranta el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 y 53 de la Constitución Política.

6.5. Lo anterior, teniendo en cuenta que la regla general en materia del periodo de prueba consiste en que este se pacta por escrito entre el trabajador y el empleador, y de no hacerlo se entiende que las partes prescinden del mismo. En cambio, los trabajadores domésticos cuando no pactan dicho periodo, aun así se entiende automáticamente incorporado por un término de quince días.

6.6. Para resolver, cabe inicialmente recordar que, como se explicó en el acápite correspondiente la igualdad es un concepto relacional, en el intervienen, por lo menos dos elementos, las situaciones de hecho que se comparar, y el criterio de comparación, también conocido como patrón de igualdad[47]. Que existe una metodología de análisis para determinar si, efectivamente, el legislador incorporó un trato odioso e irrazonable, y que para ello se hace necesario determinar, el fin de la medida, el medio empleado y la relación entre medio y fin. También que los niveles de intensidad en el juicio se determinan teniendo en cuenta, entre otros, si existen categorías sospechosas de discriminación que

recaigan en la protección de derechos fundamentales.

6.7. Ahora bien, es evidente que el numeral 2 del artículo 77 del CST otorga un tratamiento normativo diferenciado, que distingue a los trabajadores en general y a las trabajadoras que prestan sus servicios en el hogar, en relación con la presunción del periodo de prueba que solo opera para estas últimas. En efecto, en los apartados 4.1 a 4.25 de esta providencia se explicó que el periodo de prueba es una excepción al principio constitucional de estabilidad en el empleo, su carácter, por regla general, es facultativo y debe constar por escrito a fin de evitar que pueda ser utilizado para ampliar el periodo de desprotección.

6.8. En ese sentido se advirtió que la presunción del periodo de prueba que recae sobre quienes desarrollan trabajos domésticos no constituye, en modo alguno, una medida legislativa positiva, pues lo que genera es una desprotección no acordada que facilita su despido sin indemnización. También se analizó que, contrario a lo indicado por algunos intervinientes, no se trata de que el periodo de prueba en estos casos sea más conveniente, pues es de 15 días y no de dos meses, dado que tanto los trabajadores en general, como quienes se emplean en labores domésticas pueden suscribir con su empleador ese pacto de prueba, por el término que ambos estimen, sin que excedan el previsto en la ley. De ahí que lo que se reproche es la presunción pues en caso de no acordarlo, para este segmento de empleados domésticos siempre va a operar el periodo de prueba y esto es lo que da cuenta del trato normativo diferenciado.

6.9. Ahora bien, en los apartados 5.15 a 5.25 de la presente providencia se refirió que la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que los trabajadores domésticos y los trabajadores en general son sujetos comparables, así lo hizo cuando estudió el tope de la jornada laboral ordinaria de 8 horas para las trabajadoras domésticas que no vivían en el sitio donde trabajaban[48] y puso límite de 10 horas diarias para quienes laboraban como internas, en similar tiempo que los choferes. También se destacó que la sentencia C-871 de 2014, definió la exequibilidad condicionada del artículo 306 del Código Sustantivo de Trabajo y se consideró que quienes se desempeñan en labores domésticas, como los que realizan otro tipo de tareas productivas fuera del hogar tienen iguales derechos y por tanto no debe otorgárseles por esta razón un trato asimétrico, menos si se tiene en cuenta que, el trabajo doméstico es realizado fundamentalmente por mujeres, de escasos recursos económicos, con baja instrucción académica y en condiciones precarias de protección

social, lo que da cuenta de categorías sospechosas de discriminación, relacionadas con el sexo, la etnia y la condición social.

6.10. De manera que, las consideraciones por virtud de las cuales es posible distinguir a los trabajadores en general y quienes realizan labores domésticas, dado el lugar en el que llevan a cabo sus tareas, o el tipo de actividad realizadas, no pueden servir de argumento para dispensar un trato distinto. Así, aun cuando algunos de los intervinientes estimaron que la distinción estaba justificada por estos aspectos, lo cierto es que esta Corte ha entendido que los mismos no pueden erigirse para eliminar garantías de protección social, y tampoco para dispensar un tratamiento odioso que afecta derechos fundamentales.

6.12. En línea con lo señalado, en punto a la finalidad de la medida cabe sostener que el legislador al acoger esa modalidad de periodo de prueba para quienes desarrollan servicios domésticos – como se explicó en el capítulo 4º de este proveído- lo hizo a través de un Decreto Legislativo, inmotivado, que corresponde hoy al Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso las razones que argumentan quienes sostienen que la medida es más benéfica para quienes se desempeñan en el servicio doméstico, porque su periodo de prueba es de 15 días, mientras que el del resto de los trabajadores es de dos meses, carece de razonabilidad, en tanto si un trabajador no pacta el periodo de prueba, esta no existe y cuenta con estabilidad desde el inicio de la relación y esto es precisamente no ocurre con las trabajadoras domésticas, que como se ha explicado con insistencia, aunque no lo pacte opera la presunción del periodo de prueba. De allí que lo equitativo es que el periodo de prueba de las trabajadoras domésticas solo exista cuando se pacte por escrito, como sucede en los demás eventos.

Tampoco es posible admitir como finalidad la naturaleza de la labor y el lugar de prestación del servicio, por lo que se descarta el carácter imperioso e importante de la medida, pues a la luz de la Constitución Política de 1991 no es posible establecer este tipo de distinciones, que tienen el carácter de odioso e irrazonable, pues como se explicó en el acápite 5° de esta providencia el trabajo doméstico permite el cuidado de la vida y habilita a los integrantes de la familia a desarrollar sus proyectos personales. De ahí que no sea admisible un tratamiento diferenciado.

6.13. En verdad, a juicio de la Corte, no existe un fin legítimo, importante, ni imperioso,

pues la distinción entre ámbito productivo y ámbito privado para diferenciar a las trabajadoras domésticas de los restantes trabajadores no tiene soporte constitucional y es inaceptable. El trabajo en el hogar sí tiene incidencia en el ámbito productivo, además, es determinante cuando lo que dispensa es asistencia a quienes los necesitan, entre ellos niños, adultos mayores o personas en situaciones de debilidad manifiesta, como los enfermos, y por ello no es posible admitir esa diferenciación. Ligado con el lugar en el que se presta el servicio se añade el tipo de actividades que se realizan, que no pueden servir para otorgar un tratamiento en negativo, pues incluso pueden llegar a ser tareas más intensas o iguales que las efectuadas en el ámbito público, supóngase la diferencia entre quien realiza oficios varios en una empresa, que la que lleva a cabo similares tareas en el hogar, deben obtener similar amparo.

6.14. Lo anterior da cuenta de que la medida legislativa, consistente en la presunción del periodo de prueba desatiende, además del principio constitucional de estabilidad en el empleo y el trabajo en condiciones dignas y justas, lo señalado por el Convenio 189[49] de la OIT, aprobado por la Ley 1595 de 2012, y que integra el bloque de constitucionalidad. En efecto tal disposición se sustenta en el viejo paradigma que soportó que los derechos de las trabajadoras domésticas sigan siendo infravalorados e invisibles, máxime cuando, se insiste, lo realizan principalmente mujeres y niñas, todas de escasos recursos y particularmente vulnerables a la discriminación, en circunstancias de informalidad, de allí que lo que deba promoverse son normas específicas y protectoras que garanticen sus derechos fundamentales en el trabajo, como se explicó con antelación, de allí que no aparezca atendible mantener una regulación que, lejos de permitirle equiparar derechos, y superar las barreras de la informalidad para obtener protección social en los términos que incluso ha señalado la jurisprudencia, los restringe.

6.15. Para abonar más razones, si según se explicó en el apartado de las singularidades del trabajo doméstico, este sector concentra un alto grado de informalidad[50], e incluso con el objetivo de mejorar los derechos de quienes se desempeñan en tales labores se ha emprendido una equiparación de derechos, no resulta admisible mantener unas categorías que restrinjan un piso mínimo de derechos humanos laborales. Incluso sobre este punto la OIT en el Informe al Convenio 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos destacó la necesidad e importancia de promover contratos escritos “como un paso crucial para la formalización de las relaciones laborales, pues establecen unas normas mínimas de trabajo

decente y, en caso de violaciones de sus disposiciones, permiten a los trabajadores defender sus derechos"; así mismo la valía de que tales documentos sean de fácil comprensión, atendiendo que los niveles de instrucción de quienes prestan dichos servicios son bajos, para de ese modo contribuir a modificar algunas prácticas de incumplimiento[51]. Argumentos que además de sólidos se encuentran en sintonía con lo decantado en la jurisprudencia de esta Corte en relación con las trabajadoras domésticas.

6.16. Asimismo, en reciente Observación directa dirigida al gobierno de Colombia, tras el alcance del referido Convenio 189 la Organización Internacional del Trabajo "solicita al Gobierno que adopte las medidas necesarias para modificar los artículos 77 y 103 del Código Sustantivo del Trabajo con miras a garantizar que los trabajadores domésticos gocen del mismo período de prueba y de preaviso para la terminación de los contratos a término fijo, así como de las mismas garantías, que el resto de los trabajadores. La Comisión solicita asimismo al Gobierno que indique las medidas previstas o adoptadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente"[52]. Esto tras advertir el trato desigual e injustificado sobre quienes desempeñan labores domésticas. Todo lo dicho hasta aquí para determinar que, en efecto, es irrazonable y desproporcionado mantener una presunción que solo recae en las trabajadoras domésticas y que limita injustificadamente sus garantías, restringiendo la necesaria equiparación de derechos que, desde hace décadas esta Corte ha emprendido para garantizar el trabajo en condiciones de dignidad y justicia y que contrario a lo sostenido por algunos intervinientes no puede advertirse como una garantía, sino como un trato desigual en relación con los restantes trabajadores en punto a la presunción.

6.17. Todo lo dicho da cuenta que la medida es incompatible con la Constitución Política, su finalidad no es legítima, importante e imperiosa y, por ende la presunción del periodo de prueba es un medio que es inadecuado e innecesario. No es admisible, se insiste, la distinción de trato, menos cuando promueve la desprotección y no encuentra amparo en los cánones constitucionales, por ello es inviable mantener una disposición que introduce una excepción al principio de estabilidad en el empleo, concretado en el régimen de extinción del contrato de trabajo, sin ninguna justificación y que contraría el mandato del artículo 13 y 53 de la Constitución Política.

6.18. Así, tras invalidarse las premisas que justifican la diferencia de trato, así como la finalidad, el medio utilizado y la razonabilidad de la medida, consistente en la presunción del periodo de prueba, en tanto la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del empleador, se conviertan en factores de tratos desiguales en perjuicio de los trabajadores, es evidente que el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo vulnera los artículos 13 y 53 constitucionales y por ello se declarará inexequible.

VI. SÍNTESIS

La Corte analiza si el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se dispone la presunción del periodo de prueba para los trabajadores del servicio doméstico, viola el principio de igualdad. Las Universidades Libre, Javeriana y del Rosario, así como el Procurador General de la Nación estiman que, contrario a lo sostenido en la demanda, la disposición protege a los trabajadores domésticos al fijar un periodo de prueba de 15 días, que es más benéfico que el de 2 meses que regula a los trabajadores particulares. Califican esta discriminación de positiva y justifican el trato diferenciado en (i) el tipo de labor que realizan y (ii) el lugar en el que prestan los servicios, esto es, en el hogar.

La Universidad Externado de Colombia sostiene que la disposición es inexequible. Expone que, por naturaleza, el periodo de prueba es funcional al empleador, y que dada su incidencia se exige que en todos los casos conste por escrito, para impedir que pueda desconocerse el término máximo permitido, entre otras cosas porque mientras aquel opera es posible la terminación de la relación laboral sin efectos indemnizatorios. Que por ello la excepción de las trabajadoras domésticas, en punto a la presunción del periodo de prueba, no atiende que son pasibles de arbitrariedad ante el despido o desconocimiento de derechos laborales dadas sus circunstancias de vulnerabilidad, y que por ello se hace necesario que conozcan de antemano y por escrito cualquier disposición que afecte sus garantías laborales.

La Sala Plena determina si la presunción del periodo de prueba aplicable únicamente a los trabajadores domésticos establecida en el numeral 2º del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo, quebranta el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 y

53 de la Constitución Política.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la regla general en materia del periodo de prueba consiste en que este se pacta por escrito entre el trabajador y el empleador, y de no hacerlo se entiende que las partes prescinden del mismo. En cambio, los trabajadores domésticos cuando no pactan dicho periodo, aun así se entiende automáticamente incorporado por un término de quince días.

Advierte que los sujetos a comparar son los trabajadores particulares y los trabajadores domésticos y encuentra, en relación con estos últimos, que existe un criterio sospechoso de discriminación por tratarse en su mayoría de mujeres, de escasos recursos y con baja instrucción escolar y sujetas a un alto grado de informalidad, en la que es frecuente los contratos verbales y, de consuno, la presunción del periodo de prueba. Así mismo refiere que la medida legislativa incorpora un tratamiento diferenciado, consistente en que para los trabajadores particulares no se presume el periodo de prueba, pues este debe ser siempre pactado y constar por escrito, mientras que para los trabajadores domésticos, al margen de que lo estimen o no, opera la presunción del periodo de prueba por los primeros quince días, lo cual tiene efectos en relación con la estabilidad en el empleo pues en ese interregno puede terminarse el contrato laboral sin el pago de la indemnización correspondiente.

La Corte, al analizar la finalidad de la medida, encuentra que el numeral 2 del artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo se introdujo a través de un Decreto Legislativo, debido al Estado de Sitio de la época, que se convirtió en legislación permanente sin realizar debates o exposición de motivos sobre su contenido. La finalidad protectora no existe, porque la medida impone que las trabajadoras domésticas siempre tengan periodo de prueba, sin pactarlo por escrito, cuando para los demás trabajadores que conste por escrito es un requisito de validez. También explicó que distinguir a los trabajadores particulares de los domésticos, para justificar el trato normativo, en razón del carácter productivo o del tipo de tarea es irrazonable, máxime cuando el trabajo doméstico facilita llevar a cabo la actividad productiva de quienes lo contratan y, además, sostiene la vida familiar. La presunción del periodo de prueba es un medio que carece de legitimidad pues mantiene una distinción odiosa, que no se encuentra justificada.

En ese sentido la disposición no es legítima, ni razonable en el marco de la Constitución Política y por ello es inexequible, en tanto no debe presumirse el periodo de prueba de los trabajadores del hogar. Estos cuentan con la posibilidad de convenirlo, siempre que conste por escrito y con las reglas generales del Código Sustantivo del Trabajo.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el numeral 2° del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950 que dice "En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presumen como periodo de prueba los primeros quince (15) días de servicio"

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO FIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHELSINGER

Magistrada

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-028/19

PRESUNCION DE PERIODO DE PRUEBA DE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS-Norma acusada debió ser declarada constitucional porque establece una diferencia razonable y proporcional, mas no un tratamiento discriminatorio (Salvamento de voto)

Expediente: D-12745. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 77, numeral 2° del

Decreto Ley 2663 de 1950, “Código Sustantivo de Trabajo”.

Magistrada ponente: Alberto Rojas Ríos

1. Con respeto por las decisiones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, salvo mi voto en la decisión del expediente de la referencia. Considero que la norma acusada debió haber sido declarada constitucional porque establecía una diferencia razonable y proporcional, que no un tratamiento discriminatorio.

2. Según el artículo 13 de la Constitución Política, los criterios sospechosos o prohibidos para efectuar tratamientos diferenciados son el “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Ahora bien, en la medida en que el Estado tiene el deber de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” por medio de la adopción de “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, las distinciones que se fundamentan en una condición de debilidad o exclusión, pese a no pertenecer a aquellas categorías explícitamente prohibidas, también generan un grado de sospecha de discriminación que obliga al juez constitucional a valorar con especial cuidado la existencia de razones objetivas que avalen tratamientos diferenciados. Este es el caso de los trabajadores domésticos, tal como se deriva del “Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (número 189)”, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1595 de 2012, uno de cuyos fines es la eliminación de las formas de discriminación respecto de tales trabajadores.

3. La distinción que realiza la disposición demandada, en relación con el periodo de prueba de los trabajadores domésticos, no es discriminatoria porque no se efectúa sobre un punto especialmente sensible para la igualdad. Según el Convenio en cita, son aspectos especialmente sensibles para la igualdad en relación con los trabajadores domésticos “las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas” (art. 10), “la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad” (art. 14), los “pagos en especie” (art. 12), y “el acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos” (art. 16). De esta enunciación no es posible inferir que el periodo de prueba sea un elemento sospechoso del que pueda derivarse un tratamiento discriminatorio para los trabajadores domésticos.

4. Más aún, según el Convenio en cita, el Legislador cuenta con un margen de apreciación suficiente para regular el periodo de prueba, siempre y cuando no afecte el derecho a la información de los empleados domésticos. Su artículo 7 dispone lo siguiente: "Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional" (subrayado por fuera del original). La disposición en cita resalta que uno de los aspectos en los que existe un deber especial de información es "(i) el período de prueba, cuando proceda". Si la garantía especial que reviste al periodo de prueba es el acceso a la información, y al tiempo deja un margen de apreciación a las legislaciones nacionales respecto de la forma en que este se celebra, no es posible inferir que exista una imperiosa necesidad de igualdad en que este, el periodo de prueba, se pacte por escrito.

5. A pesar de lo dicho, también es posible inferir que la distinción que realiza el Legislador es razonable y proporcional si se considera el alto grado de confianza en que se fundamenta esta especial relación laboral, pues la prestación del servicio se realiza en el hogar del empleador y su familia. Si esto es así, es razonable inferir que un periodo de prueba corto, presunto, pretende proteger, de un lado, la intimidad familiar, al exigir al empleador valorar en tal término las aptitudes del empleado para desempeñar su sensible labor; de otro lado, permite al trabajador doméstico superar de manera rápida la situación de inestabilidad en que se podría encontrar en un periodo de prueba mucho más largo, como el que se posibilita con la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada, a pesar de que se sujeta a la solemnidad escrita.

6. Así las cosas, en primer lugar, la disposición demandada supone una intervención baja en la estabilidad laboral de los empleados domésticos y genera beneficios medios o altos en la satisfacción de la protección de la intimidad familiar. La intensidad de la intervención en la estabilidad laboral es baja porque además de tratarse de un periodo de prueba corto, este resulta incluso menor al que pudiera pactarse por escrito. La norma consigue un nivel de satisfacción medio o alto en la protección de la intimidad familiar pues favorece la existencia de espacios para establecer, de manera pronta, si el trabajador que ingresa a lo más íntimo del hogar reúne las condiciones que se esperan para ejercer su labor.

7. En segundo lugar, la medida, al mismo tiempo que implica una intervención de intensidad media en las garantías formales del periodo de prueba (por permitir su presunción en los contratos verbales), consigue un beneficio alto en la satisfacción de la estabilidad laboral del trabajador. Como el periodo de prueba es más corto que aquel que se puede pactar por escrito, la disminución en las garantías formales genera un efecto favorable al trabajador, ya que le permite superar más rápidamente el periodo de inestabilidad.

8. Finalmente, la disposición demandada genera un beneficio abstracto mayor para los trabajadores domésticos que el que se obtiene con la obligación de regular el periodo de prueba por escrito. Al presumirse el periodo de prueba en los contratos verbales, este se fija en un periodo corto. Por el contrario, dado que la declaratoria de inexequibilidad de la disposición impone el deber a las partes de pactar por escrito el periodo de prueba, se genera una mayor inestabilidad laboral para los trabajadores domésticos, pues se incentiva la posibilidad de pactar periodos escritos mucho más amplios para el periodo de prueba.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Folios 13 a 19.

[3] Folios 40 a 44

[4] Folios 34-39.

[5] Folios 38 – 39

[6] Folios 49 a 54.

[7] En la sentencia C-1052 de 2001, reiterada desde entonces de manera uniforme, la Corte explicó estas características que debe reunir el concepto de la violación.

[8] Sentencia C-161 de 2016

[9] En punto a este elemento, esta Corte en Sentencia C-609 de 2012 explicó que "Así las cosas, la igualdad termina siendo un concepto relacional que impide aplicarse de forma automática, lo que trae consigo la atención igual a quienes se encuentren en situaciones similares, y en forma desigual a los sujetos que se hallen en situación diferente. Un primer parámetro esbozado por esta Corte para identificar si se está en presencia de una situación diferente es establecer un criterio de comparación o tertium comparationis, donde se puede determinar si los hechos son iguales o no. Con el propósito de analizar si una disposición jurídica vulnera el principio de igualdad, este Tribunal Constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, que pretende otorgar al mencionado análisis objetividad y transparencia en aras del estudio de constitucionalidad".

[10] Así se ha entendido, entre otras en Sentencias C-053 de 2018, C-015 de 2018, C-002 de 2018, C-499 de 2015, C-657 de 2015, C-1021 de 2012, C-329 de 2015, C-626 de 2010, C-289 de 2008, C-748 de 2009.

[11] Sobre este aspecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-059 de 2018, C-115 de 2017, C-658 de 2016, T-030 de 2017, C-534 de 2016, C-179 de 2016, C-657 de 2015, C-533 de 2015, C-766 de 2013, C-811 de 2014.

[12] Sentencia C-613 de 2014

[13] Sentencia C-521 de 1995

[14] Ibídem

[15] Sentencia C-470 de 1997

[16] Sentencia C-594 de 1997

[17] Sentencia C-016 de 1998

[18] Sentencia C-034 de 2003

[19] En sentencia C-399 de 2007 la Corte destacó que la Constitución Política brinda mayor protección al trabajo subordinado o dependiente, entre otros por causa de la desigualdad económica esencial que subyace de esa relación. Así mismo lo justifica en que el principio

de igualdad material le da coherencia a “las luchas de la clase obrera, siempre explotada, en múltiples formas, en múltiples formas y en diversos grados, por los empleadores en desarrollo del propósito de crear riqueza para sí mismos, y que tras muchos sacrificios y actos de heroísmo, han logrado algunas conquistas económicas y sociales, en el camino hacia el logro de unas condiciones dignas y justas de vida” y a esto atribuye que el constituyente hubiera establecido el artículo 25 superior. También sobre este aspecto pueden consultarse, entre otras, las decisiones C-594 de 1998, C-299 de 1998, T-546 de 2000.

[20] Aun cuando el régimen de estabilidad laboral en Colombia es impropio, pues es factible que se termine unilateralmente sin justa causa, previo el pago de una indemnización tarifada, tanto para trabajadores públicos como privados. Sobre estos últimos en los términos del artículo 64 del CST, está Corporación ha indicado que tal potestad no es ilimitada, cuando quiera que esté de por medio una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, pues en este evento se concreta la teoría del abuso del derecho (T-575 de 2016). No obstante coincidir este último aspecto con la doctrina sentada por la Sala de Casación Laboral, lo cierto es que mientras esta sostiene que ese abuso del derecho conlleva solo a la indemnización tarifada de perjuicios al decir “El derecho positivo colombiano ha adoptado el principio, deducido por la doctrina en desarrollo lógico de la teoría del abuso del derecho, conforme se ha visto, y según el cual la resciliación es un derecho cuyo ejercicio debe justificarse (no hay derechos absolutos). Pero su no justificación se resuelve para el sector privado en una indemnización de perjuicios y no por la anulación del acto abusivo de conformidad también con la doctrina… es además cierto que el derecho del patrono a despedir a su trabajador, así esté sujeto a limitaciones y restricciones, es considerado como una verdadera anomalía jurídica por parte de quienes defienden la estabilidad absoluta. El despido se hace difícil y oneroso, se sanciona, pero de todos modos resulta permitido y eficaz de acuerdo con las normas” (CSJ SL10106-2014), esta Corporación ha decantado que utilizar esta figura con fines discriminatorios, es decir con violación de derechos fundamentales de la persona del trabajador, conduce a que el despido sea ineficaz.

[21] La doctrina judicial de la Sala de Casación Laboral sobre este punto ha señalado, de vieja data, que “la circunstancia de que la ley haya previsto que durante esa etapa inicial del contrato del trabajador por la empresa, ésta pueda – en razón de la ineptitud de aquel

para el oficio – abstenerse de continuar con el vínculo o no incorporar a su servicio en forma definitiva al trabajador, sin que esta decisión le implique la obligación de indemnizar perjuicios, que en realidad no ha causado, no significa que el empleador esté facultado para estipular o imponer periodos de prueba cuyo verdadero propósito, expreso o tácito, sea el de restringir o eliminar el derecho del trabajador a la permanencia en su empleo". CSJ SL Sección Segunda, 23, jul, 1993 Rad. 5921. Gaceta Judicial 2465.

[22] Las razones por las cuales los trabajadores no deben asumir ninguna carga cuando decidan acabar con el vínculo laboral, se ligan a la proscripción de la esclavitud y servidumbre, en la que se incurriría de atarlos a continuar en el trabajo a pesar de no quererlo.

[23] Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral ha señalado que "en los contratos meramente verbales no puede existir periodo de prueba, pues cabalmente eso es lo que resulta de la sola lectura del art. 77 CST cuando afirma que el periodo de prueba debe ser estipulado por escrito y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo .Pues aunque los doctrinantes difieran acerca de la naturaleza o esencia jurídica del periodo de prueba, es lo cierto que en la legislación laboral colombiana, ya desde el punto de vista formal, constituye una estipulación solemne en cuanto a su validez o existencia jurídica queda condicionada sine qua non a la forma escrita". CSJ SL 10, may, 1969. Gaceta Judicial 2310, 2311, 2312, pág. 532. Incluso desde que empezó a funcionar el Tribunal Supremo del Trabajo se definió que la exigencia de que el periodo de prueba constara por escrito, tenía como función establecer que las partes, efectivamente tuvieron conocimiento sobre el mismo, así como la posibilidad de fijar el alcance de las restantes cláusulas contractuales, con el fin de evitar cambios intempestivos o deficientes interpretaciones en punto a sus derechos; así mismo que "La norma general es la de que todo contrato celebrado oralmente o que carezca de constancia escrita que fije los términos de su celebración o que pueda demostrarse con la presencia de una prestación de servicio mediante remuneración ha de aceptarse como indefinido en su duración" y se admite que el reseñado periodo de prueba conlleva en su interior una inestabilidad que es la que implica que deba tener un límite máximo y unas determinadas formalidades (Tribunal Supremo del Trabajo, 22 de octubre de 1956, Gaceta Judicial 2171, 2172, 2173, pág. 560).

[24] En efecto el Decreto Legislativo tiene una naturaleza precaria en cuanto a su vigencia, dado que desaparecía cuando el Presidente levantaba el estado de excepción, por ello se optó por ingresarlo en bloque a través de una ley en la que no se debatía su contenido, sino su adopción.

[25] En la sentencia C-593 de 1993 la Corte estudió sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 141 de 1961, que adoptó como legislación permanente los decretos legislativos dictados en virtud de las facultades de Estado de Sitio, debido a los graves problemas de orden político, económico y social de la época, amparados en los artículos 121 y 122 de la Constitución de 1886. Anteriormente la Sala Plena Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia de 18 de julio de 1973 había analizado su constitucionalidad parcial pero en relación con el artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo.

[27] Aprobado mediante Ley 22 de 1967. Este Convenio se funda en la Declaración de Filadelfia, en la que se recuerda que el trabajo no es una mercancía y que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, que se traduce en trabajo decente.

[28] T-978 de 2004.

[29] En la decisión T-1097 de 2012, reiterada en la T-575 de 2016.

[30] Según el documento Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe para el año 2016 se concentraba el 37% del trabajo doméstico en el mundo, esto es alrededor de 18 millones de personas, de las cuales el 93% eran mujeres, un 77,5% se encontraba en la informalidad, es decir 8 de cada 10 tenía un trabajo informal, el 63% no había completado ningún nivel educativo o escasamente la básica primaria. Puede consultarse en el documento http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/documents/publication/wcms_480352.pdf

[31] En el documento de “Las leyes del trabajo doméstico remunerado en América Latina” del Centro de Documentación y Estudios (CDE) y ONU Mujeres, entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, se evidencian las

normas restrictivas en la región sobre trabajo doméstico y las modificaciones que han venido operando en los últimos 15 años. El texto puede consultarse en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/—migrant/documents/publication/wcms_476105.pdf

[32] En sentencia C-310 de 2007, esta corporación se refirió a tal circunstancia y destacó las consecuencias que esto implica, como la exposición de este tipo de trabajadores al acoso sexual, físico, a la violencia y todo tipo de abusos.

[33] La Corte Europea de Derechos Humanos, en sentencia de 26 de junio de 2005, Caso Siliadin vs. Francia observó que "muchos convenios internacionales tienen como objetivo la protección de los seres humanos de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio (…) Como lo señaló la Asamblea Permanente del Consejo de Europa, aunque la esclavitud se abolió hace más de 150 años, la "esclavitud doméstica" aún persiste en Europa e involucra a miles de personas, en su mayoría mujeres".

[34] En la economía feminista y la economía de cuidado se analizan las formas de reproducción social y de la división sexual del trabajo, y sobre todo se evidencia la incidencia del cuidado de la vida en el sistema económico. Aquí resulta adecuado el análisis del trabajo doméstico y de la necesidad de su visibilización. Puede consultarse Revista Nueva Sociedad, La economía invisible Feminismo, cuidados y poder, aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad. Corina Rodríguez Enríquez marzo – abril 2015 N° 256.

[35] En la Recomendación 204 de la OIT esto ya había sido objeto de pronunciamiento en punto al trabajo doméstico, aun cuando aquella se refiere a la transición de la economía informal a la formal en el literal c) del artículo 4 se indica que el logro del trabajo decente se consigue mediante el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la legislación y en la práctica y que uno de sus elementos transversales es el de la promoción de la igualdad y la no discriminación, por ello se contempló que "Los miembros deberían adoptar, revisar y hacer cumplir la legislación nacional u otras medidas a fin de garantizar una cobertura y una protección apropiadas de todas las categorías de trabajadores y unidades económicas. Reformar normativas obsoletas que colocaban a quienes prestaban servicio doméstico en condiciones de desventaja" (Énfasis fuera del texto).

[36] En atención a lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, y en particular su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares.

[37] El análisis lo realiza la Escuela Nacional Sindical en el II Encuentro de Trabajo Doméstico de 1 de agosto de 2018 que puede consultarse http://ail.ens.org.co/informe-especial/historias-tras-las-cortinas-cifras-y-testimonios-sobre-el-trabajo-domestico-en-colombia/

[38] Ibídem

[39] http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Barriendo-invisibilidades.pdf Barriendo invisibilidades DIAGNOSTICO CONDICIONES DE TRABAJO DECENTE DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS AFROCOLOMBIANAS EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN Corporación Escuela Nacional Sindical – ENS Corporación Afrocolombiana de Desarrollo Social y Cultural – CARABANTÚ

[40] En el artículo 123 de la Constitución Mexicana de 1917 se dispuso que las empleadas domésticas, los artesanos y jornaleros contaban con idénticas garantías mínimas que el resto de los trabajadores.

[41] En reciente sentencia T-234 de 2018 la Corte analizó un caso con esta dimensión, mediado por un trato deshumanizado y fundado en distinciones por razones económicas de las trabajadoras domésticas.

[42] En dicha decisión se aludió a la definición del artículo 1° del Decreto 824 de 1988. Así mismo la que incorpora el literal a) del artículo 1° del Convenio 189 de la OIT es la de “el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos”.

[43] Se explica esto en diversos factores que van desde el aumento de participación de la mujer en la fuerza de trabajo, las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, los déficits de los Estados de otorgar prestaciones de servicio de cuidado y el envejecimiento de la población. http://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=53512

[44] El artículo 22 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de Derechos Sociales del Trabajador de la OEA, les otorga el carácter de trabajo manual al doméstico.

[45] Entre ellas en la sentencia T-722 de 2017

[46] Estas reglas están consignadas en la Sentencia T-722 de 2017 y son aplicables al caso concreto, en el que se resuelve sobre el trabajo doméstico.

[47] Este análisis se aborda de manera pormenorizada en Sentencia T-230 de 1994.

[48] Sentencia C-372 de 1998

[49] En atención a lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, y en particular su protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares.

[50] En la Recomendación 204 de la OIT esto ya había sido objeto de pronunciamiento en punto al trabajo doméstico, aun cuando aquella se refiere a la transición de la economía informal a la formal en el literal c) del artículo 4 se indica que el logro del trabajo decente se consigue mediante el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la legislación y en la práctica y que uno de sus elementos transversales es el de la promoción de la igualdad y la no discriminación, por ello se contempló que “Los miembros

deberían adoptar, revisar y hacer cumplir la legislación nacional u otras medidas a fin de garantizar una cobertura y una protección apropiadas de todas las categorías de trabajadores y unidades económicas. Reformar normativas obsoletas que colocaban a quienes prestaban servicio doméstico en condiciones de desventaja" (Énfasis fuera del texto).

[51] En la consulta tripartita para adoptar el Convenio 189 de la OIT sobre si deberían estipularse por escrito las condiciones de empleo, entre ellas el periodo de prueba, , arrojó como resultado que 67 países estuvieron de acuerdo con esa medida, a lo que añadieron que el texto debía ser de fácil comprensión, contar con funciones básicas, los extremos temporales y disposiciones sobre arreglos flexibles de las partes, fundamentalmente para garantizar los derechos de las partes y evitar la defraudación de derechos laborales, dadas las dificultades de acreditarlos en juicio. En las observaciones finales se añadió que aun cuando el contrato fuera verbal, las condiciones de empleo, entre las que está el periodo de prueba deberían constar por escrito.

En América Latina solo 8 países tienen previsto que conste por escrito el contrato de trabajo, esto es Argentina, Bolivia Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México y Paraguay.

[52]https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:3333842