Sentencia C-310/07

CESANTIA EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Liquidación/CESANTIA EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Inconstitucionalidad de norma que excluye de la liquidación, el valor de lo pagado en especie/DERECHO A LA IGUALDAD DE EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Vulneración por norma que dispone liquidación de cesantía sin tener en cuenta valor del salario en especie/CESANTIA EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Debe pagarse siempre en dinero y en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente

Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar” y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Finalmente, también resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó. En efecto, si conforme con los dictados superiores el salario en especie también es salario, hoy en día no se explica cómo el legislador desconoce su naturaleza retributiva, afectando de paso el ingreso del trabajador doméstico, quien por disposición de la norma acusada se ve privado de contar con la totalidad de su remuneración, como base, a fin de poder satisfacer necesidades esenciales en los aspectos ya referidos. En este sentido, la norma bajo revisión comporta igualmente una ostensible violación del derecho al trabajo (art. 25 Const.), del cual es expresión la remuneración, así como también del “principio de universalidad de las prestaciones sociales”, como quiera que “dentro de las contingencias típicas cubiertas por un sistema contributivo de seguridad social, se encuentra el desempleo”, que es una eventualidad que se busca precaver con la cesantía de los trabajadores. Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “sólo”, contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y exequible en lo demás dicho numeral, en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

SALARIO-Definición

AUXILIO DE CESANTIA-Naturaleza jurídica

EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Situación de vulnerabilidad

TRABAJO DOMESTICO-Elementos definitorios

TRABAJO DOMESTICO-Jornada laboral

INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL DE EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Trato desigual frente al otorgado en forma general a los demás trabajadores

PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL-Alcance

SALARIO EN ESPECIE-Conceptos que lo integran

Referencia: expediente D-6512

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 252 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Demandante: Claudia Milena Díaz Ulloa.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, la ciudadana Claudia Milena Díaz Ulloa presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 252 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcribe el texto acusado del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo:

“Artículo 252. Cesantía restringida.

… … …

III. LA DEMANDA.

Para la ciudadana demandante el segmento normativo acusado del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo viola el artículo 13 de la Carta Política, que consagra el principio de igualdad, pues al ordenar que para liquidación de cesantías de los empleados del servicio doméstico se tenga únicamente en cuenta el salario en dinero, discrimina a dichos

trabajadores en la medida en que olvida que conforme a la ley laboral tanto el dinero como la especie constituyen remuneración.

Señala que la disposición acusada claramente está atentando contra uno de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores, consagrado en el artículo 53 superior, relativo a la igualdad de oportunidades, “entendiéndose por trabajadores cualquier persona que preste una actividad humana al servicio de otra independientemente de su forma de pago salarial, ya sea en dinero o en especie”.

En su opinión, lo impugnado también desconoce el artículo 25 ibídem, que establece el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, recordando que “prestar un servicio doméstico debe ser visto de la misma manera que prestar cualquier otro servicio” y que por ningún motivo se justifica la situación de desigualdad en que se encuentran quienes desempeñan ese tipo de actividad.

Agrega que quienes desempeñan el trabajo doméstico son personas pertenecientes a las clases menos favorecidas, que sólo reciben un salario mínimo legal para satisfacer sus necesidades básicas, por lo cual la liquidación de sus cesantías sólo con base en el salario en dinero constituye un agravio para su futuro.

Después de desarrollar el acápite “CONCEPTO Y RAZONES DE LA VIOLACIÓN”, expone el fundamento de la competencia de esta Corte y recuerda la supremacía de la Constitución sobre toda ley o norma jurídica, dando alcance al artículo 4° superior, de la misma manera que menciona los aspectos procesales del Decreto 2067 de 1991.

IV. INTERVENCIONES.

1. Ministerio de la Protección Social.

Esperanza Avellaneda Ordóñez, obrando en representación de ese Ministerio, intervino para defender la constitucionalidad de la disposición demandada, argumentando que el supuesto de hecho allí regulado es distinto “pues por una parte están los patronos (sic) con carácter de empresa y que realizan actividades de carácter lucrativo y, por otra, los patronos (sic) que no son empresa y cuyo objeto social no es especulativo o lucrativo”.

Considera que la facultad del legislador para atribuir consecuencias jurídicas distintas, según se trate de empleadores con ánimo de lucro o sin él, “no opera en relación con los trabajadores, pues ellas resultan discriminatorias y, por ende, contrarias a la Constitución, sin embargo es razonable lo prescrito en la norma respecto a las empleadas del servicio doméstico”, habida cuenta que “el hogar, la familia no es una empresa y por ende no genera utilidades”.

Sostiene que si se analizan las condiciones en que se presta esta clase de servicio, se advierte que en ningún momento el legislador quiso desmejorar las condiciones de vida de los empleados domésticos, pues “les ha dado una cuantificación en especie que integra un salario que puede superar valores que el legislador no limitó, pero que pueden generar mejores condiciones respecto a vivienda, alimentación, vestido, trato familiar y seguridad personal, que cualquier otro trabajador tiene la obligación de superar con el salario y las

prestaciones que conforme a la ley tiene derecho".

2. Universidad Nacional de Colombia.

Marcel Silva Romero, Director de la especialización en Derecho del Trabajo de esa Universidad, hizo llegar a la Corte el estudio realizado en torno a la norma acusada en esta oportunidad, cuyos planteamientos se resumen a continuación.

Considera que en relación con el numeral 2° del artículo 252 del C. S. T. ha operado la cosa juzgada constitucional aparente, por cuanto en sentencia C-051 de 1995, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, la Corte expresó en la parte motiva de dicha providencia que la liquidación de la cesantía de los empleados domésticos sobre la base del salario en dinero, constituye una limitación razonable.

Aún así, como en la mencionada providencia la Corte no hizo un cotejo de la norma acusada con todas las normas de la Constitución, resulta procedente realizar nuevamente el análisis de fondo, el cual debe concluir en la inexequibilidad, por cuanto viola el artículo 13 de la Carta Política.

Explica que en la medida en que el empleador recibe los servicios para desempeñar labores domésticas, se encuentra obligado al pago de todos los derechos prestacionales propios de la relación laboral, sin distinción alguna respecto del trabajador, con excepción de la prima de servicios pues el hogar no tiene el carácter de empresa.

Cuestiona que la Corte en la citada providencia haya considerado que la restricción en comento supone cuantificar el salario en especie en perjuicio del trabajador doméstico, pues en su parecer no se trata de una consideración jurídica sino una conjetura que no justifica la discriminación impuesta respecto de esos empleados.

Señala que si a los choferes del servicio familiar (art. 103 C. S. T.) se les liquida la cesantía con el régimen ordinario, es decir, con el salario efectivamente devengado, no existe motivo alguno para excluir del mismo régimen a los empleados domésticos.

Manifiesta que, retomando la definición de salario que consagra el artículo 127 del C. S. T., deben liquidarse las prestaciones de los trabajadores domésticos con base en lo devengado tanto en dinero como en especie, además porque para efectos de la seguridad social de dichos trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 797 de 2004, el empleador cotiza sobre un salario mínimo.

Finalmente, precisa que lo acusado desconoce el Convenio 100 de la O. I. T. sobre igualdad de remuneración, aprobado por la Ley 54 de 1962, que integra el bloque de constitucionalidad, y añade que el asunto en discusión se enmarca dentro de los derechos humanos fundamentales del trabajo, tratándose de una discriminación injustificada, situación que ha sido evidenciada por la mencionada organización internacional.

3. Colegio de Abogados del Trabajo.

José Gregorio Velasco, Gobernador, y Juan Fernando Gallo G., miembro del Consejo Directivo, intervinieron en representación de esa colegiatura para defender la exequibilidad del

numeral 2° del artículo 252 del C. S. T. que se acusa, presentando escrito cuyo contenido enseguida se sintetiza.

Consideran que aplicando el test de razonabilidad al asunto en revisión, se tiene, en primer lugar, que las personas que realizan labores de servicio doméstico no se encuentran en la misma situación fáctica de los demás trabajadores, que reciben cesantías calculadas sobre dinero y especie.

Advierten que no es lo mismo el origen de la vinculación laboral de una empleada doméstica que la que se produce entre otra persona y una determinada empresa, pues el servicio doméstico está relacionado con labores cotidianas que se ejecutan en el hogar.

Sostienen que el hogar no genera utilidades ni lucro por los servicios prestados, como si ocurre con las empresas, lo cual lleva a comprender que es normal que allí la persona reciba amplios beneficios que constituyen salario en especie, en equivalencia cercana a lo pagado en dinero y que, incluso, puede superarlo.

Si esto es así, entienden que cuando el legislador limita el cálculo de las cesantías de los trabajadores domésticos con base a lo devengado en dinero, está reconociendo una realidad, pues de lo contrario el trabajador se vería afectado por lo oneroso que resultaría contratarlo en otras condiciones.

Concluyen que la diferencia de trato que instituye la norma acusada no es exagerada, pues según el artículo 129 del C. S. T. el salario en especie está restringido, sin que puede ser superior al 50% de la totalidad si se devenga más de un salario mínimo y del 30% cuando es equivalente a esa asignación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En concepto del 27 de noviembre de 2006, el señor Procurador General de la Nación Edgardo José Maya Villazón se refiere a la demanda de la referencia, para lo cual empieza por enfocar la noción de salario, afirmando que cuenta con una connotación más trascendental que la mera retribución de los servicios prestados por el trabajador, que es la de ser una garantía esencial para la realización de otros derechos tan importantes como la vida, la salud, la seguridad social, la familia y debe, por tanto, enmarcarse en la justicia social y en los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

Advierte que conforme a la ley laboral el salario puede estar compuesto por una parte en dinero y por otra, nunca mayoritaria, en especie, que corresponde a lo recibido por el trabajador en parte de la remuneración permanente y ordinaria en contraprestación directa del servicio, como la alimentación, habitación o vestuario, cuya cuantía debe determinarse expresamente en el contrato de trabajo, la cual a falta de estipulación al respecto se estimará pericialmente, sin que pueda exceder del 50% del salario y en el caso de salario mínimo no puede representar más del 30%.

A continuación, el Procurador analiza la naturaleza del auxilio de cesantía como salario diferido del trabajador, cuya finalidad es que éste cuente con un respaldo económico al momento de quedar cesante, por lo cual debe regirse sustancialmente por los principios y

derechos constitucionales fundamentales.

Seguidamente el jefe del Ministerio Público manifiesta que los trabajadores del servicio doméstico representan un grupo vulnerable de la población, tradicionalmente discriminado, por lo cual deben contar con una especial protección estatal, como lo ha puesto de presente el estudio realizado en el 2003 por el Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo de la Oficina Internacional del Trabajo.

Expresa que la labor de esas personas se lleva a cabo generalmente en la residencia del empleador, lo cual obstaculiza la aplicación real y efectiva de la ley, pues se trata de un espacio reservado donde las autoridades no pueden ejercer vigilancia y control para garantizar la ejecución y cumplimiento de las normas aplicables; lo anterior, aunado a la indefensión en que se encuentra este grupo de trabajadores, dado que su entorno laboral naturalmente aislado impide que puedan ejercer las libertades de asociación y negociación colectiva efectivamente, como gremio organizado.

Manifiesta que otra de las características desventajosas de ese oficio es el amplio e indeterminado conjunto de cargas laborales atribuidas por los empleadores, usando la subordinación y el ius variandi, “lo cual se traduce entre otros aspectos, en salarios bajos y en la inestabilidad del trabajo, al no exigir formación académica, ni requisitos especiales para su ejecución, su remuneración común es la menor posible, a pesar del tiempo y esfuerzo que requiere”, a lo cual se suma que esa relación laboral normalmente se rige por contratos verbales cuyos términos son modificados por el empleador durante su desarrollo, dando lugar a despidos injustificados frente a accidentes de trabajo, embarazo y enfermedades.

Afirma el Procurador que además de esas condiciones desfavorables del trabajo doméstico, debe tenerse en cuenta que quienes lo desarrollan pertenecen mayoritariamente a sectores marginados, por su precario nivel económico, educativo y cultural y además están representados por mujeres madres cabeza de familia, menores de edad e inmigrantes de zonas rurales.

Por lo anterior, considera que la norma acusada al establecer que para la liquidación de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se compute el salario que reciban en dinero, vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior y el principio de la igualdad de oportunidades de los trabajadores consagrado en el artículo 53 ibídem.

Sobre el particular manifiesta que los trabajadores del servicio doméstico tienen los mismos derechos de los demás trabajadores, por lo cual el hecho de que su salario pueda estar constituido por una parte en especie no es un motivo razonable para que esta porción se excluya de la base de liquidación del auxilio de cesantía, siendo también salario.

Considera que al quebrantarse la igualdad se vulnera el principio de dignidad y justicia en el trabajo, pues la norma demandada realiza una distinción irrazonable en detrimento de los trabajadores del servicio doméstico, lo que constituye una forma de discriminación negativa hacia esas personas.

Aduce que en virtud de lo dispuesto en la norma acusada, los trabajadores del servicio doméstico al momento de quedar cesantes no van a contar con un auxilio digno y justo,

derivado del salario total que venían devengando, con la posibilidad de que además sea inferior al salario mínimo legal vigente, lo cual contraría también los principios de justicia social y progresividad en el reconocimiento de prestaciones sociales.

Sin embargo, el Procurador solicita declarar la exequibilidad condicionada del inciso 2° del artículo 252 del C. S. del T., "en el entendido que en ningún caso, el auxilio de cesantía podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente."

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad.

2. Planteamiento del problema jurídico.

Corresponde a la Corte determinar si la disposición consagrada en el numeral 2° del artículo 252 del C. S. T., de liquidar el auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico solamente con base en la parte del salario que reciben en dinero, vulnera los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política, que se señala como infringidos en el escrito de demanda.

Con tal fin, previamente efectuará algunas consideraciones sobre el salario y su protección constitucional e indicará en qué consiste el auxilio de cesantía y cual es su finalidad; analizará la situación particular de los trabajadores del servicio doméstico y recordará las subreglas jurisprudenciales en materia de igualdad laboral, para así finalmente establecer si la restricción prevista en la norma acusada se ajusta o no a los dictados del ordenamiento superior.

3. El salario y su protección constitucional. El salario en especie.

El salario constituye uno de los aspectos inmanentes del contrato de trabajo y, por ser nuclear en el derecho laboral, goza de la protección especial prevista en el artículo 25 de la Constitución, por el requerimiento de las "condiciones dignas y justas" en las que debe ser ejecutada toda labor subordinada.

Además, ostenta la condición de principio mínimo fundamental en materia laboral, según las voces del artículo 53 de la Carta, que se refiere a la "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo".

La definición de lo que es factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.1

En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. "Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración

correspondiente.” 2

En este sentido, el salario “es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador”. 5

También la Corte ha precisado que el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos patrimoniales, “no solo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo, caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo, teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno. El salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente”. 6

Por tal razón, el salario es irrenunciable “y no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso pero sí puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley” (Art. 142 C. S. T.).

En el ámbito del control concreto de constitucionalidad la jurisprudencia7 ha manifestado que la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, “reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social”. De ahí que la Corte en incontables providencias haya reivindicado el derecho al pago oportuno e íntegro del salario.

También la Corte ha reconocido la atribución del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, para determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, “lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter”. 8

Es así como en ejercicio de esa facultad de configuración, el legislador ha fijado el alcance de la noción de salario en el artículo 127 del C. S. T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, señalando que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, “cualquiera sea la forma o denominación que adopte”.9 Excluye del concepto de salario, lo que recibe el trabajador “ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador”.10

Se trata, como ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación11, de lo que ingresa real y efectivamente al patrimonio del trabajador a título oneroso, como retribución periódica y habitual por la realización una actividad personal y subordinada.

De conformidad con la ley laboral, el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y

por tarea, etc., “pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en las convenciones colectivas y fallos arbitrales” (art. 132 del C. S. T.).

El salario puede consistir en la entrega de determinada suma de dinero, acordada por las partes o señalada por la ley o también estar compuesta por una parte en dinero y otra, nunca mayoritaria, de cierta clase de bienes que es a lo que se denomina “salario en especie”, tal como lo dispone el artículo 129 del C. S. T., subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 16:

“Artículo 129. Salario en especie:

1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como la alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta ley.12

2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del 50% de la totalidad del salario.

3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por concepto de salario en especie no podrá exceder del 30%.”

De modo que para que los pagos en especie al trabajador adquieran la calidad de salario deben tener carácter retributivo, esto es, ser la contraprestación a los servicios personales del trabajador.

En suma, el salario como emanación del derecho al trabajo es una obligación del empleador y un derecho irrenunciable del trabajador, siendo sus notas características su percepción regular y su carácter retributivo, que no se pueden alterar por el legislador al definirlo, ni tampoco por los sujetos de la relación laboral cuando convienen la remuneración.

4. El auxilio de cesantía.

El artículo 249 del C. S. T. dispone que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, fijado con arreglo al procedimiento previsto en la ley.13

Para la jurisprudencia la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, “estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.”14

Como prestación social, la cesantía constituye un derecho irrenunciable del trabajador (art. 53 de la C. P.), dado su carácter remuneratorio15, por ser retribución a una labor subordinada en desarrollo de un contrato de trabajo.

En sentencia C-823 de 2006 (4 de octubre), M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte se refirió al auxilio de cesantía analizando su naturaleza jurídica, significado e importancia como prestación social:

“La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 193416, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobados.

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto : ‘Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleado17’.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las “Prestaciones Patronales Comunes”.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores18 mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (Art. 1° Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, el auxilio de cesantía quedó sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional contemplado en el código sustantivo del trabajo (Arts. 249 y ss), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los

trabajadores antiguos que se acojan al nuevos sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores."

Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación19.

No se trata estrictamente de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado o de la eventual duración de la desocupación; además el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su vínculo laboral con el empleador.

Esa discusión en torno a la naturaleza jurídica de tal prestación debe tenerse por superada, pues como se expresó anteriormente la cesantía es, ante todo, un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración, que además está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales.

5. El servicio doméstico y su situación de vulnerabilidad. Necesidad de reconocimiento y protección del Estado.

Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata, como lo han hecho ver estudios especializados20, de una actividad "invisible" para el resto de la sociedad.

Contribuyen a esta percepción los análisis estadísticos que asimilan el grupo familiar a mera unidad de consumo, ignorando que las labores desarrolladas en su seno también contribuyen a la producción y a la reproducción social. Además, gravita la creencia equivocada según la cual quienes desempeñan labores domésticas por cuenta ajena no son trabajadores, pues sólo lo son quienes poseen un empleo convencional que les demanda dedicación de tiempo, por el cual perciben un ingreso.

Las pautas culturales también aportan a esta visión, pues como antiguamente el trabajo doméstico correspondía a criados o siervos, aún se sigue pensando que esas personas pueden ser explotadas, máxime cuando ejercen una labor que supuestamente no exige instrucción para desempeñarla.

Así mismo, pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género,

aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica porqué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa.

Las condiciones laborales de los trabajadores del servicio doméstico son en la mayoría de los casos desfavorables, pues se los explota en circunstancias que equivalen a las de esclavitud y el trabajo forzoso. 21

Ciertamente, a menudo la jornada del personal del servicio doméstico es larga o incluso excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias y su salario suele ser muy bajo y tienen una cobertura insuficiente en lo que atañe al seguro médico, lo anterior dado que, en no pocas ocasiones, los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así ahorrar costos. 22

Teniendo en cuenta que esa actividad se desarrolla en un espacio reservado como es el hogar, los trabajadores domésticos también están expuestos a que se les someta a acoso físico o sexual, violencia y abusos y, en algunos casos, se les impide salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, a la retención del pago de los salarios o de sus documentos de identidad. 23

Por tal razón, la Organización Internacional del Trabajo OIT, a través del Programa de Condiciones de Trabajo y Empleo, ha considerado que los trabajadores domésticos están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado:

“La vulnerabilidad de esta categoría de trabajador proviene, primero que todo, de la relación de sumisión y de su aislamiento. Las tareas se realizan dentro de la esfera del hogar, en la residencia de los empleadores. Esta característica es la piedra angular del trabajo doméstico. Este factor y sus implicaciones son claves para entender el funcionamiento de esa relación.

....

Los trabajadores domésticos son trabajadores vulnerables y se exponen a muchos abusos. Los cambios arbitrarios de los contratos del trabajo, las reducciones salariales o aún el no pago de sueldos son propiciados por la naturaleza irregular de la relación laboral. La carencia de un contrato de trabajo obligatorio hace difícil que los trabajadores despedidos obtengan la paga de separación y otros beneficios complementarios obligatorios. Esta situación es agravada por el hecho de que, con frecuencia, el contrato de trabajo es de naturaleza oral, con la dificultad adicional para el trabajador de tener que probar la existencia de una relación contractual en caso de que surja controversia.”24

Lo anterior ha llevado a que en el seno de dicha organización se clame por la “generalización y la estandardización de los términos y de las condiciones del trabajo” de quienes prestan el servicio doméstico.

Desde otro ángulo de análisis, es preciso reconocer la existencia de un “sector doméstico” en la vida económica, cuya importancia, según estudios especializados, no se puede desestimar. Sólo en Bogotá, en 2004 estuvieron vinculadas a esa actividad aproximadamente 213.300

mujeres. Entre 1996 y 2004 la población empleada en el sector de servicio doméstico en la capital aumentó significativamente, especialmente después de la crisis económica de fin del siglo XX. En el período de análisis, la participación del servicio doméstico en el total del empleo femenino en el Distrito Capital aumentó anualmente, a una tasa promedio de 2.3%. De hecho, en 2004 el 14.6% de las mujeres ocupadas en Bogotá eran empleadas de servicio doméstico. 25

No queda duda de que la labor de los empleados de hogar debe ser considerada, como cualquiera otra, merecedora de la protección del Estado, la cual será especial en razón de las condiciones económicas y de otra naturaleza que conlleven situación de debilidad manifiesta (inciso final art. 13 Const.).

Al efecto, la ley ha definido al trabajador doméstico como "la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, a una o varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar". Así mismo, denomina "internos" los trabajadores domésticos que residan en el lugar o sitio de trabajo y a los demás "por días".26

Dos son pues los elementos definitorios del trabajo doméstico: el concepto de hogar como ámbito de los 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..

Al analizar esas disposiciones, desde un primer pronunciamiento la Corte Constitucional precisó que el hogar o la familia "no es una empresa y no genera utilidades"27, y por consiguiente, no tiene las características de un empleador corriente o regular, "pues es evidente que la economía doméstica y la labor desempeñada en la misma poseen unos rasgos particulares que implican una disponibilidad de tiempo diferente y adecuada a actividades familiares, que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer doméstico y económico o social."28

No obstante, sin hacer a un lado esas circunstancias especiales, esta corporación ha estimado necesario 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.

En aquel primer fallo, la Corte decidió reconocerles a plenitud el auxilio de cesantía, que el numeral 1° del artículo 252 del C. S. T. restringía a "quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año", por considerar, entre otras razones, que quienes disfrutan del servicio doméstico "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."

También la Corte se ha pronunciado sobre la jornada laboral de dichos trabajadores, señalando que los que residen en la casa del empleador no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias. Al declarar exequible con ese condicionamiento el literal b) del

artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, en sentencia C-372 de 1998 (julio 21), M. P. Fabio Morón Díaz, esta corporación expresó al respecto: “Una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las garantías mínimas del trabajador.”

La jurisprudencia también ha hecho prevalecer la especial situación de los trabajadores domésticos tratándose de prestaciones asistenciales, pues conforme a lo decidido en sentencia C-1004 de 2005 (octubre 3), M. P. Jaime Araujo Rentería, que declaró inexequibles las expresiones “y al pago íntegro de su salario en caso de incapacidad para desempeñar sus labores a consecuencia de enfermedad, todo hasta por un (1) mes”, contenidas en el literal d) del artículo 229 del C. S. T., quienes desempeñan esa labor tienen derecho al auxilio monetario por enfermedad profesional en los mismos términos que los demás trabajadores. En este fallo se pronunció así la Corte:

“Con base en la confrontación integral del valor del auxilio en ambas situaciones, tomando en cuenta los dos aspectos indicados, se puede determinar que el otorgado en forma general a los trabajadores es más favorable que el dispensado a los trabajadores de servicio doméstico, teniendo en cuenta que estos últimos devengan generalmente el salario mínimo o un salario ligeramente superior a éste, de suerte que la diferencia se traduce en que los mismos pueden recibir hasta un salario mínimo legal mensual y, en cambio, los primeros pueden recibir hasta 6/3 de un salario mensual superior, en grado ampliamente variable, al mínimo legal en los primeros 90 días, o sea, 2 salarios mensuales, y hasta 3/2 de dicho salario en los siguientes 90 días, lo cual arroja en total 3 ½ salarios mensuales.

Puede considerarse que lógicamente el fin de este trato diferente y desfavorable para los trabajadores de servicio doméstico era favorecer la economía familiar de sus empleadores, en cuanto el reconocimiento y pago del auxilio monetario estaba a cargo del patrono (sic), conforme a lo previsto expresamente en el Art. 227 del C. S. T.

Este fin ya no existe, ya que en virtud de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 el reconocimiento y pago de dicho auxilio está a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con base en la afiliación correspondiente del trabajador, de carácter obligatorio para todo empleador, como se anotó. Por tanto, no procede analizar su posible legitimidad o ilegitimidad constitucional, por carencia de objeto.

Esta circunstancia releva lógicamente a la Sala de considerar si el medio escogido por el legislador reúne o no los requisitos anteriormente señalados.

Por consiguiente, el trato desigual establecido en la expresión analizada carece de una justificación objetiva y razonable y configura por ello una discriminación de los mencionados trabajadores.

Por estas razones la Corte declarará la inexequibilidad del segmento materia de examen contenido en el Art. 229, Lit. d), del C. S. T..”

Cabe anotar que para efectos del derecho a la pensión mínima, la Corte también ha tomado

en cuenta la condición de los trabajadores domésticos para exigir un esfuerzo adicional de cotización a quienes trabajan en esa actividad por días.

Al declarar exequible las expresiones “En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”, contenida en el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4º y el parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esta corporación en sentencia C-967 de 2003 (21 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo que para el caso de los empleados domésticos dicha cotización mínima encuentra justificación en la necesidad de dar viabilidad financiera al derecho de los trabajadores independientes a obtener en el futuro por lo menos la pensión mínima, y de hacer, por este aspecto, que se equiparen a los demás trabajadores, que sí obtienen el salario mínimo mensual legal vigente y hacen factible la igualdad en ese aspecto.

No sobra mencionar que en el ámbito del control concreto, la Corte en múltiples oportunidades ha amparado los derechos fundamentales de trabajadoras domésticas ante situaciones de maltrato o discriminación por causa de embarazo.29

En suma: el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral, merecedora equitativamente de los derechos respectivos.

6. Igualdad en materia laboral. Parámetros jurisprudenciales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo, como objeto de especial protección estatal, se debe realizar en condiciones “dignas y justas”, entre las cuales sobresale la remuneración que, según lo establece el artículo 53 ibídem, debe ser “proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, principio que se expresa en la máxima universal “a trabajo igual salario igual”, que así prevé en la legislación interna el artículo 143 del C. S. T.:

“Artículo 143. A trabajo igual, salario igual. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

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

Aun cuando la ley permite que el salario se convenga libremente en sus diversas modalidades30, el empleador “no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados”31, pues según se ha visto, debe observar la citada regla universal, la cual obviamente también compromete al legislador al momento de configurar las instituciones jurídicas en el campo de las relaciones laborales.

Al analizar el significado de ese principio, esta corporación expresó:32

“… en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del

patrono (sic) hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo."

Pero no toda desigualdad o diferencia de trato constituye una vulneración de la Constitución, que sólo se convierte en discriminatoria cuando no obedece a causas objetivas y razonables que la justifiquen. Al respecto, la Corte ha manifestado que habrá discriminación "cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio a trabajo igual salario igual"33. En el mismo sentido ha precisado que "no puede prodigarse un trato discriminatorio entre trabajadores, que desarrollando una misma labor, bajo condiciones similares, sean remunerados distintamente. Sólo podría concederse un trato diferente, cuando como consecuencia de la utilización de criterios razonables y objetivos, pueda justificarse dicha situación".34

Esos criterios objetivos y razonables que autorizan un trato remuneratorio diferente entre los trabajadores, se pueden hallar en el artículo 1º del Convenio 111 de la OIT35, según el cual "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación". Así mismo, la Constitución Política colombiana, en su artículo 53, al instituir la igualdad de oportunidades para los trabajadores, recuerda otra perspectiva de la proporcionalidad que debe existir entre la remuneración y la cantidad y calidad del trabajo desempeñado.

La jurisprudencia constitucional36 ha señalado igualmente que la diferencia de remuneración debe basarse en el tiempo y el esfuerzo que el trabajador dedica a la actividad, a la preparación, conocimientos, experiencia, responsabilidades asignadas, entre otros, y ha considerado que no es un factor justificado de distinción salarial el hecho de que los trabajadores sean sindicalizados37, como tampoco la decisión de acogerse a un régimen determinado de cesantías38.

Particularmente, ha hecho hincapié en que la condición o circunstancias del empleador no pueden ser consideradas factores relevantes para discriminar a los trabajadores:

"En tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13: la igualdad de oportunidades para los trabajadores. 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 condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual.

En conclusión, la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono (sic) se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores.

……

Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución, es conceder ventajas a algunos patronos (sic) en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos (sic). Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña".39 (Lo resaltado en

negrilla está así en el texto original).

7. Análisis constitucional de la norma acusada.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Corte a estudiar la constitucionalidad del numeral segundo del artículo 252 del C. S. T., que se demanda, según el cual para la liquidación del auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico "sólo se computará el salario que reciban en dinero".

Según la accionante la norma acusada es inconstitucional, pues en su opinión la restricción allí contenida desconoce la protección que la Carta da al salario en sus distintas modalidades, discriminando de paso a los trabajadores domésticos, quienes al quedar desempleados reciben como cesantía una suma inferior a la que tienen derecho los demás trabajadores.

El Ministerio de la Protección Social y el Colegio de Abogados del Trabajo plantean la exequibilidad del precepto impugnado, porque en su criterio quienes realizan labores de servicio doméstico no están en la misma situación fáctica de los demás trabajadores, ya que el hogar no es una empresa que produzca utilidades; además, consideran que el cálculo de las cesantías de los trabajadores domésticos, con base en lo devengado sólo en dinero, se justifica ante la imposibilidad de cuantificar el salario en especie y por lo oneroso que resultaría contratar a ese personal en otras condiciones.

Para la Universidad Nacional el precepto demandado debe ser declarado inexequible, ya que en su sentir no se aviene con la Carta que el empleador se beneficie con el servicio doméstico y no pague los derechos prestacionales propios de toda relación laboral.

Frente a todo lo anterior y para resolver los cargos de la demanda, la Corte considera necesario realizar las siguientes reflexiones:

A la luz de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 252 del C. S. T., la exclusión del salario en especie de la base de liquidación de la cesantía sólo opera para los trabajadores que prestan servicio doméstico, es decir, no tiene carácter general.

De esta forma, es evidente que la norma acusada establece un tratamiento distinto para esa clase de trabajadores, pues sus cesantías se liquidan solamente con el salario que reciben en dinero, a diferencia de las otras personas que devengan parcialmente salario en especie, respecto de quienes no aplica tal restricción.

En una aproximación al sentido y finalidad del trato diferente que instituye la norma bajo examen, la Corte en sentencia C-051 de 1995 (16 de febrero), M. P. Jorge Arango Mejía, donde fueron declaradas inexequibles, entre otras disposiciones, algunas expresiones del inciso primero del artículo 252 del C. S. T., realizó las siguientes apreciaciones marginales:

"En cuanto al numeral 2, que establece que el auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se liquidará sobre el salario que reciban en dinero, la Corte estima que es una limitación razonable que no es contraria a la Constitución. A esta conclusión se llega si se analizan las condiciones en que se presta esta clase de servicios, y en especial la dificultad práctica de dar un tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie. Además, podría llegarse al resultado no querido de desmejorar las condiciones de vida de los

mismos trabajadores del servicio doméstico, ante el temor por la cuantificación de todo lo que integra el salario en especie."

Estas consideraciones, que valga precisarlo, no incluyen decisión constitucional sobre el precepto ahora enjuiciado, por tratarse de obiter dictum dentro de la citada sentencia, constituirían justificantes del régimen diferencial de liquidación de cesantías de los trabajadores domésticos, por (i)"las condiciones en que se presta esta clase de servicios"; (ii)"la dificultad práctica de dar un tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie" y (iii) la desmejora de las condiciones de vida de dichos empleados, "ante el temor por la cuantificación de todo lo que integra el salario en especie".

Corresponde determinar si tales enfoques justifican objetiva y razonablemente que se establezca un trato distinto hacia los empleados domésticos en materia de liquidación de cesantías, o si son disquisiciones que carecen de entidad constitucional y, por lo tanto, deben ser descartadas por el Juez de la Carta.

En cuanto hace al argumento sobre las condiciones en que se desarrolla el trabajo doméstico, ellas no constituyen realmente un criterio relevante que justifique el trato distinto previsto en el aparte impugnado, pues como se analizó en precedencia, la labor de los empleados de hogar es un trabajo como cualquier otro, que por tanto, merece la protección del Estado, incluso especial.

El hecho de que la labor contratada consista en realizar tareas "de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar" 40, no le resta respetabilidad ni valor jurídico, pues como lo corrobora la ley laboral constituye trabajo, entendido éste como "toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo" (Art. 6° del C. S. T.).

Así mismo, la circunstancia de que quien contrate el servicio doméstico sea el morador de una vivienda y no una empresa, tampoco es un elemento relevante de distinción, pues según la jurisprudencia la condición o las circunstancias particulares del empleador no pueden convertirse "en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores". 41

Por lo que hace a la supuesta dificultad práctica de dar tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie, para la Corte ello no representa una razón objetiva que justifique excluir ese concepto salarial de la liquidación de las cesantías de los trabajadores domésticos, toda vez que en el artículo 129 del C. S. T. se establecen claramente las pautas que deben observar los sujetos de la relación laboral cuando convienen una remuneración mixta.

Ciertamente, en la citada disposición legal, a la cual ya se hizo referencia anteriormente, se consignan a modo de ejemplo los conceptos que integran el salario en especie (alimentación, habitación, vestuario) y se dispone que cuando se pacta esa clase de remuneración "debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo". También allí se advierte que a falta de estipulación o acuerdo sobre su valor real, "se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del 50% de la totalidad del salario", añadiendo que en los casos

en que un trabajador devengue el salario mínimo legal, “el valor por concepto de salario en especie no podrá exceder del 30%”.

No es cierto, entonces, que sea imposible valorar el salario en especie, ya que el legislador ha fijado los parámetros correspondientes. Cosa distinta es que, por ignorancia o descuido, no se realice la valoración de lo que corresponda al salario en especie del empleado doméstico, pero esta circunstancia de ninguna manera es razón válida para privarlo del derecho a recibir en forma íntegra el auxilio de cesantía. Además, está claro que cuando se conviene remunerar en especie, no puede desconocerse arbitrariamente el carácter retributivo de este concepto salarial, negándole al trabajador su derecho irrenunciable a integrarlo, para efectos prestacionales, toda vez que según se explicó, el pago in natura también constituye contraprestación directa del servicio y, por ende, representa salario.

En relación con la hipotética desmejora de las condiciones de vida de dichos trabajadores, ante el temor de cuantificar todo lo que signifique salario en especie, también resultan válidas las anteriores consideraciones, pues de un lado, quien contrata trabajo doméstico no puede remunerarlo sólo en especie, sino en el porcentaje autorizado por la ley; y, de otro, al hacerlo debe ser conciente de la obligación legal de realizar el estimativo correspondiente, dejando constancia sobre el carácter retributivo de lo que entrega por concepto de alimentación, habitación, vestuario, etc., sin que la omisión de ese deber legal tenga que afectar al trabajador, ya que a la luz de los mandatos superiores estudiados anteriormente, todo empleado tiene derecho al salario y a que se reconozca este carácter a lo que reciba como retribución a sus servicios, con las implicaciones legales que tal reconocimiento acarree.

Visto lo anterior, se concluye que el tratamiento que prodiga la norma acusada es 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 auxilio en caso de enfermedad no profesional.42

Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar” y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción, se repite, es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable.

Finalmente, también resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó.

En efecto, si conforme con los dictados superiores el salario en especie también es salario,

hoy en día no se explica cómo el legislador desconoce su naturaleza retributiva, afectando de paso el ingreso del trabajador doméstico, quien por disposición de la norma acusada se ve privado de contar con la totalidad de su remuneración, como base, a fin de poder satisfacer necesidades esenciales en los aspectos ya referidos.

En este sentido, la norma bajo revisión comporta igualmente una ostensible violación del derecho al trabajo (art. 25 Const.), del cual es expresión la remuneración, así como también del "principio de universalidad de las prestaciones sociales"43, como quiera que "dentro de las contingencias típicas cubiertas por un sistema contributivo de seguridad social, se encuentra el desempleo" 44, que es una eventualidad que se busca precaver con la cesantía de los trabajadores.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "sólo", contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y exequible en lo demás dicho numeral, en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

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

Primero. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "sólo", contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Y HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-310/07

CESANTIA EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Liquidación (Salvamento de voto)

Considera la Corte que los argumentos relacionados con la exequibilidad de la norma, fundados en las condiciones en que el trabajo doméstico se desarrolla, las tareas que comprende, la condición no empresarial del empleador y la dificultad práctica para "dar tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie ", no constituyen criterios relevantes que justifiquen la diferencia de trato prevista en el aparte demandado, ni le restan respetabilidad ni valor jurídico a la labor desarrollada.

Agrega la providencia que el trato diferenciado "entre lo concerniente a la liquidación de cesantías ", entre quienes se encargan de realizar labores inherentes al hogar y aquellos que conducen los automóviles de la familia, "es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable ".

Encontró el Pleno de la Corporación "degradante" "negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico " y reconoce la decisión que la exclusión del salario en especie, de la base de liquidación de la cesantía, comporta "una sensible reducción de los ingresos dé esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social (.) ".

Sin embargo, mediante la decisión de la cual disentimos, la Corte resolvió mantener la disposición en el ordenamiento avalando, en consecuencia, como lo expresamos en el pleno de la Corporación, la supervivencia en el ordenamiento de un rezago de la modalidad, por fortuna superada, que otorgaba a los señores poder sobre la retribución por los servicios que les eran prestados y ,determinación absoluta de la dedicación espacio temporal de sus siervos, en la labor desarrollada.

Esto, porque el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto despoja de efectos prestacionales la retribución en especie que reciben los empleados del hogar, otorga al patrono el arbitrio de fijar dicha remuneración, acompañado, de contera, de la potestad de determinar a su acomodo los espacios y tiempos que el trabajador doméstico debe dedicar al desarrollo de su labor.

Problemática que, como fácilmente se advierte, no se corrige con la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "sólo", contenida en el numeral 2° impugnado, tampoco "en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente".

Las anteriores razones sustentan nuestra aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-310 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

CESANTIA EMPLEADO DEL SERVICIO DOMESTICO-Liquidación (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6512

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 252 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la decisión adoptada en la presente sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En primer término, considero necesario hacer alusión a algunas reglas que constituyen una garantía mínima para los trabajadores en materia laboral, como aquellas normas que fijan

unas reglas mínimas en cuanto al salario o remuneración del trabajador, las cuales hacen referencia al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas –art. 25 CN-; a la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad del trabajo –art. 53 CN-, la cual no puede ser inferior al salario mínimo legal –art.145-; la definición de salario –art. art. 127 CST-; los elementos constitutivos del salario –art. 127, 128 CST-; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas legales laborales –art. 53 CN y 142 CST-; la prohibición de trueque –art.136 CST-; la definición del salario en especie y la determinación de su proporción para el salario mínimo legal –arts. 127 129 CST-, entre otros.

En este sentido, la ley ha establecido que el pago en especie no puede cubrir la totalidad del salario y su valor no puede superar un porcentaje del 30% del salario mínimo legal, o si es mayor al salario mínimo legal, sólo puede llegar hasta el 50% de la totalidad del salario, de conformidad con el numeral 2 y 3 del articulo 27 del Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo, es de observar que de acuerdo con la Ley 50 de 1990, se puede pactar que lo que se entrega en especie no se tenga en cuenta como base salarial.

2. En segundo lugar y de conformidad con las disposiciones señaladas, en lo que respecta a la fijación del salario en especie es necesario observar que de acuerdo con la ley debe determinarse el valor de lo remunerado en especie, y ello dentro de los topes máximos que señala la ley. En esa medida y para mayor claridad, considero que la interpretación correcta de las disposiciones sobre salario en especie en punto al salario mínimo, es que la parte remunerada en especie no forma parte del salario mínimo sino que es la parte del salario que se da por encima de éste, calculada de manera proporcional respecto de éste –máximo 30%-.

En este sentido y en lo que toca con la disposición demandada en esta oportunidad -numeral 2 del artículo 252 sobre cesantía restringida para los trabajadores del servicio doméstico-, considero que la interpretación más ajustada a la Constitución, de conformidad con el principio de “interpretación conforme”, es en primer lugar, que la restricción para el computo de la cesantía sólo con base en el salario pagado en dinero, es inconstitucional; en segundo lugar, que el cálculo de la cesantía para trabajadores del servicio doméstico, debe realizarse de un lado, con base en el salario en dinero, el cual no podrá ser menor a un salario mínimo legal vigente por año y, respecto del salario en especie, el cual puede equivaler hasta un máximo del 30% del salario mínimo pagado en dinero, porcentaje que debe sumarse al monto de cesantía calculado respecto del salario en dinero.

Para el suscrito magistrado, como lo manifesté en Sala Plena, lo importante en este caso es señalar unas reglas claras que no dejen en la indefinición la determinación del salario en especie y sus implicaciones para el cálculo de las cesantías para los trabajadores del servicio doméstico, pues esta falta de claridad puede terminar en que no se suministre el pago de salario en especie o en que se cobre su valor en desmedro del salario mínimo de esos trabajadores pagado en dinero.

Es en este sentido, que considero necesario que hacer claridad acerca de las disposiciones sobre el salario en especie de los trabajadores domésticos y su cálculo para las cesantías, ya que a mi juicio pueden tener un efecto perverso que desmejoraría la situación salarial de

estos trabajadores, si se llegara a interpretar en el sentido de que lo pagado en especie debe descontarse del salario mínimo legal vigente que siempre debe pagarse en dinero, y en forma correspondiente para las cesantías.

De otra parte, debo expresar mi preocupación porque se sostenga que es necesario convenir el salario en especie, pues puede ocurrir que se den esos elementos del salario sin convenirlos y lo esencial, a mi entender, es que se contabilicen.

En síntesis y concordancia con lo anterior, es de observar que en materia laboral prima la realidad sobre la forma, y el pago en especie sería también parte del salario y debe tenerse en cuenta por tanto para el cálculo de las cesantías, sin desmedro de la cesantía pagada en dinero que no puede ser inferior a un salario mínimo legal vigente por año de trabajo. En mi criterio, la claridad interpretativa de estas disposiciones tiene que contribuir a eliminar formas veladas de esclavitud.

4. En este orden de ideas, para el suscrito magistrado resulta importante que la Corte precise que la cesantía siempre debe pagarse en dinero y que no puede ser inferior al salario mínimo legal. Por ello propuse en su momento dos aspectos acogidos en la presente sentencia, en relación a que la cesantía se debe pagar siempre en dinero y en todo caso no debe ser inferior al salario mínimo legal vigente. Así mismo, considero necesario señalar que la circunstancia de que la cesantía se paga siempre en dinero no significa que no pueda seguir existiendo un salario en especie que debe pagarse de acuerdo con las reglas legales y que se debe valorar también conjuntamente con el salario en dinero, que es el efecto que a mi juicio trae la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “solo”.

5. Finalmente, en criterio del suscrito magistrado la mejor opción de resolución del presente caso era la declaración de inexequibilidad de la disposición acusada. No obstante, concuerdo con la declaración de inexequibilidad de la expresión “solo”, sin ningún condicionamiento, por cuanto tendrá el mismo efecto.

No obstante, me permito indicar que en el fondo el reclamo contra la norma acusada radicaba en la reducción del valor de la cesantía de los trabajadores domésticos al no tener en cuenta el salario en especie, cuestión que no se soluciona del todo con la fórmula resolutiva de la presente sentencia, pues se declara inconstitucional el que el cálculo de las cesantías se realice solo con base en el salario pagado en dinero, se excluye el pago de cesantías en dinero y el que este pago sea inferior a un salario mínimo legal vigente por año de trabajo, pero no se condiciona también a que se contabilice para el cálculo de la cesantía los elementos del salario que se pagan en especie.

Con fundamento en las razones expuestas, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra.

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-310 de 2007

Referencia: expediente D-6512

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 252 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

Demandante: Claudia Milena Díaz Ulloa.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.45 Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos – que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial – son separables, como lo demuestra el derecho comparado.46 O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrá, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.47 En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en

efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC48. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 195349. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: “Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.” (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de

Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warrem trabajó arduamente para conseguir que la sentencia Brown v. Board of Education – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.50

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

Magistrado

1 C-710 de 1996 (diciembre 9), M. P. Jorge Arango Mejía.

2 C-710 de 1996.

3 C-1218 de 2001 (noviembre 21), M. P. Álvaro Tafur Gálvis.

4 C-521 de 1995 (noviembre 16, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

5 SU-995 de 1999 (diciembre 9), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

6 T-260 de 1994 (junio 1°), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

7 SU-995 de 1999.

8 C-521 de 1995.

9 C. S. T. Artículo 127. Subrogado L. 50/90, art. 14. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

10 C. S. T. Artículo 128. Subrogado L. 50/90, art. 15. Pagos que no constituyen salario. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Las expresiones en cursiva fueron declaradas exequibles en sentencia C-521 de noviembre 16 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.)

11 C-521 de 1995.

12 Las expresiones subrayadas fueron declaradas exequibles en sentencia C-521 de 1995 (noviembre 16), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

13 Cfr. Art. 147 del C. S. T.

14 T-661 de 1997 (diciembre 3), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

15 T-260 de 1994.

16 Cita en la cita. “Artículo14. Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios: (…) c).En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el

sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo".

17 Cita en la cita. Corte Suprema de Justicia, sentencia de Agosto 2 de 1950.

18 Cita en la cita. Conforme al sistema tradicional establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

19 C-710 de 1996 (diciembre 9), M. P. Jorge Arango Mejía.

20 Colectivo Ioé. "El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida". Informe de investigación, editado y financiado por Juventud Obrera Cristiana de España. Madrid, 1990.

21 OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004. Informe VI. Página 67.

22 OIT, ib.

23 OIT, ib.

24 Ramírez-Machado, José. "Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective", publicado en "Conditions of Work and Employment Series", N° 7. www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm.

25 Cárdenas S., Mauricio. Harper R., Arturo. "Determinantes del empleo y de los ingresos del servicio doméstico en Bogotá". Fedesarrollo. Bogotá, mayo 2 de 2006.

26 Artículo 1° del Decreto 824 de 1988 (abril 29).

27 C-051 de 1995 (16 de febrero), M. P. Jorge Arango Mejía.

28 Sentencia C-372 de 1998 (julio 21), M.P. Fabio Morón Díaz.

29 Cfr. sentencias T-1008 de 1999 (diciembre 9), M. P. José Gregorio Hernández; T-495 de 1999 (julio 9), M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-868 de 2000 (julio 11), M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre muchas otras.

30 Cfr. Artículo 132 C.S.T.

31 T-273 de 1997 (mayo 30), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

32 SU-519 de 1997 (octubre 15), M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

33 T-079 de 1995 (febrero 28), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

34 T-601 de 1999 (agosto 18), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

36 Ver, entre otras, las sentencias T-245 de 1999, T-081 de 1997, SU-519 de 1997, T-079 de 1995.

37 Al respecto, ver por ejemplo las sentencias T-230 de 1994 y T-136 de 1995.

38 Pueden consultarse las sentencias T-276 de 1997, T-390 de 1998 y T-601 de 1998.

39 C-051 de 1995.

40 Artículo 1° del Decreto 824 de 1988 (abril 29).

41 C-051 de 1995 (16 de febrero), M. P. Jorge Arango Mejía.

42 C. S. T., artículo 103, modificado por D. 617/54 (art. 4º. 1.): "Al contrato de trabajo con los choferes de servicio familiar se le aplican las disposiciones establecidas para trabajadores domésticos, pero la cesantía, las vacaciones remuneradas y el auxilio en caso de enfermedad no profesional se les liquidarán en la forma ordinaria."

43 Sentencia C-823 de 2006 (octubre 4), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

44 C-823 de 2006.

45 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

46 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

47 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

48 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

49 Roscoe Pound. Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

50 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver The Dissenting Opinion. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.