REPÚBLICA DE COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL	**COMUNICADO No. 02** **Enero 30 y 31 de 2019**

LA PRESUNCIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA APLICABLE ÚNICAMENTE A LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS CONFIGURA UNA DISCRIMINACIÓN QUE NO SE JUSTIFICA FRENTE A LOS DEMÁS TRABAJADORES Y POR TANTO VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL. EN CONSECUENCIA, COMO OCURRE CON TODOS LOS TRABAJADORES , EL PERÍODO DE PRUEBA NO SE PRESUME, SINO QUE DEBE SER PACTADO EXPRESAMENTE

I. EXPEDIENTE D-12745 - SENTENCIA C-028/19 (enero 30)
M.P. Alberto Rojas Ríos

1. Norma acusada

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No. 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No. 3518 de 1949.

ARTICULO 77. ESTIPULACION.

1. El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

2. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presume como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE,** por los cargos analizados, el numeral 2 del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950, que dice "2. En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presumen como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio".

3. Síntesis de la providencia

La Corte estudió una demanda contra el numeral 2 del artículo 77 del Decreto Ley 2663 de 1950. Una vez constató la aptitud de los cargos, debía determinar si la presunción del periodo de prueba, aplicable únicamente a los trabajadores domésticos, quebrantaba los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, relativos al derecho fundamental a la igualdad de trato y al principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, respectivamente.

La Sala Plena encontró que la presunción impugnada es inconstitucional. Luego de analizar que el periodo de prueba es una excepción al principio constitucional de estabilidad en el empleo, en virtud de la cual se permite terminar el contrato sin que el empleador deba indemnizar al trabajador, y que por lo tanto las partes siempre deben estipularlo por escrito, se refirió al tratamiento diferenciado que incorpora la norma acusada respecto del trabajo doméstico, el cual se realiza mayoritariamente por mujeres de escasos recursos y con un déficit de protección social. Sostuvo que la situación de vulnerabilidad de quienes realizan trabajo doméstico ha dado lugar a que se reproduzca en condiciones inadecuadas, bajos salarios, extensas jornadas, alta informalidad y una limitada protección social. Acreditado que en su mayoría sus vinculaciones laborales se realizan a través de contratos verbales, la presunción del periodo de prueba opera en ellos, lo cual no ocurre con los empleados que se desempeñan en otras tareas, lo que contraviene los principios incorporados en el artículo 53 constitucional, en punto a la igualdad de oportunidades y a la realización del trabajo en condiciones dignas y justas.

Bajo ese entendido, la Corte explicó que la finalidad constitucional de la presunción prevista en la norma acusada no es legítima ni imperiosa; por el contrario, dicha disposición otorga un

trato discriminatorio a las personas que laboran en el servicio doméstico, en contraste con los trabajadores que sin pactar el periodo de prueba cuentan con estabilidad en el empleo desde el inicio de la relación, al paso que los trabajadores y trabajadoras domésticas deben soportar, aunque no lo acuerden, una presunción consistente en estar a prueba en sus funciones por quince (15) días. De acuerdo con precedentes jurisprudenciales y con el bloque de constitucionalidad, en especial lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio 189 de la OIT, la Sala Plena determinó que las personas que se emplean en el servicio doméstico deben, si así lo convinieron con su empleador, contar por escrito con la información de que su contrato está sujeto a periodo de prueba y el lapso por el cual ello se prolongará, así como las demás condiciones del contrato, lo cual constituye un componente esencial del trabajo en condiciones dignas y justas.

La Corte enfatizó que existe un mandato de equiparación de derechos en relación con los trabajadores domésticos, que visibiliza la labor de cuidado esencial en el sostenimiento de la vida y que implica otorgar, por lo menos, idénticas garantías que las reconocidas al restante segmento de trabajadores, específicamente en relación con la forma en la que se desarrollará su vinculación y la estabilidad de la misma. En ese sentido, al determinar que unos y otros trabajadores son sujetos comparables, que no existe justificación constitucional que permita que, en caso de no acordarlo, a las trabajadoras domésticas se les presuma el periodo de prueba, y dado que la finalidad de la norma no es legítima, imperiosa o necesaria, la disposición demandada es incompatible con los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y, en consecuencia, fue declarada inexequible.

Sigue de todo lo anterior que, en lo sucesivo, el periodo de prueba no se presume y que debe pactarse por cierto en las condiciones en que podría hacerse respecto de los demás trabajadores, a efecto de que, de no hacerse, los empleados del servicio doméstico cuenten con estabilidad en el empleo desde el inicio de la relación.

4. Salvamentos de voto

Los Magistrados **Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo** y **Antonio José Lizarazo Ocampo** manifestaron su salvamento de voto en relación con la decisión de inexequibilidad adoptada en la sentencia C-028 de 2019.

En concepto del Magistrado **Bernal Pulido,** la norma acusada debió haber sido declarada constitucional porque establecía una diferencia razonable y proporcional, que no un tratamiento discriminatorio. En **primer lugar,** recordó que según el artículo 13 de la Constitución Política, los criterios sospechosos o prohibidos para efectuar tratamientos diferenciados son el "sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". Ahora bien, en la medida en que el Estado tiene el deber de promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" por medio de la adopción de "medidas en favor de grupos discriminados o marginados", las distinciones que se fundamentan en una condición de debilidad o exclusión, pese a no pertenecer a aquellas categorías explícitamente prohibidas, también generan un grado de sospecha de discriminación que obliga al juez constitucional a valorar con especial cuidado la existencia de razones objetivas que avalen tratamientos diferenciados. Este es el caso de los trabajadores domésticos, tal como se deriva del "Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (número 189)", incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1595 de 2012, uno de cuyos fines es la eliminación de las formas de discriminación respecto de tales trabajadores. En **segundo lugar,** consideró que la distinción que realiza la disposición demandada, en relación con el periodo de prueba de los trabajadores domésticos, no es discriminatoria porque no se efectúa sobre un punto especialmente sensible para la igualdad. Según el Convenio en cita, son aspectos especialmente sensibles para la igualdad en relación con los trabajadores domésticos "las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas" (art. 10), "la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad" (art. 14), los "pagos en especie" (art. 12), y "el acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos" (art. 16). De esta enunciación no es posible inferir que el periodo de prueba sea un elemento sospechoso del que pueda derivarse un tratamiento discriminatorio para los trabajadores domésticos. Más aún, según el Convenio en cita, el Legislador cuenta con un margen de apreciación suficiente para regular el periodo de prueba, siempre y cuando no afecte el derecho a la información de

los empleados domésticos. Su artículo 7 dispone lo siguiente: " Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional" (subrayado por fuera del original). La disposición en cita resalta que uno de los aspectos en los que existe un deber especial de información es " (i) el período de prueba, cuando proceda". Si la garantía especial que reviste al periodo de prueba es el acceso a la información, y al tiempo deja un margen de apreciación a las legislaciones nacionales respecto de la forma en que este se celebra, no es posible inferir que exista una imperiosa necesidad de igualdad en que este, el periodo de prueba se pacte por escrito.

En **tercer lugar,** a pesar de lo dicho, estimó que también era posible inferir que la distinción que realiza el legislador es razonable y proporcional si se considera el alto grado de confianza en que se fundamenta esta especial relación laboral, pues la prestación del servicio se realiza en el hogar del empleador y su familia. Si esto es así, es razonable inferir que un periodo de prueba corto, presunto, pretende proteger, de un lado, la intimidad familiar, al exigir al empleador valorar en tal término las aptitudes del empleado para desempeñar su sensible labor; de otro lado, permite al trabajador doméstico superar de manera rápida la situación de inestabilidad en que se podría encontrar en un periodo de prueba mucho más largo, como el que se posibilita con la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada, a pesar de que se sujeta a la solemnidad escrita.

Así las cosas, el Magistrado **Bernal Pulido** concluyó que: **(i)** la disposición demandada supone una intervención baja en la estabilidad laboral de los empleados domésticos y genera beneficios medios o altos en la satisfacción de la protección de la intimidad familiar. La intensidad de la intervención en la estabilidad laboral es baja porque además de tratarse de un periodo de prueba corto, este resulta incluso menor al que pudiera pactarse por escrito. La norma consigue un nivel de satisfacción medio o alto en la protección de la intimidad familiar pues favorece la existencia de espacios para establecer, de manera pronta, si el trabajador que ingresa a lo más íntimo del hogar reúne las condiciones que se esperan para ejercer su labor. **(ii)** La medida, al mismo tiempo que implica una intervención de intensidad media en las garantías formales del periodo de prueba (por permitir su presunción en los contratos verbales), consigue un beneficio alto en la satisfacción de la estabilidad laboral del trabajador. Como el periodo de prueba es más corto que aquel que se puede pactar por escrito, la disminución en las garantías formales genera un efecto favorable al trabajador, ya que le permite superar más rápidamente el periodo de inestabilidad y **(iii)** Finalmente, la disposición demandada genera un beneficio abstracto mayor para los trabajadores domésticos que el que se obtiene con la obligación de regular el periodo de prueba por escrito. Al presumirse el periodo de prueba en los contratos verbales, este se fija en un periodo corto. Por el contrario, dado que la declaratoria de inexequibilidad de la disposición impone el deber a las partes de pactar por escrito el periodo de prueba, se genera una mayor inestabilidad laboral para los trabajadores domésticos, pues se incentiva la posibilidad de pactar periodos escritos mucho más amplios para el periodo de prueba.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se apartó de la decisión mayoritaria, porque, en su criterio, por un lado, existen diferencias relevantes que avalaban la decisión de dar un tratamiento diferenciado al periodo de prueba aplicable a los trabajadores del servicio doméstico, y, por otro, la presunción legal tenía un alcance protector para los trabajadores, dado que, salvo pacto en contrario, fijaba para esos casos el periodo de prueba en 15 días, lo cual, ante la informalidad que suele asociarse a este tipo de vinculación laboral, brindaba certeza a las partes sobre el término a partir del cual se entiende que el trabajador queda amparado por la estabilidad que garantiza la ley.

Para el Magistrado **Guerrero Pérez**, la presunción establecida por el legislador, refleja una realidad marcada por la informalidad en la que, por la naturaleza del servicio y las condiciones en las que está llamado a prestarse, el contrato tiene, en la práctica, un entendimiento implícito sobre la necesidad de una mutua adaptación entre el empleado y la familia para la cual va a prestar el servicio. Al fijar como presunción legal ese periodo en 15 días, la ley protegía al trabajador frente a la probabilidad de que, si se decidiese hacerlo constar por escrito, el período de prueba se extendiese hasta por dos meses.

De igual manera, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** salvó su voto al considerar que no configuraba una discriminación prohibida por la Constitución, pues la presunción del período de prueba -artículo 77 del Código Sustantivo del Trabajo-, operaba como una acción afirmativa en beneficio de la estabilidad laboral de los trabajadores domésticos, en la medida que en ausencia de una estipulación expresa en un contrato laboral escrito, transcurrido el lapso de quince días el trabajador vinculado verbalmente gozaba del principio de estabilidad laboral, lo que lo beneficiaba ante la imposibilidad de celebrar un contrato escrito y poder negociar los términos del periodo de prueba. Advirtió que la desaparición de la norma que contemplaba la presunción de un período de prueba no va a garantizar que desde ahora los contratos laborales con trabajadores domésticos vayan a celebrarse siempre por escrito, habida cuenta que el contrato verbal implica iguales derechos y garantías laborales que el contrato suscrito de trabajo, así como las mismas cargas para el empleador y deberes del trabajador.

En la misma línea, el Magistrado **Lizarazo Ocampo** se apartó de la declaración de inexequibilidad adoptada en la sentencia C-028 de 2019, por cuanto consideró que la presunción del período de prueba en el caso de los trabajadores domésticos establecida en la norma acusada constituía una norma que se justificaba desde la perspectiva constitucional, por las variables y las condiciones particulares de la contratación verbal que se acostumbra a celebrar y el ámbito en el que prestan su servicio dichos trabajadores. Observó que hoy los trabajadores domésticos gozan de los mismos derechos y garantías laborales, así como de la seguridad social de todos los trabajadores. La única diferencia que subsistía era la presunción de un período de prueba más breve que a diferencia de lo que se consideró por la mayoría de la Sala, daba mayor garantía de estabilidad en un lapso más breve que el dado por regla general a los demás trabajadores, lo que significaba que los trabajadores domésticos contratados en forma verbal, solo tenían que esperar quince días para gozar de la estabilidad laboral que implica que superado ese plazo, no pudieran ser despedidos sin una indemnización. Como también se advirtió por los magistrados disidentes, la exclusión de esta presunción del ordenamiento no llevará necesariamente a que la contratación de estos trabajadores se realice siempre por escrito, como lo expone la mayoría como uno de los fundamentos de inconstitucionalidad del precepto demandado.