

“Regulación Laboral del Derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia a la luz del Derecho Internacional del Trabajo”

“Regulación Laboral del Derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia a la luz del Derecho Internacional del Trabajo”

BRAVO BLANCO ERIKA PATRICIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.

2015

“Regulación Laboral del Derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia a la luz del Derecho Internacional del Trabajo”

“Regulación Laboral del Derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia a la luz del Derecho Internacional del Trabajo”

ERIKA PATRICIA BRAVO BLANCO

MONOGRAFÍA

PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

Asesor

Dra. JOSEFINA DEL CARMEN QUINTERO LYONS

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C.

AGOSTO 2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

CARTAGENA DE INDIAS D. T. Y C., AGOSTO DE 2015

DEDICATORIA

A Dios por darme la salud y la fuerza necesaria para levantarme cada día y mantenerme de pie, aún cuando todo parecía derrumbarse, por ser siempre mi guía y no abandonarme en esos momentos difíciles; a mis padres, en especial a mi madre por ser mi compañera de tropiezos y éxitos, por brindarme el apoyo incondicional y la confianza en cada momento de mi vida; a mi hijo que desde que Dios me permitió conocer el milagro de dar vida a través de él, se convirtió en mi motivo más importante para luchar cada día; a mis abuelos maternos; y a mi asesora de tesis que me brindo todo su apoyo y confianza para lograr realizar este trabajo y crecer profesionalmente a su lado.

AGRADECIMIENTOS

Al culminar mi carrera profesional es imposible no mirar atrás y recordar con mucho amor y agradecimiento a todas y cada una de esas personas que con su granito de arena hicieron posible alcanzar esta meta y cumplir mi sueño de ser Abogada. Es por esto que la realización de mi Monografía para culminar este proceso con éxito, es el espacio ideal para expresarles mis más sinceros agradecimientos, le agradezco:

A Dios por brindarme la primera y segunda oportunidad de vivir, por permitirme disfrutar de mi familia, de amigos, de mi hijo, de mis docentes y guías.

A mis padres, por darme la vida y brindarme su apoyo para lograr todo lo que hasta ahora me he propuesto.

A mi madre, por ese amor y apoyo incondicional en mis 23 años de vida y especialmente durante mi carrera universitaria, sin ella no hubiera logrado esta meta. Ella es mi ejemplo a seguir, me enseñó a seguir adelante sin importar lo difícil que estuviera la situación.

A mi padre, por impulsarme a estudiar esta bella profesión, gracias a la cual entendí y aprendí que mi propósito es el de *“vivir para servir y así servir para vivir”*.

A mi pequeño hijo, Israel, que aunque su llegada no fue en el momento ideal, si fue en el momento perfecto, porque se convirtió en mi razón de seguir adelante, en el motivo de porque querer ser alguien, de levantarme cuando tropecé y seguir adelante.

A mis abuelos maternos, mamá y papá, por brindarme su amor, su comprensión, por depositar toda su fe y confianza en mí y darme todo el apoyo afectivo y económico que necesitaba y el cual contribuyo inmensamente para hacer realidad este sueño y llegar a la meta propuesta: Ser Abogada.

A mis tías y tíos, por estar siempre apoyándome y dándome consejos sin importar la distancia.

A mis amigos, mis grandes compañeros de aventuras, de alegrías y de tristezas, por apoyarme, por estar siempre ahí, nunca a pesar de la distancia de algunos nos hemos olvidado. A Zully, Tatiana, Cristian Vélez, René, Evath, Walter, Geider, Isabel, Milton, Adriana, Ana Rosa y Cristian Franco.

A la Doctora Josefina Del Carmen Quintero Lyon, asesora de éste trabajo y a quien le expreso mi más profundo agradecimiento, por ser mi guía y acompañarme a hacer posible este estudio. Le agradezco su tiempo, su paciencia y dedicación para que esto fuera un éxito.

Gracias por su apoyo incondicional, y ser la columna vertebral de mi Monografía.

A mis maestros de los cuales aprendí no solo conocimientos académicos, sino también calidez humana, por esa pasión con la que me transmitieron todo ese bagaje de saberes teórico – prácticos que formaron a la profesional en la que hoy me convertí, por esa humildad con la que manejaron mis dificultades y por esa dureza que me hizo madurar.

A mi Alma Mater, Universidad de Cartagena, por acogerme como una hija mas y dotarme de las herramientas necesarias para nunca desistir y llegar firme al fin de la meta.

Infinitas Gracias a todos los que de una u otra forma estuvieron allí conmigo e hicieron parte de este camino para mi formación como Abogada.

ERIKA PATRICIA BRAVO BLANCO

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
1. EL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA	16
1.1.Trabajador Doméstico en Colombia	16
1.1.1. Desde la Constitución Política de Colombia de 1991	16
1.1.2. Desde la legislación Colombiana	17
1.1.3. Desde el Derecho Internacional del Trabajo	19
1.2.Servicio Doméstico	20
1.2.1. Desde la Constitución Política de Colombia de 1991	20
1.2.2. Desde la legislación Colombiana	20
1.2.3. Desde el Derecho Internacional del Trabajo	21
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA.	22
2.1.Aspectos Generales	23
2.1.1. Trabajo de menores de edad	24
2.1.2. Seguridad Social	26
2.1.3. Cesantías	29
2.1.4. Jornada máxima de trabajo	30
2.1.5. Sistema de Compensación Familiar	31
2.1.6. Cotización por periodos inferiores a un mes	32
2.1.7. Prima de Servicios	32
2.2.Marco Legal	35
2.2.1. Decreto 13 de 1967	36
2.2.2. Ley 11 de 1988	37
2.2.3. Ley 100 de 1993	39

2.2.4. Decreto 1295 de 1994	41
2.2.5. Ley 1098 de 2006	42
2.2.6. Ley 1595 de 2012	43
2.2.7. Decreto 721 de 2013	45
2.2.8. Decreto 2616 de 2013	49
2.2.9. Resolución 5094 de 2013	50
2.3. Prima de Servicios	51
2.3.1. Antecedentes Históricos	51
2.3.2. Definición	53
2.3.3. Naturaleza	55
2.3.4. Finalidad	57
3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMA DE SERVICIOS DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA	57
3.1. Sentencia C-051/95	58
3.2. Sentencia C-372/98	60
3.3. Sentencia T-1008 de 1999	61
3.4. Sentencia C-310/07	63
3.5. Sentencia C-871/14	66
4. CONCLUSIONES	68
5. BIBLIOGRAFIA	72
6. ANEXOS	75

RESUMEN

En esta monografía se determinaron las directrices legales que permitirán el goce efectivo del derecho a la prima de servicios extendido por vía jurisprudencial a los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia; para lograr esto hemos realizado un estudio de los aspectos legales que regulan la prima de servicios en Colombia; hicimos una descripción de todos y cada uno de los avances laborales de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia; analizamos los criterios jurídicos que establecen el trabajo decente en Colombia y realizamos también un análisis del convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del Bloque de Constitucionalidad que permitió su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano mediante ley de la república.

Para esto no contamos con una bibliografía lo suficientemente amplia ya que, primero, a los doctrinantes parece que no les resulta nada atractivo ni rentable escribir artículos, ni mucho menos libros donde se desarrolle todo lo concerniente a los derechos laborales de este grupo de trabajadores, pero esperamos y ojala este sea un punto de partida para ello; segundo, no encontramos trabajos de investigación en donde se haya hecho ese estudio ni análisis de lo que ya constituye un conjunto de derechos a favor del trabajador doméstico colombiano; y tercero, lo reciente y novedoso, y la importancia del tema no permiten hacer conclusiones apresuradas del mismo, sino que, muy por el contrario necesita del rigor científico y de la disciplina del investigador que lo estudie y lo analice.

Pero con fuentes primarias como lo fue la legislación vigente y la jurisprudencia, enmarcados en la investigación cualitativa en su modalidad etnográfica, descriptiva, exploratoria y el método bibliográfico, logramos establecer las directrices legales que permitirán el goce efectivo del derecho, consecuente de una *“Regulación Laboral del Derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia a la luz del Derecho Internacional del Trabajo”* por parte del Congreso de la Republica y del establecimiento de las políticas públicas idóneas por parte del Gobierno

Nacional. Por lo que para una mayor comprensión de nuestros lectores, dividimos y abordamos el tema en 4 Capítulos así:

1. El servicio doméstico en Colombia,
2. Evolución histórica de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia,
3. Evolución jurisprudencial de la prima de servicios de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia; y
4. Conclusiones.

El análisis realizado de los conceptos de trabajador doméstico, trabajo domestico y prima de servicios en el contexto nacional e internacional, así como de la normativa que en torno a los derechos laborales concedidos a este grupo de trabajadores legalmente o extendidos a ellos por vía jurisprudencial, nos permitió ratificar lo que otros estudiosos del tema concerniente a los derechos laborales de este grupo de trabajadores, ya habían afirmado y es que “ (Alzate Garcia, Natalia y Mejia Avila, Arturo, 2015) Nuestro país se encuentra considerablemente a la altura para el cumplimiento del convenio desde el punto de vista del ordenamiento jurídico- la legislación, y la jurisprudencia, ya que se ha visto avanzar según lo establecido por la norma internacional”.

Esta investigación de tipo jurídico-documental, nos permitió a través del estudio explicativo y descriptivo que hicimos de los avances laborales normativos y jurisprudenciales producidos en torno a los derechos de los trabajadores del servicio doméstico en Colombia, resaltando lo que constituyó el objeto de éste trabajo, como fue la extensión que nuestra honorable Corte Constitucional hizo en sentencia C-871 de 2014 del derecho a la prima de servicios, exclusiva de los trabajadores de empresa, y negada a este mismo grupo de trabajadores del servicio doméstico casi diez (10) años atrás a la promulgación de la sentencia en mención por esa misma corporación, en sentencia C- 051 de 1995, pero que hoy v en virtud de la ratificación de un Convenio Internacional, como lo es el Convenio

189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el trabajo decente e incorporado al ordenamiento jurídico mediante ley de la república; concluir que existen las herramientas normativas para que el Congreso y el Gobierno Nacional mediante ley de la república y políticas públicas respectivamente, permitan el cumplimiento a la parte resolutive de la Sentencia C-871 de 2014.

PALABRAS CLAVES:

Servicio Doméstico, Trabajador del Servicio Doméstico, Prima de Servicios, Trabajo Decente, Déficit de protección, Convenio Internacional.

GLOSARIO

1. Trabajador del Servicio Doméstico: Es la persona natural que, a cambio de una remuneración, presta su servicio personal de manera directa, habitual y bajo continuada subordinación o dependencia, a una o varias personas naturales, para la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, cuidado de niños y demás labores propias del hogar del empleador. Solo las personas naturales pueden prestar este tipo de servicios y se entiende que solo se puede prestar a personas naturales, puesto que el servicio está directamente relacionado con el hogar o la casa de habitación. Los menores de 18 años tienen prohibido desempeñarse en cualquier forma de trabajo doméstico, ya que el Estado colombiano lo considera como una de las peores formas de trabajo infantil. (RESOLUCIÓN 1677 DE 2008)

2. Trabajo Doméstico: 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.

3. Prima de Servicio: La prima de servicios, de forma más amplia, puede concebirse como una retribución por los beneficios económicos y sociales que obtiene el empleador del trabajo; el trabajo doméstico genera beneficios económicos y sociales a las familias, pues les permite salir del hogar para generar ingresos y (brinda cuidado a las personas más vulnerables del hogar (niños y ancianos).

INTRODUCCIÓN

El goce y disposición de los derechos laborales reconocidos legal y jurisprudencialmente no puede seguir siendo objeto de discriminación, bajo la excusa de la clase de trabajador o del tipo de labor que ejerce o servicio que presta.

El servicio doméstico ha sido una labor que a lo largo de la historia se ha caracterizado por la discriminación laboral, la informalidad y la invisibilidad de quienes realizan los oficios que comprenden este tipo de trabajo, en su gran mayoría mujeres y menores de edad.

Hoy en respuesta a la necesidad de superación de los múltiples vejámenes sufridos por este grupo de trabajadores y el avance de una legislación a la vanguardia del ordenamiento internacional, después de una ardua lucha legislativa y jurisprudencial, es posible establecer con logros significativos un camino de evolución en el reconocimiento y extensión de derechos laborales que se garantizaban para otro tipo de trabajadores distintos a los del servicio doméstico. Uno de los logros producto de esas batallas en contra del sistema económico imperante (Caso Colombiano Capitalismo Mixto), la legislación vigente y los estigmas sociales; es el reconocimiento por vía de extensión jurisprudencial del derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores y Trabajadoras del Servicio Doméstico en Colombia.

Es precisamente teniendo en cuenta las reglas dadas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-871 de 2014, en donde esta corporación nos dice que la exclusión del pago de prima de servicios a las trabajadoras y trabajadores del servicio doméstico, genera un déficit de protección y hace la extensión del derecho por vía jurisprudencial, negado en pronunciamiento anterior de esta misma, como lo fue la Sentencia C-051 de 1995 con el argumento de que es improcedente el pago de la prima de servicios al servicio doméstico, porque *“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”; exhorta al Congreso de La República para que regule el goce efectivo del derecho a la prima de servicios para los Trabajadores del Servicio Doméstico.

Con base en esto, para nosotros resultó un tema de importancia y actualidad, ya que “esta sentencia es la primera decisión que tiene en cuenta la incorporación, en el ámbito jurídico interno, del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo y lo valora como un tratado de derechos humanos que introduce un cambio de paradigma en la comprensión jurídica de las garantías de este grupo de trabajadores, y en consonancia con lo anterior, nos propusimos en este trabajo y bajo los parámetros del Derecho Internacional del Trabajo y el ordenamiento jurídico interno vigente establecer ¿Cuáles serían las directrices legales que permitirían la disposición efectiva del derecho a la prima de servicios extendido por vía jurisprudencial a este grupo de trabajadores?

Es importante el estudio del tema planteado porque se deben evaluar las pautas dadas por la corte Constitucional en Sentencia C-871 de 2014, para lograr establecer las directrices que contenidas en una legislación formal expedida por el Congreso de la República permitan el goce efectivo de los trabajadores y las trabajadoras del servicio doméstico en Colombia del derecho a la Prima de Servicios. En Colombia es jurídicamente viable y de hecho los trabajadores distintos a los del servicio doméstico gozan de la Prima de Servicios como una prestación más dentro de sus derechos laborales. Actualmente y gracias al pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en la sentencia en mención este derecho se hizo extensivo a los trabajadores del servicio doméstico por la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional del Convenio 189 de la OIT.

Esta investigación fue **viable** porque las fuentes a consultar son accesibles, todas de tipo documental y fácilmente analizables; es **factible** porque el equipo que la acometió está capacitado para ello y su financiación no fue onerosa. Es **útil** porque es necesario establecer

a nivel de doctrina jurídica, ley y jurisprudencia los mecanismos y políticas públicas para que este derecho reconocido a los trabajadores domésticos tenga aplicación efectiva. Es **necesaria** para proporcionar a nuestra Facultad de Derecho, a la academia jurídica y a los Trabajadores del Servicio Doméstico en Colombia, las herramientas jurídicas básicas para obtener una regulación legal del tema que cumpla con las prerrogativas dadas por la Corte y por ende se le dé cumplimiento por parte del Gobierno y el Congreso a la parte resolutive de la sentencia en cuestión.

Consideramos que, cumpliéndose la parte resolutive de la sentencia C-871 de 2014 y bajo los parametros del Derecho Inernacional del Trabajo es posible la regulación en el ordenamiento jurídico nacional de la Prima de Servicios para los Trabajadores y Trabajadoras del Servicio doméstico en Colombia.

1. EL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA

En este capítulo puntualizaremos en forma detallada la definición de Trabajador doméstico y Servicio Doméstico desde la Constitución, la legislación colombiana y el Derecho Internacional del Trabajo.

1.1.Trabajador Doméstico en Colombia

1.1.1. Desde la Constitución Política de Colombia de 1991

En la Constitución Nacional de 1991, “*Norma de Normas*¹” y como nuestra máxima ley, aparecen consagradas las directrices de cómo debemos comportarnos para vivir dentro de un orden justo y en paz.

En todo ese conjunto normativo están consagrados derechos, obligaciones, garantías, la organización del Estado y las funciones a cargo de cada uno de sus órganos para cumplir con los fines de éste, consagrados en el artículo segundo² (2º) de la Carta Magna.

¹ Artículo 4º. Supremacía de la Constitución y obligación política de obedecerla.

² Artículo 2º. Los Fines del Estado: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y

En lo atinente al trabajo y a quien lo ejerce, como lo es el trabajador, encontramos disposiciones a lo largo de todo el cuerpo normativo, comenzando en el preámbulo, pero especialmente, en el Título II De los Derechos, las Garantías y los Deberes; Capítulo I De los Derechos Fundamentales. Pero no encontramos en ninguno de esos artículos, uno que nos brinde la definición de lo que es el trabajo, ni mucho menos de lo que significa ser trabajador, por lo que no es posible definir lo que es el trabajador doméstico desde la constitución.

1.1.2. Desde la Legislación Colombiana

La primera definición de Trabajador Doméstico que nos encontramos, luego de un rastreo exhaustivo en nuestro ordenamiento jurídico laboral y específicamente en el tema del servicio doméstico, fue la consagrada en el Decreto Número 824 de 1988 en su artículo 1° así:

***Artículo 1°:** 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".*

A su vez, en ese mismo Decreto, en el artículo 5°, se prescribió quienes no podrán no podrán afiliarse como trabajadores del servicio doméstico así:

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

libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

- 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 Obligatorios.*

Con 24 años transcurridos entre la expedición del Decreto 824 de 1988 y la Ley 1595 de 2012³, en esta última se consagra una nueva definición de lo que es el Trabajador Doméstico, tomada ésta del Convenio 189 de la OIT, el cual fue aprobado por medio de esta ley e incorporado así al ordenamiento jurídico nacional vigente. Por lo anterior, también es posible definir desde el artículo 1º de la Ley 1595 de 2012, lo que es el trabajador doméstico de la siguiente manera:

Artículo 1: *A los fines del presente Convenio:*

³ 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.

(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;

Y a su vez, al igual que lo hizo el Decreto 824 de 1988, nos dice cuando por la labor y continuidad ejercida por una persona no se considerara trabajador domésticos, así:

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.

1.1.3. Desde el Derecho Internacional del Trabajo

En la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y según el Convenio 189 expedido por esta misma organización, sobre trabajo decente, encontramos que nos definen al Trabajador Doméstico de la siguiente manera:

“Según el Convenio, una trabajadora o un trabajador doméstico es “toda persona que realice el trabajo doméstico dentro de una relación de trabajo”⁴. Una trabajadora o un trabajador doméstico puede trabajar a tiempo completo o tiempo parcial, puede ser empleada o empleado por una sola familia o por varios empleadores, puede que resida en la casa del empleador (puertas adentro, cama adentro, sin retiro) o puede estar viviendo en su propia residencia (puertas afuera, cama afuera, con retiro). Una trabajadora o un trabajador doméstico también pueden estar trabajando en un país extranjero. El conjunto de trabajadoras y trabajadores domésticos están cubiertos por el Convenio 189, pero los países pueden decidir excluir algunas categorías, bajo condiciones muy estrictas.”

Entonces podemos establecer según la legislación colombiana que, Trabajador Doméstico es toda aquella persona natural, de sexo masculino o femenino que en virtud de una relación de trabajo y a cambio de una remuneración, presta un servicio personal de forma

⁴ Convenio 189 de la OIT, Artículo 1°.

directa y de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia y ejerciendo tareas inherentes al hogar.

1.2.Servicio Doméstico

1.2.1. Desde la Constitución Política de Colombia de 1991

Al igual que como lo comentábamos en el concepto de trabajador doméstico a la luz de la constitución, ésta última no nos brinda una definición de lo que es el servicio doméstico ni siquiera un acercamiento a unas características que nos describan el conjunto de actividades realizadas en este tipo de trabajo, por lo que tampoco es posible definir lo que es el servicio domestico desde la Constitución Política de Colombia de 1991.

Pero sí están consagrados desde el preámbulo de la Carta Magna y a lo largo de todo el cuerpo normativo superior, los principios como la igualdad, el trabajo y la justicia, que a la vanguardia de un mundo globalizado y con tendencia humanista, debe garantizar que el trabajo indistintamente del tipo de labor que se ejerza, sea en condiciones dignas y justas; lo que armoniza y permite desde el punto de vista del orden jurídico interno la aplicación del Convenio 189 de la OIT, protagonista de este trabajo por la labor reivindicatoria ejercida por nuestra Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-871 de 2014 a favor del grupo de trabajadores domésticos.

1.2.2. Desde la legislación Colombiana

En nuestra legislación colombiana, si bien es cierto que actualmente contamos con un marco normativo a la vanguardia de los avances del derecho laboral internacional, no encontramos un concepto propio de nuestro ordenamiento jurídico de lo qué es el servicio doméstico; sin embargo si encontramos un concepto que ha sido asimilado de igual manera y es el trabajo doméstico, que en la ley 1595 de 2012, aprobatoria del Convenio 189 de la OIT, en su artículo 1º lo define, diciendo que éste es “el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos”; a su vez el Ministerio del Trabajo en una cartilla institucional creada con fines informativos y educativos acerca de los derechos concedidos y adquiridos

por el grupo de trabajadores domésticos nos instruye sobre las diferentes modalidades de trabajo para el servicio doméstico, que a su vez constituye una clasificación de los Trabajadores del Servicio Doméstico así:

“Los trabajadores del servicio doméstico pueden ser:

- **Internos.** *Residen en el sitio de trabajo.*
- **Externos.** *No residen en el sitio del trabajo.*
- **Por días.** *No residen en el lugar de trabajo y laboran solo unos días de la semana, ya sea para uno o varios empleadores⁵”.*

1.2.3. Desde el Derecho Internacional del Trabajo

Nuestra referencia en el derecho internacional para tratar el tema objeto de este trabajo desde esa esfera, es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “creada el 28 de Abril de 1919 mediante el Tratado de Versalles, en el cual se contemplaron una serie de disposiciones que directa o indirectamente regulan el bienestar del hombre, como por ejemplo, la abolición de la esclavitud, la ayuda a los refugiados, la protección a las mujeres y niños”⁶; es por esto que como ya lo hemos referenciado en líneas anteriores, en lo atinente al marco normativo internacional, siempre nos referiremos a esta organización y al Convenio 189 y sus distintas explicaciones contentivas en artículos de la misma, en los cuales nos ha brindado explicaciones y ampliaciones pertinentes acerca del Trabajo Decente y el Servicio Doméstico.

Aclarado esto, la OIT con respecto al Trabajo Doméstico, en el Convenio 189 nos define trabajo doméstico como *“el trabajo realizado para o dentro de un hogar o varios*

⁵ Guía Laboral-Servicio Doméstico. Ministerio del Trabajo. Bogotá D.C. Primera edición. Junio de 2012.

⁶ Francisco Lafont. Tratado de Derecho laboral. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, 1996. Página 60. ISBN 958-9157-21-1.

hogares”⁷. Este trabajo puede incluir tareas como limpiar la casa, cocinar, lavar y planchar la ropa, el cuidado de los niños, ancianos o enfermos de una familia, jardinería, vigilancia de la casa, desempeñarse como chofer de la familia, e incluso cuidando los animales domésticos.”

Por lo tanto podemos concluir que servicio doméstico y trabajo doméstico son conceptos asimilados de igual forma, así que se entenderá uno u otro sin importar la denominación que se haga en tal sentido, y además que éste se define como el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DEL SERVICIO DOMÉSTICO EN COLOMBIA.

El servicio doméstico ha sido una labor que a lo largo de la historia se ha caracterizado por la discriminación laboral, la informalidad y la invisibilidad de quienes realizan los oficios que comprenden este tipo de trabajo, en su gran mayoría mujeres y menores de edad.

Los derechos laborales del Grupo de Trabajadores del servicio doméstico, en términos generales, en la historia laboral del mundo, han sido reconocidos de manera lenta, pero progresiva. En el caso particular de nuestro país, Colombia, solo en la era contemporánea, siglo XX, alrededor de los años 1945 y antes de 1950, encontramos la regulación de la prestación de los servicios personales, pero ésta era regulada por la legislación civil, bajo la modalidad contractual de arrendamiento de personas. Para entonces, los trabajadores del servicio doméstico, eran denominados “criados domésticos” y al empleador se le denominaba “amo”, calificativos que se traían de la época antigua.

Desde entonces el legislador resaltó la importancia de esa actividad, en tanto que estableció un capítulo específico para regular el contrato de arrendamiento de los criados domésticos.

⁷ Convenio 189 de la OIT, Artículo 1°.

“Posteriormente, solo hasta el año 1950 cuando entro en vigencia el Código Sustantivo del Trabajo, se regulo de manera especial la prestación de los servicios personales bajo la modalidad del contrato de trabajo, el cual aplicaba para todos los trabajadores del sector privado, independientemente de su actividad, de manera tal que al servicio doméstico desde entonces y hasta la actualidad, le son aplicables las reglas generales establecidas en esta normatividad laboral⁸”

Hoy en dia, con alto grado de satisfaccion para los activistas que luchan en pro de condiciones dignas para el trabajador cualquiera sea su campo o el tipo de labor ejercida, y con especial relevancia como objeto central de este trabajo, el Grupo de Trabajadores y Trabajadoras del Servicio doméstico, es posible establecer una evolución legal y jurisprudencial de los derechos laborales de éstos.

2.1.Aspectos Generales

En este subcapítulo nos dedicaremos a traer a colación el trabajo desarrollado en otros trabajos investigativos (artículos científicos, tesis de grado), dotados de la cientificidad y la seriedad que ameritan este tipo de documentos para obtener credibilidad y reconocimiento en la academia, y porque además constituye una parte importante en el desarrollo de éste, por cuanto se tratan de los derechos adquiridos y reconocidos al grupo de trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico.

En primera instancia nos referimos al Trabajo de menores de edad, por ser ellos una parte importante de ese grupo de trabajadores domésticos ejerciendo la labor desde tiempos remotos.

⁸ Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

2.1.1. Trabajo de menores de edad

No es desconocido en la historia, que el servicio doméstico asociado a la esclavitud y a la servidumbre desde tiempos remotos era realizado en una considerable cantidad por mano de obra infantil, niños y adolescentes, es precisamente cuando nos referimos a que la mayoría de las trabajadoras son mujeres, estas además eran menores de edad.

En Colombia tardó el legislador en regular el trabajo de los menores de edad de manera “proteccionista”, ya que fue solo hasta la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en el año 1950, prohibiendo el trabajo nocturno para los menores de 16 años, cuando podemos empezar apreciar una normativa en tal sentido, pero a su vez era una norma excluyente, porque dentro de ese mismo grupo de menores, hizo la excepción para los que tuvieran como trabajo dedicarse al servicio doméstico, pues les estaba permitido trabajar en jornadas nocturnas.

Y es que el avance en materia de derechos laborales concedidos a aquellos que se dedicaban al servicio doméstico, además de lento, tuvo otra particularidad, ha sido netamente legislativo y no jurisprudencial, como otros trascendentales derechos laborales, como el de la Seguridad Social, que si bien tiene una legislación específica, también contamos con un amplio desarrollo jurisprudencial o como el que es objeto de este trabajo, la prima de servicios, extendido al grupo de trabajadores domésticos por jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es precisamente en razón de un avance legislativo, que en el año 1967, el ministerio del trabajo, por medio del Decreto 13 de 1967 y en uso de las facultades conferidas por el artículo 12 de la Ley 73 de 1966, modifica la edad para el trabajo nocturno del servicio doméstico de menores de edad; así:

“ARTÍCULO 4o. El artículo 171 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"Edad mínima.

"1. Los menores de catorce (14) años no pueden trabajar en las empresas industriales: ni en las empresas agrícolas cuando su labor en éstas les impida su asistencia a la escuela.

"2. Los menores de diez y ocho (18) años no pueden trabajar durante la noche, excepto en empresas no industriales y en el servicio doméstico y siempre que el trabajo no sea peligroso para su salud o moralidad.

"3. Los menores de diez y ocho (18) años no pueden trabajar como pañoleros o fogoneros, en los buques de transporte marítimo.

"4. Todo patrono debe llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de diez y ocho (18) años empleadas por él, en el que se indicará la fecha de nacimiento de las mismas".

Posteriormente “con la Ley de Infancia y Adolescencia, en el año 2006 se establecen condiciones generales de trabajo para adolescentes. Con esta ley encontramos como el legislador le da total importancia y trascendencia a factor edad del trabajador, dejando de lado el tipo de actividad, lo cual si duda constituye una humanización del trabajo de los menores de edad.

Desde entonces y hasta el momento, la restricción para el trabajo de los adolescentes está relacionado con la edad y el tipo de jornada, de manera que los mayores de 15 años pero menores de 17 años, solo pueden trabajar 6 horas diarias y 30 horas a la semana como máximo dentro de la jornada diurna hasta las 6 de la tarde. Para los mayores de 17 años, la jornada máxima de trabajo está fijada en máximo 8 horas diarias y 40 horas a la semana, permitiendo su trabajo hasta las 8 de la noche”⁹

⁹ Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

2.1.2. Seguridad Social

“Con la Ley 11 de 1988 se dispuso la afiliación obligatoria de los trabajadores del servicio doméstico, en consecuencia, solamente a partir del 29 de Abril de 1988, fecha de publicación de la mencionada ley, nació la obligación para los empleadores que recibieran los servicios personales de trabajadores domésticos de subrogar el riesgo de invalidez, vejez y muerte en cabeza del Seguro Social.

Adicionalmente, esta ley consagró excepciones para los trabajadores del servicio doméstico en cuanto a la cotización, permitiendo que esta fuera inferior hasta en un 50% de un salario mínimo legal mensual vigente, en atención que este tipo de trabajadores se caracterizan por percibir una parte del salario en especie. No obstante, el reconocimiento de las prestaciones de salud, la liquidación y el reconocimiento de las prestaciones económicas se seguirían efectuando de acuerdo a los reglamentos generales del Seguro Social.

Las demás reformas del sistema de seguridad social en materia de salud y pensiones para los trabajadores del servicio doméstico, siguieron la suerte de la normativa aplicable a los trabajadores de manera general.

De la misma manera, los riesgos profesionales fueron subrogados en el Sistema General de Riesgos Profesionales (hoy Riesgos Laborales) con la entrada en vigencia del Decreto 1295 de 1994 y las normas que posteriormente la modificaron”¹⁰.

El Ministerio del Trabajo con el fin de instruir al empleador del servicio domésticos, a los trabajadores del servicio domésticos y quienes les interés, de los derechos adquiridos por estos hasta el año 2012, expidió una cartilla institucional en la cual encontramos pertinente a la seguridad social de este grupo de trabajadores lo siguiente:

¹⁰ Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

“Afilación al sistema de seguridad social integral El empleador está en la obligación de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral: pensiones, salud y riesgos profesionales.

En ningún caso, el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Respecto a la seguridad social, no hay ninguna diferencia entre un empleado de una empresa y un trabajador del servicio doméstico. De conformidad con lo previsto en el **ARTÍCULO 5 DE LA LEY 797 DE 2003**, los trabajadores del servicio doméstico están obligados a cotizar a la seguridad social por lo menos sobre un salario mínimo legal mensual vigente.

Sistema general de pensiones. Existen dos regímenes: de prima media con prestación definida, a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y que próximamente administrará Colpensiones, y de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones. Corresponde al trabajador seleccionar el fondo al que desea afiliarse. El ingreso base de cotización debe ser por lo menos de un salario mínimo legal mensual y la cotización corresponde al 16% del mismo. El 75% del valor está a cargo del empleador y el 25% restante a cargo del trabajador.

Sistema general de salud. Es administrado por las empresas promotoras de salud (EPS) y corresponde al trabajador seleccionar la entidad a la que desea afiliarse. El ingreso base de cotización debe ser por lo menos de un salario mínimo legal mensual y la cotización corresponde al 12,5% del mismo. El 8,5% del valor está a cargo del empleador y el 4% restante a cargo del trabajador. Dicho sistema asume el reconocimiento de las prestaciones asistenciales, el pago de la incapacidad por enfermedad de origen común y de las licencias de maternidad y paternidad. Si el trabajador estaba afiliado al régimen subsidiado en salud, se le mantendrá el cupo hasta por dos años después de ser contratado en su empleo formal y afiliado a la seguridad social en el régimen contributivo.

Si el trabajador está recibiendo subsidios de algún programa social (Familias en Acción, por ejemplo) podrá seguir disfrutando de estos subsidios hasta por un año después de ser

contratado y afiliado a la seguridad social en los regímenes contributivos. **(LEY 1429 DE 2010)**

Sistema general de riesgos profesionales: Está a cargo de las administradoras de riesgos profesionales (ARP). Su elección corresponde al empleador y la cotización está a cargo exclusivo de este. En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales a la cual se encuentre afiliado el trabajador al momento del incidente o de requerir la prestación por enfermedad profesional, asume las prestaciones asistenciales y económicas.

Aportes parafiscales: Toda empresa o unidad productiva que tenga trabajadores contratados debe hacer un aporte equivalente al 9% de su nómina por concepto de los llamados aportes parafiscales, los cuales se distribuirán de la siguiente forma: **a)** 4% para el subsidio familiar (cajas de compensación familiar) **b)** 3% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) **c)** 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) Sin embargo, como la familia no es una empresa, el empleador no está en la obligación de realizar aportes parafiscales por los trabajadores del servicio doméstico que tenga a su cargo.

Aportes a la seguridad social de trabajadores del servicio doméstico que laboran por días: Los trabajadores del servicio doméstico deben afiliarse y cotizar al Sistema General de Seguridad Social como trabajadores independientes y su aporte deberá efectuarse sobre una base no inferior a un salario mínimo legal mensual vigente (smmlv). En virtud del artículo 171 de la Ley 1450 de 2011, la afiliación a la Seguridad Social Integral de los trabajadores dependientes que se vinculen laboralmente por periodos inferiores a un mes o por días, y que por dicha situación perciban un ingreso mensual inferior a un smmlv, se realizará mediante su cotización sobre el ingreso percibido, correspondiente al número de días por el que se le hubiere contratado, sin que en ningún caso, el ingreso base de cotización pueda ser inferior a un smmlv.

La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se efectuará al Régimen Subsidiado, el aporte será realizado exclusivamente por el empleador y equivaldrá al 8,5% del ingreso percibido, con destino a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). El empleador y el empleado deberán cotizar al Sistema de Beneficios Económicos Periódicos, sobre el mismo ingreso base de cotización reportado para salud, en los porcentajes establecidos para realizar los aportes al Sistema General de Pensiones.

No obstante lo anterior, las trabajadoras del servicio doméstico que laboren con distintos patronos cotizarán por intermedio de todos ellos sobre el salario devengado con cada empleador sin que los aportes que deban cancelarse sean inferiores al 12,5% de un smmlv.

Recuerde que si el empleador no afilia a la Seguridad Social Integral a su trabajador de servicio doméstico, además de las sanciones administrativas, como son la imposición de multas; la atención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, eventualidades por enfermedad de origen común, maternidad y demás prestaciones del Sistema de Seguridad Social Integral serán cubiertos en su totalidad por el empleador”¹¹.

2.1.3. Cesantías

Siguiendo con los derechos adquiridos a favor del grupo de trabajadores domésticos, ahora trataremos la prestación social denominada Cesantías, al respecto (Alzate Garcia, Natalia y Mejia Avila, Arturo, 2015) en su artículo expusieron:

“El primer avance de tipo jurisprudencial en relación con las condiciones del trabajo doméstico, fue la Sentencia C-051 de 1995. La Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, encontró necesario hacer unidad normativa con el inciso primero del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto que el primero regulaba las prestaciones sociales

¹¹ Guía Laboral-Servicio Doméstico. Ministerio del Trabajo. Bogotá D.C. Primera edición. Junio de 2012.

de los empleadores sin carácter de empresa y el segundo, la cesantía restringida para los trabajadores del servicio doméstico.

En esa ocasión, la corporación indicó que no era justificable a la luz de la constitución, conceder ventajas a algunos empleadores en desmedro de ciertos trabajadores, por cuanto la retribución del trabajador debe corresponder a sus aptitudes y a la labor desempeñada. Particularmente, sobre el servicio doméstico indico que quienes disfrutan de este servicio deben pagarlo de la misma manera como se remunera a todos los trabajadores.

Fue a partir de ese momento que se reconoció la cesantía de los trabajadores del servicio doméstico en igualdad de condiciones respecto de los trabajadores en general, pasando de ser 15 días de salario a 30 días de salario al año”.

2.1.4. Jornada máxima de trabajo

“Mediante Sentencia C-372 de 1998, la Corte Constitucional declara la asequibilidad condicionada del literal b) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo que establece las excepciones a la jornada máxima legal.

Al respecto, la corporación consideró que el servicio doméstico implica una disponibilidad de tiempo diferente y adecuado a las actividades familiares, que no son asimilables a las desarrolladas en otros sectores económicos o sociales. No obstante su consideración, resalta la importancia de fijar un límite al periodo de trabajo que excede la jornada máxima ordinaria, para no quebrantar las garantías mínimas del trabajador.

Por lo anterior, mediante la sentencia se implementó la diferencia de dos categorías de trabajadores domésticos. La primera, los que residen en la casa del empleador y la segunda, los que no residen en la casa del empleador. Esta diferenciación permitió establecer la condición de exequibilidad condicionada de la norma, de la siguiente manera: los trabajadores bajo la primera categoría no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias y, los que pertenezcan a la segunda, estarán sujetos a la jornada máxima legal de 8 horas diarias.

Desde luego, que en el evento que se requiera el servicio más allá del límite fijado por la misma Corte, procederán el reconocimiento y pago de horas extras en los términos de la legislación laboral.¹²”

2.1.5. Sistema de Compensación Familiar

“El primer aporte consecuente con la adopción del Convenio sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, fue el Decreto 721 de 2013 por medio del cual se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar, que permitió el acceso de estos trabajadores a los beneficios que ofrece este sistema.

En consecuencia, se estableció la obligatoriedad para los empleadores de trabajadores del servicio domésticos su afiliación a una Caja de Compensación Familiar. Para ello, estableció como ingreso base de liquidación del aporte, el salario devengado por el trabajador, el cual en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Adicionalmente, estableció el mecanismo de recaudo del aporte mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.¹³”

2.1.6. Cotización por periodos inferiores a un mes

“Otro aporte a la protección de la seguridad social de los trabajadores del servicio doméstico fue el Decreto 2616 de 2013, que permitió la cotización por periodos inferiores

¹² Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

¹³ Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

a un mes y un aporte inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, que era la restricción principal para realizar aportes a seguridad social.

Sin embargo, al ser expedida la Resolución 5094 de 2013, por la cual se ajusta la planilla integrada de autoliquidación de aportes PILA de acuerdo con lo establecido en el decreto, se estableció una restricción para este tipo de cotización, dejando su aplicación solamente para aquellas personas que se encuentren afiliadas al Régimen Subsidiado en Salud.

Lo anterior cuestionó la iniciativa que tuvo el Gobierno con la expedición del decreto, de facilitar la formalización laboral de los trabajadores a tiempo parcial-entre ellos los del servicio doméstico-, pues aun cuando el decreto proporcionaba la inclusión de este sector laboral tan sensible a este tipo de jornadas, con la expedición de la resolución nuevamente genero exclusión de trabajadores para acceder al sistema de seguridad social integral, limitando la aplicación práctica de la pretendida formalización laboral.¹⁴”

Aunque no es este el espacio del trabajo que utilizaremos para desarrollar todo lo relacionado con el derecho laboral reconocido al servicio doméstico recientemente, y motivo de realización de esta investigación si dedicaremos unas líneas para hacer un análisis de la Sentencia C-871 de 2014, donde la Corte Constitucional hizo la extensión de este derecho a los trabajadores domésticos:

2.1.7. Prima de Servicios

El 13 de Noviembre de 2014 la Corte Constitucional en virtud de demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en la cual los accionistas consideraron que la mencionada norma violaba los artículos 13, 25, 53 y 93 de la Constitución Política, debido a que excluía a los Trabajadores del servicio doméstico del derecho a la prima de servicios; y en consideración a las razones expuestas que sustentaron

¹⁴ Alzate, Natalia y Mejía, Arturo. “Avances laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del servicio doméstico en Colombia” En: Actualidad Laboral y Seguridad Social. Volumen N° 18. Marzo-Abril de 2015. Págs. 11-16. ISSN 0123-9899.

la demanda, mediante cuatro cargos diferentes, ésta Corporación dentro de las consideraciones y fundamentos de la Sentencia C-871 de 2014, y en Sala Plena, se dispuso a establecer, sí 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*.

Entre un largo análisis realizado en sala plena por la Corte Constitucional, destacamos los siguientes argumentos que sirvieron de base y constituyeron la *ratio decidendi* para el resuelve de esta sentencia, como lo fueron:

“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.”

“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”.

“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.”

“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 laborales¹⁵”.

¹⁵ 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).

Gracias a este cambio de paradigma evidenciado en estos y los demás argumentos esbozados en las consideraciones de la Corte Constitucional, que esta Corporación en la sentencia en mención en la parte resolutive dispuso lo siguiente:

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.

2.2. Marco Legal

A pesar de la lentitud en la progresividad de los derechos a favor de los trabajadores domésticos, en los últimos 70 años, alrededor de 1945, cuando ya encontrábamos regulados los servicios personales desde la legislación civil, no es tan amplia la legislación colombiana en torno a la regulación del servicio doméstico, ni mucho menos de los derechos de este grupo de trabajadores, pero si podemos afirmar de que ha habido una evolución positiva, nos encontramos con unas normas proteccionistas de los trabajadores del servicio domésticos.

Por ello, es menester exponer en orden cronológico, de la más antigua a la más reciente, cada una de ellas en este trabajo, resaltando la importancia de cada una de esas normativas que constituyen un avance y una protección a este tipo de trabajadores marginados y discriminados a lo largo de la historia.

Encontramos como primera legislación expedida con el fin de regular un asunto específico del servicio doméstico el Decreto Número 13 de 1967, que en su artículo 4º y con la finalidad de modificar el artículo 171 del Código Sustantivo del Trabajo, en lo atinente al trabajo nocturno, dispuso lo siguiente:

2.2.1. Decreto 13 de 1967

ARTÍCULO 4o. El artículo 171 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"Edad mínima.

“Los menores de diez y ocho (18) años no pueden trabajar durante la noche, excepto en empresas no industriales y en el servicio doméstico y siempre que el trabajo no sea peligroso para su salud o moralidad.”

En el decreto anterior y específicamente en el artículo descrito, podemos observar que el legislador sí bien estipuló una norma protectora de los menores de edad (entendido bajo este concepto todo aquel que se encuentre en los rangos de edades por debajo de los 18 años) prescribiendo que éstos no pueden trabajar en el horario nocturno, excluyó a los que desempeñaran su labor en el servicio doméstico, por lo que concluimos que fue una norma en detrimento del menor de edad, a su vez trabajador doméstico y de los mayores, que también se dedicaban a este trabajo, al no establecer un límite en el horario de prestación de servicios, incluyendo la noche, espacio del día para el descanso.

Siguiendo en ese orden descendiente y cronológico, según el año de expedición de la normativa, nos encontramos con la Ley 11 de 1988, por medio de la cual se consagraron unas excepciones en el régimen del Seguro Social para los trabajadores del servicio doméstico así:

2.2.2. Ley 11 de 1988

ARTICULO 1o. <Ver Notas del Editor> A partir de la vigencia de la presente ley, el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará para el seguro social sobre la base de dicha remuneración.

PARAGRAFO. En ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente.

ARTICULO 2o. <Ver Notas del Editor> El reconocimiento de las prestaciones de salud y la liquidación y reconocimiento de las prestaciones económicas para los trabajadores del servicio doméstico que tengan que cotizar en los términos señalados en el Artículo 1o. de esta ley, se efectuará de conformidad con lo establecido en los reglamentos generales del seguro social obligatorio.

Ninguna pensión que por razón de esta ley se reconozca, podrá ser inferior al salario mínimo legal más alto vigente.

ARTICULO 3o. <Ver Notas del Editor> Los trabajadores del servicio doméstico que laboren por días con distintos patronos, cotizarán por intermedio de todos ellos sobre el salario en dinero devengado con cada patrono, sin que los aportes que deben cancelarse con base en las distintas remuneraciones, puedan ser inferiores a los previstos en el artículo 1o. de esta ley.

PARAGRAFO. El gobierno nacional adoptará los procedimientos necesarios para la aplicación de lo dispuesto en la presente ley, en un término no superior a 180 días a partir de su vigencia.

ARTICULO 4o. <Ver Notas del editor> El gobierno nacional transferirá del presupuesto de la nación anualmente al Instituto Colombiano de Seguros Sociales aportes que cubran el subsidio necesario para garantizar el derecho a pensión de los trabajadores del servicio doméstico cuyas cotizaciones se liquiden por debajo del salario mínimo vigente.

PARAGRAFO 1o. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales anualmente y en forma oportuna hará conocer al Departamento Nacional de Planeación, la suma requerida para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

PARAGRAFO 2o. Los aportes del presupuesto nacional de que trata el presente Artículo deberán ser invertidos por el ISS de acuerdo con lo previsto en el régimen de inversiones determinados en el decreto 1650 de 1977.

ARTICULO 5o. Las pensiones reconocidas a favor de los trabajadores del servicio doméstico serán reajustadas anualmente en el mismo porcentaje del aumento que registre el nuevo salario mínimo legal mensual más alto.

Transcurrido un año sin que sea elevado el salario mínimo, para efectos de los reajustes de las pensiones contempladas en esta ley, se tomará como nuevo salario mínimo el último vigente incrementado en cantidad equivalente al porcentaje de aumento que registre en los últimos meses el índice nacional de precios al consumidor, según datos suministrados por el DANE.

PARAGRAFO. Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan adquirido la calidad de pensionado con un año de antelación a cada reajuste quienes no hubieren cumplido el año en su calidad de pensionado al producirse el reajuste, lo percibirán a partir de la fecha en que lo cumplan. Se entiende por calidad de pensionado, la situación de quien ha cumplido la edad y tiempo de servicios fijados por la ley.

ARTICULO 6o. La presente ley surte efectos a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial y modifica en lo pertinente lo dispuesto en la ley 4a. de 1976.

2.2.3. Ley 100 de 1993¹⁶

Por medio de la cual fue instituido el sistema de seguridad social integral vigente en Colombia, donde se reunieron de manera coordinada un conjunto de entidades, normas y procedimiento a los cuales pueden tener acceso todas las personas (por lo menos en teoría),

¹⁶ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

con el fin primordial de garantizar calidad de vida y dignidad humana, y en todo ese conjunto normativo, al respecto del tema que aquí nos interesa dispuso en su artículo 18 lo siguiente:

ARTICULO. 18.- Base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo. Ver el art. 30, Ley 1393 de 2010

Ver art. 30, Ley 1393 de 2010

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Modificado por el art. 5, Ley 797 de 2003 En ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente, salvo lo dispuesto para los trabajadores del servicio doméstico conforme a la Ley 11 de 1988.

Cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

PARAGRAFO. 1º-Modificado por el art. 5, Ley 797 de 2003 En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para todos los efectos de esta ley.

PARAGRAFO. 2º-A partir de la vigencia de la presente ley se eliminan las tablas de categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales y de las demás entidades de previsión y seguridad social. En consecuencia, las cotizaciones se liquidarán con base en el salario devengado por el afiliado.

PARAGRAFO. 3º-Cuando el Gobierno Nacional limite la base de cotizaciones a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida no podrá ser superior a dicho valor.

Este artículo que establece la base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores público y privado, en su inciso 3 como bien lo referenciamos arriba (texto en negrita), al establecer que la base de cotización en ningún caso podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente; hace la salvedad para el caso de los trabajadores del servicio doméstico, quienes estarán sujetos a lo dispuesto en tal sentido en la Ley 11 de 1988, que al respecto prescribe en su artículo primero que “el trabajador del servicio doméstico que devengue una remuneración en dinero inferior al salario mínimo legal vigente, cotizará para el seguro social sobre la base de dicha remuneración y en ningún caso el porcentaje de cotización podrá aplicarse sobre una cuantía inferior al 50% del salario mínimo legal vigente”¹⁷.

Por lo anterior, debemos decir que la Ley 100 de 1993, si bien en su artículo 18 menciona a los trabajadores del servicio doméstico no regula la base de cotización de estas, sino que hace una remisión a la ley 11 de 1988 que si regula el tema, como lo expresamos en líneas anteriores.

¹⁷ Ley 11 de 1988. Artículo 1º.

2.2.4. Decreto 1295 de 1994¹⁸

Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales (SGRP), lo traemos a colación porque en su artículo 3º, que se refiere al campo de aplicación dispone lo siguiente:

Artículo 3º. Campo de aplicación.

El Sistema General de Riesgos Profesionales, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general.

Por lo que como bien se ha entendido, los trabajadores del servicio doméstico se encuentran comprendidos allí, aunque desde el Código Sustantivo del Trabajo no traiga tal disposición, y por el contrario si dependiera de ésta última normativa, éstos se encuentran sin cobertura de riesgos laborales.

2.2.5. Ley 1098 de 2006¹⁹

Por medio de la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia y que en su artículo 1º dispone que:

“ARTÍCULO 1o. FINALIDAD. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

¹⁸ **Decreto 1295 de 1994.** “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Junio 22.

¹⁹ Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, **en lo relativo a las multas**, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 860 de 2010.

Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.”

Con respecto al tema central de este trabajo dispone en su artículo 35 lo siguiente:

ARTÍCULO 35. EDAD MÍNIMA DE ADMISIÓN AL TRABAJO Y DERECHO A LA PROTECCIÓN LABORAL DE LOS ADOLESCENTES AUTORIZADOS PARA TRABAJAR. La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagrados en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código.

Los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.

PARÁGRAFO. Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. La autorización establecerá el número de horas máximas y prescribirá las condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. En ningún caso el permiso excederá las catorce (14) horas semanales.

Aquí es menester remitirlos a lo que en líneas anteriores, en la parte de los aspectos generales referenciamos al respecto, cuando desarrollamos el trabajo de menores de edad, reiterando la importancia de esta legislación, como quedo expresada en ese punto.

Aterrizando en el tema central de este trabajo y 4 años después de una legislación totalmente ajena al derecho laboral, como lo fue la Ley de la Infancia y la Adolescencia, anteriormente descrita, pero que a pesar de ello y como bien lo mencionábamos antes, la podemos apreciar, por lo menos el artículo traído a colación en este trabajo, como una enmienda a ese artículo 4º del Decreto 13 de 1967, cuando exceptuó a los menores de edad que se dedicaban al servicio doméstico de no trabajar en el horario nocturno; el legislador expide una nueva ley apuntado al tema específico de los trabajadores domésticos, como fue la Ley 1595 de 2012 que exponemos a continuación:

2.2.6. 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.

Y es así por cuanto el contenido de esta legislación es de manera literal el “cuerpo normativo” del Convenio 189 de la OIT, reposando en este texto al igual que en el instrumento internacional los conceptos básicos de trabajo doméstico y trabajador doméstico, referenciados en el capítulo inmediatamente anterior, y que según la misma Corte en control de constitucionalidad hecho en Sentencia C-616/13²⁰, al hacer la Revisión de constitucionalidad de la Ley 1595 del 21 de diciembre 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”*, expreso lo siguiente:

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-616 de 2013. Expediente LAT-405. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Luego de los argumentos expuestos, la Sala Plena evidencia que la ley aprobatoria del Convenio 189 estuvo precedida de un trámite legislativo ajustado a las reglas previstas en la Carta Política para el efecto. De otro lado, en lo que respecta al ámbito material del tratado, está conformado por reglas dirigidas a la protección de los derechos constitucionales de las trabajadoras y trabajadores domésticos, circunstancia que avala su exequibilidad.

Es una ley que en virtud del Convenio 189 de la OIT, tiene como sujetos de aplicación a todos los Trabajadores Domésticos (Artículo 2°). También, y es precisamente por la adopción e incorporación de este al ordenamiento jurídico vigente por medio de la presente ley, y teniendo en cuenta el artículo 3° del Convenio que la Corte Constitucional hizo la exhortación en sentencia C-871 de 2014 al Congreso de la Republica y al Gobierno Nacional *“para adoptar las medidas necesarias que permitan asegurar la promoción y la protección efectiva de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, en conformidad con las disposiciones del presente Convenio”*.

Extender el derecho a la prima de servicios es una muestra clara de estar comprometidos con las disposiciones ratificadas e incorporadas del derecho internacional en pro de los trabajadores domésticos, así se evidencio con la exposición de los argumentos dados por la Corte Constitucional en la sentencia en mención y que más adelante en este trabajo estaremos comentando.

En términos generales, después de análisis de conjunto de todos los aspectos aquí tratados, es menester reiterar que Colombia se encuentra según nuestro ordenamiento jurídico vigente en el tema de este trabajo a la vanguardia de cumplir con el Convenio 189 de la OIT. Y así lo ha venido expresando la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ejemplo de ello, tenemos lo dicho por esta Corporación en la Sentencia C-616 de 2013 así:

“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”.

2.2.7. Decreto 721 de 2013

Por medio del cual se reglamenta el numeral **4** del artículo 7° de la Ley 21 de 1982 y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar.

Artículo 1°. Afiliación de empleadores de servicio doméstico. Las personas naturales que ostenten la condición de empleadores de trabajadores del servicio doméstico, deberán afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, de acuerdo con el procedimiento consagrado en el artículo 57 de la Ley 21 de 1982, modificado por el artículo 139 del Decreto-ley 019 de 2012.

Artículo 2°. Afiliación de trabajadores del servicio doméstico. Los trabajadores del servicio doméstico deberán ser afiliados por la persona natural para quien prestan sus

servicios, a la Caja de Compensación Familiar que esta seleccione y que opere en el departamento dentro del cual se presten los servicios.

Artículo 3°. Afiliación cuando existen varios empleadores. Cuando un trabajador del servicio doméstico preste sus servicios a varios empleadores, será afiliado en la Caja de Compensación Familiar escogida por el primer empleador que realice la afiliación, siempre y cuando sus servicios sean prestados en el mismo departamento.

Cuando los servicios se presten en varios departamentos, aplicará el mismo principio, teniendo en cuenta la primera afiliación en la Caja de Compensación Familiar que opere en cada uno de los respectivos departamentos.

Artículo 4°. Adecuación del formulario de afiliación a Caja de Compensación Familiar. La Superintendencia del Subsidio Familiar, dentro del mes siguiente a la publicación del presente decreto, adoptará las medidas para que se ajusten los formularios de afiliación de empleadores y trabajadores a las Cajas de Compensación Familiar, a fin de incorporar el registro de la categoría de servicio doméstico.

Artículo 5°. Declaración y pago de aportes por conducto de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes. Los empleadores realizarán la declaración y el pago de los aportes al Sistema de Compensación Familiar, en relación con los trabajadores del servicio doméstico, por conducto de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes. Para este fin, se mantendrá y actualizará por los Operadores de Información el registro de las categorías correspondientes.

Artículo 6°. Base para la liquidación de aportes al Sistema de Compensación Familiar. Los empleadores pagarán los aportes al Sistema de Compensación Familiar por los trabajadores del servicio doméstico, con base en el salario devengado por estos. En todo

caso, el ingreso base de cotización de aportes al Sistema de Compensación Familiar por trabajador doméstico, no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Parágrafo. La Caja de Compensación Familiar, para efectos de reconocer las prestaciones del Subsidio Familiar al trabajador, validará el cumplimiento de los requisitos de ley, considerando en el caso de trabajadores domésticos que prestan sus servicios a varios empleadores, la sumatoria de las horas trabajadas para cada uno de ellos.

Artículo 7°. Cotización al Sistema de Compensación Familiar. En el caso de trabajadores del servicio doméstico que laboren para un empleador por períodos inferiores a un mes, los empleadores realizarán el pago de los aportes al Sistema de Compensación Familiar conforme a las reglas generales. En el caso de establecerse el mecanismo de cotización por semanas, se aplicará para este tipo de trabajadores las disposiciones que en él se contengan.

Artículo 8°. Derechos y beneficios de los trabajadores del servicio doméstico. Los trabajadores del servicio doméstico podrán acceder a todos los derechos y beneficios que reconoce el Sistema de Compensación Familiar, en los mismos términos que se aplican para la generalidad de los trabajadores afiliados.

Artículo 9°. Acceso a programas ofrecidos por las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar promoverán el acceso a los servicios a su cargo para los trabajadores del servicio doméstico, en condiciones de igualdad y respecto de los demás trabajadores afiliados. Dentro de los seis meses posteriores a la publicación del presente decreto, los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar adoptarán la política de servicios y acceso para trabajadores domésticos, dentro de la cual podrán incorporarse programas específicos para la atención en servicios sociales de aquellos, así como esquemas de promoción de la afiliación.

Artículo 10. *Coordinación en programas de seguridad y salud en el trabajo.* Las Cajas de Compensación Familiar y las ARL coordinarán de manera directa o mediante apoyo de terceros especializados, la prestación articulada de servicios para asegurar las mejores condiciones de trabajo y bienestar laboral, dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Artículo 11. *Inspección, vigilancia y control.* La Superintendencia del Subsidio Familiar adoptará las medidas conducentes para asegurar el cumplimiento de las disposiciones adoptadas en el presente decreto y la efectividad de los derechos al subsidio familiar y a los servicios sociales para los trabajadores del servicio doméstico, en relación con las obligaciones a cargo de los empleadores y de las Cajas de Compensación Familiar.

Parágrafo. El Ministerio del Trabajo podrá adoptar mecanismos de incentivo para la afiliación de empleadores que ocupen trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Subsidio Familiar y celebrar con ellos acuerdos de formalización.

Artículo 12. *Condición para la aplicación del régimen contenido en el artículo 332 del Estatuto Tributario.* Para obtener los beneficios del régimen contenido en el artículo 332 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 10 de la Ley 1607 de 2012, es requisito indispensable que el empleador previamente se afilie a una Caja de Compensación Familiar.

Artículo 13. *Obligación especial de la Unidad de Gestión de Pagos Pensiones y Contribuciones Parafiscales UGPP.* La UGPP realizará seguimiento y evaluación a la afiliación de empleadores personas naturales, respecto de los trabajadores del servicio doméstico a su cargo y efectuará los reportes del caso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y demás autoridades.

Artículo 14. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

2.2.8. Decreto 2616 de 2013

Gracias a este decreto ya no será excusa, el hecho de que el trabajador no trabaje el mes completo, sino 2 o 3 semanas, para cotizar al sistema por concepto de pensiones, ya que desde el 14 de Febrero del año pasado (2014) los trabajadores colombianos pueden hacer el pago de seguridad social por semanas a través de los fondos de pensiones.

La pretensión del Gobierno Nacional al expedir este decreto “es generar una mayor formalización del empleo, y a que quienes trabajan medio tiempo, un cuarto o tres cuartos de tiempo, no se les pagaba cotización por los altos costos que esto implicaba. Ahora, se podrá pagar por esas fracciones pensión, subsidio familiar, riesgos laborales y servicios de salud”.

A su vez en su artículo 17, donde dispone de Medidas especiales, en el numeral 3 estipula que estas comprenderán entre otros a los trabajadores con responsabilidades familiares, dentro de los cuales podemos entender se encuentran los trabajadores domésticos, cuyo trabajo es en función del núcleo familiar y el hogar, así:

Artículo 17. Medidas Especiales. El Ministerio del Trabajo, en coordinación con las correspondientes entidades del Gobierno, adoptará medidas para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido, que responda igualmente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores, siempre que se garantice la protección al mínimo de derechos a que se refiere el presente capítulo.

Estas medidas deberán comprender:

1. Revisión de las disposiciones de la legislación que puedan impedir o desalentar el recurso al trabajo a tiempo parcial o la aceptación de este tipo de trabajo;

2. Utilización del Servicio Público de Empleo en el marco de sus funciones de información o de colocación, para identificar y dar a conocer las oportunidades de trabajo a tiempo parcial;

3. Atención especial, en el marco de las políticas de empleo, a las necesidades y las preferencias de grupos específicos, tales como los desempleados, los trabajadores con responsabilidades familiares, los trabajadores de avanzada edad, los trabajadores en condiciones de discapacidad y los trabajadores que estén cursando estudios o prosigan su formación profesional.

Se deben incluir además, la realización de investigaciones y la difusión de información sobre el grado en que el trabajo a tiempo parcial, responde a los objetivos económicos y sociales de los empleadores y de los trabajadores.

2.2.9. Resolución 5094 de 2013

Esta es una resolución del Ministerio de Salud y Protección Social la cual señala lo que la categoría introducida a la PILA cobija a los trabajadores afiliados al régimen subsidiado en salud vinculados por periodos inferiores a un mes. Es decir es un complemento del Decreto 2616 de 2013 a lo que se refiere a cotización, y que en Código Sustantivo del Trabajo no aparece regulado.

2.3. Prima de Servicios

2.3.1. Antecedentes Históricos

El artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo hace parte del capítulo VI sobre “prima de servicios” del Título IX sobre “prestaciones patronales especiales” de la Primera Parte sobre “derecho Individual del Trabajo” del referido Código -Decretos 2663 y 3473 de 1950 adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente- y en él se establece una prestación especial llamada prima de servicios que de acuerdo con el numeral 2 del mismo

artículo sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior a dicho Código (Decretos 2474 de 1948 y 3871 de 1949)²¹.

El texto de esas dos legislaciones anteriores con respecto a la denominación que recibía, lo que entendemos como prima de servicio era en su orden el siguiente:

En el Decreto Numero 2474 de 1948 (JULIO 19): Por el cual se fija la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

Artículo 1º. Las empresas comerciales cuyo patrimonio sea o exceda de cien mil pesos (\$100.000) y que ocupen más de 20 trabajadores permanentes, las industriales cuyo patrimonio sea o exceda de cien mil pesos (\$100.000) y que ocupen más de 30 trabajadores permanentes, las agrícolas y forestales cuyo patrimonio sea o exceda de doscientos mil pesos (\$200.000) y que ocupen más de veinte trabajadores permanentes, **tienen obligación de distribuir una parte de las utilidades que excedieren de determinada rata de rendimiento entre los trabajadores que prestan servicios personales en forma permanente.**

Parágrafo. La base para determinar las obligaciones de las empresas mixtas, o sea de aquellas que simultáneamente explotan los negocios de comercio e industrias o de agricultura y ganadería, será fijada por el Gobierno en el Decreto reglamentario y de acuerdo con las normas del presente artículo.

Y en el Decreto Numero 3871 de 1949 (DICIEMBRE 9): Por el cual se fija el salario mínimo, se crea la prima de beneficio, se modifica el Decreto número 2474 de 1948 y se dictan otras disposiciones

(...)

Artículo 4º. Las Empresas obligadas a repartir utilidades o beneficios entre sus trabajadores, de acuerdo con el Decreto 2474 de 1948, en los casos en que el monto total de

²¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-100 de 2005. Expediente D.5265. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

las participaciones no alcance a una suma equivalente a la nómina de personal correspondiente, a un mes, quedarán obligadas, a partir del año de 1950, inclusive, a sustituir la **participación de utilidades o beneficios** por una suma para cada trabajador, correspondiente a un mes de salario pagadero así:

Al personal que hubiere trabajado el primer semestre de 1950, el valor de una quincena el día 30 de junio de dicho año, y al personal que hubiere trabajado el segundo semestre, otra quincena pagadera dentro de los primeros veinte días del mes de diciembre, y así sucesivamente en los años posteriores.

La misma obligación se establece a cargo de las empresas o patronos que con posterioridad llegaren a encontrarse en el caso del inciso anterior.

Parágrafo. Las empresas cuyo patrimonio corresponda a las escalas fijadas en el artículo primero del Decreto 2474 de 1948, podrán, a juicio de ellas, pagar a cada uno de sus trabajadores la prima anual tal como se fija en el presente artículo, como anticipo y a buena cuenta de la participación de los trabajadores en las utilidades o beneficios de la misma empresa.

Por lo que debemos concluir que lo que hoy denominamos PRIMA DE SERVICIOS, no siempre ha tenido dicha denominación, ya que primero en virtud del Decreto 2474 de 1948 era la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y luego con el Decreto 3871 de 1949 se le denominó prima de beneficio, solo hasta la expedición del Código Sustantivo del Trabajo es cuando se condigna la denominación de que trata este subcapítulo, prima de servicios.

2.3.2. Definición

En la legislación vigente encontramos que el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo nos describe la prima de servicios así:

CAPITULO VI.

PRIMA DE SERVICIOS.

ARTICULO 306. PRINCIPIO GENERAL.

1. **Toda empresa** (de carácter permanente) está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, así:

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-825 de 2006; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-100 de 2005.

NOTA: El texto subrayado y en negrita fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-871 de 2014.

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 (y no hubieren sido despedidos por justa causa) y

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.

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 (y no hubieren sido despedidos por justa causa).

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-042 de 2003; el texto entre paréntesis fue declarado INEXEQUIBLE mediante Sentencia C-034 de 2003.

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

Pero como bien lo podemos apreciar, este no nos ofrece una definición de lo que es la prima de servicios, le da la calificación de “prestación especial a cargo de toda empresa”

En sentencia C-871 de 2014 la Corte Constitucional nos brinda una definición de lo que es la prima de servicios, es un concepto actual y a la vanguardia con el cambio de paradigma que esta misma corporación hizo a través del pronunciamiento expuesto en esta jurisprudencia, al respecto dijo que:

“(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).”

2.3.3. Naturaleza

Al respecto traemos a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional en donde en la exposición de argumentos se ha referido a la Naturaleza de la prima de servicios, de la siguiente manera:

En Sentencia C-034 de 2003 dijo al respecto:

Esta Corte ya ha tenido la oportunidad de referirse a la naturaleza de la prima de servicios cuando tuvo que analizar la constitucionalidad de lo establecido en el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo que determina que ésta no hace parte del salario. La noción de lo que constituye salario es de suma importancia, porque con base en ella se verifican las liquidaciones de las prestaciones sociales en la forma reglamentada por la ley^[3].

La sentencia C-710 de 1996, MP Jorge Arango Mejía, estudió entonces la norma que establece que la prima no hará parte del salario ante una demanda según la cual tal disposición desconocería el derecho del trabajador a recibir la remuneración por su servicio, porque la prima es producto de la relación laboral. En aquella ocasión consideró la Corte que la naturaleza jurídica de la prima de servicios hace aceptable su exclusión como factor salarial. Dijo entonces esta Corporación lo siguiente:

“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 Corte concluyó entonces que el Legislador podía establecer que la prima de servicios no fuera considerada factor salarial pues no era en sentido estricto la retribución de la labor prestada por el trabajador sino una forma de participación en las utilidades empresariales. Incluso es claro que por su carácter de participación en las utilidades no todo patrono está obligado a pagarla. Sólo aquellos patronos que tengan el carácter de empresa deben pagar esa prima, y por ello la sentencia C-051 de 1995, MP Jorge Arango Mejía, encontró ajustado a la Carta que la ley excluyera del pago de la prima de servicios a los empleados del servicio doméstico, pues *“el hogar, la familia, no es una empresa y no genera utilidades”*. En cambio, si la prima tuviera naturaleza salarial, es obvio que todos los empleadores deberían cancelarla. Con todo, el monto de la prima depende, como lo afirma la demandante, del servicio del trabajador por un tiempo específico, y el valor de esta prima está determinado por el capital de la empresa (artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo). Así, las empresas con un capital mayor a doscientos mil pesos (\$200.000), están obligadas a pagar un mes de salario por año de trabajo, mientras que las que poseen un capital menor, deben cancelar quince días de salario.

En ese orden de ideas, la prima de servicios es un derecho de los trabajadores que se causa con el servicio prestado, es decir, durante la ejecución del contrato. Incluso, la fecha de terminación del mismo marca la del pago de la prima proporcionalmente al tiempo laborado, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo anterior, a pesar de que no tenga carácter salarial, es claro que el requisito de tiempo laborado es suficiente para acceder al pago de la prima de servicios.

2.3.4. Finalidad

En Sentencia C-100 de 2005 la Corte Constitucional al respecto dijo lo siguiente:

“La finalidad de la prima de servicios es la de que el trabajador participe en las utilidades de la empresa según se desprende del numeral 2 del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta totalmente desproporcionado que simplemente en función del carácter permanente o no de la empresa se prive a los trabajadores de las empresas que no tienen ese carácter de la prima de servicios”.

Teniendo en cuenta que el concepto de prima de servicios ha sido reevaluado por nuestros Magistrados en esa histórica sentencia C-871 de 2014, esta finalidad entendida de un concepto anterior de lo que era prima de servicios, atribuida únicamente al trabajador de empresa, también debe ser reevaluada, ya que resulta desfasada de la realidad actual, y ajustándola al nuevo concepto de prima de servicios, se tendrá que afirmar que la finalidad de esta hoy es la de *“retribuir los beneficios económicos y sociales que obtiene el empleador del trabajo”*, toda vez que ya no es una prestación sujeta única y exclusivamente a la empresa, sino que a partir de esa sentencia y cuando entre a regir la ley del Congreso que regule el tema, será también de los empleadores del hogar.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMA DE SERVICIOS DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DEL SERVICIO DOMESTICO EN COLOMBIA

La jurisprudencia desde aquella concepción que tenían los romanos en el derecho antiguo, entendida como “fuente del derecho que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica” (Pieri, 2000)

En el derecho moderno fue entendida como un conjunto de decisiones judiciales, en criterio de juristas expertos es “el conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes, que implica la existencia de una serie de principios

y doctrinas o normas generales que se han deducido de la repetición uniforme de los fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares” (Monroy Cabra, 1973)

Cabe resaltar, y no es ajeno a ningún jurista la importancia y trascendencia que ha tenido y tiene la jurisprudencia desde tiempos inmemorables, entendida como fuente de derecho, referente sin fuerza vinculante, tiempo después adquirió esa fuerza vinculante del derecho positivo; y hoy ratificado ese valor como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, resulta un capítulo obligado a desarrollar al pretender realizar el análisis de un tema específico.

Por lo anterior, y no siendo esta la excepción, menos aún, cuando el motivo de realización de este trabajo fue precisamente un pronunciamiento de nuestra Honorable Corte Constitucional, y al que gracias a lo allí ordenado, el grupo de trabajadores del servicio doméstico, así como en otros que también desarrollaremos a continuación, le ha sido posible gozar de la extensión de garantías y derechos que solo fueron concedidos en principio a los demás trabajadores en general.

3.1. Sentencia C-051/95²²

La Corte Constitucional en sesión de la sala plena llevada a cabo el 16 de febrero de 1995, en virtud de demanda de inconstitucionalidad del artículo 338 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados como legislación permanente por la ley 141 de 1961, presentada por Jaime Córdoba Triviño, en su calidad de Defensor del Pueblo y en las consideraciones respectivas analizó la Unidad normativa y respecto a ella dijo expresamente lo siguiente:

“Al estudiar los cargos contra el artículo 338, la Corte encuentra necesario hacer la unidad normativa en relación con el inciso primero del artículo 252, cuyo texto es el siguiente:

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-051 de 1995. Expediente D-696. M.P Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

"Cesantía restringida. Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos (\$20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas y 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".

Algunas de las razones que se adujeron sobre la inconstitucionalidad de los partes demandado del artículo 338, llevan a afirmar lo mismo en relación con la restricción contenida en el numeral 1 del artículo 252, como es ostensible. A tales razones pueden agregarse éstas.

La primera, que si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores.

La segunda, que la limitación del auxilio de cesantía se opone a la elevación del nivel de vida de los servidores domésticos, elevación impuesta por la solidaridad social.

lo dicho, se declarará inexecutable el numeral 1 del artículo 252, salvo su parte final reza: "pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio".

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

Convirtiéndose así esta sentencia en el primer pronunciamiento de la Corte que dio ese giro proteccionista hacia el grupo de los trabajadores del servicio doméstico, desarrollando el tema específico del auxilio de Cesantía, pero a la vez negando el derecho que casi 20 años más tarde, en un pronunciamiento motivado igualmente por demanda de inconstitucionalidad concediera esta misma corporación como lo es la Prima de servicios, en ese momento expreso lo siguiente, para motivar la negativa a extender el derecho:

“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.

3.2. Sentencia C-372/98²³

El 21 de Julio de 1998 mediante demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 65 (parcial), 73 (parcial), 75 (parcial), 90, 91, 92, 93, 128, 147 (parcial), 155, 156, 162, 182, 187, 189 (parcial), 234, 240, 250, 267 (parcial), 279 (parcial), 307, 344 (parcial), 409 y 470, del Código Sustantivo del Trabajo, interpuesta ante nuestra Honorable Corte Constitucional y con ponencia del Doctor Fabio Morón Díaz, ésta Corporación hizo un análisis concerniente a la jornada laboral de los trabajadores del servicio doméstico en el siguiente sentido:

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-372 de 1998. Expediente D-1923. M. P: Dr. Fabio Morón Díaz.

“ 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 aún 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”.

Convirtiéndose así esta sentencia en cita obligada de este trabajo, en la descripción del avance jurisprudencial del reconocimiento de los derechos laborales al grupo de trabajadores del servicio doméstico.

3.3. Sentencia T-1008 de 1999²⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional hace revisión de del fallo adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Laboral, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por Alicia Forigua Farfán contra Maximiliano Llorente Cuevas y Yolanda Gómez de Llorente; la primera empleada del servicio doméstico de los accionados en virtud de la relación laboral que existió entre ellos por 31 años y 10 meses , exigiendo el reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación a partir de 11 de Febrero de 1998 y además la dotación de los recursos necesarios para la prestación de los servicios de salud, hospitalización, cirugía, exámenes de laboratorio y medicamentos que llegare a

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-1008 de 1999. Expediente T-247035. M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

requerir, teniendo en cuenta que estos nunca cotizaron al sistema por concepto de su seguridad social.

En las consideraciones pertinentes realizadas por la Corporación en sala quinta de revisión, al respecto dijo lo siguiente al analizar ese cargo:

“El derecho a la seguridad social y los derechos de las personas de la tercera edad. Situación de los empleados del servicio doméstico. Su derecho irrenunciable a la pensión de jubilación. Responsabilidad del patrono por su pago si no ha efectuado la afiliación prevista por la ley. Fuerza relativa de la conciliación

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.

En cuanto a la situación particular de los empleados del servicio doméstico, cabe recordar que existe la obligación legal de afiliarlo al régimen de pensiones y que, como el resto de empleados, tienen el derecho a gozar de una pensión que les permita subsistir en condiciones dignas al término de su vida laboral, como lo subrayó la Sala Plena de la Corte en Sentencia SU-062 del 4 de febrero de 1999 (M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Allí se dijo específicamente:

“La normatividad jurídica de rango legal aplicable al servicio doméstico, consagra mecanismos de previsión social que tienden a proteger a las personas de la tercera edad cuando han perdido su capacidad laboral. Estas normas, desde el año de 1988, imponen al empleador el deber de afiliarlo al servicio doméstico al régimen de pensiones, obligación que se ha mantenido en las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 100 de 1993, y cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los

trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley 'pensión sanción”.

3.4. Sentencia C-310/07²⁵

Al ocuparse la Corte Constitucional de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 252²⁶ (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, se formuló el siguiente Problema jurídico:

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

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

Expresando al respecto que:

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-310 de 2007. Expediente D-6512. M. P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

²⁶ *“Artículo 252. Cesantía restringida*

2. Para la liquidación del auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se computará el salario que reciban en dinero.”

“Para la jurisprudencia la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, *“estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.”*²⁷

Y como argumento principal y sustento de la *ratio decidendi* literalmente dijo que:

“Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar” y otras se encarguen de conducir automotores. Tal distinción es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable. Finalmente, también resulta ostensible la degradación en que incurre la norma acusada al negarle carácter salarial a la remuneración en especie que reciben los trabajadores del servicio doméstico, ya que la exclusión de ese concepto de la base de liquidación de la cesantía de dichos trabajadores implica, como bien advierten la demandante, el Procurador y algunos intervinientes, una sensible reducción de los ingresos de esos empleados hacia la eventualidad del desempleo o las necesidades de vivienda y educación, que corresponden a las finalidades asignadas legalmente a esa prestación social, según se analizó. En efecto, si conforme con los dictados superiores el salario en especie también es salario, hoy en día no se explica cómo el legislador desconoce su naturaleza retributiva, afectando de paso el ingreso del trabajador doméstico, quien por disposición de la norma acusada se ve privado de contar con la totalidad de su remuneración, como base, a fin de poder satisfacer necesidades esenciales en los aspectos ya referidos. En este sentido, la norma bajo revisión

²⁷ T-661 de 1997 (diciembre 3), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

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 inexecutable de la expresión “sólo”, contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y executable 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”.

Hoy en respuesta a la necesidad de superación de los múltiples vejámenes sufridos por este grupo de trabajadores y el avance de una legislación a la vanguardia del ordenamiento internacional, después de una ardua lucha legislativa, doctrinal y jurisprudencial, es posible establecer con logros significativos un camino de evolución en el reconocimiento y extensión de derechos laborales que se garantizaban para otro tipo de trabajadores distintos a los del servicio doméstico. Uno de los logros producto de esas batallas en contra del sistema económico imperante (Caso Colombiano Capitalismo Mixto), la legislación vigente y los estigmas sociales; es el reconocimiento por vía de extensión jurisprudencial del derecho a la Prima de Servicios para los Trabajadores y Trabajadoras del Servicio Doméstico en Colombia.

3.5. Sentencia C-871/14²⁸

Esta sentencia junto con el Convenio 189 de la OIT, constituye el eje central y el motivo principal de la planeación y ejecución de esta investigación jurídica, por tanto, es menester

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-871 de 2014. Expediente D-10213 M. P.: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

que hayamos sido reiterativos en los argumentos esbozados por la Corte Constitucional y que significó un cambio de paradigma en la comprensión jurídica de las garantías de este grupo de trabajadores; es la primera decisión que tiene en cuenta la incorporación, en el ámbito jurídico interno, del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo y lo valora como un tratado de derechos humanos. *“Es un primer paso para las transformaciones sociales y jurídicas que debe afrontar el país, especialmente, a partir de la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional del Convenio 189 sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos.”*

En tal sentido, citamos el texto textualmente así:

“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.”

Es precisamente, en razón de adoptar las medidas pertinentes para la ampliación progresiva del derecho a la prima en favor de los trabajadores domésticos, que el 6 de Febrero del año en curso, 2015, fue presentado ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley número 199 (el cual anexamos a este trabajo), con su correspondiente exposición de motivos por los Representantes Ángela Robledo, Angélica Lozano y la Senadora Claudia López; del cual hicimos nuestras apreciaciones en las conclusiones del presente trabajo; pero tenemos la firme convicción y después de la investigación aquí desarrollada, de que este proyecto sea estudiado a cabalidad, se ajuste a los parámetros dados por la Corte Constitucional en la Sentencia en mención, y en un periodo de tiempo prudencial, sea ley de la república y el grupo de trabajadores domésticos comience a gozar efectivamente del derecho a la prima de servicios.

4. CONCLUSIONES

El propósito de esta Monografía fue determinar las directrices legales que permitan en un periodo de tiempo no muy lejano, y a luz del ordenamiento jurídico colombiano, el goce efectivo del derecho a la prima de servicios por parte de las trabajadoras y trabajadores del servicio domésticos.

Para lograr el propósito de ésta, estudiamos los aspectos legales que regulan la prima de servicios actualmente en Colombia; describimos los avances laborales de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia, analizamos los criterios jurídicos que establecen en Trabajo Decente y realizamos un análisis del Convenio 189 de la OIT y del Bloque de Constitucionalidad que permite su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano.

El cuerpo de la monografía se dividió en tres capítulos, el primero titulado “El servicio doméstico en Colombia”, en donde se exponen los conceptos de trabajador doméstico y servicio doméstico desde la Constitución nacional, la legislación y el Derecho Internacional del Trabajo.

Un segundo capítulo titulado “Evolución Histórica de los Derechos Laborales de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico en Colombia”, en donde describimos todos y cada uno de los derechos adquiridos por este grupo de trabajadores, dedicando un subcapítulo especialmente para exponer todo lo concerniente con la prima de servicios.

Y un tercer capítulo, titulado “Evolución Jurisprudencial de la Prima de Servicios de los Trabajadores y Trabajadoras del Servicio Doméstico en Colombia” en donde desarrollamos el contenido de las sentencias más significativas y a través de las cuales se les reconocieron derechos laborales a este tipo de trabajadores, concentrándonos en la Sentencia C-871 de 2014 que les extendió en su favor el derecho a la prima de servicios y en donde la Corte exhorta al Congreso de la Republica a regular el tema y al Gobierno Nacional a

implementar las políticas públicas necesarias para avanzar hacia la universalidad del derecho prestacional en mención.

Logramos a través del análisis realizado de la normatividad expedida por el legislador desde el año 1950 hasta la actualidad y la jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Constitucional desde 1995 hasta finales del 2014 referente al tema objeto de estudio de este trabajo; establecer y reiterar, que a pesar de lo lento del avance de los derechos laborales en favor de los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico, la existencia de una directriz de protección y de mejora de las condiciones de trabajo a los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico, porque es una legislación protectora que no discrimina, por el contrario, valora el trabajo sin tener en cuenta el tipo de trabajadores.

Antes de finalizar este trabajo, nos fue posible conocer el Proyecto de ley número 199 de 2015 Cámara, *“por medio de la cual se garantiza el acceso en condiciones de universalidad al derecho prestacional de pago de prima de servicios para las personas que prestan servicio doméstico”*, con el fin de darle cumplimiento a la parte resolutive de la C-871 de 2014, por lo que después de analizarlo y teniendo en contexto lo consagrado en este trabajo podemos concluir que:

En primer lugar, lo prescrito en el artículo segundo del mencionado proyecto así: “Artículo 2º. Modifíquese el artículo 306 del Decreto-Ley 2663 del 5 de Agosto de 1950 Código Sustantivo del Trabajo el cual quedará así:

Artículo 306. Principio General. Todo empleador está obligado a pagar a cada uno de sus trabajadores, como prestación especial, una prima de servicios que corresponde a un mes de salario dividido en dos pagos por año, 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. ”No cumple con lo preestablecido con la Corte Constitucional en Sentencia C-871 de 2014, cuando en el alcance de la decisión expreso:

“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.

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.”

Porque parece no haber tenido en cuenta esa realidad compleja, ni mucho menos los criterios establecidos por esa Corporación, y estableciendo la exigencia del pago de una prestación adicional, como lo es la prima de servicios, sin distinguir sobre quien recaerá la obligación primariamente y se irá ampliando progresivamente, lo más probable es que genere el efecto contrario y se presente un incremento de la informalidad laboral y que el remedio sea peor que la enfermedad, y el Déficit que este grupo de trabajadores padece se agudice aún mas.

Y en segundo lugar, no podría estar en el capítulo de vinculaciones, porque el código sustantivo del trabajo regula el trabajador de empresa que esta con contrato de trabajo, los trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico no tienen contrato de trabajo, *“Los trabajadores domésticos son trabajadores vulnerables y se exponen a muchos abusos. Los*

*cambios arbitrarios de los contratos del trabajo, las reducciones salariales o aún el no pago de sueldos son propiciados por la naturaleza irregular de la relación laboral. La carencia de un contrato de trabajo obligatorio hace difícil que los trabajadores despedidos obtengan la paga de separación y otros beneficios complementarios obligatorios. Esta situación es agravada por el hecho de que, con frecuencia, el contrato de trabajo es de naturaleza oral, con la dificultad adicional para el trabajador de tener que probar la existencia de una relación contractual en caso de que surja controversia.”*²⁹ Pero los derechos laborales son para el todo el que se denomine trabajador, ya que se les reconoce en la legislación, en la jurisprudencia y en el Derecho Internacional del Trabajo como tal, por ende tienen derecho a gozar en igualdad de condiciones a los demás trabajadores.

Así como se les concedió otros derechos, como la vinculación a Seguridad Social, en donde dice que la prima de servicios era solo para los trabajadores que tengan contrato de trabajo no lo dice en ninguna parte. Se les puede aplicar los mismos elementos (Tiempo,) que se siguen para conceder la prima de servicios a los del servicio doméstico.

Con este trabajo esperamos que se beneficien la academia jurídica colombiana, los estudiosos de derecho en el país, la rama judicial del poder público, el grupo de trabajadores y trabajadoras del servicio doméstico, y en general, todos los demás sectores interesados en dicha temática.

²⁹ Ramírez-Machado, José. *“Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective”*, publicado en *“Conditions of Work and Employment Series”*, N° 7. www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALZATE GARCIA, Natalia y MEJIA AVILA, Arturo. Actualidad laboral y Seguridad Social , Avances Laborales de las Trabajadoras y los Trabajadores del Servicio Domestico en Colombia. Legis S.A. Revista N° 188. Bogota, Marzo-Abril 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-051 de 1995 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-372 de 1998 Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-1008 de 1999 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-034 de 2003 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-042 de 2003 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-100 de 2005
Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-310 de 2007
Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-616 de 2013.
Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-871 de 2014
Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Se accede al texto del fallo por Internet al sitio: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- DE LA CUEVA, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo 1. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1959.
- LAFONT De LEON, Francisco, Tratado de Derecho Laboral Internacional. Tomo III. Ediciones Ciencia y Derecho, 1996.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, 2ª Edición, Temis 1973, Bogotá, 1973.
- PIERI, G. *Jus et Jurisprudencia*, citado por Calvo Vidal Félix, La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?, Editorial Lex Nova, 2000.

- PONTIERS, Juan C. y RICO, Herbert. “Las Condiciones de Igualdad entre los trababajadores domesticos y los trabajadores formales en la Ley 1595 de 2012”. Tesis de Grado para optar el titulo de Abogado. Cartagena. Universidad de Cartagena, 2013. Pags. XI-XV.
- RAMÍREZ-MACHADO, José. “*Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective*”, publicado en “Conditions of Work and Employment Series”, N° 7.
Disponible en:
www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/publ/7cwe.htm.

SITIOS WEB ADICIONALES

- <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- <http://www.mintrabajo.gov.co/>
- <http://www.ambitojuridico.com/>
- <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--es/index.htm>

ANEXOS