



**“CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE
EXCEPCTUA DEL PAGO DE LA PRIMA DE SERVICIOS A
LOS TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMESTICO**

TRABAJO DE GRADO

VIVIAN MISHELLE HINCAPIE POSADA
PAULA ANDREA LEIVA RUANO

TUTOR
CARMEN ELENA GARCES

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACION EN DERECHO DEL TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2013**

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCION..... | 4 |
| PRIMA DE SERVICIOS | |
| ▪ Definición..... | 5 |
| ▪ Naturaleza..... | 6 |
| ▪ Finalidad..... | 6 |
| ▪ Antecedentes Históricos..... | 7 |
| PRIMA DE SERVICIOS EN EMPLEADAS DEL SERVICIO DOMESTICO | |
| ▪ Empleada de Servicio Doméstico..... | 18 |
| ▪ Normatividad Legislativa..... | 18 |
| ▪ Jurisprudencia..... | 20 |
| DEBATE DE CONSTITUCIONALIDAD | |
| ▪ Principio de Igualdad..... | 22 |
| ▪ Perspectiva desde el Trabajador..... | 24 |
| ▪ Derecho Laboral Proteccionista..... | 26 |
| ▪ Convenio 189 OIT..... | 27 |
| ▪ Recomendación 201 de la OIT..... | 27 |
| ▪ Sentencia..... | 30 |
| ▪ Análisis de los Criterios Jurisprudenciales..... | 35 |
| ▪ Conclusión final de las Autoras..... | 37 |

INTRODUCCION

El presente ensayo propone hacer una revisión crítica y rigurosa de la Constitucionalidad del NO pago de la Prima de Servicios a los trabajadores del servicio doméstico, puesto que la normatividad existente actualmente establece que no tienen derecho al reconocimiento de esta prestación, lo cual es ratificado por la escasa jurisprudencia que existe sobre el tema.

Es por ello que pretendemos indagar la Prima de Servicios de una manera minuciosa, determinando desde sus antecedentes hasta su naturaleza y finalidad, y de igual manera analizar la normatividad tanto legal como jurisprudencial que rige el caso en concreto.

De esta manera y teniendo en cuenta manifestaciones de la OIT y ejemplos paralelos se busca debatir el criterio normativo que se tuvo en cuenta para exceptuar del pago de la Prima de Servicios a los trabajadores del servicio doméstico

PRIMA DE SERVICIOS

Definición

Toda empresa debe pagar a sus empleados como prima de servicios, un salario mensual por cada año laborado, o si la vinculación es inferior a un año, el pago será proporcional al tiempo que el trabajador lleve vinculado, cualquiera que este sea.

Esta prestación se paga a todos los trabajadores que se vinculen laboralmente con una Persona Natural o Jurídica que produzca bienes o servicios La prima de servicios corresponde a la participación del trabajador en las utilidades obtenidas por la empresa, beneficio que contemplaba la legislación anterior a la vigente

Se reconocen dos en el año. Se conoce popularmente como la Prima de junio y de diciembre. La primera comprende al pago por el trabajo entre el 1 de enero al 30 de junio y la segunda entre el 1 de julio y el 31 de diciembre. La primera prima se paga el último día de junio y la prima de diciembre se debe cancelar los primeros 20 días de diciembre.

Sin embargo, no se les reconoce Prima de Servicio a los empleados del servicio doméstico. Debe tenerse en cuenta que es considerado únicamente del servicio doméstico quienes solo laboran en casa de familia en labores propias del hogar; esto incluye jardineros y mayordomos de finca, incluso las niñeras.

Naturaleza

La prima de servicios es una prestación patronal especial (I capítulo VI del Título IX del Código Sustantivo del Trabajo), por esta razón, no constituye salario ni se computa como factor salarial en ningún caso (Artículo 128 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo)

La prima de servicios no es, en estricto sentido, una participación en las utilidades o beneficios de la empresa¹ la empresa sino una prestación ocasional regulada por la ley de manera restringida, en la medida en que excluye de su pago a algunas empresas y fija los topes para su liquidación en relación con el capital de las mismas.

“La prima de servicios encuentra fundamento y causa en el servicio prestado, se permite así que todos los trabajadores independientemente de la clase de contrato que se haya utilizado para su vinculación tienen derecho a dicha prestación patronal especial”².

Finalidad

La prima de servicios se introdujo para sustituir la obligación que tenían los patronos de dar a sus trabajadores una participación en las utilidades de la empresa, lo cual actualmente se encuentra establecido en el numeral 2 del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹ Ver sentencia C-100 de 2005 Referencia: expediente D-5265. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “*toda empresa de carácter permanente*” contenidas en el numeral 1º del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

² Sentencia C-042 de 2003. Expediente D-4171. Magistrado ponente: JAIME CORDOBA TRIVIÑO. Demanda de inconstitucionalidad contra los literales “a” y “b” parciales del Artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El pago de utilidades se había convertido en uno de los conflictos constantes entre patronos y trabajadores, de manera que el legislador se ideó una forma alternativa de permitir al trabajador recibir una suma determinada de dinero, que, en cierta forma, represente su participación en las utilidades de la empresa.

La misma génesis de esta prima especial, explica porque ella no puede ser considerada como salario. Primero, porque no todo patrono está obligado a pagarla. Sólo lo están, aquellos que tenga el carácter de empresa. Segundo, porque su monto no representa una retribución directa del servicio del trabajador. El valor de esta prima, está determinado por el capital de la empresa.

“El elemento esencial para determinar la naturaleza salarial de ciertas sumas que recibe el trabajador, es si ellas tienen por fin retribuir la labor prestada por el trabajador. Carácter retributivo del que carece la prima anual de servicios, pues su creación por parte del legislador, tuvo una finalidad distinta a la señalada”³.

Antecedentes Históricos

La cuestión de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas ha sido de los más controvertidos en el Derecho del Trabajo, y los planteamientos teóricos legislativos que de ella se han hecho no han dado ciertamente resultados satisfactorios. El complejo de factores que es preciso tener en cuenta para su establecimiento y la dificultad práctica de su control, han determinado que la mayor parte de los intentos realizados no hayan tenido a la postre resultados positivos.

³ Sentencia C-051 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

El origen de la propiedad participada de los trabajadores se remonta a las misiones jesuíticas que persistieron hasta el 2 de Enero de 1767⁴ en lo que hoy son territorios de Paraguay y Argentina, hasta que Carlos III expulsó a los misioneros. En las Misiones, los trabajadores tenían participación en las utilidades obtenidas de la labranza de la tierra, destacándose por la falta de oposición obrero-patronal ante la cogestión de la actividad.

Luego, una Ley Francesa de 1917 instauró lo que se dio en llamar el «accionariado obrero», con carácter facultativo, en proporción libremente fijada por las partes, con acciones nominativas e intransferibles, que subsistían mientras el trabajador se desempeñaba en la empresa.

Entre los sistemas conocidos y que pueden servir de antecedentes, figuran en especial dos: El que se apoya en la creación de las llamadas acciones de trabajo que concibe la participación obrera a base de organismos comunales o colectivos de los trabajadores (cooperativas) con derecho a participar mediante representantes en los organismos directivos de las empresas, y el que asigna esa participación individualmente a cada trabajador, considerando diferentes factores, tales como antigüedad, rendimiento, existencia del contrato en el momento de la participación, etc.

El primero lo propuso en la práctica la Ley Francesa del 26 de Abril de 1917⁵ pero a condición de que en el contrato social existiera la cláusula que permitiera a los obreros tener participación en las utilidades por lo cual y en el fondo el sistema venía a ser voluntario y obligatorio.

El segundo ocurrido también en Francia, se desarrolló mediante la Ley del 19 de Septiembre de 1919, que hizo obligatorio para las empresas mineras la participación de sus trabajadores en las utilidades, las cuales estarían

⁴ Libro Naranja – Análisis y propuestas del partido humanista. Argentina. 1998.

⁵ Accionario Obrero

subordinadas al salario de cada uno, salvo que los trabajadores de común acuerdo, optaran por destinar el producto de ellas a una obra común. Contra el primero se levantó la protesta de los trabajadores, principalmente en razón de su no obligatoriedad, y en ambos casos fue imposible su generalización, por lo cual a la postre fueron abandonados.

Más adelante los austriacos, por ley del 29 de Julio de 1919, implantaron el sistema en empresas de economía mixta. También el artículo 276 del Código Civil de Liechtenstein de 1926 recogió el beneficio.

En Latinoamérica, el Código Civil Boliviano de 1943 redactado por don Ossorio y Gallardo, incluía en su art. 1246 un sistema que admitía la participación de los obreros en los beneficios de la empresa.

Asimismo, en el Seminario «El Humanismo en la Economía», organizado por el Centro Mundial de Estudios Humanistas y la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de Madrid, España, entre el 8 y el 10 de Julio de 1997, expusieron sobre la «Propiedad de los Trabajadores» el Dr. Manuel Ahijado Quintillan, Decano de dicha Facultad; el Dr. Boris Koval, Presidente del Centro de Estudios Humanistas y miembro de la Academia de Ciencias de Rusia; el Profesor y Economista Dr. José Luis Montero de Burgos, y la Economista del Instituto Nacional de Capacitación Profesional de Santiago de Chile, Dra. Paola Parra, quien impulsa un proyecto de ley de su autoría ante el Parlamento Chileno

En México ha ocurrido otro tanto: El artículo 123 de la Constitución Nacional prevé, en principio, la participación obrera en las utilidades, pero, según el Profesor de La Cueva no ha sido posible expedir una reglamentación general que desarrolle esa garantía, y, de otra parte, algunos intentos aislados que se han hecho sobre el particular no han dado ánimos para continuar con el ensayo.

En un proyecto de Ley (Portes Gil) de 1925, se consignaba la idea de la obligatoriedad de esa participación, distribuyendo su producto en dos grandes partes, una de las cuales fuera a las cajas de seguro social, y la otra se distribuyera entre los trabajadores, según su salario.

El proyecto se objetó con el argumento de que, en primer lugar, ni había razón para forzar a los empleadores a una contribución al seguro social no prevista en la constitución, y en segundo término, que los riesgos contra la falta de salario “era una consecuencia de la organización capitalista”, a la cual no debían sacrificar los trabajadores su participación.

Más tarde, la ley de sociedades mercantiles de 1934 previó la emisión por parte de las sociedades de acciones de trabajo con destino a una participación de los trabajadores en sus utilidades, acciones que eran inalienables y de pertenencia comunitaria. Pero el Gobierno se apresuró a manifestar que tales disposiciones legales no implicaban reglamentación alguna de la Constitución sobre la materia, sino solamente una posibilidad de que dentro de las sociedades mercantiles hubiera una restricción al principio de que toda acción debe ser representativa de una parte del capital, para facilitar el medio de que hubiera acciones por servicios prestadas a las compañías.

En Colombia, el asunto fue abordado en el año de 1948, mediante el Decreto Extraordinario 2474 del 19 de Junio, “*Por el cual se fija la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas*” y posteriormente modificado por el Decreto 3871 de diciembre 9 de 1949.

Al respecto no sobra transcribir el texto de las referidas disposiciones:

“DECRETO NUMERO 2474 DE 1948

Por el cual se fija la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

(...)Que el mejoramiento de las condiciones de vida de las clases trabajadoras y el incremento del nivel de sus ingresos están directamente relacionados con el orden público, económico y social; que para combatir el desequilibrio en los ingresos de los distintos grupos económicos y para establecer fórmulas que armonicen los intereses del capital y del trabajo en las distintas empresas, se deben tomar las medidas tendientes a garantizar una equitativa participación del trabajador en las utilidades de la empresa superiores a determinados límites, a fin de que el trabajador goce de un estímulo por su mayor esfuerzo y eficacia, a la vez que reciba una compensación por el mayor costo de la vida, que guarde relación con el grado de sus obligaciones familiares,

DECRETA:

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.*

Artículo 2º. *Se entiende por empresa para los efectos del presente Decreto toda organización que, asumiendo los riesgos de una actividad económica en la realización de un determinado proceso agrícola, ganadero, industrial o comercial, admite asalariados y asume el pago de servicios personales, bien sea que pertenezca a una persona natural o jurídica.*

Artículo 3º. *Se entiende por trabajador, para los efectos del presente Decreto, toda persona natural que celebre con la empresa un contrato de trabajo ajustado a los principios y requisitos que señalan el Decreto 2187 de 1945 y demás disposiciones sobre la materia.*

Artículo 4º. *La participación de utilidades tendrá por base las ganancias en exceso del 12% sobre el patrimonio, liquidada a la empresa de acuerdo con las normas generales del impuesto sobre la renta y complementarios y con las siguientes exenciones:*

- 1. Los impuestos de renta, patrimonio y exceso de utilidades y recargos establecidos en los artículos 13 del Decreto legislativo 1361 y 1º de la Ley 45 del mismo año;*

2. Las siguientes rentas de trabajo en cuanto no excedan en conjunto de doce mil pesos (\$12.000) al año para cada contribuyente:

a) Las rentas exclusivas de trabajo recibidas, causadas o devengadas por personas naturales, provenientes de salarios, sueldos, comisiones, pensiones oficiales, emolumentos y honorarios profesionales;

b) El 20% de las rentas liquidadas de las personas naturales, causadas o recibidas por concepto de comisiones, en que tanto el patrimonio como el trabajo personal del contribuyente constituyan factores determinantes de esa renta;

c) El 20% de la renta líquida, tal como la define el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, de las personas naturales que gerencien o administren personalmente su propio negocio o industria, en que tanto el patrimonio como el trabajo personal constituyan factores productores de renta;

d) El 20% de la renta líquida, tal como la define el artículo 1º de la Ley 78 de 1935, de las sociedades de personas (colectivas, en comandita simple, de responsabilidad limitada); y

3. Las exenciones personas y por cargas de familia.

Artículo 5º. *Se entiende por patrimonio de la empresa para los efectos del presente Decreto, el que se fije en la liquidación de impuestos sobre la renta, patrimonio y complementarios.*

Artículo 6º. *El trabajador sólo tendrá derecho a participación de utilidades en la empresa a que preste sus servicios personales. Por lo tanto si en la declaración de renta apareciere que ésta proviene de distintas fuentes o actividades económicas*

o de varias empresas de la misma o de distinta índole, el funcionario liquidador determinará por separado las rentas de cada una de las empresas.

Así mismo, y con el fin de conocer la utilidad líquida de cada una de las empresas, se distribuirán proporcionalmente entre éstas y de acuerdo con el monto de utilidades de cada una de ellas, los gastos generales de administración, las sumas pagadas por concepto de intereses y amortización de deudas y el valor del impuesto sobre la renta, patrimonio y complementarios.

Artículo 7º. *La participación de utilidades se hará de acuerdo con la siguiente tarifa:*

- a) Sobre un exceso de utilidades que pase del 12%, sin exceder del 15% el 5% sobre el exceso;*
- b) Sobre un exceso de utilidades que pase del 15%, sin exceder del 18% el 8% sobre el exceso;*
- c) Sobre un exceso de utilidades que pase del 18%, sin exceder del 25% el 12% sobre el exceso;*
- d) Sobre un exceso de utilidades que pase del 25%, sin exceder del 35% el 15% sobre el exceso;*
- e) Sobre un exceso de utilidades que pase del 35%, el 20% sobre el exceso;*

Artículo 8º. *Tendrán derecho a la participación de utilidades de la empresa únicamente los trabajadores cuyo contrato de trabajo haya comprendido la totalidad del periodo financiero a que tales utilidades se refieren.*

Parágrafo. *El trabajador que se retirase voluntariamente o fuere despedido antes de cerrarse el periodo financiero, tendrá derecho siempre que hubiere estado por más de seis (6) meses al servicio de la empresa, a una participación proporcional al tiempo de servicio prestado, salvo si hubiere sido retirado por falta grave o justa causa.*

(...)

Artículo 30. *Las sumas que el trabajador recibiere por concepto de participación en las utilidades de la empresa, no se computarán en su remuneración, para efectos de la liquidación del auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales.*

Artículo 31. *La participación de utilidades que se establece en el presente Decreto no da derecho alguno al trabajador o trabajadores para intervenir en la dirección o administración de la empresa, ni para inspeccionar la contabilidad de esta. La inspección a que hubiere lugar para los fines de este Decreto, corresponderá sólo al Estado.*

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 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.*

Artículo 5º. *Igualmente, todas las empresas que no queden comprendidas en los casos contemplados en el artículo anterior del presente Decreto, deberán pagar a sus trabajadores, a partir del 1º de enero de 1950, una prima anual computada, así:*

a) Para aquellas cuyo patrimonio sea de \$200.000 o más, un mes de salario, pagadero en la misma forma que se determina en el artículo anterior;

b) Para aquellas cuyo patrimonio sea inferior a \$200.000, el valor de una quincena, que será cubierto de la siguiente manera:

A quienes hubieren trabajado el primer semestre del año el valor de una semana, el día 30 junio, y al personal que hubiere trabajado el segundo semestre, otra semana, pagadera antes del 20 de diciembre.

Artículo 6º. *Las disposiciones de este Decreto sobre primas de beneficio no son aplicables a los trabajadores oficiales, que serán reguladas por las disposiciones especiales vigentes. (...)*⁶

El mencionado Decreto no cumplió los nobles fines en que estaba fundado y se le formaron críticas fundadas principalmente en los exiguos límites cuantitativos que señalaba la parte de utilidades distribuible y el sistema extremadamente complejo y difícil para la determinación de las cuotas individuales. Es lo cierto y en numerosos casos de grandes empresas, la participación que se pensaba halagüeña, vino a ser irrita y sin significado económico para el trabajador, no habiendo despertado entusiasmo ni en los trabajadores ni en los empresarios. A la postre fue derogado dos años después para reemplazar la participación creada por él, por una prestación social denominada *Prima de Servicios*, sin carácter salarial y equivalente según el capital de la empresa al valor de un mes o quince días de salario, pagadera en dos cuotas, una en Junio y otra en Diciembre de cada año.

Así terminó, pues, entre nosotros, el primer intento de establecer la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

⁶ Fuente: www.cancilleria.gov.co

PRIMA DE SERVICIOS EN EMPLEADAS DEL SERVICIO DOMESTICO

Empleada de 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.”⁷

Normatividad Legislativa

Ante todo es primordial precisar la definición legal de un trabajador del servicio doméstico, es así como el Decreto 824 de 1988 realizó ésta labor cuando estableció en su artículo 1:

“Entiéndase por trabajador del servicio doméstico, la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa,

⁷ Resolución 1677 de 2008

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.”⁸

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.

El artículo 306 del código sustantivo del trabajo en su parte pertinente dice:

“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: (...)

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

La norma es clara al referirse exclusivamente a que son las empresas las obligadas a pagar prima de servicios y al manifestar que la prima de servicios corresponde a una participación del trabajador en las utilidades de la empresa.”⁹

Nos remitimos entonces a la segunda norma que es la del Código de Comercio, la cual define lo que es empresa. El artículo 25 del Código de Comercio establece: *Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.*

Esta definición de empresa excluye a las familias, pues no constituyen una empresa ya que no tienen como finalidad el desarrollo de una actividad económica

⁸ Artículo 1 del Decreto 824 de 1988

⁹ Artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo

organizada, y por tanto las empleadas de servicio doméstico que prestan sus servicios a estas familias no tendrán derecho a la prima de servicios.

Por otro lado, el Ministerio de la Protección Social: La empleada de servicio doméstico por días, ni en forma continua ni la interna tiene derecho a prima de servicios. Esto debido a que se considera que un hogar no es una empresa y por ende, no genera ingresos¹⁰. Lo mismo aplica para el conductor de una casa de familia. En estos dos casos, la prima de servicios es optativa. El empleador puede decidir voluntariamente pagarla o no¹¹.

Jurisprudencia

En nuestro país, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, han dado una interpretación exegética a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, se han ceñido estrictamente a lo expresado por el artículo 306, obviando que la prestación establecida en él, es obligatoria aun en la situación en que la empresa no genere utilidades.

A continuación los puntos de vista de las cortes colombianas, expresados a través de algunas pocas sentencias respecto del tema.

La Sentencia C 051 de 1995 cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Jorge Arango Mejía, es la Sentencia por excelencia que se refiere en particular el tema que tratamos y para lo pertinente la corte manifiesta básicamente lo siguiente:

“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

¹⁰ Cartilla del Servicio Doméstico. Ministerio del Trabajo. Bogotá. junio de 2012.

¹¹ El ABC de las prestaciones de las empleadas domésticas. www.finanzaspersonales.com

*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”.*¹²

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

*“que la prima legal de servicios es una prestación especial que no tiene el carácter de factor salarial y por esta razón, no todos los empleadores tienen la obligación de cancelarla, solamente los expresados en la norma”*¹³

Aunque no existen muchos pronunciamientos sobre el tema del pago de la prima de servicios a las empleadas domésticas, si existen pronunciamientos sobre la naturaleza de esta prestación, que consideramos son contradictorios entre por sí y con el artículo 306 del código sustantivo de trabajo, pues aunque manifiesta que la prima de servicios se reconoce al trabajador en virtud de su servicio y el tiempo laborado y no exclusivamente por razón de las utilidades que genere una empresa (ya que incluso aquellas que no generan utilidades están obligadas a su pago), la niega a las trabajadoras domésticas bajo el supuesto de que el hogar no genera utilidades, lo cual es ampliamente controvertible.

La Corte Constitucional expresa en su Sentencia C-710 de 1996:

*“recuérdese la necesidad de que existe coherencia entre los medios y los fines perseguidos por la norma –por lo que estos no solo deben ser adecuados para la consecución de ese fin- al tiempo que el logro del mismo no debe sacrificar principios constitucionales más amplios”*¹⁴

¹² Artículo 306 Código Sustantivo del Trabajo

¹³ Sentencia del 18 de octubre de 2006, Expediente 26456 Magistrado ponente Francisco Javier Ricaute Gómez.

¹⁴ Sentencia del 18 de octubre de 2006, Expediente 26456 Magistrado ponente Francisco Javier Ricaute Gómez.

DEBATE DE CONSTITUCIONALIDAD

PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad en primera medida se encuentra aludido por el artículo 13 de la Constitución Política, el cual establece que “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

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

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Además la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prevé en su artículo 1 que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Es así como el Principio de Igualdad tiene una normatividad reguladora demasiado fuerte, tal y como lo es la Constitución Política Colombiana y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo cual puede considerársele uno de los principios rey de nuestra legislación, pues tomándolo como precedente se han fallado innumerables casos conforme a este principio.

En materia laboral, el principio de igualdad primero se encuentra nombrado por la Constitución Política cuando dice en el artículo 25 de la Carta, el trabajo, como objeto de especial protección estatal, se debe realizar en condiciones “*dignas y justas*”, entre las cuales sobresale la remuneración que, según lo establece el artículo 53 *ibídem*, debe ser “*proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*”, principio que se expresa en la máxima universal “*a trabajo igual salario igual*”, que así prevé en la legislación interna el artículo 143 del C. S. T.

El principio de igualdad es pilar de los Estados Democráticos, tal y como lo es Colombia, por ello la Constitución Política de 1991 le dio una nueva connotación a este principio y elevó sus alcances al Derecho Laboral, lo cual nos lleva a concluir que la igualdad en materia laboral no es solo legal sino constitucional, lo que le da un gran soporte a los derechos de los trabajadores colombianos.

La igualdad de remuneración está contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo que se pretende dar la misma remuneración al esfuerzo hecho en condiciones de igualdad y que no incidan en el salario condiciones de sexo, raza, religión u opinión política.

Si vamos al cumplimiento riguroso del principio de igualdad deberíamos encuadrar a las empleadas de servicio doméstico en el derecho que tendrían a recibir prima de servicios al igual que el resto de trabajadores, porque lo que trata de establecer dicho principio es la igualdad entre los trabajadores, independientemente del ente para el que presten sus labores, la empleada doméstica trabaja las horas de ley y muchas veces hasta más, además de ello cumple con los tres elementos de la relación laboral “subordinación, remuneración y prestación personal del servicio”, lo cual la convierte en una trabajadora más y esto no puede diferenciarla en ningún aspecto de otros trabajadores que sí reciben las prestaciones sociales en su totalidad.

PERSPECTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TRABAJADOR

“¿Acaso el trabajo doméstico vale menos que el de un trabajador vinculado a una empresa? ¿Las labores domésticas no son un trabajo?

¿Qué hace la diferencia entre los trabajadores del servicio doméstico del hogar y las personas que realizan labores domésticas en una oficina o empresa? ¿No son acaso las mismas labores?

A pesar del significativo peso que el trabajo doméstico tiene en el total del empleo, es todavía una de las ocupaciones que presenta los más bajos niveles de remuneración y protección social. Los trabajadores y trabajadoras domésticas están aún sujetos a una legislación especial que las pone en desigualdad de condiciones en relación con el resto de los ocupados. A ello se agrega la difícil fiscalización del cumplimiento de los derechos adquiridos y las limitadas oportunidades de organización y reivindicación colectiva de derechos, principalmente por el aislamiento en que se realiza esta actividad.

Este trabajo doméstico representa la modificación de las labores del cuidado -o la transacción en el mercado de tareas cotidianas de reproducción social por un precio, es decir, un trabajo-, pero que forman parte de un continuo de labores domésticas no remuneradas de responsabilidad de algunos miembros de las familias, usualmente mujeres.

La cualidad de estas actividades, de ser un telón inadvertido en la vida cotidiana de las personas, influye en el nivel de precarización del trabajo doméstico y hace que la relación laboral contractual no sea claramente visible, aun cuando el trabajo doméstico involucra la oferta y demanda de la fuerza de trabajo.

El Trabajo Doméstico y las Labores del Cuidado como actividad económica, engloban una multiplicidad de ocupaciones y actividades dentro y fuera del ámbito de la familiar, que contribuyen al bienestar físico y mental de sus miembros, incluyendo: el trabajo sin remuneración realizado por los miembros del grupo familiar; las labores domésticas y de cuidado de niños, ancianos y enfermos realizadas remuneradamente; y actividades y ocupaciones relacionadas con la educación y la salud del grupo familiar; son labores que constituyen trabajo reproductivo en sentido amplio: no sólo mantienen y regeneran la fuerza de trabajo sino que contribuyen además a la perpetuación cultural y reproducción social (Anderson, 2001).

Una buena parte de los derechos de las domésticas ya figuran en la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo, convenios de la OIT, entre otras normas, pero en la práctica son solo derechos de papel. Desde el punto de vista formal, a los y las domésticas se les garantiza una pluralidad de derechos parecidos a los de cualquier trabajador, pero históricamente han estado expuestas a un sin número de violaciones, entre otras razones por la esfera privada (el hogar) en la que realizan su actividad, que escapa del control político, administrativo y judicial. Es difícil que las autoridades conozcan de estas violaciones. Para no hablar de la gran cantidad de menores de edad que son utilizados en trabajos domésticos.

Un derecho que hoy sí no les da la normatividad interna (Sentencia C51 de 1995), es la prima de servicios. Ha prevalecido el criterio de que los hogares no son unidades económicamente productivas, no generan utilidades, por tanto las domésticas no tiene derecho a primas. Habría que reevaluar este criterio, no solo porque incumple el mandato de que a trabajo de igual valor salario igual valor, sino porque es discutible eso que su trabajo no produce valor, dado que si no fuera por ellas sus patrones no podrían producir en sus oficios y empresas. Indirectamente la empelada doméstica sí aporta su fuerza de trabajo en aras de generar utilidad.

Dicha utilidad se ve reflejada en los beneficios que pueden obtener sus empleadores gracias a que cuentan con quien se encargue de mantener su hogar mientras ellos destinan su tiempo y fuerza laboral a otra unidad económica.

En este punto debemos considerar a la familia como lo que es: una unidad económica que implica adoptar decisiones y realizar tareas, como ubicación geográfica del hogar, administración de recursos, adquisición de bienes y productos, vigilancia, reparación y mantenimiento de la vivienda; tareas domésticas habituales como preparación de alimentos, nutrición, recreación, cuidado, traslado y apoyo permanente a los niños; relación con la escuela, prevención de accidentes y enfermedades, cuidado de enfermos y otras. Estas tareas requieren tiempo, son más o menos intensas según la etapa del ciclo en que la familia se encuentre y son realizadas con más o menos dificultad según sea el nivel socioeconómico de ella. Implican responsabilidad para algunos miembros de la familia y suponen cierta calificación. Son tareas repetitivas y algunas de ellas pueden adquirir rasgos conflictivos (como el cuidado de enfermos crónicos, las demandas de la escuela, etc.)

Entendido esto, podemos afirmar que el hogar, a través de sus miembros genera utilidades y debido a que la empleada doméstica participa de manera indirecta en la generación de las mismas, debe recibir de su empleador la prima de servicios.

DERECHO LABORAL PROTECCIONISTA

El Principio Protector se fundamenta en el hecho mismo que dio origen al nacimiento del Derecho del Trabajo, vale decir, la desigualdad existente entre la persona que es contratada para desempeñar una labor: el trabajador, y el empleador que lo contrata. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y buscó compensar o

nivelar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador, con una protección jurídica que le favoreciere.

Se afirma entonces que las normas de la Legislación Laboral son protectoras o proteccionistas del trabajador, lo que suele mencionar la doctrina precisamente como una de las características esenciales de las normas sustantivas del trabajo y ello se debe a que el Principio Protector constituye no sólo el principio rector, sino el fundamento mismo del Derecho del Trabajo, su razón de ser.

En el caso de los empleados del servicio doméstico de nuestro país, esta desigualdad, ha llegado a la injusticia pues sus condiciones laborales distan en gran medida de las de los trabajadores del común y si bien el espíritu normas laborales es el de protegerlos en su desigualdad, ¿Cuál es el sentido de que ante la luz de la sociedad se permitan este tipo de atropellos?

Como expresamos anteriormente en nuestro trabajo, las jornadas de trabajo superan las 15 horas diarias, en algunos casos sin vacaciones, con salarios que no llegan ni a la mitad del mínimo legal establecido, sin prestaciones sociales, es el panorama de los trabajadores del servicio doméstico, ahora haciendo uso del espíritu proteccionista del derecho laboral, como primer paso se debe hacer el reconocimiento del principio de igualdad, y aceptar que ellos son una fuerza de trabajo igual a la de los obreros, gerentes y demás trabajadores y una vez este en entendido, hacer extensivas las garantías del derecho laboral.

CONVENIO 189 DE LA OIT Y SU RECOMENDACIÓN

El Convenio número 189 de la OIT y la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que fueron

adoptadas el 16 de junio de 2011 por la Conferencia Internacional del Trabajo, son las normas internacionales que rigen el tema en cuestión.

Aunque el Convenio 189 no ha sido ratificado por Colombia, el 19 de Abril de 2012 se radicó en la Secretaría del Senado el Proyecto de Ley No. 231 de 2012 con el cual se busca la ratificación de dicho Convenio y el cual se encuentra en estudio en el Congreso de la República,

Estos instrumentos se han estructurado sobre la premisa fundamental según la cual los trabajadores domésticos (o trabajadores del hogar) no son ni «sirvientes», ni «miembros de la familia», ni trabajadores de segunda clase.

El Convenio número 189 y la Recomendación número 201 sientan la base normativa para mejorar las condiciones de trabajo y de vida de decenas de millones de personas empleadas en una actividad laboral que desde siempre ha sido subvalorada y realizada tradicionalmente por mujeres. Su ámbito de aplicación abarca a una categoría numerosa y creciente de trabajadoras y trabajadores que suelen ser migrantes o miembros de comunidades desfavorecidas. Su trabajo es a menudo ignorado, y su vulnerabilidad es alta.

La adopción de este Convenio y esta Recomendación marca un momento histórico, ya que por primera vez se dispone de instrumentos laborales internacionales aplicables a un segmento de la fuerza de trabajo mundial que está ocupado esencialmente en el sector informal. Se ha reconocido así debidamente el valor social y económico del trabajo doméstico.

Estos instrumentos son los fundamentos jurídicos que permitirán asegurar que las trabajadoras y los trabajadores domésticos disfruten del respeto y de los derechos que los trabajadores de la economía formal han conquistado en el curso de muchos decenios de movilización social.

El Convenio núm. 189 garantiza la protección laboral mínima que deben tener los trabajadores domésticos, a la par con las demás categorías de trabajadores, y deja un margen de flexibilidad considerable para su aplicación. La Recomendación núm. 201 aporta orientaciones prácticas y útiles sobre la forma de dar efecto a las obligaciones plasmadas en el Convenio núm. 189, que complementa.

La incorporación plena de las trabajadoras y los trabajadores domésticos al sistema internacional de normas laborales es un avance fundamental hacia la realización del trabajo decente para todos. Los trabajadores domésticos tienen derecho al trabajo decente al igual que todos los demás trabajadores.

Convenio número 189 CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS*

ENTRE LAS PARTES.

ARTÍCULO 10

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

ARTÍCULO 14

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

La Recomendación número 201 RECOMENDACIÓN SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS

Artículo 10

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

Artículo 14

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

SENTENCIA

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

RADICADO SENTENCIA: Sentencia C 051 DE 1995 Acta No. 3

FECHA: 16 DE FEBRERO DE 1995

ORGANO EMISOR: CORTE CONSTITUCIONAL

DEMANDANTE: JAIME CORDOBA TRIVIÑO

CONTRA: ARTICULO 338 (PARCIAL) CODIGO
SUSTANTIVO DEL TRABAJO

MAGISTRADO PONENTE: JORGE ARANGO MEJIA

HECHOS

1. El ciudadano Jaime Córdoba Triviño, en su calidad de Defensor del Pueblo, con la facultad que tiene para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, presentó ante la Corte Constitucional demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 338 (parcial) del Código Sustantivo de Trabajo.
2. Por auto del 5 de septiembre de 1994, el Magistrado sustanciador, admitió la demanda por cumplir con los requisitos legales.
3. Texto de La norma acusada:

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

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

- El fragmento de la norma demandada viola considerablemente el derecho a la igualdad, porque permite que un determinado grupo de trabajadores sea excluido de los beneficios mínimos que, en materia prestacional, establecen las normas laborales para todos los trabajadores.
- El legislador dejó de lado una de las características principales de toda norma, la generalidad y abstracción, para favorecer a un grupo determinado de patronos: los que realizan actividades sin ánimo de lucro.
- Los beneficios que la ley otorgue a las entidades de característica no lucrativa, no pueden concederse con menoscabo de los derechos de los trabajadores.
- La norma acusada desconoce los derechos laborales reconocidos por los distintos tratados internacionales.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizar la constitucionalidad del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto exceptúa a dos categorías de trabajadores, para los efectos de las prestaciones sociales, del régimen laboral ordinario. Tales trabajadores son los que prestan sus servicios a los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro, y a las personas sometidas a la legislación canónica según el Concordato.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

- Cuando el artículo 13 de la Constitución Política dice que la igualdad debe ser "real y efectiva" permite que la ley, en casos especiales, de un trato diferente a algunas personas, siempre y cuando ello se justifique.

Tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13: la igualdad de oportunidades para los trabajadores. Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono.

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

- Viniendo al tema de la justicia, ¿serán, acaso, justas las condiciones desfavorables de un trabajo, basadas solamente en factores propios del patrono y ajenos al trabajador y a la labor que realiza?

En síntesis, la norma acusada no interpreta los artículos 25 y 53 de la Constitución; por el contrario, los contradice.

Del artículo 25 de la Constitución, "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado". Además, "toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas" debe destacarse, en esta sentencia la "especial protección" que el Estado debe otorgar al trabajador. ¿Protección para qué? Para que en relación con él se garanticen "los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Principios entre los cuales cabe destacar el de la igualdad, ya

examinado. Derechos, como el que tiene toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas. Y deberes, como el de la solidaridad social, en virtud del cual todos estamos obligados a promover el bienestar general, que en alguna forma contribuye al bienestar de cada uno. Y también que el derecho al trabajo es el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. A este respecto el calificativo de dignas que se da a las condiciones del trabajo, hay que entenderlo como derivado de la dignidad propia del ser humano. Ello implicaría el que la dignidad misma fuera mensurable, al punto de afirmar que unas personas tienen más dignidad que otras. Pretensión inaceptable a la luz de las leyes que nos rigen.

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

No hay que olvidar, por otra parte, que la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta en sí misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas. No están, en consecuencia, en incapacidad de retribuir normalmente a sus trabajadores.

- Si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores.
- 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.

DECISIÓN DE LA CORTE

1. Declárese INEXEQUIBLE el siguiente aparte del numeral 1 del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo: "...pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones".
2. Declárese INEXEQUIBLE el numeral 2 del mismo artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "2. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica".
3. Declárese INEXEQUIBLE el numeral 1 del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en la parte que dice: "Los trabajadores del servicio doméstico, los de empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos (\$20.000) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos (\$60.000) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año".

ANALISIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

- **Derecho a la igualdad:** La corte en el análisis del Derecho a la igualdad estima que en materia laboral las personas están sujetos a iguales condiciones frente a la ley y que solo se autorizan tratos diferentes cuando estén debidamente justificados.
- **Derecho al trabajo en condiciones justas y dignas:** El trabajo es un derecho que goza de especial protección del Estado y debe ser en condiciones dignas y justas. De lo anterior se colige que la protección que brinda el estado es para garantizar el Derecho a la Igualdad, y que cuando el legislador habló del condiciones dignas y justas se refiere a un calificativo derivado evidentemente de la dignidad del ser humano, y para que un trabajador mantenga su dignidad no hay lugar a que sus condiciones de retribución sean diferentes a las de otros trabajadores, debe tratársele en cambio en un plano jurídico igual y no distinto porque este es igual a sus semejantes.
- **No es posible conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores,** y más cuando algunos patronos están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas. La corte con esta apreciación busca explicar que el estado puede buscar beneficiar las actividades de los patronos sin ánimo de lucro pero sin desmejorar las condiciones de los trabajadores que presten sus servicios para estos y si el estado quiere estimular determinadas actividades, debe hacerlo a su costa, no a costa de algunos individuos.
- **Si el servicio doméstico es un lujo,** quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores.

- 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. Lo que hace allí la corte es manifestar que como una casa de familia no genera utilidades y la naturaleza de la prima de servicios es reemplazar la participación de las utilidades de la prima, entonces los trabajadores del servicio doméstico no tienen derecho a dicha prima.

CONCLUSION FINAL DE LAS AUTORAS

En cuanto al artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, la norma es clara al referirse única y exclusivamente a la empresa, dado que una familia no tiene como objetivo desarrollar una actividad económica que la lleve a obtener utilidades, los empleados que presten servicios domésticos a estas familias, no tienen derecho recibir prima de servicios. Cosa diferente ocurre si el empleador es comerciante y vincula laboralmente a una persona para desarrolle los oficios varios de la empresa, en este caso se da la obligación de pagar la prima de servicios.

Aparte de la claridad de la norma, ésta trae implícita una exceptuación y es la del caso de los trabajadores del servicio doméstico, exceptuación que aduce la Sentencia C 051 de 1995 cuando se refiere a tal artículo. El error primero de dicha sentencia es confirmar ello en base al número 2 del MISMO artículo, lo cual a la luz de la lógica, la ley y la razonabilidad no es viable que para manifestar algo respecto de un artículo, la jurisprudencia se respalde en otro aparte del mismo artículo, sin antes no realizar un análisis exegético del artículo o un juicio de constitucionalidad.

En el estudio de la Sentencia C 051 de 1995 se observa que se demandó la constitucionalidad del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, y en las consideraciones de la Corte Constitucional para pronunciarse y decidir al respecto, hace una interpretación del artículo 306 del mismo código, interpretación que a nuestro parecer resulta ser exigua para un tema de tanta importancia como lo es la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores del servicio doméstico

Las consideraciones que realiza la Corte Constitucional es a nuestro juicio, convenientes y contradictorias a la vez, pues a lo largo de ellas empieza favoreciendo en todo a los trabajadores del servicio doméstico, comenzando por hablar del derecho a la igualdad, hablando también del derecho al trabajo en condiciones justas y dignas, manifestando que no es posible conceder ventajas a algunos patronos en desmedro de ciertos trabajadores y dando razón al demandante en el cargo de inconstitucionalidad cuando dice que si el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores. Todo lo anterior permite que a lo largo de la lectura de la sentencia pensar se favorece en su totalidad a las empleadas del servicios doméstico, pero a pesar de los apartes declarados inexecutable, esta interpretación que se hace del artículo 306 del C.S.T no solo desfavorece a dichas empleadas sino que contradice todos los argumentos que estableció la jurisprudencia para el objeto del fallo, y pone en desmedro a este grupo de individuos en relación con el resto de trabajadores frente a la ley que sí tienen derecho a la prima de servicios.

Si de justicia y equidad hablamos no sería justo ni equitativo decir que el hogar no genera lucro ni utilidades, pues a la palabra hogar le estamos dando menos importancia de la que se merece, porque no se puede definir hogar solo como un lugar físico o un concepto para definir la reunión de varias personas bajo un

mismo techo, la palabra hogar connota un significado mucho más profundo y es el hecho de que las personas que lo conforman fungen unas a otras por su bienestar, buscando no solo armonía sino la subsistencia económica y el desarrollo de todos sus integrantes en la sociedad. Por lo tanto el lucro que genera el hogar, está representado en que el trabajador de servicio doméstico aporta de una manera directa a que los integrantes del hogar puedan desempeñar con tranquilidad sus actividades laborales y cumplan un papel en la sociedad, papel que les representa lucro y de no ser por la empleada de servicio doméstico este lucro no podría generarse para los integrantes del hogar. Este aspecto es el superlativo argumento de todo este debate que desprende del no pago de la prima de servicios a los trabajadores del servicio doméstico, porque si bien esta prima reemplazó a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa para que trabajaban, está la empleada de servicio en todo derecho a recibir la mencionada retribución económica pues su trabajo y prestación del servicio en el hogar contribuye considerablemente a que su patrono pueda trabajar por fuera y generarse unas utilidades.

El trabajo doméstico no genera pago de parafiscales o sea Sena, ICBF, fundamentado en que la familia no es una unidad de explotación económica, ya con estas precisiones se está beneficiando al patrón, razón por la cual no hay lugar al desmejoramiento de las condiciones laborales del trabajador, porque a la luz del derecho laboral es claro que a quien busca proteger más es al trabajador y no al patrono.

Cada vez es más frecuente que los colombianos tengan una empleada de servicio doméstico, ya que el 11.1 de la población femenina en Colombia se dedica al trabajo doméstico según estudios realizados entre 2004 y 2008¹⁵ el problema es que las partes desconocen los derechos y deberes que deben cumplirse a la hora de prestar estos servicios, y más que hacer una interpretación rigurosa de la ley

¹⁵ Fuente: Datos seleccionados por la CEPAL durante el cuatrienio 2004-2008. Ver: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Panorama Social de América Latina 2009. CEPAL, 2009

laboral lo que debe hacerse es un ampliación jurisprudencial, pues al respecto se considera que hay vacíos normativos, existe falta de precedente jurisprudencial y se carece de norma reguladora de manera específica que no vulnere ni desmejore los derechos de los trabajadores ni viole la protección especial del estado que tiene el derecho al trabajo.

A un grupo de individuos por pequeño que sea, no puede desconocérseles o desmejorar en sus condiciones laborales, por ello la ley debe ser más amplia con su parametrización respecto a las condiciones laborales de los trabajadores del servicio doméstico, y al mismo tiempo ocuparse de marcar un precedente respecto de otros temas en los cuales existen vacíos normativos con sentencias enfocadas a un tema en concreto que eviten interpretaciones análogas.