

**LAS CONDICIONES DE IGUALDAD ENTRE LOS TRABAJADORES
DOMESTICOS Y LOS TRABAJADORES FORMALES EN LA LEY 1595 DEL
2012**

**JUAN CARLOS PONTIERS COPULILO
HEBERT JOSE RICO ROYERO**

JOSEFINA QUINTERO LYONS
Asesora

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.
2013**

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Cartagena de Indias, 2 de mayo de 2013

A Dios,
A nuestras madres, padres y familiares
A todas las personas que hicieron posible este proyecto.

GRACIAS

*“La justicia es grande,
Intocable es la suma de sus años,
Pero rectos sus juicios”*

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero dar gracias a Dios, quien hace todas las cosas posibles, y esta no es una excepción. Más aun tratándose de una investigación que busca resaltar la realización de la justicia a través de la Ley.

Agradezco también a mi Familia por todo su apoyo y motivación personal para llevar a cabo este trabajo y por su compromiso con mi educación y mi realización como próximo abogado.

Por último, agradezco enormemente a mi asesora Josefina Quintero Lyons, ya que sin sus aportes, producto de su experiencia como abogada especialista en derecho laboral e investigadora, este trabajo no hubiese logrado los objetivos tan ambiciosos que se planteó, y a Julieth Barrera Caparrosso por sus importantes contribuciones analíticas.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
1. CONCEPTOS BÁSICOS.....	11
1.1 Trabajador Domestico. Definición Constitucional y Legal.....	11
1.2 Alcance Conceptual de Trabajador Domestico	14
1.3 Trabajador Formal. Definición constitucional y Legal.....	16
1.4 Alcance Conceptual del Trabajador Formal.....	17
2 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	19
2.1Evolución histórica de los derechos de los trabajadores Domésticos en la Ley Colombiana	19
2.2 Evolución Histórica de los derechos de los trabajadores Domésticos en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana	20
3. IGUALDAD DE LOS DERECHOS.....	26
3.1 Alcance de la igualdad en el Código Sustantivo del Trabajo	28
3.2 Alcance de la igualdad de derechos en La ley 1595 del 2012.....	29
4. COMPARACION	32
4.1Los derechos de los trabajadores domésticos y los derechos de los trabajadores formales. Condiciones de la igualdad en la Constitución y en la Jurisprudencia Nacional	33
4.2 Los derechos de los trabajadores domésticos y los derechos de los trabajadores formales. Condiciones de Igualdad en la Ley 1595 del 2012	36
5. CONCLUSIONES.....	38
6. RECOMENDACIONES	39
7. BIBLIOGRAFIA.....	49

RESUMEN

Este trabajo muestra el resultado de una investigación jurídica, cualitativa y bibliográfica, cuyo objetivo principal se centró en determinar si se logra establecer las mismas condiciones de igualdad entre trabajadores domésticos y trabajadores formales en la Ley 1595 del 21 de Diciembre del 2012 (por medio de la cual se aprueba “EL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS”).

En el recorrido del estudio de los conceptos trazados por la Ley 1595 del 2012 se logró establecer un análisis comparativo de las condiciones y derechos laborales de los que gozan los trabajadores en general y de los que gozan los trabajadores domésticos, en que aspectos están restringidos estos últimos y de que forma la jurisprudencia y la misma ley en mención han dado paso a que se reduzcan los niveles de desigualdad entre unos trabajadores y otros.

Para ser más precisos, se expondrá en esta monografía como se logró identificar, la forma en que la Ley 1595 entra a nuestro ordenamiento con la finalidad de equiparar las condiciones laborales de los trabajadores domésticos a la de los trabajadores formales, más sin embargo, realmente resulta ser una orden para el estado de establecer por medio de los mecanismos pertinentes la eficacia de dicha orden.

Con fuentes primarias como la legislación vigente y la jurisprudencia y a través de método documental, analítico y hermenéutico, desarrollaremos el tema de investigación: LAS CONDICIONES DE IGUALDAD ENTRE LOS TRABAJADORES DOMESTICOS Y LOS TRABAJADORES FORMALES EN LA LEY 1595 DEL 2012, que para mejor entendimiento de los destinatarios, dividiré y abordaré así: 1.Conceptos Básicos, 2.Derechos de los Trabajadores Domésticos,

evolución histórica, 3. Igualdad de los Derechos y 4. Comparación y 5. Conclusiones.

Palabras Clave: Trabajo, Igualdad, Condición Laborales Mínimas, Justicia, Derechos Fundamentales de los Trabajadores, Servicio Doméstico.

INTRODUCCIÓN

Al realizar una lectura sobre el desarrollo histórico del reconocimiento de los derechos constitucionales y laborales de los Trabajadores Domésticos en Colombia, podríamos inferir que éste ha sido lento y progresivo, es decir, no con una sola jurisprudencia o con un precedente se ha logrado integrar al ordenamiento jurídico los valores, principios y derechos de estas personas que históricamente han sufrido la desigualdad social y jurídica, sino que a través de distintos fallos constitucionales independientes y separados por un largo espacio de tiempo es que se ha ido poniendo de relieve poco a poco las garantías de estas personas individuales que prestan servicios domésticos.

La evolución jurisprudencial en torno al tema ha llegado hasta el punto de reconocer a esta clase de trabajadores derechos al respecto de las prestaciones sociales, de su seguridad social, de su horario de trabajo y otros, y ello constata que la jurisprudencia constitucional ha dado aplicación conceptual al valor de la igualdad y ha saneado progresivamente el alto déficit de desprotección que viven esta clase de trabajadores a lo largo y ancho de nuestro territorio.

La misma Corte Constitucional en repetidas oportunidades ha exhortado al legislador a regular detalladamente el tema de los derechos de los trabajadores domésticos, con el fin de establecer cuando es dable dar un tratamiento diferenciado a estos mismos al respecto de los trabajadores formales. Pero más ha sido, el desarrollo jurisprudencial que la regulación legal de este tema tan importante para la realización social y económica en un estado social de derecho.

El estudio que se evidencia en esta monografía ha pretendido ser parte de ese debate que propone la Corte Constitucional y que el Congreso aún no resuelve de forma explícita, en la medida en que, nos hemos trazado como objetivo, determinar cuáles son los derechos de los que gozan los trabajadores domésticos según nuestro ordenamiento jurídico laboral y como la ley 1595 pretende sanear el déficit de desprotección a los trabajadores domésticos, ordenando al estado hacer

efectivos por los mecanismos jurídicos pertinentes los valores que se predicen del derecho constitucional laboral.

Para lograr este objetivo, hemos integrado a través del método de consulta bibliográfica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las normas que regulan el trabajo formal y el trabajo doméstico y la Ley 1595 del 2012 ya que con ellas analizaremos el contenido textual de las mismas y estableceremos si su grado de extensión conceptual permite que no se excluyan ni se discriminen a los trabajadores domésticos en lo que concierne a todos los derechos de los que gozan hoy los trabajadores generales.

Con el fin de que este trabajo sea mejor entendido, hemos organizándolos temas de la siguiente manera: 1. Los conceptos básicos, 2. La evolución histórica de los derechos de los trabajadores domésticos, 3. La igualdad de los derechos laborales y 4. La comparación conceptual de derechos de trabajadores domésticos y trabajadores generales.

En el primer punto definiremos lo que es y no es el trabajador doméstico y el trabajador formal, del mismo modo, precisaremos algunos puntos importantes sobre el valor de la igualdad y la aplicación del mismo en el ámbito del derecho laboral. En el segundo, expondremos cómo la jurisprudencia de forma progresiva y paulatina ha dado reconocimiento los derechos de los trabajadores domésticos apelando a la igualdad entre estos y los trabajadores formales. El tercero, abordaremos el tema de la importancia de la igualdad de los derechos laborales en el estado social de derecho y en el último punto, es decir, el cuarto, haremos la comparación y análisis conceptual de los derechos consagrados en la ley 1595 del 2012.

Al final, en la parte de las conclusiones encontraremos los resultados de este análisis, y daremos cuenta no solo del grado de amplitud o comprensión de los conceptos que expresan cuales son los derechos, sino de que notaremos que el

convenio internacional sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, que entró a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1595 de 2012, ordena al estado hacer efectivo los derechos, mas no expresa como se hacen realizable los mismos, ni los mecanismos a los que debe recurrir tanto el estado como el trabajador para hacer cumplir la igualdad de los derechos laborales.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

En este capítulo puntualizaremos de forma detallada la definición de Trabajador Domestico y Trabajador Formal o General según la constitución, el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 1595 de 2012.

1.1 Trabajador Domestico. Definición Constitucional y Legal

No encontramos en el Constitución Política de Colombia una definición específica o general de lo que es un trabajador formal o doméstico. Si bien, si se hacen alusiones a los trabajadores y se consagra el trabajo como un valor superior, no se define lo que es o lo que no es un trabajador.

Del mismo modo el Código Sustantivo del trabajo no contiene una definición del término trabajador. No obstante, si dispone en su artículo 5 lo que es el trabajo.

Menciona expresamente:

“ARTICULO 5o. DEFINICION DE TRABAJO. El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”.¹

Podríamos deducir entonces que trabajador es aquella persona natural que desempeña conscientemente una actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria en servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

Al respecto de los conceptos trabajador formal y trabajador doméstico, es necesario anotar que el Código Sustantivo del trabajo no los define, no dice que es el servicio doméstico ni qué es el trabajador doméstico. En algunos artículos,

¹Código Sustantivo del Trabajo art 5

establece derechos o restricciones específicas para los trabajadores del servicio doméstico, mas no define en esencia lo que ello es.

En nuestro ordenamiento jurídico, solo un decreto ha dado la definición de tal. Se trata del Decreto 824 de 1988, el cual regulando las relaciones laborales del servicio doméstico expresa en su artículo primero:

“Artículo 1º Entiéndase por trabajador del servicio doméstico, la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa, de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar del trabajo, a una o a varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños y demás labores inherentes al hogar. Para efectos del presente reglamento se denominarán "internos", los trabajadores que residan en el lugar o sitio de trabajo. Los demás, se denominarán "por días".”²

Esta definición ha sido la retoma la Corte Constitucional en diferentes jurisprudencias al momento de hacer reconocimientos de los derechos de los trabajadores domésticos, por ejemplo, en la sentencia C-310/07, donde se define el pago de las cesantías a los trabajadores domésticos, cita textualmente el texto así:

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

Al efecto, la ley ha definido al trabajador doméstico como “la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, a una o varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar”. Así mismo, denomina “internos” los trabajadores domésticos que residan en el lugar o sitio de trabajo y a los demás “por días”²

²Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto Numero 824 de 1988 (abril 29). Bogotá: La Presidencia; 1988

Dos son pues los elementos definitorios del trabajo doméstico: el concepto de hogar como ámbito de los servicios y la naturaleza de las funciones desarrolladas, que deben ser aquellas inherentes a la vivienda, como el aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños, etc.”

Así, notamos que, es la definición establecida en la ley la que se ha interpretado en la jurisprudencia constitucional, o dicho de otra forma, es la Ley la que ha ofrecido al tribunal que salvaguarda la constitución, los conceptos fundamentales para fines constitucionales interpretativos, pues estos no se encuentran establecidos en la Constitución Política.

A pesar de tener una definición legal del servicio doméstico, y de ser esta completa e integral, encontramos también, la novedosa, breve y amplia definición que trae la Ley 1595 del año 2012, que expresa:

“Artículo 1. A los fines del presente Convenio:

*(a) la expresión **trabajo doméstico** designa el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos;*

*(b) la expresión **trabajador doméstico** designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo;*

*(c) Una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico”.*³

Esta definición ya hace parte integrante del ordenamiento jurídico y para efectos de esta monografía, estudiaremos el alcance conceptual de la misma en comparación con lo que establece el Decreto 824 de 1988 y en concordancia con

³Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1595 de 2012. Por medio de la cual se aprueba el "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. Bogotá: El Congreso; 2012.

la interpretación que de dicho Decreto ha hecho la Corte Constitucional y el Ministerio del Trabajo.

1.2 Alcance Conceptual de Trabajador Domestico

Han quedado claras las definiciones ofrecidas en la Ley 1595/12 y en el Decreto 824/88 de lo que es trabajador doméstico.

Al hacer una lectura detallada del texto con el fin de delimitar el concepto de trabajador domestico encontramos que, se excluye en la Ley 1595/12 a las personas que si bien objetivamente realizan un trabajo doméstico no lo realiza de forma frecuente como si tal fuera su ocupación profesional, o lo que es lo mismo, realizan tal labor de forma ocasional o esporádica.

El Decreto 824/88 por su lado, es más preciso y puntual que la ley pues afirma claramente en su artículo 5, literal b, que no es trabajador del servicio doméstico quien realice labores propias del servicio doméstico por un término inferior a 4 horas.

Nótese que los conceptos “ocasional” y “esporádicos” contenidos en la Ley 1595/12 son delimitados y comprimidos por el Decreto 824/88, pues este consagra claramente el término que debe servir un trabajador domestico para ser considerado tal.

El mismo decreto detalla en los demás literales del artículo 5 quienes no pueden ser considerados trabajadores domésticos, así:

“Artículo 5º No podrá afiliarse como trabajadores del servicio doméstico, las siguientes personas naturales:

- a) Quienes desempeñen tareas propias del servidor doméstico en lugares diferentes al hogar de una persona o familia, tales como: clubes sociales o deportivos, fincas o haciendas rurales cuando no sean la residencia permanente o el domicilio del patrono, áreas comunes de unidades multifamiliares, bares, restaurantes, hoteles y, en general, empresas con o sin ánimo de lucro;*
- b) Quienes realicen labores propias del servicio doméstico durante una jornada ordinaria inferior a cuatro (4) horas;*
- c) El cónyuge o compañera(o) permanente del jefe de familia;*

- d) Los parientes del patrono o de sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad, tercero de afinidad y primero civil;
- e) Quienes desempeñen funciones de chofer familiar, y
- f) Las demás personas que no tengan el carácter de trabajadores del servicio doméstico o que sean excluidas por la ley o por los reglamentos generales de los Seguros Sociales Obligatorios⁴.

La jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre lo que constituye o no servicio doméstico, no obstante, haciendo una interpretación de esta clase de trabajo afirma en sentencia C-310/07:

“Dos son pues los elementos definitorios del trabajo doméstico: el concepto de hogar como ámbito de los servicios y la naturaleza de las funciones desarrolladas, que deben ser aquellas inherentes a la vivienda, como el aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños, etc..

La ley laboral regula el trabajo doméstico como forma del contrato, que puede ser verbal o escrito (arts. 37, 45 y 61 C. S. T.); la remuneración, que no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente, sea sólo en dinero o parte en especie (arts. 127 y ss. ib.); periodo de prueba (art. 77-2 ib.); jornada de trabajo (art. 158 y ss. ib.) y prestaciones sociales tales como vacaciones, calzado y vestido de labor, cesantía, intereses de cesantía, maternidad y seguridad social (arts. 186, 230, 236 y 252 ib., al igual que en diversas normas de la Ley 100 de 1993).

Al analizar esas disposiciones, desde un primer pronunciamiento la Corte Constitucional precisó que el hogar o la familia “no es una empresa y no genera utilidades”⁴²⁷¹, y por consiguiente, no tiene las características de un empleador corriente o regular, “pues es evidente que la economía doméstica y la labor desempeñada en la misma poseen unos rasgos particulares que implican una disponibilidad de tiempo diferente y adecuada a actividades familiares, que no son asimilables a las desplegadas en otros ámbitos del quehacer doméstico y económico o social.”⁴⁵

⁴Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto Numero 824 de 1988 (abril 29). Bogotá: La Presidencia; 1988

⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-310 de 2007. Expediente D-6512. M.P Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Por lo que se entiende que para efecto de demarcar y definir esta labor se toma en cuenta el concepto empleado en el Decreto 824/88 y no el empleado por la Ley 1595/12 que además de ser demasiado amplio y extenso, tiene el agravante que apenas fue incluido al ordenamiento jurídico colombiano en el año 2012, cuestión que pone en evidencia la imposibilidad de una interpretación exhaustiva por parte de la Tribunal Constitucional hasta la fecha de esta investigación.

Por tanto, podemos concluir en este punto, que en materia de definiciones y conceptos el Decreto 824/88 es más preciso, y más nutrido que la Ley 1595/12.

1.3 Trabajador Formal. Definición constitucional y Legal

La definición del concepto trabajo se encuentra consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo artículo 6, y todas las dimensiones valorativas que dicho concepto conlleva ha sido tratada en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El Código Sustantivo expresa que el trabajo es toda es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo. Y para efectos de aplicación de dicha norma, se puede afirmar que ello cobija tanto a trabajadores formales como informales, por abarcar conceptos tan amplios y extensos.

De modo que, el entendimiento del concepto formalidad laboral como tal solo puede ser enmarcado y comprendido en el contexto de la jurisprudencia, pues el Código Sustantivo del Trabajo solo contiene una definición general de trabajo y por tanto de trabajador y no ofrece una definición específica de lo que es el trabajador formal.

La sentencia C-009/94 y la sentencia C-038/04 dan aportes significativos al tema, al exponer que el trabajo formal se da en la medida en que el trabajador goce de las condiciones laborales necesarias para la realización del trabajo humano digno y siempre que goce de todos los derechos consagrados en la constitución y en el

Código Sustantivo del Trabajo, entre los que se encuentra, el salario, las prestaciones sociales, el derecho a la asociación sindical y otros que hacen del trabajo una labor formal.

Siendo así las cosas, el trabajo formal solo puede entenderse en la medida en que se hagan válidos y eficaces los derechos y valores dignidad y la igualdad. Este concepto solo puede delimitarse así, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, ya que no existe una definición de tal en el Código Sustantivo del Trabajo ni en la Constitución Nacional aunque esta consagre todos los derechos y valores que le son aplicables a los trabajadores para que gocen de condiciones laborales mínimas y dignas de un trabajo humano.

1.4 Alcance Conceptual del Trabajador Formal

El alcance conceptual es abstracto, y solo es posible como ya se dijo realizarlo a través de la jurisprudencia, ya que el mismo Código Sustantivo y de la Constitución no es posible delimitar tal concepto., debido a su carencia del mismo.

La sentencia C-038/04 al respecto expresó:

“Los otros límites constitucionales: los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales, y la prohibición prima facie de retrocesos.

19- La restricción más obvia es que cualquier reforma laboral debe respetar los principios constitucionales del trabajo, los cuáles limitan la libertad de configuración del Legislador en este ámbito. Por ejemplo, es evidente que si el artículo 53 superior establece la existencia de un salario mínimo y el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas laborales, entonces una reforma laboral no puede suprimir esos mandatos constitucionales.

20- Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar

en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los "derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos"¹¹⁶

Aquí la Corte manifiesta claramente que para precisar y aterrizar el concepto de trabajador doméstico deben integrarse a nuestra legislación todos los convenios de la OIT que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Siendo así las cosas no hay un concepto específico tampoco de trabajador doméstico desarrollado en la jurisprudencia constitucional, pues al respecto de este solo se ha concluido que es aquel que goza de todos los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Instituciones y en todos los tratados y convenios internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Ahora bien, es necesario cuestionarse si dentro del concepto que pretende delimitar la Corte, ¿cabe el de trabajador doméstico? ¿La diferenciación entre trabajador formal y trabajador domestico radical en todo ese cumulo de derecho

⁶Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia c-038 de 2004. Enero 27,. Bogotá: La Corte constitucional; 2004. M.P. Eduardo Montealegre Linett

que se le deben cumplir al trabajador formal para poder ser considerado como tal y que apenas el trabajador domestico ha podido disfrutar solo desde hace poco años y por declaratoria de sentencia constitucional, en virtud de que el Código Sustantivo del trabajo discriminaba expresamente sus condiciones y derechos?

A nuestro parecer la primera pregunta debe responderse de manera negativa y la segunda de manera afirmativa. En el transcurso de la lectura explicaremos las razones, que encuentran sustento en normas del Código Sustantivo y en la misma jurisprudencia constitucional.

2 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los derechos de los trabajadores domésticos han sido reconocidos, como ya se ha reiterado, paulatinamente. Esta clase de trabajadores han sido discriminados en nuestro país, y se han vulnerado sus derechos desde todo punto de vista. No contar con una Ley que regule la materia, es una prueba efectiva y clara de ello.

A diferencia de los trabajadores formales, a quienes también se les han reconocido derechos a través de la jurisprudencia y de la ley, los trabajadores domésticos no contaban, hasta el año 88 con ninguna clase de protección mínima legal. Luego con la constitución de 1991 y a través de la jurisprudencia constitucional se evolucionó y se otorgó derechos a esta población históricamente discriminada. Veamos detalladamente cómo se evolucionó en estos derechos a través de la ley y a través de la jurisprudencia.

2.1 Evolución histórica de los derechos de los trabajadores Domésticos en la Ley Colombiana

Antes del año 1988 no existía ley alguna que reconociera y protegiera los derechos de los trabajadores doméstico. Fue con el Decreto 824/88 donde se les otorgó unas garantías mínimas, que si bien eran necesarias, también eran insuficientes.

En este Decreto se consagró las principales definiciones sobre el servicio doméstico; el campo de aplicación en el ámbito espacial, temporal y personal de la ley; el registro y afiliación de los trabajadores del servicio doméstico; las cotizaciones y aportes; las prestaciones económicas y de salud y otras disposiciones generales. No obstante, en comparación al Código Sustantivo del Trabajo, eran muy pocas las garantías que este decreto ofrecía, pues carecía de normatividad al respecto del derecho a la libertad de asociación, de los derechos a cesantías y otras prestaciones sociales y hasta la regulación horaria de su trabajo. Después de este Decreto, no hubo reformar ni nueva normatividad al respecto del tema desde el punto de vista legal. Se avanzaron en ciertos aspectos en el Código Sustantivo del trabajo pero se logró eliminar la discriminación que este contenía en perjuicio de los trabajadores domésticos a través de sentencias constitucionales.

2.2 Evolución Histórica de los derechos de los trabajadores Domésticos en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana

Han sido varias las sentencias de la Corte Constitucional que a través del tiempo y después de la expedición de la Constitución de 1991 han dado paso a la declaración de los derechos y garantías de los trabajadores domésticos.

La Constitución del 91 y las normas que dieron la posibilidad de demandar normas jurídicas en razón de su inconstitucionalidad permitieron que se diera un gran avance en materia laboral, fundamentado en el derecho a la igualdad.

Una de las primeras es la sentencia C-372/98, donde reconoce la necesidad de proporcionalidad con la jornada de trabajo de los servicios domésticos para lograr la realización del valor de la dignidad. Expresa textualmente así:

“Una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las

garantías mínimas del trabajador. Sólo en las anteriores condiciones la norma acusada puede ser exequible, de modo que aun cuando sea posible la exigencia de laborar durante un período de tiempo superior a la jornada máxima fijada legalmente, para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral".⁷

"Esta Corte ha estimado que "la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono" situación que se acompasa con el necesario descanso que es un derecho y que tiene como fines, entre otros, permitirle al trabajador "recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona"

En lo que toca con los trabajadores del servicio doméstico que no viven con el patrono en forma permanente, la Corte estima que para ellos rigen las normas ordinarias en materia de garantías salariales y prestaciones sociales"⁸

Aquí la Corte estableció la jornada mínima laboral de los trabajadores que convivían en casa con el patrono y que tenían a sus cargos de dirección, confianza y manejo. Estableció para ellos el derecho al descanso compensatorio obligatorio y la dignidad en la jornada de trabajo, que para cuya efectividad se estableció un máximo de 10 horas diarias.

Esta sentencia implicaba una especial protección a los trabajadores que conviven con el patrono pues para ellos no aplican las normas ordinarias en materia de garantías salariales y prestaciones sociales.

Es dable pensar en este punto, que los trabajadores que no conviven con el patrono pueden tener la categoría de trabajadores formales en virtud de que para ellos rigen las normas ordinarias que reglamentan el trabajo formal. Pero ello no es así, si bien sí rigen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, recordemos (como se dijo en

⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-372 de 1998. Expediente D-1923. M.P Dr. FABIO MORON DIAZ.

⁸Ibid

el capitulo referente al alcance conceptual del trabajador formal) que para tener el carácter o la categoría de trabajador formal es necesario que le apliquen no solo los derechos, principios y valores que se encuentran en el Código Sustantivo del Trabajo sino los que se encuentran en la constitución nacional y en los tratados y convenios internacionales que hacen parte integrante del Bloque de Constitucionalidad

Otra sentencia que podemos recalcar, que da un gran paso al reconocimiento de derechos laborales, es la sentencia T-1008/99. En ella, se reitera un precedente jurisprudencial basto que trata de los derechos prestacionales y el derecho a la seguridad social integral de los trabajadores del servicio doméstico de la tercera edad, quienes son los más discriminados en Colombia y que para efectos de garantizar su mínimo vital pueden reclamar su pensión y cumplimiento de otros derechos que integral el concepto de seguridad social aunque estos no tengan el carácter de fundamentales.

La sentencia expresa:

“Abundante ha sido la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional sobre los derechos de las personas de la tercera edad y acerca de los que corresponden a los trabajadores, en particular los que favorecen a los empleados del servicio doméstico, a los cuales debe referirse la presente providencia.

*También ha insistido la Corporación en que el derecho a la seguridad social no reviste **per se** el carácter de derecho fundamental, salvo cuando esté unido inescindiblemente a uno que sí tenga tal naturaleza, lo cual conduce, vistas las pruebas aportadas en este proceso, a sostener que procede la tutela en favor de la accionante, a quien le han venido siendo conculcadas sus garantías básicas en términos tales que se hallan en riesgo su salud y su vida por causa de la probada carencia de recursos y la indolencia de quienes fueron sus patronos.*

*Igualmente, se ha precisado que la acción de tutela no procede en principio para el pago de acreencias laborales o para el reconocimiento de pensiones de jubilación, o para el pago de salarios o mesadas, pero que es viable si se encuentra en peligro el **mínimo vital** de la persona afectada o de su familia, por la falta de los ingresos absolutamente indispensables para la atención de*

las necesidades mínimas de alimentación, salud, vestuario y seguridad social, lo que se traduce en una ostensible disminución del nivel de dignidad al que tiene derecho todo ser humano en el curso de su existencia.

En desarrollo del precepto constitucional del artículo 46, que consagra la protección y asistencia de las personas pertenecientes a la tercera edad por parte del Estado, la sociedad y la familia, se ha consignado en la jurisprudencia la necesidad de propender efectiva y concretamente, por medio de la tutela, a la defensa de los derechos y prerrogativas de quienes han entrado en años y que por su condición física y muchas veces mental, no están ya en capacidad de procurarse ingresos distintos a los provenientes de su antigua relación laboral. Estos se hallan representados en las mesadas de jubilación, cuyo pago viene a convertirse en indispensable para lograr la subsistencia de los beneficiarios, siendo normalmente la única fuente económica para la subvención de necesidades básicas e inaplazables.

En estos casos, en forma excepcional, se ha dispuesto que el amparo consista en ordenar el pago de las pertinentes acreencias, en aras de la protección a la vida y del reconocimiento a la dignidad humana”.⁹

Otra sentencia importante en el derecho laboral para los trabajadores del servicio doméstico es la sentencia C-310/07. En ella la corte reconoce el derecho a la igualdad para efectos de liquidación de las cesantías al trabajador del servicio doméstico. La Corte expresó:

“Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar” y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Finalmente, también resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden

⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-1008 de 1999. Expediente T-247035. M.P Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó. En efecto, si conforme con los dictados superiores el salario en especie también es salario, hoy en día no se explica cómo el legislador desconoce su naturaleza retributiva, afectando de paso el ingreso del trabajador doméstico, quien por disposición de la norma acusada se ve privado de contar con la totalidad de su remuneración, como base, a fin de poder satisfacer necesidades esenciales en los aspectos ya referidos. En este sentido, la norma bajo revisión comporta igualmente una ostensible violación del derecho al trabajo (art. 25 Const.), del cual es expresión la remuneración, así como también del “principio de universalidad de las prestaciones sociales”, como quiera que “dentro de las contingencias típicas cubiertas por un sistema contributivo de seguridad social, se encuentra el desempleo”, que es una eventualidad que se busca precaver con la cesantía de los trabajadores. Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “sólo”, contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y exequible en lo demás dicho numeral, en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año”¹⁰.

Nótese que este tema de suma importancia para cualquier trabajador, cobra vida para el trabajador doméstico que se le paga parte del salario en dinero y otra en especie, pues antes de dicha sentencia se vulneraba tal derecho, solo reconociéndoles las cesantías teniendo como base de liquidación la parte del salario recibida en dinero.

“La mencionada jurisprudencia también reconoce el estado de vulnerabilidad que sufren los trabajadores domésticos cuando expresa: 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^[20], 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

¹⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-310 de 2007. Expediente D-6512. M.P Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

quienes poseen un empleo convencional que les demanda dedicación de tiempo, por el cual perciben un ingreso.

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

Así mismo, pese a la influencia que en los últimos tiempos han tenido las políticas de género, aún hay quienes creen, sin razón, que basta con “ser mujer” para ejercer tareas del hogar socialmente poco valoradas, prejuicio que quizás explica por qué históricamente la participación femenina en este tipo de labor es muy significativa.

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

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

Teniendo en cuenta que esa actividad se desarrolla en un espacio reservado como es el hogar, los trabajadores domésticos también están expuestos a que se les someta a acoso físico o sexual, violencia y abusos y, en algunos casos, se les impide salir de la casa del empleador recurriendo a amenazas o a la violencia, a la retención del pago de los salarios o de sus documentos de identidad”¹¹

Ante esta situación, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de declarar la el derecho del trabajador a través de la exequibilidad de la norma pero en el en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

¹¹Ibid

3. IGUALDAD DE LOS DERECHOS

Iniciamos analizando el artículo 13 de la constitución política de Colombia, el cual se hace referencia al derecho de igualdad cuando manifiesta:

*“todas las personas nacen libre e iguales ante la ley”*¹²

Esto quiere decir, TODOS recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

Sin embargo, ha sido de exposición constitucional y desarrollo jurisprudencial el argumento de que en casos especiales se le puede brindar un trato diferenciado a determinadas personas, siempre y cuando exista una causa que lo justifique.

Ahora bien, enmarcando la igualdad con el amplio concepto del término “trabajo”, tenemos, la obligatoriedad de la igualdad de oportunidades para los trabajadores, sin importar la labor que desempeñan. El Código Sustantivo del Trabajo expone en su artículo 10 que:

*“Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley”*¹³

Esto quiere decir que, cualquiera que sea la función desempeñada por el trabajador, el empleador no puede desmejorarlo por razón de la **naturaleza de su labor**, ni sexo o género, y debe brindarle sus prestaciones esenciales establecidas por la ley, salvo las excepciones que la misma ley establece.

Al respecto de la discriminación de los empleados domésticos, se puede decir, que ha radicado en la naturaleza de la labor que desempeñan. La labor de los empleados de servicios domésticos, a los cuales se les ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la

¹²Constitución Política

¹³ Código Sustantivo del Trabajo

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.

No obstante, las labores desarrolladas por un empleado de servicio doméstico en un seno familiar, también contribuyen a la producción y a la reproducción social, ya que supliendo las labores que desempeña un amo de cada que puede estar entre los miembro de la familia, ayuda a que dichos miembros gocen del tiempo y el espacio para ocuparse de labores profesionales tendientes al sostenimiento económico del hogar y de la familia.

Las condiciones laborales de los trabajadores del servicio doméstico son en la mayoría de los casos desfavorables, pues se les explota en cierta forma a circunstancias que se asemejan a la esclavitud y al trabajo forzoso. Esto, porque a menudo la jornada laboral del personal del servicio doméstico es larga o incluso excesiva, sin días de descanso ni compensación por las horas extraordinarias y su salario suele ser muy bajo, ya que los empleadores prefieren mantener el vínculo laboral en la informalidad para así poder ahorrar costos, o sugieren prefieren considerar los pagos en especie.

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 por parte del empleador o por las demás personas que hagan parte del seno familiar en el que el trabajador desempeña su labor. Por tal razón, la Organización Internacional del Trabajo OIT, ha considerado que los trabajadores domésticos están en situación de vulnerabilidad y demandan, por tanto, la protección del Estado, dicha protección está garantizada hoy a través de la jurisprudencia constitucional y de las normas internacionales que integran el Bloque de Constitucionalidad, pues si bien los derechos de los trabajadores se encuentran consagrados en la Constitución Política y en el Código Sustantivo del Trabajo, los conceptos allí establecidos no aterrizan en los derechos que particularmente goza el trabajador doméstico. Y

esto último, lo afirmamos en virtud de que muchas han sido las discriminaciones encontradas en el Código Sustantivo del Trabajo al trabajador doméstico y se ha tenido que recurrir a la demanda de normas con el fin de que a través de la jurisprudencia argumentando o arguyendo el derecho a la igualdad se pueda hacer reconocimiento expreso de los derechos de los trabajadores domésticos. Observemos.

3.1 Alcance de la igualdad en el Código Sustantivo del Trabajo

El artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo expresa, como ya se dijo que todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley. No obstante por medio de jurisprudencia se ha evidenciado que el mismo Código ha dado un trato discriminatorio en algunos aspectos a los trabajadores domésticos. Podríamos mencionar los artículos demandados en las sentencias que son objeto de análisis e interpretación en esta investigación: el literal b) del artículo 162 del y Artículo 252.

Estos mencionan respectivamente:

“Artículo 162: Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:

"b) Los del servicio doméstico, ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo...

... Artículo 252. Cesantía Restringida. Para la liquidación del auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se computará el salario que reciban en dinero”¹⁴

¹⁴Código Sustantivo del Trabajo

Dichos artículos fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, bajo el entendido, para el primero, de que:

“los trabajadores domésticos que residen en la casa del patrono, no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias”¹⁵

Y para el segundo:

“en el en el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año”.¹⁶

Es evidente entonces, según lo analizado en las sentencias, que el Código no pretendió darle validez a algunas normas siempre que se tratara del empleado doméstico, ya que, para los casos citados como ejemplo, excluía a los trabajadores de los derechos que se alegan en la jurisprudencia, que en el primer caso es una jornada laboral digna y en el segundo el pago de las cesantías con base en el salario mínimo legal, dejando así sin aplicación el artículo 10 de mismo Código y el artículo 13 de la Constitución Política que establece igualdad de derechos para todos los trabajadores sin importar la naturaleza del trabajo que desempeñen.

Se reitera entonces, que ha sido a través de la Jurisprudencia Constitucional que se le ha dado efecto jurídico eficaz a los derechos de los trabajadores, alegando la igualdad y los valores consagrados en los tratados y convenios internacionales.

3.2 Alcance de la igualdad de derechos en La ley 1595 del 2012

Ahora bien, siendo la Ley 1595, una normatividad por medio de la cual entra al ordenamiento jurídico colombiano a regir el Convenio Internacional sobre el

¹⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-372 de 1998. Expediente D-1923. M.P Dr. FABIO MORON DIAZ.

¹⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-310 de 2007. Expediente D-6512. M.P Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos, observemos si cumple con la expectativa de incluir los derechos de los que no gozan los trabajadores del servicio domésticos y los garantías que para ellos no están consagradas o reguladas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Esta Ley inicia en su articulado definiendo lo que es el trabajador doméstico y lo que constituye el trabajo doméstico. Se dijo ya en el primer capítulo de este texto que dicha definición era demasiado amplia y extensa a comparación de lo contenido en el Decreto 824/88. Notamos del mismo modo a lo largo de la lectura, que las normas no expresan un derecho, un valor o una garantía específica para los trabajadores del servicio doméstico sino que expresa: “Todo miembro deberá adoptar medidas”. En el desarrollo de todo su articulado, el convenio no hace un mandato expreso por medio el cual se establezca una forma definitiva de hacer valer o cumplir un derecho o una garantía.

Observemos como ejemplo algunos artículos:

“Artículo 3

*1. **Todo Miembro deberá adoptar medidas** para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos....*

*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, ...*

Artículo 4

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.

2. **Todo Miembro deberá adoptar** medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional.

Artículo 5

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

Artículo 6

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.

Artículo 7

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...

Artículo 9

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos:

(a) puedan alcanzar libremente con el empleador o empleador potencial un acuerdo sobre si residirán o no en el hogar para el que trabajan;

(b) que residen en el hogar para el que trabajan no estén obligados a permanecer en el hogar o a acompañar a miembros del hogar durante los periodos de descanso diarios y semanales o durante las vacaciones anuales;

y

(c) tengan derecho a conservar sus documentos de viaje y de identidad.

Artículo 10

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 periodos 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.

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”.

Que las disposiciones estén transcritas de esa forma dan a entender de que es el Estado el que debe reglamentar de una forma detallada los asuntos a que se refiere cada artículo, la forma como se garantizara y se hará cumplir el derecho y las distintas maneras en que pueda hacerse una reclamación del mismo.

La forma entonces como se garantiza por parte del convenio el derecho a la igualdad a los trabajadores domésticos es ordenándole al estado que haya suscrito el mismo, que garantice las medidas o los instrumentos por medio de los cuales los trabajadores domésticos pueden hacer efectivos todos los derechos que se derivan de las relaciones laborales.

4. COMPARACION

El propósito de este capítulo se centra en dejar evidenciado que luego de comparar los conceptos del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 1595/12 es notorio que los derechos de los trabajadores domésticos solo encuentran una realización efectiva a través de la jurisprudencia constitucional y del Bloque de Constitucionalidad, ya que el primero, regula en general las relaciones laborales derivadas del trabajo formal y establece discriminaciones que si bien algunas han quedado sin aplicación por orden de la jurisprudencia constitucional, otras aún

siguen vigentes, como se mostró en el Capítulo 3 de esta texto; y la segunda, está redactada de tal forma que no manifiesta explícitamente la forma en que se garantiza el derecho a los trabajadores domésticos, sino que su redacción sugiere una orden a los estados que lo suscriban, de reglamentar la forma en que los trabajadores domésticos harán efectivos los derechos que allí se mencionan. Con ello, no se quiere decir que dicho convenio no haya sido de suma importancia para la legislación laboral. Ello sería una vil falsedad, debido a que consagra derechos de los que los trabajadores no gozaban con las legislaciones anteriores, entre estos, encontramos todos los concernientes a la libertad de asociación, repatriación, todo lo referente a la seguridad social y a los derechos que se derivan de la maternidad tal y como lo gozan los demás trabajadores en general.

4.1 Los derechos de los trabajadores domésticos y los derechos de los trabajadores formales. Condiciones de la igualdad en la Constitución y en la Jurisprudencia Nacional

Justicia, es el principio al que hace referencia la Honorable Corte Constitucional al tratar el tema de la igualdad de derechos entre los trabajadores formales y los trabajadores domésticos. Ese concepto de justicia es permanente dentro de nuestra Constitución desde su preámbulo y ha sido desarrollado en innumerables ocasiones por la jurisprudencia nacional, reconociendo su preeminencia especialmente cuando se trata de ponderación de situaciones de desigualdad.

El convenio 189 de la OIT “CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORES Y LOS TRABAJADORES DOMESTICOS 2011”, aprobado por la Ley 1595 de 2012 tiene como finalidad darle el estatus de “trabajo formal” a aquellos que se hacen cargo de las actividades del hogar: planchar, cocinar, atender a la familia. El hecho de que una persona tenga como superior al Jefe del Hogar, no es óbice para desconocer la calidad de trabajador, con todos los beneficios que esto implica, pues esto sería si más excusas violar el artículo 25 de la Constitución y todo su desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal.

A través del convenio 189 de la OIT, se asegura que aquellos trabajadores y trabajadoras domésticos cuenten con las garantías legales dentro de sus respectivos países que les permitan exigir una carga de trabajo justa y un salario proporcional, así como la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria en caso de alguna violación a sus derechos. Al momento de aprobarlo el Estado Colombiano se compromete a asegurar a este gremio las condiciones de trabajo digno, el acceso a la seguridad social y a las cesantías, la posibilidad de sindicalizarse y todos los demás derechos laborales consagrados en el Código Sustantivo de Trabajo, con algunas excepciones.

La sentencia C-301 de 2007 se encarga de recalcar el concepto de IGUALDAD entre los trabajadores formales y los trabajadores domésticos, entendiéndose como trabajador todo aquel que preste su actividad humana al servicio de otra, independiente del salario que reciba. En esta sentencia la Honorable Corte declara inexecutable el término “solo” dentro del artículo 252 del CST para la liquidación del auxilio de cesantías de los trabajadores del servicio doméstico que impedía que a los mismos se les incluyera como parte del salario el pago en especies al momento de liquidar este auxilio.

No puede desconocerse la condición de vulnerabilidad de estos trabajadores. Quienes se dedican al servicio doméstico usualmente están en condiciones menos favorecidas, lo que propicia la violación de los derechos laborales mínimos, incluso la explotación infantil. En el caso de las cesantías, que corresponden a un auxilio en caso de una contingencia como el desempleo no podía verse desmejorada por no incluirse dentro del salario el pago en especies, especialmente porque no existe una razón que justifique tal desmejoramiento.

Siendo esta la línea jurisprudencial sostenida a través de los años, el reconocimiento que se le da al salario como un derecho que no se agota con la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia y al auxilio de cesantía como prestación social y un derecho irrenunciable del trabajador que tiene como objetivo menguar la carga del asalariado al momento de quedar sin empleo y al mismo tiempo una de las prestaciones más importantes para éste y para su núcleo

familiar, como un ahorro forzoso que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral, la discriminación hecha por el legislador en el Código Sustantivo del Trabajo es injustificable.

Finalmente, resalta la jurisprudencia “A trabajo igual, salario igual” como principio rector que garantice condiciones justas y dignas para los trabajadores domésticos y una remuneración proporcional a la calidad y cantidad de trabajo que asumen y que evite la fijación arbitraria del salario por parte de los empleadores, el abuso, la explotación y el desconocimiento de los derechos a este grupo en condiciones de vulnerabilidad.

Hemos afirmado a lo largo de este escrito, a causa del análisis conceptual realizado al Código Sustantivo del Trabajo, que ha sido la jurisprudencia la que, a la luz de la constitución política ha otorgado todos los derechos mencionados en los párrafos anteriores a los trabajadores domésticos. Las citas más reiteradas han sido la de las sentencias C-310 de 2007, la C-372 de 1998 y la T-1008 de 1999, pues en ellas se demandan las normas del Código Sustantivo del Trabajo que discriminan a los trabajadores domésticos.

Por medio de la misma jurisprudencia constitucional, que salvaguarda la constitución y hace efectivos los derechos que ella consagra, se ha determinado que la igualdad como derecho no se aplica de manera idéntica en todos los casos. El ejemplo más manifiesto de ello se encuentra en la sentencia C-051 de 1995 donde se demanda la norma que declara que los trabajadores domésticos no pueden gozar del derecho de pago de primas, como los trabajadores formales, bajo el argumento de que la prima es pagada a razón de las utilidades que genera una empresa, por tanto, la familia, no siendo una empresa, no genera utilidades, lo que como consecuencia exime al patrono del pago de las mismas.

La corte expresó así:

“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”.¹⁷

En tanto, es necesario dejar claro que la condición de igualdad encuentra su aplicación en la medida en que exista un argumento acorde con las normas constitucionales que así lo permitan.

4.2 Los derechos de los trabajadores domésticos y los derechos de los trabajadores formales. Condiciones de Igualdad en la Ley 1595 del 2012

La ley 1595/12 en su preámbulo y en el desarrollo de todo su articulado pretende darle aplicación al valor darle igualdad en todos los ámbitos de las relaciones laborales de los trabajadores domésticos.

No obstante, según las evidencias expuesta en los capítulos que estudian los alcances conceptuales encontramos que, esta ley no realiza de manera directa el valor de la igualdad, sino que solo le impone al estado la carga de hacer efectivo los derechos que ella menciona. Si bien, menciona todo un cúmulo de derechos y garantías que deben tener los trabajadores domésticos, la realización y efectividad de los mismos no es cuestión de tratamiento en el convenio.

Se afirma en la Ley 1595/12 además que, todos los derechos en general consagrados para los trabajadores domésticos, el estado deben garantizar su realización de tal forma de que el trabajador pueda gozar del mismo modo como goza el trabajador general. Es decir, que la efectividad del derecho será igual para ambas clases de trabajadores, pero los mecanismos que se establezcan por parte del estado para lograr esa efectividad pueden variar.

¹⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-051 de 1995. Expediente D-696. M.P Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Las condiciones de igualdad en la Ley 1595/12 son entonces, similares a nivel de goce del derecho o de reconocimiento del mismo en un texto legal, tomando como referencia los derechos de los trabajadores generales, pero a la hora de garantizar el cumplimiento y la eficacia del mismo el estado puede variar el procedimiento y la forma de hacerlo, ya que como se dijo, la norma no plantea los mecanismos y procedimientos por medios de los cuales se puede realizar el goce y ejercicio de los derechos de los trabajadores del servicio doméstico. Sólo expresa que el estado suscriptor del convenio debe tomar las medidas necesarias para garantizar el cúmulo de derechos allí también se consagran.

Siendo así las cosas, podemos decir sólo que se mencionan y se reconocen desde el punto de vista formal los derechos de los que ya gozaban los trabajadores del servicio doméstico con el Decreto 824/88 y los otorgados a través de la jurisprudencia constitucional, que deja sin efecto parcial algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo. Por otro lado, se reconocen derechos que no estaban garantizados en ninguna norma del ordenamiento jurídico tales como libertad de asociación, repatriación, todo lo referente a la seguridad social y a los derechos que se derivan de la maternidad tal y como lo gozan los demás trabajadores en general y otros.

5. CONCLUSIONES

De todo el estudio realizado a los conceptos de la Ley 1595/12 podemos concluir que, esta ley, por la cual entra a nuestro ordenamiento jurídico el Convenio internacional sobre el trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos, cuenta con definiciones demasiado amplias que cuentan con delimitación en la ley colombiana que regula el trabajado domestico que es el decreto 824/88.

Del mismo modo, la amplitud en cuanto a los derechos, no permite puntualizar la forma en que tales garantías y derechos serán ejercitados y exigidos por los trabajadores domésticos.

La Ley 1595/12 amplía los derechos que se reconocieron a los trabajadores domésticos a través de la jurisprudencia constitucional, y es esta última, la que a nuestro parecer seguirá garantizando la verdadera aplicación y efectividad de los derechos de los trabajadores domésticos, no solo por la amplitud y extensión que caracterizan a los conceptos de la ley 1595/12, sino por la discriminación que aún se vive en nuestro país, muy a pesar de que el Código Sustantivo del Trabajo consagre el concepto de igualdad para toda clase de trabajadores (pues como fue evidente, a pesar de ello, muchas normas eran evidentemente discriminatorias de los derechos de los trabajadores del servicio doméstico).

6. RECOMENDACIONES

Las relaciones laborales hoy reguladas por el derecho, tienen un reconocimiento jurídico tal que les permiten a los trabajadores y empleadores ejercer sus derechos y cumplir con las obligaciones. Esto no sucede con los trabajadores domésticos. Pues son una de las clases de trabajadores más desprotegidos no solo por la modalidad de contratación y de trabajo que realizan, sino porque las normas no le garantizan ni les reconocen sus derechos en su totalidad.

Esto es un problema grave para los trabajadores domésticos en nuestro país. Pues siendo la norma el objeto por excelencia que garantiza los derechos en toda relación humana y esta no les cumple a esta clase de trabajadores, quedan entonces estos en un limbo social que les impide hacer reclamaciones judiciales.

Con la Ley 1595 de 2012 se pretendió subsanar este déficit jurídico, pero como ya analizamos en esta monografía, no ha sido suficiente, ni eficaz, pues su redacción lo que realmente hace es obligar al estado A QUE GARANTICE EL CUMPLIMIENTO DE SUS DERECHOS, MANOS NO MANIFIESTA EXPRESAMENTE LA FORMA EN QUE SE HARÁN CUMPLIR DICHOS DERECHOS O EL PROCEDIMIENTO PARA HACERLOS EFECTIVOS. Por tanto, aun sigue la desprotección y la falta de reconocimiento legal de los derechos laborales de los trabajadores domésticos. La norma no ha sido suficiente para hacer cumplir todos los derechos de esta clase de trabajadores y ello no solo representa un vacío jurídico en nuestro ordenamiento sino el hecho de seguir dando cabida a la injusticia de las relaciones laborales del trabajador domestico.

Si bien si se dio un paso a nivel internacional, aun se siguen vulnerando los derechos de estos trabajadores. Por tanto se recomienda que, el estado jurídico colombiano asuma su papel legislador garante de los derechos de los trabajadores, donde por medio de la cual se establezcan no solo las definiciones generales y especiales de las relaciones jurídico laborales sino que regule también todos los derechos y obligaciones de esta clase de trabajadores y

empleadores y los procedimientos legales y judiciales por medio de los cuales se pueden hacer efectivos.

Así mismo lo recomiendan diversas notas periodísticas. Citaremos tres:

“El mes pasado los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, firmaron el Convenio 189 "sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos", donde los firmantes se comprometen a tener en cuenta una serie de recomendaciones a la hora de tomar medidas para garantizar los derechos laborales de las empleadas del servicio doméstico.

Dicho convenio tuvo cinco objetivos principales: que se reconociera el trabajo doméstico como un trabajo formal con derechos reconocidos como cualquier otro; que se estableciera en la legislación determinaciones sobre los horarios de trabajo y que se cuenten las horas sin trabajo asignado como horas de trabajo remuneradas; que se regulen las agencias temporales de empleo; que se construya un marco normativo que permita garantizar la afiliación a servicios de salud y seguridad para el trabajo; y que al igual se protejan los derechos de los trabajadores migrantes. Este convenio recibió 396 votos a favor y 16 en Contra, el Gobierno y los trabajadores colombianos fueron dos de los firmantes, aunque los representantes de los empleadores en el país decidieron abstenerse.

De acuerdo con Teresa Durán Gómez, presidenta de la Asociación de Trabajadoras del Hogar de Bucaramanga, este tipo de acuerdos son claves porque obligan a que el Gobierno sea más específico con la regulación frente al trabajo doméstico.

"Es importante que (el Gobierno) sea más específico, que se den a conocer más los beneficios que tienen las trabajadoras domésticas", indicó Durán Gómez. Para Isabel Ortiz Pérez, directora de la Fundación Mujer y Futuro, una de las entidades que trabajan en el tema en la región, estas medidas son importantes pero cobran relevancia sólo cuando se conocen y aplican, cosa que no sucede en la actualidad. En otras palabras, el adagio popular "del dicho al hecho hay mucho trecho", se ajusta a la perfección a la situación laboral de las trabajadoras domésticas.

El dicho: legislación colombiana

Aunque socialmente el trabajo doméstico aún es visto como inferior, ante la ley quienes se dedican a este oficio tienen los mismos derechos que cualquier otro trabajador.

La cartilla de servicio doméstico del Ministerio de Protección Social explica que una persona que haga labores de aseo, cocina, lavado, planchado y cuidado de los niños, se reconoce como trabajador del servicio doméstico siempre y cuando no labore en una empresa, establecimiento comercial, ONG, o cualquier entidad con o sin ánimo de lucro.

Al contratar una empleada del servicio doméstico es obligatorio suscribir un contrato de trabajo, verbal o escrito, que contemple los siguientes aspectos.

En primer lugar, deben precisarse las labores del empleado. Por ejemplo, si se contrata a una persona para lavar, planchar y hacer el aseo y se le pide que haga el almuerzo, esta labor es adicional y requiere una remuneración extra.

Lo segundo es precisar el horario de trabajo, como cualquier otro trabajador, las empleadas domésticas deben trabajar en una jornada de máximo ocho horas al día y 48 a la semana, estas pueden distribuirse de distinta forma a lo largo de la semana siempre y cuando no excedan las 10 horas diarias.

Cabe anotar que si un trabajador doméstico trabaja todos los días de la semana tiene derecho a tener como días de descanso remunerados los domingos y festivos y vacaciones anuales pagas, por un periodo de 15 días hábiles.

El tercer aspecto que debe quedar especificado en el contrato es el salario, que no debe ser menor al mínimo vigente que corresponde a \$532 mil 510 este año. Si la jornada laboral es inferior a la mínima legal, por ejemplo si esta persona trabaja sólo unos días por semana o cada quince días, entonces se paga por horas laboradas

De acuerdo con la legislación colombiana a las trabajadoras del servicio doméstico se les puede pagar como máximo 30% del salario en especie, lo que por lo general aplica para las que trabajan internas. Esto quiere decir

que ninguna empleada que trabaje todos los días en una casa puede ganar menos de \$372 mil 757. Las prestaciones sociales, seguridad, aportes a pensión y cesantías deben correr por cuenta del empleador. El subsidio de transporte también corre por cuenta del patrón, a menos que este preste el servicio de llevar y traer a la persona.

Por último, se debe establecer entre el empleado y el empleador las condiciones del período de prueba que según la ley son los primeros quince días del servicio. En este periodo cualquiera de las partes puede terminar el contrato sin previo aviso”¹⁸

Otra nota periodística expone:

“En nuestro medio, el trabajo doméstico siempre ha tenido una connotación asociada al servilismo, a la discriminación racial e, incluso, a la esclavitud. Además, es un oficio ejercido casi exclusivamente por mujeres, gran parte de ellas migrantes de las zonas rurales. Hoy, que la legislación laboral en muchos países ha comenzado a reconocer los derechos de quienes se dedican a esta actividad –hay un convenio de la Organización Internacional del Trabajo al respecto–, no son pocos los empleadores que los pasan por alto y el maltrato continúa siendo un común denominador. Es el caso de María Inés Arango y Rosmery Tuberquia, dos mujeres que llegaron a Medellín huyendo de la violencia en el campo antioqueño para dedicarse al oficio doméstico, que se convirtió en su única opción laboral dado su escaso nivel educativo y el total desconocimiento de las posibilidades de la vida urbana, pero fueron víctimas de personas inescrupulosas que las explotaron laboralmente, aprovechándose de su ignorancia sobre sus propios derechos.

Rosmery, oriunda del municipio de Cañasgordas (Antioquia), tiene una larga experiencia en el servicio doméstico. Llegó a Medellín en 1992, a la edad de 19 años, y desde entonces ha trabajado sin cesar en casas de familia. Ningún mal recuerdo la asalta cuando habla de los distintos hogares donde trabajó, hasta que se refiere a Sol, su última empleadora, propietaria de una pensión estudiantil en el barrio Los Colores, al occidente de Medellín.

A la casa de Sol llegó recomendada por una amiga suya y comenzó a trabajar en 2010, mediante un acuerdo verbal que resultó muy desfavorable para Rosmery pues quedó sometida a una jornada de 12 horas, 6 días a la semana e, incluso, laboraba algunos domingos y festivos

¹⁸ <http://www.vanguardia.com/historico/113237-el-lado-invisible-del-trabajo-de-servicio-domestico>

por un precario sueldo de \$420.000 mensuales, menos del salario mínimo legal de aquel año, y sin el pago de salud ni pensión. “La necesidad me obligó a quedarme ahí”, dice Rosmery.

Al finalizar el primer año, Sol le pagó \$500.000, suma que incluía el sueldo de diciembre y su liquidación, lo cual sorprendió a Rosmery, quien esperaba una suma mayor, que incluyera las vacaciones y demás prestaciones sociales que la Ley establece, a excepción de las primas de servicio, porque la Ley no las reconoce dentro del servicio doméstico. Como no valieron los reclamos que le hizo a su empleadora, le pidió a ésta que le diera una constancia escrita del pago, como había ocurrido en sus anteriores empleos.

–¡Ah, eso no! En esta casa no es así, no entregamos constancias –fue la respuesta que obtuvo de Sol.

Así y todo, Rosmery siguió laborando en el hogar de Sol hasta un día de principios de enero de 2012, cuando ocurrió un incidente que determinó que ésta la despidiera. Ese día Rosmery, madre soltera de un hijo de 9 años, pidió autorización para salir más temprano y hacer una diligencia en el colegio de su hijo, a lo cual Sol se negó. Según ésta dijo en su alegato, Rosmery la miró “muy feo” y esa fue razón suficiente para despedirla y sólo pagarle \$20.000 por 5 días que llevaba laborados.

Caso similar es el de María Inés, quien también llegó a trabajar a Medellín muy joven, proveniente de Andes (Antioquia), municipio donde nació. Hoy, a sus 49 años de edad, enfrenta un conflicto laboral con los últimos patrones que tuvo: Rosa e Iván, una pareja de la tercera edad residente en el barrio Conquistadores y para quienes laboró 8 años ininterrumpidos. Fue despedida por llegar tarde al trabajo, no obstante tener autorización para hacerlo. O sea que su despido, al igual que el de Rosmery, también fue injustificado.

El caso es que la hora del comienzo de su jornada, a las 7 am, siempre implicó un conflicto para María Inés, pues ella vive en Belén Las Violetas, un barrio que no sólo está apartado sino que además padece el flagelo de la violencia entre pandillas, lo que agrava el flujo de transporte público en la zona.

“Ellos nunca entendieron lo difícil que es para mí el transporte, incluso cuando realmente nunca me necesitaron a una hora en punto”, insiste.

Así que, el pasado 19 de junio, llegó a trabajar a las 8:30 de la mañana, merced a que tenía un permiso acordado con Iván, el señor de la casa. Pero hacia las 11 de la mañana Rosa se levantó y, con su temperamento habitualmente conflictivo, le preguntó a su marido: “¿Y esa hijueputa a qué horas llegó?”, frase que María Inés escuchó.

Así que, muerta de la ira por el insulto, le reclamó a su patrona, a lo que ésta le respondió con el despido. Le dijo que se largara de su casa e, incluso, le recomendó que se dirigiera a la oficina del trabajo para que la liquidasen, pues allí “no había dinero para ella”.

El señor Iván intentó calmar la situación diciéndole a María Inés que no prestara atención a las palabras de su esposa, pero ésta ya no admitió más razones.

–“No, ya me cansé de tanto maltrato, me quiero ir de aquí” –fue su respuesta.

Al salir, María Inés sólo recibió \$5.000 por una semana de trabajo.

“Ustedes tenían derecho a más”

Ambas mujeres se acercaron al Centro de Atención Laboral (CAL) y expusieron su caso en busca de ayuda. Allí, los asesores jurídicos les señalaron la lista de responsabilidades que, de acuerdo con la Ley, sus empleadores estaban en obligación de asumir. Ambas quedaron atónitas al entender que todos sus derechos les habían sido quebrantados.

En 2011, Colombia inició trámites para ratificar el Convenio 189 de la OIT, que plantea una regulación para asegurar trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, o sea, para que se garantice igualdad de trato entre trabajadores domésticos y trabajadores en general con respecto a la protección a la seguridad social, las jornadas de trabajo, la compensación por horas extras, los períodos de descanso diario y semanal, y el pago anual de vacaciones.

María Inés se mostró indignada al enterarse de que nunca a ella, ni siquiera cuando trabajó como interna, le pagaron el salario mínimo, ni le cotizaron a salud ni mucho menos pensión. Rosa, su última patrona, siempre le dijo que las pensiones eran sólo para los profesionales, no para las muchachas del servicio.

Como ni a Rosmery ni a María Inés se les reconocieron esos derechos mínimos, los asesores del CAL procedieron a redactar oficios con sus respectivas reclamaciones, en los que se indican las sumas que se les adeudan y las consecuencias jurídicas en caso de incumplirlas, las cuales están contempladas en el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, donde aparece el concepto de “indemnización moratoria”, popularmente conocido como ‘brazos caídos’, que ordena al empleador pagar al trabajador el valor de un día de salario por cada día de retraso en el pago.

Negativa de las empleadoras

Rosmery decidió ir a entregarle personalmente el oficio a Sol, su empleadora, pero la hija de ésta, que a la sazón es abogada de oficio, dijo que su mamá no se encontraba y se negó a recibir el documento. “Entonces yo lo tiré debajo de la puerta y ella lo devolvió”, recuerda.

María Inés, por su parte, tuvo que entenderse con el abogado de sus empleadores, quien le ofreció \$1'000.000 como liquidación por ocho años de trabajo, oferta que por supuesto ella rechazó. Según sus cálculos, lo que le adeudan asciende a \$10 millones.

Ante la negativa de sus empleadores a reconocerles los pagos a que tienen derecho, el paso siguiente para ambas fue acudir al consultorio jurídico de la Universidad de Antioquia a fin de interponer demanda ordinaria laboral.

Ambas confiesan no entender completamente dicho proceso y se muestran un poco escépticas sobre la eficacia del mismo. Por ahora deben conformarse con esperar los resultados de un proceso que puede tardarse entre 6 meses y un año, un tiempo que para María Inés puede ser angustioso teniendo en cuenta su situación: tiene tres hijos que sostener y aún se encuentra desempleada.

En el caso de Rosmery el proceso es más complicado, pues al no existir ningún documento que compruebe la relación laboral, debe apoyar su declaración con testigos. Pero, los universitarios que vivían en la casa de Sol se negaron a colaborarle y ésta es la hora en que no sabe a qué otro recurso acudir para ganar el caso. Ambas se muestran desesperanzadas.

La opinión del CAL

El servicio doméstico tiene una consideración especial en la Ley colombiana, no porque sea una labor diferente desde el punto de vista de la relación entre empleador y trabajador sino porque se presta dentro de los hogares de familia, en el campo o en la ciudad, y éstos no producen utilidades económicas. No obstante, ello no faculta al empleador para contratar personal de servicio doméstico de manera precaria, pues todas las y los trabajadores tienen igualdad de condiciones ante la Ley y, en ese sentido, tienen los mismos derechos durante la vigencia del contrato y con ocasión de su terminación.

Quien contrata personas para el servicio doméstico tiene con ellas exactamente las mismas responsabilidades que el empleador tradicionalmente considerado empresario. Nada justifica ni permite la sustracción a una o varias de estas obligaciones, que incluyen el pago de un salario que no puede ser inferior al mínimo legal, la afiliación a la seguridad social integral: salud, pensiones y riesgos profesionales, y la totalidad de prestaciones que consagra la Ley, salvo la prima de servicios, dado que esta prestación se fundamenta en la utilidad de la empresa y los hogares de familia no generan utilidad. Claro que esto resulta contradictorio, teniendo en cuenta que en Colombia a todo trabajador se le reconoce la prima de servicios aún cuando la empresa no genere utilidades.

Pero, además, al empleador del servicio doméstico se le exige un trato digno para sus trabajadores y trabajadoras, y la aplicación de las causales justas, Artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, a la hora de terminar el contrato, so pena de tener que pagar la indemnización por despido injusto que contempla la Ley.

En la práctica los empleadores, particularmente los del servicio doméstico, acuden a cualquier capricho y lo esgrimen como una causa para despedir al trabajador o trabajadora, aún conscientes de su obligación de indemnizar, pero no les cancelan tal indemnización.

En estas condiciones, los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico pueden reclamarle directamente a su empleador el pago de la indemnización, junto con los demás derechos insatisfechos de acuerdo con la Ley, o acudir a la autoridad judicial para reclamarlos. Si el empleador conscientemente no accede al pago, la única salida efectiva que queda es acudir al juez laboral para reclamar por esa vía el reconocimiento y pago de la indemnización y demás derechos no reconocidos en vigencia del contrato y con ocasión del despido.

Para acudir ante el juez se requiere presentar una demanda por intermedio de un abogado titulado o un consultorio jurídico, cuando la cuantía del caso lo permite. Dentro del proceso serán admisibles todas las pruebas que legalmente permitan demostrar la existencia del contrato: testimonios, documentos, interrogatorio de parte, etc.

En la práctica, lo que se ven son enormes dificultades con el acopio y manejo de las pruebas, debido a varias causas: las prácticas informales de vinculación en el servicio doméstico, la falta de afiliación a la seguridad social, la ausencia de inspectores del trabajo en este sector y la ausencia de otros trabajadores en el lugar de trabajo. Por lo general, los testigos directos son personas allegadas al empleador o familiares suyos. Sin embargo, esto no dene ser un obstáculo para que el proceso genere resultados favorables al trabajador o trabajadora, porque, como se dijo antes, se admiten otras pruebas que permitan probar las condiciones laborales y la relación de trabajo”¹⁹

Por último, este último artículo también afirma la recomendación de tramitar una ley que regule lo ya exigido por la norma internacional en la ley 1595/12:

Según las estimaciones mundiales y regionales más recientes preparadas por la OIT, al menos 52,6 millones de mujeres y hombres mayores de 15 años tienen su empleo principal en el trabajo doméstico. Esta cifra

¹⁹ <http://elturbion.com/?p=5241>

representa alrededor del 3,6 por ciento de la fuerza de trabajo asalariada en todo el mundo. Las mujeres constituyen la abrumadora mayoría de los trabajadores domésticos, ya que son 43,6 millones, o aproximadamente el 83 por ciento del total. El trabajo doméstico es una fuente importante de empleo remunerado para las mujeres, y las trabajadoras domésticas representan el 7,5 por ciento de la fuerza de trabajo femenina asalariada en todo el mundo³. Los datos estadísticos muestran que el trabajo doméstico es un sector económico en plena expansión.

El Convenio núm. 189 define el “trabajo doméstico” como “el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos” (art. 1, a)). El trabajo doméstico puede incluir una diversidad de tareas, como cocinar, limpiar la vivienda, lavar y planchar la ropa, realizar las tareas domésticas en general, asegurar el cuidado de niños, ancianos o personas con discapacidad, mantener el jardín, vigilar las instalaciones del hogar y conducir los vehículos de las familias empleadoras.

Según el Convenio núm. 189, “trabajador doméstico” se define como “toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo” (art. 1, b)). Esta definición incluye a los trabajadores domésticos empleados a tiempo parciales y a los que trabajan para varios empleadores, ya se trate de trabajadores nacionales o extranjeros e independientemente de que residan o no en el hogar para el que trabajen. El empleador puede ser un miembro de la familia para la cual se realiza el trabajo o una agencia o empresa que emplea a los trabajadores domésticos y los pone a disposición de los hogares. Las personas que desempeñan sus labores como trabajadores por cuenta propia (autónomos) y los contratistas independientes no se consideran “trabajadores domésticos” con arreglo a las disposiciones del Convenio.

Al otorgársele Libertad sindical y de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; Eliminación del trabajo infantil; Eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; Protección contra el abuso, el acoso y la violencia; Condiciones de empleo equitativas, y condiciones de trabajo y de vida decentes; Información sobre las condiciones de empleo; Tiempo de trabajo; El período de descanso semanal es de al menos 24 horas consecutivas; Remuneración; medios y modalidades de pago; pagos en especie; seguridad social en el trabajo; trabajadores domésticos interno; trabajadores domésticos migrantes; agencia de empleo privadas; entre otras.

Ojala la ratificación de este Convenio de luzes a la creación nacional de una Ley que regule lo propio sobre cada de estos puntos, con el fin de

seguir dando legalidad a las relaciones laborales que se presentan al interior del servicio doméstico que en la mayoría de sus casos termina en la Inspecciones del Trabajo.²⁰

²⁰ <http://derlaboracol.blogspot.com/2013/01/aprobada-ley-que-reconoce-el-acuerdo-de.html>

7. BIBLIOGRAFIA

LESUR, L. (2006) *Manual del servicio doméstico*. México D.C. TRILLAS S.A.

CHURRUCA, M.F. (2002) *Guía del Servicio Domestico*. Madrid. ESPASA-CALPE

GARCIA SAINZ, C; SANTOS PÉREZ, L; VALENCIA OLIVERO, N (2011) *Inmigrantes en el servicio doméstico: Determinantes sociales, jurídicos e institucionales en la reorganización del servicio doméstico*. Madrid. TALASA EDICIONES, S.L.

MORENO GARCIA, J; GOMEZ DE MORENO G. (1994) *El Abogado en casa*. Colombia. PLANETA COLOMBIA EDITORIAL S.A.

LEGIS PERU S.A. (2009) *Régimen Laboral Peruano*. Perú. LEGIS PERU S.A.

LEGIS DE MEXICO S.A DE C.V (2009) *Régimen Laboral Mexicano*. México. LEGIS MEXICO S.A DE C.V.

LEGIS DE ARGENTINA S.A (2008) *Régimen Laboral Argentino*. Argentina. LEGIS ARGENTINA S.A.

LEGIS S.A (2012) *Cartilla Laboral Legis 2012*. Colombia. LEGIS EDITORES S.A.

MINISTERIO DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA (2012) *Cartilla del Servicio Domestico Guía Laboral*. Colombia. MINISTERIO DEL TRABAJO

Sentencias

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-310 de 2007. Expediente D-6512. M.P Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-372 de 1998. Expediente D-1923. M.P Dr. FABIO MORON DIAZ.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-051 de 1995. Expediente D-696. M.P Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-1008 de 1999. Expediente T-247035. M.P Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Normatividad

Constitución Política de Colombia.

La Ley 1595 del 21 de Diciembre del 2012 por medio de la cual se aprueba “EL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS, 2011”.

Código Sustantivo del Trabajo.