C-871-14

Sentencia C-871/14

TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO-Exclusión del pago de prima de servicios genera un déficit de protección/PRIMA DE SERVICIOS DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DOMESTICAS-Exhorto al Congreso y al Gobierno para avanzar hacia la universalidad de dicho derecho prestacional

La Corte consideró que la norma demandada, al excluir a las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico del pago de la prima de servicios, genera un déficit de protección de este grupo social, y un trato desigual frente a los demás trabajadores. La Corporación consideró que si bien se ha argumentado que esta diferencia de trato es razonable, pues la prima de servicios nació como una forma de retribuir a los trabajadores por las utilidades de la empresa, esa posición ya ha sido revaluada y, además, preserva una concepción errónea del trabajo doméstico. Así, explicó que (i) la prima de servicios sí se inspiró en una prestación que se denominaba "reparto de utilidades", pero no es idéntica a esta última, como lo demuestra el hecho de que el Legislador la definió en torno a criterios como el patrimonio de la empresa y el salario del trabajador (y no en relación con las utilidades de la unidad productiva); (ii) la prima de servicios puede concebirse entonces, de forma más amplia, como una retribución por los beneficios económicos y sociales que obtiene el empleador del trabajo; (iii) el trabajo doméstico genera beneficios económicos y sociales a las familias, pues (iii. 1) les permite salir del hogar para generar ingresos y (iii.2) brinda cuidado a las personas más vulnerables del hogar (niños y ancianos). Finalmente, (iv) la distinción afecta a un grupo social vulnerable. Al momento de determinar el remedio judicial a adoptar, la Sala exhortó al Legislador para que implemente el pago de la prima de servicios a los y las trabajadoras del servicio doméstico, dando aplicación al principio de progresividad y, por lo tanto, estableciendo la obligación inicialmente para las familias de estratos más altos, o de mayores ingresos, y adoptando las medidas pertinentes para la ampliación progresiva del derecho.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Necesidad de un mínimo de argumentación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y

suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD-Requisitos en la carga argumentativa

Cuando se trata de cargos por presunta violación al principio de igualdad, el demandante deberá identificar los grupos o situaciones de hecho que, a pesar de ser iguales (o similares) desde un punto de vista jurídicamente relevante, reciben un trato legislativo diferenciado. En la misma dirección, la Corte ha explicado que el hecho de que el legislador establezca diferenciaciones no significa por sí solo una violación del principio de igualdad, de manera que el requisito de suficiencia en este tipo de cargos también exige al interesado asumir la tarea de explicar por qué se trata de una diferenciación injustificada o arbitraria.

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos que la configuran

Si el cargo es por 'omisión legislativa relativa', es decir, contra lo que calla el legislador estando obligado a no hacerlo, deberá establecer los elementos que la configuran y que, según la jurisprudencia constitucional, se concretan en "(i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión"

PRINCIPIO PRO ACTIONE-Aplicación

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Contenido y alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Propósitos

La cosa juzgada constitucional —además de ser un principio jurídico incorporado al debido

proceso— persigue dos propósitos esenciales. Primero, en armonía con el artículo 4º Superior, otorga eficacia al principio de supremacía constitucional, pues (i) evita que después de una decisión de la Corte Constitucional sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta pueda regresar al orden jurídico, (ii) desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión, y (iii) previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores. Segundo, garantiza la seguridad jurídica, pues las decisiones de la Corte son definitivas y vinculantes para todos (efectos erga omnes), y su sentido no puede ser alterado por sentencias posteriores. Por lo tanto, el examen de un asunto previamente resuelto solo es posible si se modifican las normas superiores concretas que sirvieron de parámetro de control. De esa manera, se excluye la procedencia de nuevas demandas basadas en los mismos motivos, se mantiene la estabilidad del ordenamiento jurídico, y se establece una garantía de auto restricción al activismo judicial, pues las sentencias previas determinan la adopción de una decisión idéntica, en caso de que el asunto sea puesto en conocimiento de la Corte una vez más.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL-Distinción

PRIMA DE SERVICIOS EN CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Jurisprudencia constitucional

PRIMA DE SERVICIOS EN CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO-Inexistencia de cosa juzgada constitucional

TRABAJO DOMESTICO-Definición

El trabajo doméstico remunerado comprende todas las actividades que una persona adelanta en un hogar de familia, incluyendo 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. El trabajo doméstico es, por regla general, contratado por otro particular, quien acude a los servicios de un tercero para tener la posibilidad de salir de casa en busca de la generación de ingresos propios.

TRABAJO DOMESTICO-Alcance/TRABAJO DOMESTICO-Personas incorporadas al servicio doméstico deben gozar de mismos derechos que los demás trabajadores

TRABAJO DOMESTICO-Deber del Estado de desplegar esfuerzos adicionales en dirección de superar desigualdades y garantizar existencia de condiciones de trabajo decente para las mujeres

ELIMINACION DE DESIGUALDADES POR RAZON DE SEXO-Jurisprudencia constitucional

TRABAJO DOMESTICO-Infravaloración histórica

TRABAJO DOMESTICO-Situación de vulnerabilidad

SITUACION DE VULNERABILIDAD Y DESPROTECCION DE DERECHOS DE EMPLEADAS DE SERVICIO DOMESTICO-Jurisprudencia constitucional

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-Forma parte del bloque de constitucionalidad

CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJO DECENTE PARA TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS-Contenido

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

PRIMA DE SERVICIOS-Naturaleza jurídica

PRIMA DE SERVICIOS-Medio para compensar a trabajadores por beneficios generados por la prestación del servicio

PRIMA DE SERVICIOS-No es reparto de utilidades

DISTINCION ENTRE TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO Y OTROS TRABAJADORES PARA PAGO DE PRIMA DE SERVICIOS-Resulta irrazonable y, por tanto, violatoria del principio de igualdad

Referencia: expediente D-10213

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo

Demandantes: Melhen Jasmín Rodríguez Avellaneda, Laura María Avellaneda Montero y José Gregorio Esparza Garay

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014)

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Melhen Jasmín Rodríguez Avellaneda, Laura María Avellaneda Montero y José Gregorio Esparza Garay presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la disposición objeto de la demanda:

"CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

ARTÍCULO 306. PRINCIPIO GENERAL. 1. Toda empresa (de carácter permanente)[1] está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios[2], como prestación especial, una prima de servicios, así:

a) Las de capital de doscientos mil pesos ($200.000) o superior, un mes de salario pagadero por semestres del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o

trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo[3] y no hubieren sido despedidos por justa causa[4].

b). Las de capital menor de doscientos mil pesos ($200.000), quince (15) días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte (20) días de diciembre, pagadero por semestres del calendario, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado. Siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo[5] y no hubieren sido despedidos por justa causa[6].

2. Esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior".

III. LA DEMANDA

1. Los accionantes consideran que el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo viola los artículos 13, 25, 53 y 93 de la Constitución Política, debido a que excluye a los trabajadores del servicio doméstico del derecho a la prima de servicios. Las razones que sustentan la demanda son expuestas mediante cuatro cargos diferentes, que se resumen a continuación:

1.1. Cargo por violación del artículo 13 de la Constitución

Los demandantes exponen que el artículo demandado desconoce el artículo 13 de la Constitución Política, según el cual "los derechos fundamentales de las personas prevalecen en igualdad de condiciones". Sostienen que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación están además consagradas en casi la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Carta Política de 1991[7], y afirman que la disposición demandada "instaura una desigualdad injustificada y desproporcionada de armas jurídicas entre el Estado y los trabajadores del servicio doméstico, cuyos derechos han sido en algunos casos reconocidos mediante sentencia por las altas corporaciones de la justicia".

En relación al derecho a la igualdad y a la obligación del Estado de proveer y mantener las

condiciones para que todas las personas puedan ejercer efectivamente sus derechos en igualdad de condiciones, los demandantes mencionan las sentencias T-247 de 2010 y T-590 de 2006, y sostienen que “la norma acusada regula parcialmente el procedimiento […] para la protección de derechos fundamentales, específicamente el llamado “DERECHO A LA IGUALDAD”, sin que […] se pronuncie de manera concreta y clara como expresamente lo ordena la Constitución”, lo que la hace inconstitucional.

1.2. Cargo por violación del artículo 25 de la Carta Política

Para los accionantes, el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al establecer que únicamente las empresas deben pagar la prima de servicios, genera una exclusión del pago del derecho de otros trabajadores, la cual resulta inconstitucional porque desconoce el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, así como la especial protección que merecen los trabajadores domésticos por parte del Estado, pues deja a la libre voluntad de los empleadores el pago de algunos de sus derechos y prestaciones laborales.

1.3. Cargo por violación del artículo 53 Superior

En la sustentación de este cargo, aluden nuevamente a las condiciones de igualdad en el campo laboral, resaltando la obligación de que los principios mínimos fundamentales del trabajo, establecidos en el artículo 53 de la Carta Política sean aplicados a todos los trabajadores por igual. Argumentan que el artículo demandado es inconstitucional, pues de su interpretación se desprende, sin fundamentos, que “la familia no es una unidad de explotación económica (empresa) y por lo tanto no genera un valor agregado a repartir y no tiene fundamento la prima”.

Para explicar lo expuesto, citan estudios doctrinales en los que se exponen diversas definiciones, causas y efectos de las lagunas jurídicas, y su incidencia sobre la plenitud del ordenamiento jurídico, como rasgo fundamental de la eficacia del derecho. Manifiestan entonces que, en virtud de la doctrina de la plenitud potencial o funcional, se entiende que los ordenamientos jurídicos disponen siempre de algún elemento, vía o mecanismo de regulación que permite dar una solución jurídica a cualquier litigio, como el que en la presente demanda se plantea.

Luego, hacen alusión a la definición, naturaleza y modalidades del trabajo doméstico[9],

para proponer que estas se desenvuelven en condiciones desiguales e inequitativas, si se comparan con el resto de ocupaciones: “[a]un cuando pudiéramos considerar que todas las relaciones de trabajo que se dan […] pueden guardar ámbitos de generalidad o similitud, la realidad es que existen algunas relaciones laborales que no se enmarcan bajo tales pautas de generalidad, y es cuando se habla de trabajadores con regímenes especiales, o bien de aquellas actividades que por sus peculiaridades es necesario regularlas por un estatuto especial. Más que relaciones de trabajo especiales debería hablarse de relaciones de trabajo con régimen jurídico especial. Lo que sucede es que, planteadas las cosas en esta forma, la variedad de esas relaciones alcanza dimensiones realmente inagotables, inequitativas, restrictivas y excluyentes, contrario a los claros principios de equidad y justicia social que deben orientar e interpretar el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo”.

También destacan que el tipo de relación que se desarrolla en el trabajo doméstico es de tipo laboral, y que por esa razón “es hora de que el ESTADO se pronuncie al respecto teniendo en cuenta los preceptos Constitucionales que tanto se promulgan, pero que tácitamente se desconocen y conculcan en detrimento de una restrictiva e inequitativa distribución de utilidad”.

Por otro lado, en relación con la prima de servicios y la exclusión de su pago en el servicio doméstico, los accionantes citan la sentencia C-051 de 1995[10], y a partir de referencias puntuales a esa decisión, consideran que surge la pregunta de si deben los integrantes de un hogar, que salen de su domicilio a trabajar, repartir las utilidades producto de su labor a la empleada de servicio doméstico que toma su lugar, concluyendo que “la respuesta […] es que no se debe discriminar este derecho en razón del oficio o labor”.

Afirman que “resulta imprescindible que se disponga de normatividad que regule la PRIMA DE SERVICIOS de manera directa y no de manera excluyente y restrictiva como sucede en el artículo 306 ibídem, que se pronuncia respecto de las empresas y su capital, pero que excluye a la familia y el servicio (que es un trabajo) prestado por los empleados del servicio doméstico, choferes y mayordomos y afines, limitándolos desde todo punto de vista ético, moral, jurídico y constitucional”.

Adicionalmente, mencionan la sentencia C-310 de 2007, en lo referente al principio de universalidad de las prestaciones sociales, y conceptos del Ministerio de Trabajo, para

solicitar que la Corte declare la inconstitucionalidad del artículo 306 del CST porque, en su opinión, "al no haber previsto una igualdad de derechos, libertades y oportunidades en la regulación legal, el legislador desconoció por vacío legal flagrantemente el artículo 53 de la Constitución".

1.4. Cargo por violación del artículo 93 de la Constitución Política.

Este cargo propone que la norma acusada desconoce el mandato de la primacía de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y —una vez más— se plantea una violación al principio de igualdad que, "según reiterada jurisprudencia nacional e internacional, incluye la prohibición de retroceso en el nivel de garantía a los derechos humanos".

Por otro lado, los demandantes destacan la importancia de que el Estado, desde el Ministerio de Trabajo, unifique esfuerzos para avanzar en la dignificación del empleo doméstico. Con base en la "Cartilla laboral del año 2013", los demandantes exponen la legislación laboral vigente en referencia al régimen especial de los trabajadores de servicio doméstico, con el fin de demostrar el desconocimiento existente en materia de prestaciones sociales y, en consecuencia, el desamparo de sus derechos constitucionales. Con base en esa reflexión, concluyen que (i) el carácter especial de este tipo de trabajadores conlleva una notable diferencia de régimen jurídico en comparación con los que tienen un vínculo laboral común; (ii) esas diferencias son discriminatorias, al aplicar ciertas garantías en razón del oficio o actividad humana del trabajo, y (iii), llevan al desamparo de la dignidad de estas personas.

Finalmente, sostienen que si los empleadores delegan en los servidores su responsabilidad para laborar fuera de su hogar, deben retribuir y pagar parte de esas utilidades, en compensación y equidad a los trabajadores domésticos.

Por todo lo anterior, aseguran que no se debe continuar con la discriminación de las empleadas del servicio doméstico, los choferes, los mayordomos y que es necesario que les sea reconocida la prima legal de servicios.

IV. INTERVENCIONES

Ministerio del Trabajo

El Ministerio del Trabajo intervino en el presente trámite, solicitando a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia C-051 de 1995, y proferir un fallo inhibitorio atendiendo al fenómeno de cosa juzgada constitucional absoluta.

Recordó que el artículo 306 del CST ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. Destacó que en la sentencia C-051 de 1995 la Corporación afirmó que esta prestación tuvo como propósito remplazar la "participación de utilidades" de la empresa y de la "prima de beneficios", establecidas en la legislación anterior, lo que justifica que no se pague a los trabajadores del servicio doméstico, pues el hogar no es una empresa ni genera utilidades. Añade el Ministerio que esta posición jurídica fue reiterada por la Corporación en las sentencias C-100 de 2005 y C-825 de 2006, de manera que sobre el punto en discusión existe cosa juzgada constitucional absoluta.

El Ministerio cuestiona, además, la aptitud de la demanda, señalando que no "cuenta con la carga argumentativa suficiente para generar un pronunciamiento de fondo especialmente con relación a la identificación de los presupuestos constitucionales que resultan vulnerados". Así, frente a los argumentos relacionados con el derecho a la igualdad de los trabajadores del servicio doméstico, estima que no existen razones para afirmar que se trata de otra forma de esclavitud, pues estos servicios deben prestarse en el marco de todas las garantías laborales, en cuya consolidación avanza el Estado colombiano. Manifiesta, además, que los demandantes desconocieron el precedente jurisprudencial en la materia, ya que es la naturaleza jurídica de la prima de servicios, lo que impide hacerla exigible a las personas naturales que vinculan trabajadores para labores propias del hogar.

Finalmente, sostiene que la pretensión de la demanda, en el sentido de ordenar la creación de una política pública que garantice a los trabajadores de servicio doméstico la igualdad de condiciones de trabajo frente a los demás trabajadores, escapa de la competencia de la Corte Constitucional, pues a quien le corresponde la adopción de estas políticas es al Gobierno Nacional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación rindió el concepto No. 5793 a través de oficio del 01 de julio de 2014, en el cual solicitó a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-100 de 2005.

En cuanto a la aptitud de la demanda, planteó que (i) esta se encuentra dirigida erróneamente contra el artículo 306 del CST, cuando los cargos se predicarían únicamente de la expresión "toda empresa", pues es esta la que genera la exclusión de las trabajadoras del servicio doméstico del pago de la prima de servicios. (ii) Si la Corte decide interpretar así la demanda, en aplicación del principio pro actione, entonces debería declararse inhibida para fallar, pues la pretensión se dirige a la creación de una política pública que regule integralmente el pago de la prima de servicios a las trabajadoras domésticas, lo que demuestra que pretenden la declaración de una omisión legislativa absoluta. En ese sentido, precisa que tanto el control de las omisiones absolutas, como la creación de políticas públicas, son funciones que escapan a la competencia de la Corte Constitucional. Finalmente, (iii) advierte que sobre el problema jurídico planteado opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional, pues en la sentencia C-100 de 1995, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "toda empresa", considerando razonable la distinción entre las empresas y otros empleadores, dado que solo las primeras generan utilidades: "la prima de servicios es una prestación especial que tiene fundamento en la generación de utilidades empresariales, razón que hace admisible un tratamiento diferenciado entre las personas que laboran para empleadores que las generan y las que no", y añadió que existen razones constitucionales que "permiten concluir que el Legislador no esté obligado a dar el mismo tratamiento jurídico a las utilidades empresariales y a los beneficios que una persona puede obtener al contratar un trabajador del servicio doméstico". Finalmente, (iv) sostuvo que la Corte debe declararse inhibida respecto a los cargos contra los artículos 25, 53 y 93, pues los argumentos de la demanda no tienen aptitud para producir un pronunciamiento de fondo.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241, numeral 4, de la Carta.

Planteamiento del caso.

2. En concepto de los demandantes, el artículo 306 del CST, en el que se define la prima de servicios, viola los derechos a la igualdad y al trabajo, así como los principios mínimos fundamentales de las relaciones laborales y el bloque de constitucionalidad (artículos 13, 25, 53 y 93 de la Constitución Política, respectivamente), al excluir a las trabajadoras del servicio doméstico de su reconocimiento y pago[11].

3. El Ministerio Público y el Procurador General de la Nación reclaman un fallo inhibitorio de la Corte, bien por ineptitud de la demanda para provocar un pronunciamiento de fondo, bien por la existencia de cosa juzgada constitucional derivada de las sentencias C-051 de 1995[12] y C-100 de 2005[13], o, en su defecto, declarar la exequibilidad del artículo demandado, porque existen razones legítimas para la diferenciación entre la situación laboral de los empleados de empresas y los que prestan sus servicios en hogares de familia, en lo que hace a la prima de servicios.

4. En ese orden de ideas, la Sala Plena deberá (i) analizar la aptitud de la demanda y (ii) la eventual existencia de cosa juzgada constitucional. En caso de superar esa etapa (es decir, de concluir que la demanda es apta y no existe cosa juzgada), la Corte (iii) establecerá si la privación de la prima de servicios a las empleadas del servicio doméstico desconoce los derechos a la igualdad y al trabajo, así como los principios mínimos de las relaciones laborales y el bloque de constitucionalidad.

Aptitud de la demanda

5. De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2067 de 1992, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, las demandas de inconstitucionalidad deben cumplir requisitos formales mínimos, que se concretan en (i) señalar las normas acusadas y las que se consideren infringidas; (ii) referirse a la competencia de la Corte para conocer del acto demandado; (iii) explicar el trámite desconocido en la expedición del acto, de ser necesario, y (iv) presentar las razones de la violación.

6. La última de esas condiciones exige al ciudadano asumir cargas argumentativas mínimas, con el propósito de evitar que, de una parte, la Corporación establezca por su

cuenta las razones de inconstitucionalidad, convirtiéndose entonces en juez y parte del trámite y generando una intromisión desproporcionada del Tribunal Constitucional en las funciones propias del Congreso de la República; y, de otra, que ante la ausencia de razones comprensibles, a partir de las cuales se cuestione seriamente la presunción de corrección constitucional de las decisiones adoptadas en el foro democrático, deba proferirse un fallo inhibitorio, frustrándose así el objetivo de la acción de inconstitucionalidad.

7. En ese orden de ideas, las razones de una demanda de inconstitucionalidad deben ser "(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes, esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada".[14] (Negrillas del original).

8. Además, cuando se trata de cargos por presunta violación al principio de igualdad, el demandante deberá identificar los grupos o situaciones de hecho que, a pesar de ser iguales (o similares) desde un punto de vista jurídicamente relevante, reciben un trato legislativo diferenciado[15]. En la misma dirección, la Corte ha explicado que el hecho de que el legislador establezca diferenciaciones no significa por sí solo una violación del principio de igualdad, de manera que el requisito de suficiencia en este tipo de cargos también exige al interesado asumir la tarea de explicar por qué se trata de una diferenciación injustificada o arbitraria[16].

Finalmente, si el cargo es por 'omisión legislativa relativa', es decir, contra lo que calla el legislador estando obligado a no hacerlo[17], deberá establecer los elementos que la configuran y que, según la jurisprudencia constitucional, se concretan en "(i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en

ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión"[18].

9. Sin embargo, así como la Corte ha señalado las cargas mínimas que deben asumir los demandantes, también ha resaltado que esos requisitos deben interpretarse de acuerdo con el principio pro actione. En ese orden de ideas, el objetivo del análisis de admisión de la demanda es fortalecer el ejercicio del derecho político representado en la acción de inconstitucionalidad, y equilibrar las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, llevando a que los pronunciamientos giren en torno a problemas jurídicos bien definidos y susceptibles de ser discutidos por todos los ciudadanos interesados en ello.

10. El principio pro actione recuerda entonces que, si bien los actores deben satisfacer condiciones formales y argumentativas mínimas para iniciar un debate constitucional serio y participativo, la acción pública de inconstitucionalidad involucra los derechos fundamentales de participación y acceso a la administración de justicia, de manera que el juez constitucional debe privilegiar la efectiva realización del derecho, prefiriendo los fallos de fondo a las decisiones inhibitorias. En la sentencia C-978 de 2010[19] la Corporación puntualizó sobre este principio:

"No obstante, también ha resaltado, con base en el principio pro actione que el examen de los requisitos adjetivos de la demanda de constitucionalidad no debe ser sometido a un escrutinio excesivamente riguroso y que debe preferirse una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte. Este principio tiene en cuenta que la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, 'el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y

fallando de fondo.'"[20] (Se destaca).

11. En concepto de la Sala, de la demanda objeto de estudio resulta posible extraer un cargo de inconstitucionalidad, como pasa a explicarse.

12. Los demandantes exponen un conjunto de argumentos dirigidos a la presentación de cuatro cargos de inconstitucionalidad. Uno de ellos, por violación el principio de igualdad, en tanto la norma no prevé el pago de la prima de servicios para las empleadas que prestan servicios domésticos, mientras el ordenamiento laboral reconoce este derecho a todos los demás trabajadores. El segundo, indica que la regulación cuestionada viola el derecho al trabajo, pues establece condiciones disímiles para las trabajadoras del servicio doméstico frente a los demás empleados; el tercero plantea que tampoco respeta las condiciones justas y dignas en que debe desarrollarse el derecho al trabajo; mientras el cuarto indica que el artículo demandado desconoce normas contenidas en tratados internacionales, vinculantes para Colombia en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad, que consagran medidas de protección en el ámbito laboral para ese grupo de trabajadores.

13. El escrito de demanda mantiene una orientación general, sin lugar a dudas, relevante desde el punto de vista constitucional. Lo que se cuestiona es que la prima de servicios sea una prestación laboral que no se paga a las empleadas que ejercen su trabajo en hogares de familia. Y todos los cargos restantes se orientan a profundizar en lo que significa esta diferencia de trato entre ese grupo y el resto de los trabajadores, es decir, aquellos que no trabajan en servicios de carácter doméstico.

14. Esa pregunta toma como parámetro el artículo 13 Superior, y gira en torno a otro conjunto de artículos asociados a las relaciones laborales, es decir, a un parámetro de control de jerarquía constitucional. La controversia a resolver es específica y genera una duda inicial acerca de la constitucionalidad de la norma, de manera que satisface el estándar de suficiencia. Aunque, en lugar de abordar cuatro cargos distintos, la Sala se ocupará exclusivamente del cargo por presunto desconocimiento de la igualdad, dado que, como se acaba de explicar, los demás son en realidad argumentos de apoyo a ese cuestionamiento inicial.

15. Además, como lo indica la Procuraduría General de la Nación, dado que los demandantes censuraron el artículo 306 del CST en su totalidad y, en caso de declararse

inexequible su contenido normativo, la prima de servicios desaparecería. La Sala observa que, tal como se indicó en el concepto fiscal, la expresión toda empresa —o la interpretación que de ella se haga— constituye el núcleo del problema constitucional.

16. Pues bien, es posible concluir que la demanda satisface las condiciones para la presentación de un cargo por violación del principio de igualdad: define dos grupos (trabajadoras del servicio doméstico, de un lado, y todos los demás trabajadores, del otro); evidencia la existencia de un trato distinto (el pago de la prima de servicios para el segundo grupo, y no para el primero), y argumenta que esa distinción es irrazonable, pues las familias generan beneficios a partir del trabajo doméstico. Además, proponen los actores que este trato desigual afecta la efectividad de otros principios constitucionales, tales como el derecho al trabajo (artículo 25 CP), los principios mínimos fundamentales en que deben desarrollarse las relaciones laborales (artículo 53 CP) y el bloque de constitucionalidad en relación con el Convenio 189 de 2011 de la OIT, normas que, en su conjunto, prescriben la igualdad de oportunidades entre todos los trabajadores.

La exposición demuestra que existen suficientes elementos de juicio para generar una discusión constitucionalmente relevante. En consecuencia, la Sala continuará el análisis y verificará si existe cosa juzgada constitucional en relación con el problema jurídico que proponen los actores.

Análisis sobre la eventual existencia de cosa juzgada constitucional

17. El artículo 243 de la Constitución Política establece que las decisiones que adopta la Corte en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional[21], y que ninguna autoridad puede reproducir el contenido material de un acto declarado inexequible por razones de fondo, mientras en la Carta Política se preserven los mandatos que sirvieron como fundamento de ese pronunciamiento.

18. Desde este punto de vista, acogido por el Constituyente de 1991, la cosa juzgada constitucional —además de ser un principio jurídico incorporado al debido proceso— persigue dos propósitos esenciales.

Primero, en armonía con el artículo 4º Superior, otorga eficacia al principio de supremacía constitucional, pues (i) evita que después de una decisión de la Corte Constitucional sobre

la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta pueda regresar al orden jurídico, (ii) desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión, y (iii) previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores.

Segundo, garantiza la seguridad jurídica, pues las decisiones de la Corte son definitivas y vinculantes para todos (efectos erga omnes), y su sentido no puede ser alterado por sentencias posteriores. Por lo tanto, el examen de un asunto previamente resuelto solo es posible si se modifican las normas superiores concretas que sirvieron de parámetro de control. De esa manera, se excluye la procedencia de nuevas demandas basadas en los mismos motivos, se mantiene la estabilidad del ordenamiento jurídico, y se establece una garantía de auto restricción al activismo judicial, pues las sentencias previas determinan la adopción de una decisión idéntica, en caso de que el asunto sea puesto en conocimiento de la Corte una vez más.

19. En tal sentido, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-720 de 2007[22], la existencia de cosa juzgada constitucional genera las siguientes consecuencias normativas:

"En primer lugar la decisión queda en firme, es decir, que no puede ser revocada ni por la Corte ni por ninguna otra autoridad. En segundo lugar, se convierte en una decisión obligatoria para todos los habitantes del territorio. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, la figura de la cosa juzgada constitucional promueve la seguridad jurídica, la estabilidad del derecho y la confianza y la certeza de las personas respecto de los efectos de las decisiones judiciales[23]".

20. La Corte Constitucional se ha pronunciado en un amplio número de sentencias sobre el principio de cosa juzgada, y ha establecido un conjunto de distinciones para su adecuada comprensión. En esta oportunidad, la Sala recordará la jurisprudencia acerca de la diferencia entre la cosa juzgada formal y material; y cosa juzgada absoluta y relativa.

21. De acuerdo con ideas de la teoría del derecho aceptadas en la jurisprudencia de esta Corporación, es posible distinguir entre las normas y los textos en que son formuladas. Los últimos se denominan disposiciones o enunciados jurídicos y, en principio, coinciden con los

artículos, numerales o incisos en que se encuentran formuladas las reglas o principios constitucionales y legales[24], aunque estas formulaciones pueden encontrarse también en fragmentos más pequeños de un texto normativo, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición.

22. Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado. Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado[25]. Las normas de competencia del orden jurídico determinan el órgano autorizado para establecer con autoridad la interpretación jurídica de cada disposición, según criterios de especialidad y jerarquía, en el sistema de administración de justicia.

23. En este plano, la cosa juzgada formal recae sobre disposiciones o enunciados normativos, mientras que la cosa juzgada material se estructura en relación con las normas, o los contenidos normativos de cada disposición. En consecuencia, la cosa juzgada formal se configura cuando se presenta una demanda contra una disposición sobre cuya constitucionalidad la Corte se había pronunciado previamente, mientras que la cosa juzgada material se produce cuando, a pesar de demandarse una disposición distinta, el Tribunal constitucional constata que su contenido normativo coincide con el que ya había analizado. Por ejemplo, cuando un artículo de una ley formula de manera distinta un contenido normativo previamente estudiado por la Corte Constitucional[26].

24. Los efectos de la cosa juzgada, expresados en el citado artículo 243 de la Constitución Política, se producen tanto cuando se configura desde la perspectiva formal, como cuando lo hace desde la concepción material, pues el citado precepto no hace diferenciación alguna al respecto, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante erga omnes, en lo que hace al sentido de la decisión y en lo concerniente a la interpretación que sienta sobre los mandatos constitucionales.

25. Ahora bien, el sentido de la decisión previa determina también la forma en que la Corte debe pronunciarse ante una demanda que propone repetir un examen resuelto ya por un fallo que hizo tránsito a cosa juzgada. Ante la reproducción de un contenido normativo

declarado inconstitucional por razones de fondo, debe declararse la inconstitucionalidad de la norma objeto de análisis, mientras que si la decisión previa fue de exequibilidad, la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia previa "a menos que se presenten circunstancias excepcionales que enerven los efectos de la cosa juzgada, como ocurre, por ejemplo, (i) cuando se presentan reformas constitucionales que varían los parámetros de comparación; (ii) cuando así lo demanda el carácter dinámico del Texto Superior; (iii) o cuando se presenta la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en que se inscribe la disposición acusada".[27]

En ese contexto, se analizará si existe cosa juzgada constitucional en relación con el problema jurídico planteado en la demanda.

26. El Ministerio del Trabajo y el Procurador General de la Nación (que son los únicos intervinientes en este trámite) solicitaron a la Corte declararse inhibida para fallar, por la existencia de pronunciamientos previos en los que se habrían analizado cargos análogos a los que proponen los accionantes en esta ocasión. Especialmente, hicieron referencia a las sentencias C-051 de 1995[28] y C-100 de 2005[29] en las que se habría sentenciado que la exclusión de las personas que trabajan en el servicio doméstico del pago de la prima de servicios no se opone a la Constitución Política.

27. La Sala observa que, en efecto, existen diversos pronunciamientos relevantes de la Corte Constitucional sobre el artículo 306 del CST o, de forma más amplia, sobre la regulación de la prima de servicios en el ámbito de las relaciones laborales privadas. Además de las ya citadas C-051 de 1995[30] y C-100 de 2005[31], este Tribunal ha declarado la inexequibilidad de diversos segmentos normativos del mismo artículo en los fallos C-034 de 2003[32], C-042 de 2003[33] y C-825 de 2006[34], y del artículo 307 del CST, en el que se establece que la prima de servicios no es un factor salarial, en la sentencia C-710 de 1996[35].

28. Sin embargo, no comparte la apreciación de las autoridades citadas en el sentido de que debe proferirse un fallo inhibitorio por la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta, como a continuación se explica, y partiendo siempre de la premisa de que el fenómeno de cosa juzgada constitucional se presenta cuando existe identidad de disposiciones o normas

demandadas, identidad de cargos, y una decisión de la Corte sobre el problema jurídico planteado.

29. En este orden de ideas, comienza la Sala por señalar que es claro que las sentencias C-034 de 2003[36], C-042 de 2003[37] y C-825 de 2006[38] no resolvieron ni los mismos cargos, ni el mismo problema jurídico que plantea la demanda. En esas decisiones se declararon inexequibles (i) los apartes del artículo 306 en los que se excluía a los trabajadores ocasionales del pago de la prima de servicios; (ii) los segmentos del mismo enunciado a partir de los cuales se privaba a los trabajadores despedidos sin justa causa del beneficio, y (iii) las expresiones que permitían un trato diferenciado entre trabajadores ocasionales o transitorios, y los que no tienen esa condición, en el sentido de que solo los segundos recibieran el pago proporcional de la prima. Ninguna de esas decisiones se pronunció sobre el eventual trato discriminatorio entre empleados del servicio doméstico y otro tipo de empleados, que es el punto que se debate en esta ocasión.

30. Aunque los fundamentos normativos de esas sentencias son relevantes para la solución del caso concreto, al igual que aquellos derivados de la sentencia C-710 de 1996[39], en la que se declaró la exequibilidad de la exclusión de la prima de servicios como factor salarial prevista en el artículo 307 del CST, lo cierto es que ninguna de ellas proyecta fuerza de cosa juzgada constitucional, pues no abordaron el problema jurídico que se ha propuesto a la Sala, ni se refirieron a la validez constitucional de la exclusión de los empleados de servicio doméstico de esta prestación.

31. Con todo, las sentencias C-051 de 1995[40] y C-100 de 2005[41] (citadas como fundamento de la cosa juzgada constitucional para este trámite por el Ministerio del Trabajo y el Procurador General de la Nación) deben ser analizadas con mayor detenimiento, pues en ellas sí se hicieron referencias concretas a la situación de los trabajadores del servicio doméstico, en relación con la prima de servicios.

31.1. Ese obiter dicta fue mencionado posteriormente en la sentencia C-100 de 2005[42]. Sin embargo, en esta decisión la Corte se planteó un problema jurídico muy distinto al que debe asumir la Sala en esta oportunidad, el cual consistía en determinar la validez de determinadas exclusiones al régimen ordinario en materia de prestaciones sociales: “la demanda cuestiona la constitucionalidad del artículo 338[43] del Código Sustantivo del

Trabajo, en cuanto exceptúa a dos categorías de trabajadores, para los efectos de las prestaciones sociales, del régimen laboral ordinario. Tales trabajadores son los que prestan sus servicios a los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro, y a las personas sometidas a la legislación canónica según el Concordato".

Posteriormente, la Sala Plena afirmó que resultaba necesario efectuar una integración de la unidad normativa con otros artículos, y analizó la validez del artículo 252[44] del CST, en el cual se preveía el pago restringido del auxilio de cesantías para los trabajadores domésticos. Finalmente, hizo referencias aisladas a los artículos 161 (sobre jornada máxima de trabajo) y 306 (prima de servicios) del CST, sin adoptar decisión alguna sobre estos últimos en la parte resolutiva de la providencia.

Así pues, aunque en la jurisprudencia constitucional han sido constantemente reiteradas las reflexiones efectuadas en esa oportunidad sobre el no pago de la prima a las trabajadoras del servicio doméstico, lo cierto es que como esa afirmación no respondió al problema jurídico planteado y no reflejó consecuencia alguna en la parte resolutiva de la sentencia C-051 de 1995[45], solo puede concluirse que esas consideraciones constituyen un obiter dicta.

31.2 Ese obiter dicta, sin embargo, ha tenido una buena recepción en la jurisprudencia posterior. La sentencia C-100 de 2005[46]. En efecto, además de reiterar las consideraciones consignadas en la sentencia C-051 de 1995[47], la Corporación declaró exequible la expresión "toda empresa".

32. Sin embargo, la comprensión adecuada de ese fallo requiere contextualizar las consideraciones y decisiones adoptadas por la Corte en el marco del problema jurídico analizado. Y el asunto que se trató en la sentencia C-100 de 2005[48], es decir, el cuestionamiento constitucional al que respondió la Sala Plena, radicaba en la posible violación al derecho a la igualdad de los empleados de empresas no permanentes, quienes no tendrían el derecho a la prima de servicios, frente a los empleados de empresas permanentes, a quienes sí les sería reconocido.

"Para la actora las expresiones 'toda empresa de carácter permanente' contenidas en el numeral 1º del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), donde se establece

la obligación para toda empresa de carácter permanente de pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial una prima de servicios, vulneran el Preámbulo y los artículos 1, 13, y 53 de la Constitución Política por cuanto i) se excluiría a una serie de trabajadores del reconocimiento de una prestación contrariando los principios superiores sobre el derecho al trabajo por el solo hecho de no trabajar para una empresa de carácter permanente y ii) se establecería así una discriminación contraria a la Constitución por cuanto no existiría ninguna justificación para la diferencia de trato entre trabajadores establecida por el legislador a partir del carácter permanente o no de la empresa".

34. Así las cosas, el problema jurídico que debía definir la Corte Constitucional consistía en determinar si la expresión "toda empresa de carácter permanente" violaba la igualdad, al prever un trato distinto entre dos situaciones que, en concepto de los actores, recibir ser tratadas de manera uniforme por el Legislador. Los extremos de la comparación, como puede verse en el párrafo recién trascrito eran, de una parte, las empresas permanentes, y, de otra parte, las empresas que no tuvieran ese carácter. Como puede verse, tampoco en este caso la Corporación debía responder al problema de una eventual violación del principio a la igualdad de trabajadores o trabajadoras del servicio doméstico, de manera que la providencia C-100 de 2005 tampoco proyecta efectos de cosa juzgada constitucional sobre el asunto que en este trámite de estudiar la Sala Plena.

35. La Sala estima que, en las circunstancias expuestas, no se presenta cosa juzgada constitucional sobre el cargo objeto de estudio. En consecuencia, abordará el análisis de fondo, basando su exposición en (i) una reseña sobre los principios constitucionales envueltos en el ejercicio del trabajo doméstico remunerado, y (ii) la jurisprudencia sobre la prima de servicios y el caso especial de las empleadas del servicio doméstico.

Aplicación de los principios mínimos del derecho al trabajo al servicio doméstico remunerado

36. El trabajo doméstico remunerado comprende todas las actividades que una persona adelanta en un hogar de familia, incluyendo 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. El trabajo doméstico es, por regla general, contratado por otro particular, quien acude a los servicios de un tercero para tener la posibilidad de salir de casa en busca de la generación de ingresos propios[51].

37. Las personas incorporadas al servicio doméstico deben gozar de los mismos derechos que los demás trabajadores. En este orden de ideas, el servicio debe desarrollarse en condiciones dignas y justas (artículo 25 CP) y son aplicables en este ámbito los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta, tales como la existencia de una remuneración adecuada, mínima y móvil; la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos definidos en las normas laborales, la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho laboral y la primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas por los contratantes, entre otros.

38. El artículo 13 de la Carta Política, referente al principio y derecho a la igualdad, adquiere especial relevancia para las trabajadoras del servicio doméstico, pues no solo exige la aplicación igualitaria de todos los derechos (incluidos los laborales), sino que prescribe la adopción de medidas afirmativas con el propósito de desterrar las desigualdades de hecho.

Sin embargo, a pesar de la protección que la Constitución Política y otras fuentes legales otorgan a estas personas, el servicio doméstico ha sido históricamente uno de los espacios en los que resulta más difícil incorporar el pleno respeto por las normas del derecho al trabajo, y donde más se perpetúa la desigualdad social y la discriminación hacia grupos vulnerables.

39. El trabajo doméstico remunerado es, en su mayor parte, asumido por mujeres, motivo suficiente para que el Estado deba desplegar esfuerzos adicionales en la dirección de superar las desigualdades y garantizar la existencia de condiciones de trabajo decentes para ellas. Además, entre las mujeres, muchas trabajadoras del servicio doméstico pertenecen a grupos étnicos minoritarios, y otras tantas no han cumplido los dieciocho años de edad, lo que significa que dentro del grupo, en sí mismo compuesto por personas de especial protección constitucional, se encuentran también mujeres en las que concurren otras circunstancias de vulnerabilidad, cuyas condiciones son entonces relevantes para la Constitución Política.

40. Son diversas las razones que concurren a obstaculizar la vigencia de los principios mínimos del trabajo a las relaciones de trabajo doméstico. En primer término, por motivos asociados a la negación histórica de los aportes de la mujer al hogar, no se reconoce adecuadamente el valor generado por el trabajo doméstico. Es decir, la negación de valor al trabajo doméstico no remunerado se traslada o afecta la percepción del valor que genera el trabajo doméstico remunerado.

41. El orden jurídico colombiano ha destacado, en ese marco, la necesidad de dar una adecuada valoración y reconocimiento al trabajo doméstico, tanto a nivel legal como a nivel jurisprudencial. La medición del trabajo doméstico no remunerado en el PIB debería contribuir también a superar esa errónea concepción del mismo. Sobre este aspecto, ya en la sentencia T-494 de 1992[52], la Corte destacó el trabajo doméstico femenino como fuente de discriminación por razón de sexo, al analizar una providencia de la justicia laboral en la que se negaba la existencia de una sociedad de hecho, desconociendo el significado y valor del trabajo doméstico para esa sociedad:

"Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.|| Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es 'invisible' y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado.|| Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana. || Es por eso precisamente que, entidades oficiales como el DANE, se hallan hoy empeñadas en la tarea de corregir los índices tradicionales de progreso social y contabilizar dentro del PIB el valor producido por el trabajo doméstico y medir las jornadas reales de trabajo de las personas 'para ayudar a orientar el proceso de desarrollo hacia el bienestar colectivo, cerrando de alguna manera la brecha entre lo económico y lo social'"

42. La infravaloración del trabajo doméstico, influenciada como se ha visto por la forma en que históricamente se perciben las actividades del hogar como ajenas a la generación de

valor (dinerario), se produce también por la creencia de que este se materializa en funciones que no requieren una preparación particularmente exigente y en el hecho de que, al ser pagado por los miembros de la familia (tendencialmente por las mujeres, según lo indica la OIT), es fácticamente explicable que sea remunerado, casi por definición, dentro de estándares salariales más bajos al del resto de la población trabajadora[53].

43. Esa percepción del trabajo doméstico refleja y perpetúa la discriminación histórica de la mujer en el seno del hogar, a la vez que oculta la diversidad de funciones propias del trabajo doméstico. Por ello, mientras que en el ámbito interno crece la preocupación por incorporar a las mediciones económicas el valor del trabajo doméstico no remunerado, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos se hace énfasis en el valor que tiene el servicio doméstico para la generación de ingresos de los miembros del hogar, quienes pueden salir en busca de oportunidades productivas, dejando en manos de otra personas el cuidado del hogar, así como su valor social, en la medida en que el trabajo doméstico guarda estrechas relaciones con la economía de cuidado, y por lo tanto con la atención a los miembros más vulnerables de las familias.

44. A los factores que generan condiciones inequitativas y de vulnerabilidad para las trabajadoras domésticas se debe sumar el espacio en el que se desenvuelven estos servicios, es decir, la privacidad de los hogares, lo que conlleva nuevas dificultades para la vigencia plena de sus derechos. En primer término, esta característica del trabajo doméstico propicia la informalidad, dada la dificultad de que los controles estatales superen el umbral de la casa de familia; en segundo lugar, expone a la trabajadora al abuso laboral; y, finalmente, obstruye la creación de una conciencia de grupo o el surgimiento de movimientos organizativos desde las mujeres trabajadoras domésticas.[54]

45. En efecto, aun cuando un sistema jurídico como el colombiano prevea la plena aplicación de los principios mínimos del derecho al trabajo, y las prestaciones asociadas a la seguridad social para las trabajadoras domésticas, el cumplimiento efectivo de estas obligaciones supone retos especiales para la sociedad y las autoridades del trabajo administrativas y judiciales.

46. Las modalidades de prestación del servicio (interno o por días) generan diversos problemas que, en últimas, coinciden en ahondar el déficit de protección de las mujeres que

ocupan estos puestos de trabajo. Si este se desarrolla como interna, es decir, pernoctando en el lugar de trabajo, los pagos en especie se tornan difíciles de computar. Si el trabajo se efectúa esporádicamente –por horas o por días–, el vínculo se sume en condiciones de informalidad, que impiden la plena vigencia de las garantías laborales[55].

47. Tal vez la sentencia en que se ha explicado con mayor detalle la situación de vulnerabilidad y desprotección de derechos en que se encuentran las empleadas del servicio doméstico es la C-310 de 2007[56], en la que se estudió la constitucionalidad del numeral 2º del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, 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". Con base en fuentes doctrinales y de los órganos encargados de acopiar las estadísticas económicas en el país, la Corporación presentó un conjunto de consideraciones que vale reiterar en su integridad, a pesar de su extensión:

"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 especializados, 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, perjuicio que quizás explica por qué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa […]

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, 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.

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.

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".

48. 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[57], 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. La motivación de la OIT para la aprobación de este Convenio se sintetiza en los siguientes párrafos del preámbulo:

"Reconociendo 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 y entre países;

Considerando que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos;

Considerando también que en los países en desarrollo donde históricamente ha habido escasas oportunidades de empleo formal los trabajadores domésticos constituyen una proporción importante de la fuerza de trabajo nacional y se encuentran entre los trabajadores más marginados;

Recordando que los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos, a menos que se disponga otra cosa;

Observando la especial pertinencia que tienen para los trabajadores domésticos el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2006)".

49. Al estudiar la constitucionalidad del Convenio 189 de 2011 de la OIT, y su ley aprobatoria (Ley 1595 de 2012), además de reiterar las consideraciones de la sentencia C-310 de 2007[58], ya citada, la Sala Plena señaló:

"3.1.7. De acuerdo con lo planteado, la Corte encuentra que en relación con la garantía de los derechos de los trabajadores y trabajadoras domésticos, la jurisprudencia constitucional ha fijado reglas definidas sobre el particular, las cuales versan en sus aspectos esenciales acerca de (i) la existencia de un mandato constitucional de equiparación, en lo que respecta

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. Esto en los diferentes planos de la protección laboral, entre los que se destacan los aspectos 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 particularmente los trabajadores domésticos está signada por una particular forma de subordinación jurídica hacia el empleador, merced de la labor efectuada y las condiciones en que se desarrolla, sumado al hecho que el servicio es usualmente prestado por mujeres de escasos recursos e instrucción; en consecuencia (iii) la necesidad de otorgar a las relaciones laborales en comento un marco reforzado de protección de los derechos del trabajador, lo cual incluso permite fijar discriminaciones a su favor, compatibles con la condición de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las trabajadoras y trabajadores domésticos"[59].

El Convenio 189 de 2011 de la OIT es un tratado de derechos humanos y, más específicamente, un tratado de igualdad. Su propósito, claramente definido desde el Preámbulo, es el de lograr que el trabajo doméstico se desarrolle en condiciones decentes. Y para lograrlo, buena parte de sus artículos constituyen una concreción del principio de igualdad, en especial, sus artículos 3º (aplicación de los principios fundamentales del derecho al trabajo)[60] 6º (igualdad en las condiciones de empleo, en comparación con otros trabajadores)[61], 10º (igualdad en relación con la jornada máxima de trabajo, compensación por horas extras, período de descanso y vacaciones)[62], artículo 11 (aplicación de las normas sobre salario mínimo)[63] y 14 (igualdad en materia de seguridad social y maternidad)[64].

Otras normas del Convenio reflejan el interés por superar un conjunto de situaciones abiertamente discriminatorias, halladas en el marco de las investigaciones e informes previos a la aprobación del Convenio, en el seno de la OIT, y sobre las cuales vale la pena reflexionar. Así, el Convenio presenta, entre sus componentes esenciales, la promoción del ejercicio de los derechos que componen la libertad sindical, el respeto por las normas sobre la edad mínima para el ingreso al trabajo (Convenio 138 de 1978); la obligación de prever medidas para que el trabajo doméstico no afecte la educación de los menores que lo asumen (4º)[65]; la protección contra acoso, violencia y abuso (5º)[66]; la información de las condiciones de trabajo y la suscripción de contratos escritos para que el empleado o

empleada conozca sus derechos (7º)[67], y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable (13)[68], entre otros.

Solo hasta el año 2011 la comunidad internacional reunida en la OIT planteó, en un instrumento vinculante (un convenio del trabajo), asuntos tan esenciales como la igualdad, la no discriminación, la decencia del trabajo, la preocupación por las niñas y adolescentes que asumen el trabajo doméstico o la necesidad de incorporar al mismo las normas generales del trabajo, sacándolo de un ambiente de informalidad en el que los derechos quedarían sujetos a la voluntad del empleador.

Lo que demuestra el Convenio entonces es que los factores de desigualdad, discriminación y abuso del trabajador son intensos en el caso del servicio doméstico y que los Estados deben realizar esfuerzos adicionales para lograr que su prestación se adelante en condiciones de justicia, similares o iguales a las del resto de la población trabajadora.

Una de las preocupaciones plasmadas en esos informes previos a la suscripción del Convenio era la ausencia de normas que extendieran los derechos laborales al trabajador y el envío de los conflictos entre empleados y empleadores a la jurisdicción civil (cuando no la ausencia de un recurso efectivo para resolverlos). Por ello, el Convenio llama también a la formalización del trabajo doméstico, primero, en el campo legislativo; y segundo, en el campo del contrato de trabajo, pues en ausencia de normas y contratos escritos las condiciones del servicio terminan por definirse unilateralmente por el empleador y los derechos dependerían de convicciones éticas o de conveniencia del contratante y no de las fuentes normativas que los determinan.

El orden jurídico colombiano ha avanzado bastante en la construcción de esa igualdad y en la formalización del trabajo doméstico, especialmente, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. Los principios fundamentales del derecho al trabajo se aplican a todos los trabajadores por expreso mandato constitucional (art. 53 CP), y el artículo 13 Superior —o cláusula general de igualdad— no solo prohíbe tratos desiguales o abiertamente discriminatorios contra este grupo de trabajadoras, sino que además ordena la adopción de medidas positivas, en tanto grupo socialmente vulnerable.

La aprobación del Convenio por Colombia, mediante Ley 1595 de 2012 debe interpretarse, sin embargo, como la adopción de un compromiso, en el sentido de erradicar las

desigualdades que persisten entre el trabajo doméstico y otras formas de trabajo. Este compromiso deberá perseguirse bajo la fuerza normativa del principio de progresividad, pero con el propósito definitivo de lograr la igualdad de condiciones laborales, y la existencia de condiciones dignas, justas y decentes de trabajo.

50. Así las cosas, tanto el orden interno como el derecho internacional de los derechos humanos (incorporado a su vez al sistema constitucional, en virtud del artículo 93 Superior), han resaltado la obligación estatal de asegurar a las personas vinculadas al servicio doméstico, condiciones decentes de trabajo y, especialmente, la plena vigencia del principio de igualdad. Además, han constatado cómo esta obligación se incumple por diversas razones, que involucran un problema de discriminación contra la mujer y otras minorías, y la existencia de estereotipos culturales sobre el trabajo doméstico difíciles de superar, y que se proyectan en premisas económicas que, actualmente, son objeto de revisión por parte de las autoridades colombianas, precisamente por su incapacidad para dar cuenta del valor del trabajo doméstico[69].

51. La jurisprudencia, la ley, la doctrina y el derecho internacional dan cuenta de que existe una deuda con las trabajadoras domésticas en materia de igualdad. Mientras que por vía normativa se proclama la igualdad de derechos, se preservan excepciones a su plena vigencia, y se enfrentan obstáculos en ocasiones insalvables para el control estatal sobre los contratos de trabajo doméstico. Estas premisas serán tomadas en cuenta como marco general de análisis del problema jurídico planteado. De absoluta relevancia resulta el artículo 14 del Convenio 189 de 2011 de la OIT en el que se hace un nuevo llamado a asegurar la igualdad para las trabajadoras del servicio doméstico. A continuación, la Sala hará referencia a los pronunciamientos más relevantes sobre la aplicación igualitaria de las normas del trabajo al empleo doméstico, y la situación especial de la prima de servicios.

Jurisprudencia constitucional sobre la prima de servicios. El caso de las trabajadoras del servicio doméstico

52. La primera referencia de la Corte a la prima de servicios se encuentra en la sentencia C-051 de 1995[70], en la cual debía establecer la constitucionalidad del artículo 338 del CST, en el que se excluía a los “patronos” que ejecutaran actividades sin ánimo de lucro y a las personas sometidas al derecho canónico de la aplicación de las normas del CST, y se

confería al Gobierno Nacional la facultad de clasificar a los “patronos” para efectos de determinar la proporción o cuantía de las prestaciones que debían reconocer.

53. En esa decisión, la Corporación comenzó por declarar inexequible el aparte que confería esa facultad al Gobierno Nacional, considerando que la diferencia de trato entre dos grupos de trabajadores derivada de la condición jurídica de su empleador resultaba inconstitucional y discriminatoria. Añadió que tampoco se hallaba justificada la eventual exclusión de las corporaciones sin ánimo de lucro del pago de prestaciones sociales, precisando que “si el Estado quiere estimular determinadas actividades, debe hacerlo a su costa, no a costa de algunos individuos”. También indicó que no es constitucionalmente justificable “conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patrones. Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña”.

54. La Sala, además, consideró necesario integrar la unidad normativa con el artículo 252 del CST, el cual restringía el pago del auxilio de cesantía a diversos trabajadores (los del servicio doméstico, los de empresas de capital inferior a veinte mil pesos y los de empresas agrícolas, ganaderas y forestales de capital inferior a sesenta mil pesos).

55. La Corte declaró inconstitucional esa diferencia de trato con base en las mismas reflexiones que había presentado sobre la igualdad entre los trabajadores. Afirmó, además, 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 puntualizó que la exclusión de los trabajadores de los citados oficios del auxilio de cesantías se opone a la elevación de su nivel de vida y al principio de solidaridad social. Por último, se refirió a las organizaciones sin ánimo de lucro, y mantuvo la misma línea argumentativa, al indicar que la promoción de sus actividades no justificaba la exclusión de sus trabajadores de la percepción del pago del auxilio de cesantía[71].

56. Una vez concluido ese análisis, la Corporación presentó tres comentarios sobre artículos no demandados y sin repercusiones en la parte resolutiva de la sentencia (artículos 162, 306 y 103 del CST). Entre ellos, el obiter dicta sobre la razonabilidad de excluir a los trabajadores del servicio doméstico del pago de la prima de servicios (ver, supra, análisis

sobre la existencia de cosa juzgada):

“En cuanto al artículo 306 del mismo Código Sustantivo de Trabajo que establece la prima de servicios únicamente para los trabajadores de las empresas de carácter permanente, tampoco encuentra la Corte que sea contrario a la Constitución en cuanto priva de tal prima a los trabajadores del servicio doméstico. Esto, por la sencilla razón del origen de la prima de servicios, que, como lo dice la norma citada, sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios establecidas en la legislación anterior. Es claro que el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades”.

57. Poco después, la Corte profirió la sentencia C-083 de 1996[72] en la que estudió un cargo por presunta violación al derecho a la igualdad, dirigido contra el artículo 3º del Decreto 1306 de 1978, por el cual se modifica el Decreto 717 de 1978, sobre el régimen salarial y prestacional de empleados de la Rama Judicial o el Ministerio Público. La demanda planteaba que, mientras en el régimen general del Código Sustantivo del Trabajo existía el derecho al pago proporcional de la prima, siempre que el trabajador hubiera completado medio semestre de labores, en el régimen de la Rama Judicial y el Ministerio Público se exigía un mínimo de seis meses.

En la sentencia, explicó esta Corporación que el principio de igualdad no es un concepto “mecánico” o “matemático” y que el Legislador puede introducir diversas distinciones al momento de configurar el derecho, sin que ello implique necesariamente su violación, pues solo aquellas que sean irrazonables, arbitrarias o que restrinjan desproporcionadamente los derechos de uno de los grupos en comparación serán incompatibles con la Constitución Política.

Por ello –sostuvo–, la norma no resultaba inconstitucional, ya que los servidores públicos y, en especial, los de la Rama Judicial y el Ministerio Público tenían normas especiales que definían sus obligaciones, derechos, y régimen prestacional, de manera que resultaría imposible evaluar la violación al derecho a la igualdad en un escenario específico como el de la prima de servicios, sin considerar que todo su régimen difiere del de las personas que trabajan en el sector privado. La Corte aclaró, sin embargo, que la regulación cuestionada mantenía similitud con la situación de otros servidores públicos, como los docentes al servicio del Estado, frente a quienes sí existirían mejores parámetros de comparación.

58. En la sentencia C-710 de 1996[73] se abordó el examen de constitucionalidad del artículo 307 del CST, según el cual la prima de servicios, “en ningún caso” constituye un factor salarial. La norma fue declarada exequible en atención a la naturaleza jurídica de la prima y a que esta no constituye una retribución por los servicios prestados, sino que pretende cierta participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. Entre las distintas consideraciones de la sentencia fue recordado el obiter dicta de la sentencia C-051 de 1995, sobre la inexistencia de utilidades en una familia, aunque con algunas precisiones. Especialmente, explicó la Corte que la prestación persigue dar al trabajador cierta forma de participación en las utilidades del giro de los negocios:

“Lo primero que se advierte, es que la prima de servicios se introdujo en la reforma laboral del año 1950, para sustituir la obligación que tenían los patronos de dar a sus trabajadores una participación en las utilidades de la empresa, así como la prima de beneficios, prevista en el régimen laboral derogado. El pago de utilidades se había convertido en uno de los conflictos constantes entre patronos y trabajadores, de manera que el legislador se ideó una forma alternativa de permitir al trabajador recibir una suma determinada de dinero, que, en cierta forma, represente su participación en las utilidades de la empresa.

La misma génesis de esta prima especial, explica por qué ella no puede ser considerada como salario.

Primero, porque no todo patrono está obligado a pagarla. Sólo lo están, aquellos que tenga el carácter de empresa […]. Segundo, porque su monto no representa, como lo afirman los demandantes, una retribución directa del servicio del trabajador. El valor de esta prima, está determinado por el capital de la empresa, tal como lo consagra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. || Las empresas con un capital mayor a doscientos mil pesos ($ 200.000), están obligadas a pagar un mes de salario. Las que poseen un capital menor, quince días de salario.

[…] En sentencia C-051 de 1995, [la Corte] consideró que por la naturaleza misma de esta prima, era ajustado a la Constitución que trabajadores como los del servicio doméstico no tuvieran derecho a recibirla […]”.

59. Por medio de la sentencia C-034 de 2003[74] la Sala Plena decidió una demanda en la que se acusaba al segmento normativo del artículo 306 (CST) que excluía a los trabajadores

despedidos con justa causa del pago de la prima de servicios, de desconocer el principio de igualdad y los principios laborales del Estado Social de Derecho, especialmente, tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad económica en la que se encuentra un trabajador recién despedido.

60. Después de reiterar los pronunciamientos ya mencionados, la Sala Plena adelantó un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida y concluyó que, si bien resultaba idónea para estimular el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores, no resultaba en cambio necesario, ya que la privación de la indemnización por despido injusto y la propia pérdida de estabilidad laboral constituían medios alternativos igualmente adecuados para ese fin. En cambio, puntualizó, la norma generaba una intromisión desproporcionada en los derechos del afectado, pues la prima de servicios es un derecho laboral que se causa con el paso del tiempo y el servicio prestado, y la privación de un derecho de esta naturaleza no puede utilizarse como medio de sanción al trabajador:

"[… L]a prima de servicios es un derecho de los trabajadores que se causa con el servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato […]

[…] La Corte procederá entonces a analizar si esta diferenciación entre trabajadores despedidos con o sin justa causa se ajusta o no a la Carta, conforme al juicio de proporcionalidad que esta Corporación ha desarrollado en anteriores oportunidades. Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso se trata de la posible afectación de los derechos de un trabajador, y que la Carta establece una especial protección al trabajo (CP art. 25), es claro que el análisis de proporcionalidad del trato distinto […] debe ser riguroso […]

7.- En primer lugar debe determinarse si la finalidad perseguida por la norma tiene un fin legítimo y constitucionalmente importante. En este caso, […] cumple con este requisito ya que pretende incentivar a los trabajadores para que no den lugar a hechos que configuren una justa causa para el despido […]

8- […] El mecanismo [utilizado] es potencialmente adecuado y puede conducir al fin propuesto, pues es razonable suponer que la posibilidad de perder la prima por incurrir en un hecho que configure una justa causa de despido es un incentivo para que los empleados cumplan más adecuadamente con sus obligaciones laborales. Sin embargo, la medida no aparece necesaria y resulta claramente desproporcionada, como se verá, a

continuación.

La pérdida de la prima constituye una sanción pecuniaria al trabajador despedido con justa causa, que se suma a las que derivan de las circunstancias del despido […] Estos trabajadores no tienen entonces derecho a ciertas indemnizaciones y acciones judiciales que amparan al trabajador despedido sin justa causa […] Si el ordenamiento laboral ya previó ciertas consecuencias negativas para el trabajador despedido con justa causa, como la pérdida de las indemnizaciones correspondientes o de una eventual acción de reintegro, entonces el no pago de la prima de servicios en esos casos configura en realidad una doble sanción, que no aparece necesario para estimular a los trabajadores a que cumplan satisfactoriamente sus deberes laborales […]

9- Además, es necesario recordar que aunque la prima de servicios no es salario, es evidente que se trata de una prestación que se causa con el simple transcurso del tiempo laborado. Por consiguiente, autorizar que esa prima no sea pagada por la ocurrencia de un hecho posterior […] implica privar al empleado de un ingreso que ya había sido causado, y que en cierta medida ya hacía parte de su patrimonio […]

11.- En ese sentido, a pesar de tratarse de supuestos de hecho distintos -trabajadores despedidos con y sin justa causa- para este Tribunal la regulación establece una doble sanción que no se ajusta a los postulados del Estado social de derecho ni a la especial protección al trabajo que la Carta ordena (CP arts 1º y 25), pues el trabajador, por el sólo hecho de cumplir un tiempo de servicio establecido en la ley, tiene derecho a recibir la prima de servicios como una forma de participar en las utilidades en la empresa […]”[75].

61. Al dictar la sentencia C-042 de 2003[76], la Corte respondió el problema jurídico de si resultaba violatorio del derecho a la igualdad el que solo a los trabajadores que hubieran completado determinado periodo de tiempo de servicios dentro de un semestre determinado les fuera reconocida la prima.

La Corporación declaró la inexequibilidad del contenido normativo analizado, considerando que la prima se causa a medida que se desarrolla el trabajo, y que no existía una razón constitucionalmente legítima para distinguir entre los distintos grupos de trabajadores que, teniendo una vinculación igual o similar desde un punto de vista jurídicamente relevante,

accedieron a la empresa en una fecha determinada y, por lo tanto, podrían satisfacer el requisito de haber completado medio semestre de labores.

Al abordar el cargo por violación al principio de igualdad, la Corporación aludió al principio de igualdad de oportunidades y al derecho del trabajador de una remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, indicando que todos los trabajadores deben tener el derecho a esa prestación, de forma proporcional al tiempo de servicio completado. Además, manifestó que la expresión demandada estableció una restricción temporal injustificada para el reconocimiento del derecho, desconociendo los principios fundamentales del derecho al trabajo en el Estado social de derecho:

"Dentro del marco de la libertad de configuración normativa del legislador, para la Sala no resulta razonable que se establezca una norma que restrinja uno de los principios constitucionales fundamentales del derecho al trabajo como es la 'igualdad de oportunidades para los trabajadores' (artículo 53 Superior), puesto que con la aplicación de la restricción temporal que fija la expresión demandada se permite que personas que han impreso a una actividad la misma fuerza laboral, se vean excluidos de acceder a la prima de servicios por haber iniciado o concluido sus labores por fuera de la mitad del respectivo semestre. || De otra parte, si la naturaleza de la prima de servicios es la de una prestación que tiene como finalidad que el trabajador participe en las utilidades de la empresa (art. 306-2 CST) no resulta razonable ni proporcionado que en los contratos a término indefinido a término fijo igual o superior a un año, se condicione el pago de esta prestación a que el trabajador haya laborado por un período fijado por el legislador a su arbitrio.

El artículo 53 de la Constitución Política consagró como derecho del trabajador que su remuneración sea proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y desde esta óptica, se desconoce el derecho a la igualdad de quienes en una situación fáctica específica hayan sido vinculados por ejemplo, mediante un contrato de trabajo a término indefinido en diferentes fechas y a pesar de haber prestado su servicio en la empresa, uno de ellos se vea excluido de disfrutar de la prima de servicios. || La prima de servicios encuentra su fundamento y causa en el servicio prestado. Se permite así que todos los trabajadores, independientemente de la clase de contrato que se haya utilizado para su vinculación a la

empresa de carácter permanente, tengan derecho a dicha prestación patronal especial".

62. La sentencia C-100 de 2005[77], sobre la que ya se han efectuado algunas consideraciones al verificar la potencial existencia de cosa juzgada constitucional, derribó una barrera adicional en el reconocimiento universal del derecho al pago de la prima de servicios, al considerar que el carácter temporal o permanente de la empresa, no sería un motivo constitucionalmente válido para establecer la distinción de trato entre los trabajadores que, con el paso del tiempo, han causado el derecho a la citada prestación social. La Corporación estimó que no podría aludirse al fomento de la iniciativa empresarial como fundamento de la distinción (artículo 333 CP), pues no existiría una relación entre esa finalidad y el medio escogido; o a la obligación estatal de propiciar el ingreso a un puesto de trabajo (artículo 54 CP), porque nada garantiza que la exención citada cree nuevos espacios laborales. En cambio, la distinción se opondría a la función social de la propiedad (artículo 53 CP) y el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores (artículos 13 y 53 CP)[78].

63. En la sentencia C-825 de 2006[79], la Corporación declaró inconstitucional la expresión que permitía diferenciar entre trabajadores permanentes y transitorios (u ocasionales), concediendo el reconocimiento y pago de la prima solo al primero de estos grupos. Nuevamente, el análisis giró en torno al principio de igualdad y a la vigencia de los principios mínimos fundamentales de las relaciones laborales. Además de rechazar por principio la distinción de trato entre diversos grupos de trabajadores, la Corporación señaló:

"a) La finalidad del legislador al excluir a los trabajadores ocasionales de ciertas prestaciones, como la prima de servicios, fue la protección de un modelo económico. Ello no obstante analizada dicha exclusión desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, vale decir, estableciendo un juicio de ponderación entre medios y fines, la autorización de un privilegio a expensas de unos derechos como son las prestaciones sociales, de conformidad con nuestro desarrollo constitucional hoy representa un medio no permitido. Si dicho principio exige además que el medio sea idóneo y necesario, o sea, que sea adecuado y que solo por su intermedio se logre el fin buscado por no existir otra alternativa menos gravosa, la negación de esta prestación contradice nuestro orden constitucional por ser desproporcionada respecto del estímulo que quiso otorgarse a algunos empleadores […]

Este y los razonamiento arriba expresados son perfectamente aplicables al examen que hacemos respecto de la prima de servicios de la que se excluye a los trabajadores ocasionales o transitorios; es decir resulta abiertamente violatorio del trabajo como valor, principio y derecho fundamental, así como del derecho fundamental y principio de igualdad, que inspiran nuestro Estado constitucional, y constituye una discriminación que no tiene ninguna justificación". (Destacado del original).

64. Finalmente, en la sentencia C-826 de 2006[80], la Corte reiteró las consideraciones recién expuestas, y sentadas en la C-825 de 2006[81]; en la sentencia C-372 de 1998[82], consideró acorde a la Constitución Política la excepción a la jornada laboral máxima para las trabajadoras domésticas internas, aunque estableciendo un límite máximo de diez horas por día, y en la ya citada C-310 de 2007[83] la privación del pago del auxilio de cesantías a las empleadas del servicio doméstico. Esta sentencia, como se recordará del acápite anterior, sentó las principales reflexiones sobre las condiciones de vulnerabilidad de este grupo poblacional.

En el marco de la jurisprudencia reiterada, la Sala abordará el análisis del cargo propuesto en la demanda.

Análisis del cargo

66. La Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-051 del año 1995[84] que resultaba razonable que las empleadas del servicio doméstico no recibieran esa prestación, pues esta persigue el reparto de utilidades y los hogares (en realidad, las familias) no generan utilidades. En términos más afines al principio de igualdad, planteó que se trata de una distinción razonable, tomando como criterio de comparación la naturaleza jurídica del empleador, el concepto de utilidades y la inexistencia de estas en una familia. Como se explicó al analizar la aptitud de la demanda, esas consideraciones constituyen un obiter dicta, pues no fueron la razón que sostuvo la decisión adoptada en aquella oportunidad. Sin embargo, han sido recordadas posteriormente, en las sentencias C-710 de 1996[85] y C-100 de 2005[86], siempre con el propósito de dar un ejemplo de una exclusión razonable al pago de la prima de servicios.

67. Sin embargo, como se lee en los considerandos 53 a 65 de esta providencia, en otro conjunto de pronunciamientos la Corporación ha analizado otros problemas de igualdad relacionados con la prima de servicios, o mejor, con los apartes normativos del artículo 306 que privaban a algunos empleados de la recepción del beneficio.

68. Entre esos pronunciamientos, se destacan las sentencias C-034 de 2003[87], en la que se declaró inexequible el aparte que privaba de la prima de servicios a las personas que hubieran sido despedidas con justa causa; la sentencia C-042 de 2003[88] en la que se declaró inconstitucional la distinción derivada del tiempo de servicios cumplido dentro de un semestre, como fundamento para el pago de la prestación; la ya citada sentencia C-100 de 2005[89], en la que se consideró discriminatorio excluir del pago de la prima a los empleados de empresas ocasionales; y la sentencia C-825 de 2006[90] en la que se llegó a idéntica conclusión, al evaluar la constitucionalidad de la exclusión del beneficio laboral mencionado a los trabajadores 'ocasionales' o 'transitorios'.

69. Estas sentencias comparten la misma orientación argumentativa, en la que se destaca la prohibición de establecer tratos distintos entre diversos grupos de trabajadores y la obligación correlativa de propiciar la igualdad de oportunidades entre ellos. Además, se inspiran en el principio de universalidad de los derechos humanos, y en el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura de las prestaciones sociales (o, en general, de los beneficios laborales y de la seguridad social), en los términos prescritos por el principio de progresividad. Entre las consideraciones ya citadas, resulta pertinente mencionar una vez más aquellas que destacan que la prima de servicios (aunque no tiene carácter salarial) es un derecho laboral.

70. Con base en esos argumentos, la Corte estableció que no existía razón constitucional válida para limitar el pago de la prima de servicios a los empleados de empresas permanentes, pues la prestación es un derecho laboral que se causa durante la prestación del servicio, así que no es legítimo establecer diferencias basadas en la vocación de permanencia o transitoriedad de la unidad empresarial. Por la misma razón, explicó que el pago de la prima debe efectuarse de forma proporcional al tiempo de servicio prestado, sin importar el tipo de contrato o, más específicamente, su duración. Y a partir de consideraciones similares declaró inexequible el aparte normativo que privaba de la prima de servicios a las personas despedidas con justa causa.

71. Así las cosas, puede concluirse de la línea jurisprudencial reconstruida en estas sentencias que las consideraciones presentadas por la Corte se han proyectado en dos direcciones distintas. De una parte, las que se refieren a la naturaleza jurídica de la prima de servicios, indicando que esta surgió en una reforma al código sustantivo del trabajo realizada en 1950, con el propósito de remplazar las prestaciones denominadas en ese entonces prima de beneficios y participación de utilidades, y que lleva al obiter dicta de la sentencia C-051 de 1995[91], ya citado. De otra parte, el conjunto de fallos en los que se han declarado inexequibles los apartes del artículo 306 que permitían la exclusión de distintos grupos de trabajadores del pago de la prima de servicios, y aquellas en las que se ha sentenciado que las empleadas del servicio doméstico no pueden ser excluidas de determinados derechos laborales y prestaciones sociales.

72. Es importante, además, destacar que las dos vertientes jurisprudenciales darían lugar a conclusiones disímiles frente al problema planteado. La Sala considera que, en esta oportunidad, es necesario (y con ello quiere significar "constitucionalmente exigible") avanzar en la segunda línea. Para justificar esta decisión, comenzará por explicar cómo la razón que viene aduciéndose como fundamento para la exclusión del pago a estos trabajadores se basa en unas premisas discutibles que, eventualmente, se asocian a la historia del surgimiento de la prestación pero que, en el estado actual de cosas, deben superarse en tanto suponen imprecisiones conceptuales, infra valoración del trabajo doméstico, y desprotección de un grupo socialmente vulnerable en el marco de las relaciones laborales.

73. Al cuestionar esa razón de distinción, se irán presentando argumentos que destacan la necesidad de abandonar esa posición, a partir de las consideraciones normativas presentadas y tomando como inspiración elementos cardinales del Convenio 189 de 2011 de la OIT. Finalmente, se explicará el alcance de la decisión.

74. Para adelantar el análisis, y de forma esquemática, el argumento sobre el que se reflexionará críticamente en los párrafos que siguen puede presentarse así: (i) la prima de servicios tiene como propósito extender a los empleados una participación en las utilidades de la empresa; (ii) las familias no son empresas, así que no generan utilidades, y (iii) en consecuencia, no puede exigírseles el pago de la prima de servicios.

75. En concepto de la Sala, a pesar de ser un razonamiento persuasivo, no es válido desde el punto de vista de las normas constitucionales en su interpretación actual, porque parte de dos de premisas que son discutibles, o al menos, que deben ser matizadas: aquella que propone que la prima de servicios es equivalente al reparto de utilidades (premisa i); y la que sostiene que las familias no generan utilidades (premisa ii). Una vez matizadas o revisadas, como se propondrá en párrafos posteriores, resulta claro que la conclusión pierde su fuerza.

La premisa según la cual la prima de servicios es el reparto de utilidades debe ser matizada por razones jurídicas, históricas y fácticas. En otros términos, la 'naturaleza' de la prima de servicios no es idéntica a la de la prestación llamada anteriormente 'reparto de utilidades', y, además, ha variado gracias al dinamismo del derecho laboral y constitucional.

77. En la sentencia C-100 de 2005[92], en su concepto de constitucionalidad, el Procurador General de la Nación advirtió la prima de servicio no equivale, ni literal ni técnicamente, al reparto de las utilidades de una empresa, ya que el cálculo de esta prestación social se basa en el patrimonio de las compañías, y en el salario del empleado. En la misma dirección, el pleno de este Tribunal, precisó en la sentencia C-710 de 1996[93] que la prima de servicios surgió en una reforma al Código Sustantivo del Trabajo del año 1950, aclarando que antes de establecerse esta prestación existían otras dos, de diferente alcance, denominadas 'reparto de utilidades' y 'prima de beneficios', cuya liquidación sí se calculaba a partir de las ganancias o utilidades de las empresas.

78. El reparto de utilidades —continuó la Corte en la sentencia de la que se viene hablando— generaba constantes conflictos laborales entre las empresas y los trabajadores, lo que explica que el legislador haya buscado una alternativa a la participación de los trabajadores en las utilidades de la compañía, permitiendo reconocer los beneficios que su trabajo reporta al giro de los negocios, pero evitando los conflictos laborales y sociales ya mencionados.

La decisión legislativa consistió en crear la prima de servicios, prestación que no toma como base las utilidades de una empresa, sino que se calcula como proporción del salario, y mediante una diferenciación entre el monto a pagar para las empresas, que no depende de sus utilidades sino de su patrimonio. La decisión de abandonar las utilidades como

parámetro para el reconocimiento de la prestación puede interpretarse, además, como una medida para propiciar un trato más igualitario de los trabajadores, y mayor estabilidad en sus ingresos, pues mientras las utilidades dependen del éxito coyuntural de los negocios, el patrimonio brinda una información más amplia y estructural sobre al tamaño de las empresas (la relación entre sus activos y pasivos).

79. Pero, además de lo expuesto, que hace referencia a una interpretación de la voluntad legislativa que llevó a modificar una prestación por otra (el reparto de utilidades por la prima de servicios), resulta que con el paso del tiempo el monto escogido por el Legislador para distinguir entre dos tipos de empresas ha perdido importancia por el fenómeno de la inflación, sin que haya cambiado nunca por vía legislativa o jurisprudencial, pues los 200.000 pesos del año 1950, que permitían separar las unidades productivas de gran tamaño de las pequeñas, constituyen hoy en día una suma irrisoria en el giro de los negocios de cualquier empresa. Este aspecto debe ser considerado actualmente por el juez constitucional, pues los hechos económicos pueden exigir la adaptación de la interpretación jurídica, concibiendo sus conceptos como normas vivientes y evolutivas.

80. Así las cosas, mantener aún la consideración de que la prima de servicios es equivalente al reparto de utilidades, priva de efecto útil a la decisión legislativa de buscar una alternativa al reparto de utilidades, y pasa por alto un hecho económico de la inflación que, con independencia de las regulaciones normativas, ha modificado el sentido de la prestación. Incluso, puede señalarse que si una empresa no genera utilidades en el desarrollo de sus negocios (es decir, en un período determinado para efectos contables), no podría excusarse en ello para negar a los trabajadores el derecho al pago de la prima de servicios.

81. Basta, sin embargo, con matizar la premisa para que esa concepción sea superada. En esa dirección, se puede concluir, como ya lo expresó la Corte en la sentencia C-710 de 1996[94] que la prima de servicios no equivale a sino que representa cierta forma de participación de los empleados en los beneficios que recibe una empresa a partir del desarrollo de su objeto social. Es decir, al potencial que tiene el trabajo para generar valor económico a quien lo contrata.

Pero resulta que el matiz que va de la expresión ‘equivale’ a la voz ‘representa cierta forma

de’ es muy relevante en el asunto objeto de estudio porque permite concluir, como lo propuso la Procuraduría General de la Nación en la sentencia C-100 de 2005 (una de las decisiones más importantes de la línea jurisprudencial reiterada en esta ocasión), la prima de servicios no es, ni literal ni técnicamente, un pago que se haga en relación con las utilidades reales de la compañía. Si bien la prima de servicios se inspiró en el objetivo de hacer a los trabajadores parte de las ganancias generadas por una unidad productiva, esta es solo una forma de hacerlos partícipes de los beneficios percibidos a partir del desarrollo del objeto social de cada compañía.

82. Además de lo expresado, la modificación de la premisa inicial sobre la que se viene discutiendo, da lugar a una reflexión adicional basada en la jurisprudencia constitucional reiterada en esta oportunidad.

82.1. Según se explicó, en el conjunto de decisiones que componen la línea jurisprudencial relevante para el caso objeto de estudio, la Corte ha ido eliminando los límites al pago de esta prestación, es decir, eliminando las barreras normativas que permiten su pago a unos trabajadores y lo niegan a otros. Esta jurisprudencia solo se explica a la luz de los principios de igualdad de oportunidades entre los trabajadores, universalidad, y ampliación progresiva de la cobertura; y, muy especialmente, desde la concepción de la citada prestación como un derecho laboral.

82.2. Ninguna de esas decisiones, en las que se amplía el alcance del derecho a que los trabajadores perciban la prima de servicios, resultaría explicable bajo la óptica de la prima como prestación equivalente al reparto de utilidades. De ser así, las diferencias en el reconocimiento de la prima estarían dadas exclusivamente por el mercado (donde se definen las utilidades), y no por la Constitución, a través del conjunto de principios recién citados (universalidad, progresividad, igualdad general e igualdad de oportunidades).

82.3. Pero debe constatarse en el cauce de la argumentación emprendida por la Sala, que la jurisprudencia que acertadamente ha venido ampliando la cobertura del derecho al pago de la prima de servicios, lleva hoy en día a una paradoja: en el estado actual de cosas, todos los trabajadores, excepto quienes desempeñan un servicio doméstico, gozan de ese derecho laboral. De esa forma, se percibe la existencia de una última barrera a su universalidad que afecta con especial intensidad a mujeres económica y socialmente

vulnerables. Esto último, con la anuencia de todas las autoridades públicas, incluido el Tribunal Constitucional, invocando siempre el obiter dicta de la sentencia C-051 de 1995[95].

82.4. A partir de todo lo expuesto, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la prima de servicios no es inamovible. Los conceptos jurídicos no solo son vagos y ambiguos, sino también cambiantes. Del 'reparto de utilidades', calculado literalmente sobre el monto de las utilidades de la empresa, a la 'prima de servicios', que debe liquidarse con base en el salario del trabajador y el patrimonio de cada empresa, se produjo un cambio por vía legislativa. Después, el paso del tiempo tornó irrelevante el criterio del patrimonio como elemento de diferenciación en el monto a pagar; y, finalmente, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la jurisprudencia constitucional han ampliado su alcance, con base en los principios del derecho al trabajo, igualdad y universalidad, dejando de lado de su reconocimiento y pago, exclusivamente, a las trabajadoras del servicio doméstico.

En conclusión, la prima de servicios sí surgió, o se inspiró, en la idea de distribuir entre los empleados parte de los beneficios económicos generados por una empresa. Pero, por diversas razones, algunas normativas y otras fácticas, económicas y sociales, la prestación debe entenderse de manera más amplia: como un medio para compensar a los trabajadores por los beneficios generados de la prestación del servicio. Estos beneficios, en un estado que protege la función social de la propiedad, no solo se refieren a la generación de "plusvalía", sino al valor social y económico que el trabajo puede llegar a crear.

La premisa según la cual las familias no generan utilidades es, de una parte, de menor relevancia después de haber revisado la naturaleza jurídica de la prima de servicios; y, de otra parte, poco plausible si se adopta un concepto amplio de la expresión 'utilidades'.

83. Si la primera premisa del razonamiento tantas veces mencionado, que justifica la exclusión de las empleadas del servicio doméstico del pago de la prima de servicios requería algunas precisiones o matices, la segunda amerita una revisión sustancial.

84. Para explicar esta proposición, la Sala sostendrá en los párrafos sucesivos, que la premisa citada como título de este acápite: (i) no es indiscutible desde su tenor literal; (ii) se nutre de la invisibilización que ha caracterizado históricamente al trabajo doméstico no remunerado, así como de prejuicios y estereotipos que han permitido la discriminación de la

mujer en el ámbito del hogar; (iii) en el escenario objeto de estudio, genera consecuencias negativas para el goce de los derechos laborales de las personas vinculadas a la prestación de servicios domésticos, y (iv) ignora el valor social de este tipo de trabajo.

85. Antes de comenzar, es preciso indicar que si, como se dijo en el acápite anterior, la norma demandada no previó el pago de la prima de servicios con base en el patrimonio, la importancia de la razón que se viene aduciendo para explicar la exclusión de las trabajadoras del servicio doméstico del pago de la prima se desvanece porque no subsistiría una razón para sostener que las familias (aunque no generen "utilidades") no poseen un patrimonio. En efecto, los particulares y, por consecuencia, las familias, van forjando su patrimonio a partir de los bienes que acumulan y los compromisos que adquieren.

Sin embargo, aun aceptando que la premisa tiene importancia, pues se ha dicho que la prima no equivale, pero sí se inspira es las utilidades o, de forma más amplia, en los beneficios económicos y sociales que genera determinada actividad productiva, existen un conjunto de interrogantes que no pueden responderse satisfactoriamente, si se defiende la citada premisa.

86. Para empezar, las familias reciben beneficios económicos y sociales a partir de la contratación del servicio doméstico. Las familias son uno de los sectores de la economía y, para satisfacer sus necesidades, ingresan al mercado laboral o constituyen empresas, generando así sus ingresos. Estas actividades pueden ser más o menos exitosas y, en consecuencia, pueden dar lugar a ganancias más o menos altas, derivadas de la diferencia entre los costos que debe asumir la familia y los ingresos que percibe.

87. La premisa objeto de análisis pasa por alto, entonces, que el trabajo doméstico ha sido tradicionalmente considerado como una actividad que no produce valor. Y omite considerar también la preocupación del Estado colombiano por revaluar esa posición, incorporando la medición del trabajo doméstico a las estadísticas económicas, como lo demuestra la Ley 1413 de 2010[96].

Lo que ocurre en este punto debe ser explicado con mayor detalle: el problema jurídico que ocupa a la Sala se refiere al trabajo doméstico remunerado, y lo que acá se afirma es que el trabajo doméstico no remunerado ha sido históricamente invisibilizado, lo que podría generar una confusión. Por ello resulta oportuno destacar lo que se sostiene: la

invisibilización del trabajo doméstico que, tradicionalmente han asumido las mujeres en el hogar sin recibir 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.

88. Como existe la tendencia social e histórica de considerar que el trabajo doméstico no genera valor, tampoco se percibe la manera en que las familias acuden a terceros para que lo asuman, con el propósito de ingresar al mercado de trabajo, en el ejercicio de profesiones u ocupaciones mejor reconocidas en el plano económico. Este aspecto fue una reflexión esencial en la decisión de establecer en el derecho internacional un instrumento específico para propiciar las condiciones de trabajo decente en el caso de las labores de servicio doméstico. Resulta oportuno explicar un poco más a fondo el fenómeno de creación de valor que en estos casos se produce, tal como ha sido expresado en el Preámbulo del citado Convenio (nro. 189 de 2011, de la OIT) [97].

En ese orden de ideas (y sin perder de vista que el concepto de ‘utilidades’ no puede reducirse en este escenario a una percepción contable, sino que debe concebirse como la potencialidad de generar beneficios de distinto tipo para el empleado, aspecto al que se dedicó el acápite previo), no puede mantenerse en la actualidad una premisa que niega tanto el valor económico como el valor social que crea el trabajo doméstico.

89. Más allá de todo lo expuesto, existe un aspecto del trabajo doméstico que se conoce aún menos que su capacidad para generar valor económico por sí mismo, y de forma indirecta para los miembros de la familia, según se acaba de explicar), y es su importancia como actividad creadora de valor social. Este aspecto se evidencia, principalmente, en la relación entre el trabajo doméstico y la economía de cuidado, pues los trabajadores domésticos asumen no solo el cuidado de las personas más vulnerables de la familia, sino también de los animales domésticos y de los bienes y enseres de la casa de familia. En ese sentido el empleador de trabajo doméstico no solo recibe un valor económico, derivado de

la oportunidad para generar sus propios ingresos por fuera del hogar, sino que percibe un valor social mucho mayor y normalmente desconocido.

Teniendo presente que la prima de servicios pretende reconocer la potencialidad de generar beneficios de distinto tipo para el empleado (asunto al que se dedicó el acápite anterior) no puede mantenerse hoy en día una premisa que niega tanto el valor económico como el valor social que crea el trabajo doméstico.

90. De acuerdo con lo expuesto, la premisa según la cual los hogares no generan utilidades (i) no es relevante, dado que la prima no corresponde al reparto de utilidades, y (ii) ese referente debe revaluarse para dar lugar a un concepto amplio de los beneficios que genera el trabajo para el empleador, que reconozca el valor económico y social que el trabajo doméstico reporta a la unidad familiar.

91. En consecuencia, la premisa según la cual los hogares no generan utilidades (i) es de poca relevancia, dado que la prima no es el reparto de utilidades, sino que apenas lo representa, mediante un mecanismo de cálculo que no depende de los dividendos de un ejercicio económico determinado; y (ii) debe revaluarse para dar lugar a un concepto amplio de utilidades, que reconozca el valor económico y social que el trabajo doméstico reporta a la unidad familiar.

A partir del análisis expuesto, y de la jurisprudencia reiterada en esta providencia, debe concluirse que la distinción entre trabajadores del servicio doméstico y otros trabajadores para el pago de la prima es abiertamente irrazonable y, por lo tanto, violatoria del principio de igualdad.

92. La Corte Constitucional ha reiterado que el principio de igualdad es un concepto relacional (involucra el análisis de dos grupos o situaciones de hecho), que no opera de forma mecánica o matemática, pues toda regulación legislativa supone la creación de distinciones, destinadas a cumplir los fines políticos que establece el Congreso de la República, como foro primario de la democracia. Por ese motivo, solo las distinciones irrazonables o desproporcionadas.

93. Una distinción es irrazonable cuando no persigue un fin constitucionalmente legítimo. Y resulta desproporcionada cuando (a pesar de perseguir un fin de esa naturaleza) restringe

desproporcionadamente los derechos de uno de los grupos en comparación. De acuerdo con una metodología ampliamente aceptada en el ejercicio de los tribunales constitucionales y de derechos humanos, una medida supera el examen de proporcionalidad si es idónea para alcanzar el fin perseguido por el legislador; necesaria, en tanto no existen otras medidas con la misma potencial eficacia para alcanzarlo que, sin embargo, afecten menos los derechos o principios constitucionales en juego; y proporcionada en sentido estricto, es decir, que dote de un mayor alcance normativo al principio que pretende satisfacer, del costo que supone para la maximización de los principios que podría restringir.

94. El Tribunal Constitucional, en fin, ha distinguido entre diversos estándares de evaluación, tomando en consideración el alcance de la potestad de configuración del derecho que le confiere la Constitución Política al Legislador, de una parte; y el nivel de afectación de derechos fundamentales, de otra.

95. En el caso concreto, sin embargo, una vez se ha aclarado la invalidez de las premisas del único razonamiento que se ha presentado como motivo para justificar la diferencia de trato, se desvanece también la razonabilidad de la medida, pues, sin desconocer las diferencias que existen entre familias y empresas, la Corte Constitucional también ha concluido que —como lo enseña el derecho internacional de los derechos humanos, a través del Convenio 189 de 2011 de la OIT— la negación del pago de la prima de servicios a las trabajadoras y los trabajadores del servicio doméstico implica negar la creación de valor económico y social que generan las funciones propias del servicio doméstico y, en alguna medida, las que se desprenden del trabajo de cuidado.

96. De acuerdo con los considerandos de esta providencia, y el análisis del cargo de inconstitucionalidad de la demanda, la Sala concluye que actualmente existe un déficit de protección en materia de derechos laborales que afecta a las trabajadoras del servicio doméstico.

Sin embargo, el sentido de la decisión requiere tomar en consideración los efectos sociales y económicos que puede generar la ampliación de un derecho laboral de carácter prestacional, cuando el obligado es una familia, pues ello presenta una dificultad relevante para el juez constitucional: la eficacia inmediata del derecho al pago de la prima de servicios para todos los trabajadores domésticos supone una carga distinta para los

empleadores que, en este caso, son las familias, las cuales, en principio, se hallan en circunstancias económicas y sociales muy distintas: para algunas de ellas el pago representa una carga irrelevante; para otras, una carga sensible pero razonable; pero, para un grupo adicional, compuesto por familias que no gozan de privilegios económicos y, sin embargo, enfrentan la necesidad imperativa de apoyo en el hogar, puede ser un costo significativo.

La Corte deberá entonces establecer cuál es la mejor forma de propiciar una superación del déficit de protección que se ha declarado, sin afectar desproporcionadamente a otra parte de la población que podría enfrentar circunstancias económicas difíciles y hallar un obstáculo en el pago de la prima para la contratación del servicio doméstico, bajo estándares de formalidad (y legalidad) laboral. En el próximo acápite se asumirá la tarea de definir la decisión a adoptar.

Alcance de la decisión

97. En este escenario, la respuesta constitucional adecuada debe basarse en el principio de colaboración armónica, que permite al Tribunal Constitucional dar cuenta al Congreso de la República de la existencia de una situación que requiere con urgencia desarrollo o configuración legislativa, pero que no puede ser objeto de integración normativa directa por parte del primer órgano, porque implica la consideración de realidades sociales complejas y el diseño de medidas legislativas y políticas públicas adecuadas para su superación.

98. Esto no implica, como lo propone el Señor Procurador General de la Nación que exista en este ámbito una omisión legislativa absoluta, que prive a la Corte Constitucional de competencia para pronunciarse. Este caso no tiene esa característica porque se ha comprobado —como se explicó extensamente en el análisis del cargo— que existe un déficit de protección que afecta a un grupo de población específico y de especial vulnerabilidad.

Cosa distinta es que el remedio a ese déficit, en concepto de la Corte, requiera de la intervención de los órganos políticos y que, en uso de la potestad que la Carta Política le confiere para establecer los efectos de sus decisiones de la manera en que mejor se satisfaga la supremacía de los mandatos del orden superior, la Sala escoja una alternativa de decisión que evite efectos contraproducentes para los propios afectados, como podría

ser el incremento de la informalidad laboral, derivado de la exigencia del pago de una prestación adicional.

99. En consecuencia, la Sala exhortará al Legislador para que regule el pago de la prima de servicios, tomando en cuenta los siguientes criterios, derivados de los mandatos constitucionales a los que se ha hecho referencia en los fundamentos de esta providencia: (i) deberá asegurarse que los estratos más altos reconozcan y paguen la prima de servicios; (ii) deberá ampliarse progresivamente la obligación. (iii) Los órganos políticos deberán diseñar mecanismos y políticas públicas que operen como incentivos para que las familias asuman el pago de la prima de servicios, bajo la evaluación de conveniencia y oportunidad que deben asumir tanto el Congreso de la República como el Gobierno Nacional.

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 EXEQUIBLE la expresión “toda empresa”, contenida en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Segundo.- EXHORTAR al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que adopten las medidas legislativas e implementen las políticas públicas necesarias para avanzar hacia la universalidad del derecho prestacional al pago de la prima de servicios en el caso de los trabajadores y las trabajadoras domésticas.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-871/14

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIOS-Prestación no reconocida para empleados y empleadas domésticos en nuestro país pese al noble oficio que desempeñan (Salvamento de voto)

PRIMA DE SERVICIOS-Se debió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo bajo el entendido que tienen derecho las personas que prestan servicios domésticos y en consecuencia exhortar al Congreso para que legisle sobre características específicas de la prestación atendiendo particularidades del contrato de trabajo (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-10213.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Magistrado Ponente:

María Victoria Calle Correa.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma la Sala Plena de esta Corporación, me permito disentir de lo decidido por la Sala Plena de esta Corporación. Las breves razones que apoyan mi postura son las siguientes:

La demanda de inconstitucionalidad versa sobre el reconocimiento y pago de la “Prima de Servicios”, prestación no reconocida para los empleados y empleadas domésticos en nuestro país, pese al noble oficio que desempeñan.

Sin embargo, en lo que respecta a la parte resolutiva considero que se debió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que las personas que prestan servicios domésticos también tienen derecho a la prima de servicios y, en consecuencia, exhortar al Congreso de la República para que en el término perentorio de un año legisle sobre las características específicas que regirán dicha prestación, atendiendo a las particularidades que el contrato de trabajo con estas personas reviste (término indefinido, término fijo, por semanas, por días, por horas etc.).

En caso de que el Congreso omitiera legislar al respecto, dentro del término señalado, se entendería que todas las personas que prestan el servicio doméstico tienen derecho a la prestación, sin importar el tipo de contrato que sostengan con sus empleadores y a prorrata del tiempo servido.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto, apartándome respetuosamente de la decisión plasmada en la referida decisión.

Fecha ut supra,

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] El texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-100 de 2005.

[2] El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-825 de 2006.

[3] El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003.

[4] el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.

[5] El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003.

[6] el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.

[7] Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

[8] Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (Número 189), adoptado en Ginebra, Confederación Suiza, en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011 y aprobado por la Ley 1595 de 2012. // un estudio realizado por el Ministerio del Trabajo y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que descubre la situación de los niños y niñas que trabajan en Colombia como empleados domésticos diferentes al propio, estudio que se basó en el informe del Departamento Nacional de Estadística (DANE) sobre trabajo infantil // Decreto 824/98, art. 1 // Ley 581/00 art. 1 // Decreto 0721 de 2013 "Por medio del cual se reglamenta el numeral 4º del artículo 7º de la Ley 21 de 1982 y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación familiar".

[9] Cita, como fundamento normativo, el artículo 1º del Decreto 824 de 1998, que define al trabajador doméstico "como aquella persona que residiendo o no en el lugar de trabajo, ejecuta tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños, jardinería, cuidado de animales y demás tareas propias del hogar. Se denominan internos los que residen en el sitio o lugar de trabajo. Los demás se denominan por días. De igual forma, cita el artículo 14 de la Ley 581 de 2000, sobre la obligación del gobierno de vigilar el cumplimiento del principio de igualdad de condiciones laborales e igual remuneración para trabajos de igual naturaleza; el Decreto 0721 de 2013, por medio del cual se reglamenta el numeral 4º del artículo 7º de la Ley 21 de 1982 y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al sistema de compensación familiar; la "Cartilla servicio doméstico Guía Laboral", publicada por el Ministerio del Trabajo en el año 2012, así como argumentos de los propios demandantes (es decir, en los que no se señala fuente la fuente legal o doctrinal).

[10] MP. Jorge Arango Mejía.

[11] El trabajo doméstico es realizado tanto por hombres como por mujeres. Sin embargo, los estereotipos sociales generan una desproporción en el número de personas de cada sexo que lo asumen, y una división de funciones también muy marcada. Así, la inmensa mayoría del trabajo de cuidado del hogar está a cargo de mujeres, en tanto que las labores

de jardinería y conducción se encuentran casi en su totalidad en cabeza de los hombres. Es por ese motivo que la adecuada valoración y medición del trabajo doméstico y del trabajo de cuidado (conceptos relacionados, pero no sinónimos, según se explicará más adelante) es un problema con evidentes connotaciones de discriminación hacia la mujer. (De acuerdo con mediciones del Dane, disponibles en Internet, e incorporadas a informes de la OIT, y en fuentes de prensa) el 95% del trabajo doméstico en Colombia es asumido por las mujeres (Ver, por todas, http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2013/113B09_2_engl.pdf, pg. 124). En atención a ese hecho, la Sala utilizará indistintamente las expresiones "trabajadores domésticos", "trabajadoras domésticas" y "trabajadores y trabajadoras domésticas". Pero, con el propósito de evidenciar la manera en que los problemas del trabajo doméstico inciden de forma negativa y diferencial en el goce de los derechos humanos por parte de las mujeres, en ocasiones optará por incluir en el femenino (trabajadoras domésticas).

[12] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[13] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[15] C-460 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Unánime, entre muchas otras.

[16] Ver, entre otras, la sentencia C-264 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

[17] La doctrina sobre la omisión legislativa relativa y la competencia de la Corte para controlarla se inició con la sentencia C-543 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; AV. José Gregorio Hernández Galindo). Posteriormente, la Corporación ha ido desarrollando los elementos centrales para esta forma especial y excepcional de control. Entre las decisiones recientes, puede consultarse la sentencia C-330 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva; AV. Luis Ernesto Vargas Silva).

[18] En este orden de ideas, cuando un ciudadano alega la existencia de una omisión legislativa relativa, debe generar al menos una duda sobre la presencia de estos elementos mediante razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. Además, cuando el cargo de omisión legislativa relativa se alega por la generación de una situación discriminatoria, la exigencia de especificidad demanda que el actor precise los grupos involucrados, el trato discriminatorio que introduce la disposición, y las razones por las

cuales la hipótesis excluida es asimilable a la que sí es contemplada por aquella. || Lo anterior significa que el cargo de omisión legislativa relativa impone a los demandantes una mayor carga argumentativa, cuyo propósito no es limitar el ejercicio del derecho político al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, sino generar un auténtico diálogo constitucional entre el ciudadano, el Legislador, las entidades que participan en la expedición e implementación de la norma acusada y el juez constitucional. En este sentido la Corte ha considerado que la exigencia de unos criterios mínimos de racionalidad argumentativa que permitan la adopción de una decisión de fondo, no se opone ni a la garantía del derecho ciudadano a ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, ni al principio pro actione. Su objetivo –constitucionalmente valioso- es garantizar la autorrestricción judicial y un debate constitucional en el que el demandante –no el juez- sea quien defina el ámbito del control constitucional". (C-460 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[19] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Humberto Antonio Sierra Porto.

[20] En la sentencia C-283 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. María Victoria Calle Correa. Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla), señaló la Corte en relación con el principio pro actione: "el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte." De esta forma, la exigencia de requisitos formales para una demanda de inconstitucionalidad, en aplicación de este principio: "(i) no debe tener tal rigorismo que haga nugatorio el derecho ciudadano, (ii) debiendo propender el juez constitucional hacia un fallo de fondo y no uno inhibitorio; por ende, (iii) la duda debe resolverse a favor del actor".

[21] Constitución Política, artículo 243: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional || Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

[22] MP. Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino.

[23] Sentencia C-153 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas. SV. Manuel José Cepeda Espinosa y Álvaro Tafur Galvis).

[24] Se hace referencia únicamente a estas dos fuentes por simplicidad expositiva, aunque la distinción es aplicable a cualquier texto jurídico que opere como fuente de derecho.

[25] En sentido contrario, diversas disposiciones pueden interpretarse sistemáticamente para construir con base en ellas un solo contenido normativo, aunque por simplicidad expositiva se prescinde de calificaciones adicionales.

[26] C-178 de 2014. (MP. María Victoria Calle Correa). En esta decisión, explicó también la Corporación: "La diferenciación entre disposición y norma se relaciona también con las decisiones en que se adoptan efectos modulados y, especialmente, con las sentencias que declaran la exequibilidad condicionada de una norma. Cuando la Corte dicta una sentencia de esa naturaleza, lo que ocurre es que el demandante razonablemente demuestra que existe una interpretación de un texto legal que resultaría incompatible con la Constitución Política, pero la Corte evidencia que también existe una interpretación razonable del enunciado, que no afecta la supremacía de la Carta. || En otros términos, el texto permite potencialmente derivar dos normas jurídicas distintas, y la Corte preserva la que se ajusta a la Constitución, maximizando a la vez el principio democrático, mediante la conservación de las normas dictadas por el Legislador. Al respecto, la Corte ha explicado: "hay lugar a declarar la existencia de la cosa juzgada formal, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se aplique comporte un cambio sustancial en su alcance y significación". Al respecto, ver sentencias C-427 de 1996 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-447 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil y C-1064 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa y C-310 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil). Una consecuencia adicional de asumir la distinción entre disposición y norma jurídica es la posibilidad excepcional de asumir el estudio de constitucionalidad sobre interpretaciones específicas de los textos jurídicos, siempre que el

demandante demuestra que esas interpretaciones han sido asumidas como ciertas por los operadores jurídicos y, especialmente, por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Ese trabajo argumentativo consiste en indicar que, con independencia de la formulación de las normas "en el papel", existe un derecho viviente que las concibe de una manera determinada, y otorga consecuencias normativas en los distintos procesos a esa concepción". (Al respecto, ver la sentencia C-557 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[27] Ver, en relación con cada una de estas posibilidades, las sentencias C-460 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jaime Araújo Rentería), C-774 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda Espinosa), y C-228 de 2002 (MPs. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. AV. Jaime Araújo Rentería).

[28] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[29] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[30] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[31] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[32] MP. Eduardo Montealegre Lynett. Unánime.

[33] MP. Jaime Córdoba Triviño. Unánime.

[34] MP. Jaime Araújo Rentería. SPV Nilson Pinilla Pinilla, SPV. Rodrigo Escobar Gil.

[35] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[36] MP. Eduardo Montealegre Lynett. Unánime.

[37] MP. Jaime Córdoba Triviño. Unánime.

[38] MP. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. SPV. Rodrigo Escobar Gil.

[39] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[40] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[41] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[42] Dijo la Corte. "En cuanto al artículo 306 del mismo Código Sustantivo de Trabajo que establece la prima de servicios únicamente para los trabajadores de las empresas de carácter permanente, tampoco encuentra la Corte que sea contrario a la Constitución en cuanto priva de tal prima a los trabajadores del servicio doméstico. Esto, por la sencilla razón del origen de la prima de servicios, que, como lo dice la norma citada, sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios establecidas en legislación anterior. Es claro que el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades".

[43] Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 338. Prestaciones sociales.

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los {empleadores} que ejecutan actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos {empleadores} y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones.

[44] Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 252. Cesantía restringida. <Aparte tachado INEXEQUIBLE>

1. Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos ($20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos ($60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año; pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, CONDICIONALMENTE exequible el resto del numeral> Para la liquidación de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico solo se computará el salario que reciban en dinero.

3. El tiempo servido antes del primero (1o.) de enero de 1951 por todos aquellos trabajadores que tuvieron restringido el derecho de cesantía en virtud de la legislación vigente hasta esa fecha, se liquidará de acuerdo con dicha legislación.

[45] Este es el tenor de la parte resolutiva de la sentencia C-051 de 1995: "Primero.- Declárase INEXEQUIBLE el siguiente aparte del numeral 1 del artículo 338 del Código

Sustantivo del Trabajo: "[…] pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones".

Segundo.- Declárase INEXEQUIBLE el numeral 2 del mismo artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica".

Tercero.- Declárase INEXEQUIBLE el numeral 1 del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en la parte que dice:

"Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos ($20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos ($60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año"."

El siguiente es el texto de la norma acusada" Artículo 338: Prestaciones sociales: 1. Los patronos que ejecuten actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones ||. " 2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica."

[46] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[47] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[48] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[49] "Así mismo, la actora señala que las expresiones acusadas vulneran los artículos 1º y 13 constitucionales, en la medida en que se excluiría, sin fundamento alguno, del derecho a la prima de servicios a los trabajadores que no prestan sus servicios laborales a empleadores que tienen el carácter de empresa permanente, situación que los pone en una

clara situación de desigualdad, incluso frente a aquellos trabajadores que se retiran en forma voluntaria de la empresa o que son despedidos por el empleador sin justa causa, quienes sí tendrían derecho a ese tipo de prestación legal". (C-100 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis).

[50] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[51] Esta definición resulta un poco más amplia de la que actualmente dispone el ordenamiento jurídico a nivel reglamentario en el artículo 1º del Decreto 824 de 1988, según la cual el "trabajador doméstico" es la "persona que residiendo o no en el lugar de trabajo, ejecuta tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños, jardinería, cuidado de animales y demás tareas propias del hogar". Se ha incorporado a ella la relación de dependencia entre particulares y la forma en que contribuya al contratante a la generación de sus propios ingresos, aspecto que ha sido resaltado por la Organización Internacional del Trabajo, entre otros documentos, por el Convenio 189 de 2011, al que se hará referencia más adelante.

[52] MP. Ciro Angarita Barón.

[53] Las consideraciones centrales de los párrafos 44 a 47 se basan en un informe presentado por la Escuela Nacional Sindical con ocasión del Día Internacional del Trabajo Doméstico, en el año 2014. Sin embargo, sus conclusiones coinciden punto por punto con distintos informes de la OIT, algunos ya mencionados; se reflejan en el preámbulo del Convenio 189 de 2011 de la misma Organización; y son muy similares a reflexiones ya presentadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-310 de 2007 (MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Córdoba Triviño y Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Araújo Rentería), que será citada in extenso, en consideraciones ulteriores.

[54] Solo hay en Colombia un sindicato de empleadas del servicio doméstico de origen afro.

[55] Estas circunstancias han llevado a la Corte a presentar reflexiones como esta, asociada al abismo que separa la consagración normativa de las garantías laborales, de su cumplimiento en las relaciones laborales que efectivamente se presentan: "los conocidos

riesgos de trato discriminatorio y de explotación hacia personas contratadas para cumplir labores domésticas, como aseo, cocina, lavado y planchado de ropa y demás actividades propias de un hogar, habían encontrado tradicional materialización, connivencia e indiferencia, en un rezago de la esclavitud y la servidumbre del pasado, manteniéndose la segregación social y las diferencias en las condiciones laborales. Con el fin de eliminar tal situación, siendo deber del Estado social de derecho proteger a todas las personas sin distingo alguno, ha evolucionado la normatividad nacional e internacional y la jurisprudencia" (Sentencia T-237 de 2011. MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[56] MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Jaime Córdoba Triviño y Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Jaime Araújo Rentería.

[57] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime.

[58] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[59] Sentencia C-616 de 2013. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[60] Artículo 3. Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio. || 2. Todo Miembro deberá adoptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en el presente Convenio para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber: (a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.|| 3. Al adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos y los empleadores de los trabajadores domésticos disfruten de la libertad sindical y la libertad de asociación y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, los Miembros deberán proteger el derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas.

[61] Artículo 6º. Todo Miembro deberá adoptar medidas 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, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad.

[62] Artículo 10º. "1. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.

2. El período de descanso semanal deberá ser al menos de 24 horas consecutivas.

3. Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deberán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional.

[63] Artículo 11. "Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo."

[64] 1. Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los

trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan.

[65] Artículo 4º. 1. Todo Miembro deberá fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos compatible con las disposiciones del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), edad que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general.

[66] Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

[67] 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 o con convenios colectivos, que incluyan en particular: (a) el nombre y los apellidos del empleador y del trabajador y la dirección respectiva;|| (b) la dirección del lugar o los lugares de trabajo habituales;|| (c) la fecha de inicio del contrato y, cuando éste se suscriba para un período específico, su duración;|| (d) el tipo de trabajo por realizar;|| (e) la remuneración, el método de cálculo de la misma y la periodicidad de los pagos;|| (f) las horas normales de trabajo;|| (g) las vacaciones anuales pagadas y los períodos de descanso diarios y semanales;|| (h) el suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda;|| (i) el período de prueba, cuando proceda;|| (j) las condiciones de repatriación, cuando proceda; y|| (k) las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador.

[68] Artículo 13 1. Todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable. Todo Miembro, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberá adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos.|| 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de

los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan.

[69] Al respecto, se puede consultar en el portal de Internet de la OIT: http://ilo.org/global/topics/domestic-workers/lang–es/index.htm

[70] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[71] Así, explicó: ¨[…] la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta en sí misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas. No están, en consecuencia, en incapacidad de retribuir normalmente a sus trabajadores.|| Y lo mismo, en general, podría decirse en relación con los estímulos que el mismo Estado puede otorgar a la pequeña y mediana empresa, y a las organizaciones de carácter solidario. Tales estímulos, en abstracto, podrían consistir en exenciones o rebajas tributarias, o en regulaciones crediticias. Todo con el fin de impedir la concentración de riqueza." Sin embargo, estimó razonable que solo se liquiden tomando como base el salario recibido en dinero, dadas las dificultades de "dar un tratamiento uniforme a lo que se recibe como salario en especie" y 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". C-051 de 1995. MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[72] MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime.

[73] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[74] MP. Eduardo Montealegre Lynett. Unánime.

[75] Sentencia C-034 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). Unánime.

[76] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[77] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[78] Sentencia C-100 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis): "[…] podría considerarse […] que se trata de facilitar en el marco de la potestad de configuración del legislador y de la

promoción empresarial que se asigna al Estado la realización de actividades puntuales por empresas sin vocación de permanencia, permitiendo la generación de empleo así sea por corto tiempo y en condiciones menos favorables para los trabajadores, con lo que dicha finalidad encontraría fundamento en el artículo 333 de la Constitución -que asigna al Estado la función de promoción empresarial- así como en el artículo 54 superior -que señala al Estado el deber de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar-. Empero, para la Corte es claro que aún frente a la finalidad así establecida no se encuentra una relación razonable entre ésta y la diferencia de trato que se establece al señalar que sólo las empresas de carácter permanente deberán pagar la prima de servicios. || Eximir de pago de la prima de servicios a las empresas cuya finalidad no es la de desarrollar actividades estables o de larga duración, sino que están destinadas a cumplir su objeto por un tiempo inferior a un (1) año no solo en nada garantiza que, por ese hecho, se crearán nuevas plazas de trabajo, sino que podría interpretarse incluso en contravía del mandato mismo de promoción empresarial (art. 333-3 C.P.) en concordancia con la función social que se asigna a la empresa como base del desarrollo. || Téngase en cuenta así mismo que dentro de los principios que establece el artículo 53 superior como orientadores de la acción del Legislador para regular el derecho al trabajo se encuentra el de igualdad de oportunidades para los trabajadores; en este sentido, el establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores frente a una prestación que se enmarca dentro del cumplimiento de la función social de la empresa y que necesariamente se predica de todas ellas, se opone a dicho principio y en este sentido es claro que la norma sacrifica evidentemente un principio constitucional, sin que siquiera el logro de la finalidad enunciada se encuentre asegurado. || Para la Corte es claro, además que resulta desproporcionado establecer una diferencia de trato entre trabajadores por el simple hecho del carácter permanente o no de la empresa a la que se encuentren vinculados pues a pesar de que dicha prima no tenga carácter salarial como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia, “es un derecho de los trabajadores que se causa con el servicio prestado” y es claro entonces que el requisito del tiempo laborado es suficiente para acceder a la prima de servicios por lo que no se entiende que se establezca una diferencia entre trabajadores”.

[79] MP. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. SPV. Rodrigo Escobar Gil.

[80] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. AV. Nilson Pinilla Pinilla.

[81] MP. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. SPV. Rodrigo Escobar Gil.

[82] MP. Fabio Morón Díaz.

[83] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[84] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[85] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[86] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[87] MP. Eduardo Montealegre Lynett. Unánime.

[88] MP. Jaime Córdoba Triviño. Unánime.

[89] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[90] MP. Jaime Araújo Rentería. SPV. Nilson Pinilla Pinilla. SPV. Rodrigo Escobar Gil.

[91] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[92] MP. Álvaro Tafur Galvis. Unánime.

[93] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[94] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[95] MP. Jorge Arango Mejía. Unánime.

[96] Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas. En esta ley se define ampliamente el trabajo de cuidado, sus relaciones y diferencias con el trabajo doméstico. Así, los artículos 2º y 3º establecen:

“Ley 1413 de 2010. Artículo 2o. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente

ley se adoptan las siguientes definiciones: Economía del Cuidado: Hace referencia al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. Esta categoría de trabajo es de fundamental importancia económica en una sociedad.|| Trabajo de Hogar no Remunerado: Servicios domésticos, personales y de cuidados generados y consumidos dentro del propio hogar por las que no se percibe retribución económica directa.|| Encuesta de Uso del Tiempo: Instrumento metodológico que permite medir el tiempo dedicado por las personas a las diferentes actividades, trabajo remunerado y no remunerado, estudio, recreación y ocio, entre otros.

Cuenta Satélite: Cuenta específica del Sistema de Cuentas Nacionales que organiza y registra la información de un sector económico o social, en este caso del trabajo en los hogares.|| Artículo 3o. Clasificación de actividades. Se consideran Actividades de Trabajo de Hogar y de Cuidado No Remunerado, entre otras, las siguientes: || 1. Organización, distribución y supervisión de tareas domésticas.|| 2. Preparación de Alimentos.|| 3. Limpieza y mantenimiento de vivienda y enseres. || 4. Limpieza y mantenimiento del vestido. || 5. Cuidado, formación e instrucción de los niños (traslado al colegio y ayuda al desarrollo de tareas escolares). || 6. El cuidado de ancianos y enfermos. || 7. Realizar las compras, pagos o trámites relacionados con el hogar. || 8. Reparaciones al interior del hogar. || 9. Servicios a la comunidad y ayudas no pagadas a otros hogares de parientes, amigos y vecinos. || La presente clasificación no excluye otras actividades que se puedan incorporar en su oportunidad.”

[97] Este punto se encuentra en el Preámbulo del Convenio 189 de 2011 de la OIT, cuyos fragmentos más relevantes fueron citados en los considerandos normativos de esta providencia. El mismo fue aprobado por Ley 1595 del 27 de diciembre del año 2012.