PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO PERFECCIONANDO EL RESGUARDO AL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS REMUNERACIONES

1. La igualdad de remuneraciones

El principio de igualdad de remuneraciones en materia laboral, que deriva del principio de igualdad de trato[1], ha sido un principio latamente desarrollado sobre todo a nivel supranacional. Entre la normativa supranacional que podemos destacar se encuentra el Tratado de Roma de 1957 (constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y el Convenio N° 100 de la OIT de 1951, sobre igualdad de remuneración. Tanto este último instrumento como el instrumento comunitario europeo, tras la modificación introducida por el Tratado de Amsterdam de 1991, hablan de la no discriminación respecto de trabajos de "igual valor" entre hombres y mujeres. Esta misma idea se sigue en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Cabe hacer presente que todos estos instrumentos internacionales, con excepción del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y su modificación referida, fueron debidamente ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

El principio de igualdad de remuneraciones implica que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador debe remunerar de manera igual los mismos trabajos o aquellos a los que se les asigna igual valor, con independencia del sexo del trabajador que desempeña la labor. De esta forma, constituye una garantía para el trabajador o trabajadora de que no se le discriminará en materia de remuneraciones en razón de su género[2].

La discriminación en materia de remuneraciones puede ser directa o indirecta. Es esta última la que cobra relevancia a la hora de intentar proteger el principio de igualdad de remuneraciones y la podemos definir como "aquella en la que la diferencia de trato es

---

[1] Así lo ha reconocido la doctrina y lo reconoce implícitamente la Dirección del Trabajo en Dictamen ORD. N° 1187/018 de 2010.

[2] NORDENFLYCHT, Viviana, *Igualdad de Trato y de Remuneraciones en materia laboral desde una perspectiva de Género* (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010), p. 33

formalmente correcta y no aparece directamente vinculada al sexo, pero genera consecuencias discriminatorias sobre un colectivo concreto, en el caso específico, en razón de su sexo"[3].

Si bien en los últimos años ha habido una tendencia al alza de la fuerza laboral femenina, este avance deja de ser provechoso mientras sigan existiendo numerosas discriminaciones en materia de remuneraciones, que opacan dichos avances. Las estadísticas indican que la tasa de participación laboral femenina se elevó de 30,9% en los años noventa a 41,3% en 2009. En los mismos años el porcentaje con que las mujeres aportan al ingreso del hogar pasó de 28,7 a 38,6%[4]. Además, la Dirección del Trabajo ha expresado que "buena parte de los empleos ocupados por las trabajadoras son de baja calidad. En los sectores feminizados es amplia la .franja de trabajo precario e informal, con baja productividad y consecuentemente, mal pagado"'[5].

El problema de fondo que se presenta no dice relación sólo con una cierta discriminación en materia remuneracional, sino más bien tiene sus causas últimas en la estructura social que actualmente tenemos: la mujer a cargo del hogar y la familia, y el hombre sostenedor o proveedor. La alternativa de solución ante dicho problema es la co-responsabilidad en las obligaciones familiares y la conciliación de la vida familiar y laboral, las cuales permiten un cambio social con consecuencias provechosas en el trabajo[6]. Mientras no se modifique dicho esquema, actualmente obsoleto y anacrónico, difícilmente se lograrán superar las varias falencias existentes hoy en nuestra legislación laboral y que obedecen todas al mismo trasfondo. Si bien el presente proyecto no intenta dar una solución a dicho problema en su generalidad, se presenta como un paso más en vías a lograr superarlo.

---

[3] DUBLIN, K. *"La LOIHM y la transformación de los principios de igualdad"* en "Comentarios laborales de la ley de igualdad entre hombres y mujeres" coordinado por Jesús Mercader Uguina. Ed. Tirant lo Blanch, España, 2007, p. 337

[4] Documento Temas Laborales N" 27: *El derecho a ganar lo mismo, Ley 20.348, igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres,* documento elaborado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2011), p. 7. Disponible en http://www.dt.gob.col/documentacion/1612/articles-99443 recurso_1.pdf

[5] Ibíd.

[6] En este sentido: CAAM AÑO ROJO, Eduardo, *Mujer, Trabajo}, Derecho* (Santiago, 2011), *p.* 112 y ss.

Chile es actualmente el quinto país del continente con mayor brecha salarial según informe del Banco Interamericano de Desarrollo[7]. Según esta misma entidad, en nuestro país los hombres ganan un 19,3% más que las mujeres en igualdad de condiciones (nivel educacional, edad y responsabilidad).

2. "Igual trabajo" y "trabajo de igual valor"

Debemos insistir en la incorporación de la frase "trabajos de igual valor" junto a la de "igual trabajo", debido principalmente a que hombres y mujeres no están distribuidos de igual forma en los distintos sectores de la economía ni en los distintos puestos de trabajo, debido a una cierta discriminación estructural de la sociedad que llamamos "polarización del mercado de trabajo"[8]. En este mismo sentido, se señala que "la decisión o elección de una carrera profesional viene precedida por una división sexual del trabajo que sitúa a las mujeres en determinadas funciones y sectores productivos (comercio, hogares privados con servicios domésticos y enseñanza, entre otros), cuya remuneración tiende a ser menor que en los trabajos masculinizados, concentrados en sectores como la construcción y la minería"[9].

La existencia de la frase "igual trabajo" en nuestra legislación, fuera de lo teórico, ha servido en la práctica para eludir la aplicación del actual Art 62 bis del Código de Trabajo. Hombres y mujeres generalmente no realizan el mismo trabajo, pero en muchos casos si realizan labores "de igual valor". Por citar un ejemplo registrado en la prensa recientemente, entre una mujer "bodeguera de farmacia" y un "bodeguero de economato" de un determinado hospital, debieran considerarse que desarrollan un trabajo de igual valor, aunque la Contraloría General de la República no lo consideró así"[10]. En este sentido, la Dirección del Trabajo ha reconocido que "hay sectores de ocupación feminizados que son peor remunerados que otros

---

[7] Informe "Nuevo siglo, viejas disparidades: brecha salarial por género y etnicidad en América Latina" del BID. Elaborarlo por Juan Pablo Alai, Hugo Ñopo y Natalia Winder. Versión en inglés disponible en: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2208929

[8] Término utilizado por NORDENFLYCHT JOTAR, Viviana, Op. Cit. (2), p. 78

[9] Informe de Evaluación de la Ley N° 20.348, que Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones, Departamento de Evaluación de la Ley, Cámara de Diputados (Valparaíso, Junio 2013), p. 10.

[10] Caso de Evelyn Briso Osorio, quien trabajaba en el Hospital Doctor Lucio Córdoba. Revista Ya (10 abril 2012), p. 60. Detalles en Dictamen N° 14.292 de 13 de marzo de 2010, Contraloría General de la República

en que hay predominio del hombres, aunque la calificación y experiencia requeridas sean similares en ambos"[11].

Si bien la existencia de la frase "mismo trabajo" puede tener como fundamento evitar la cantidad excesiva de demandas que se podrían ocasionar derivadas de faltas a la igual remuneración, en sí mismo constituye una limitación a dicho principio, por cuanto bastaría con cambiar la denominación del puesto de trabajo para que ya no sea "el mismo", y por lo tanto haga procedente una distinción de remuneraciones.

La expresión "trabajo de igual valor" venía incorporada en el proyecto original de la Ley N° 20.348, y fue durante el segundo trámite constitucional en el Senado que se eliminó, sobre todo debido a la complejidad de comparar trabajos de igual valor, ya que dicho concepto requiere necesariamente de la adopción de sistemas de clasificación profesional establecidos en términos neutros en cuanto al sexo del trabajador para comparar trabajos equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación en el legítimo reconocimiento que los hombres y mujeres no desempeñan el mismo trabajo. De este modo, dicha ley quedó protegiendo sólo las discriminaciones directas, dejando de lado el principal flanco que debiera proteger, cual es la discriminación indirecta en materia de remuneraciones.

Por otra parte se ha criticado que el concepto de "trabajo de igual valor" es un concepto indeterminado que puede llevar a equívocos. En nuestro Derecho estamos llenos de conceptos jurídicos indeterminados, y el llamado en último término a determinar su sentido y alcance es el juez por medio de su labor jurisprudenciaL. Sin perjuicio de lo anterior, dicho concepto se puede llegar a construir mediante la comparación de puestos de trabajo en cuanto a la naturaleza y los requisitos exigidos para desarrollarlo. De hecho hay instrumentos internacionales y en el Derecho comparado en que se entregan algunos criterios que permiten arribar a lo que se entiende por un "trabajo de igual valor". En este sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor de junio de 2004 señala: "el concepto de igual retribución para un trabajo de igual valor

[11] Documento Temas Laborales N° 27 Dirección del Trabajo. Op. cit. (4), p. 11.

significa que si una mujer desempeña un trabajo que exige el mismo esfuerzo de un hombre, aunque el trabajo sea diferente, deberá recibir el mismo salario y las mismas prestaciones a no ser que la diferencia se explique por motivos no discriminatorios". Por otra parte, "en Francia, la Ley Roudy precisa el término considerando como trabajos de 'igual valor' (y por tanto, exigiendo una misma remuneración) 'los trabajos que exigen de sus asalariados un conjunto comparable de conocimientos profesionales, constituidos por un título, un diploma o una práctica profesional, o capacidades que derivan de la experiencia adquirida, de responsabilidades o de cargas físicas o nerviosas"[12]. De esta forma se salva la crítica que surge, ya que existen ciertos parámetros que permiten determinar cuándo estamos en presencia de un trabajo "de igual valor", y cuya existencia en definitiva será determinada por el juez llamado a resolver del conflicto, como ocurre en tantos otros casos en nuestra legislación.

3. Problemas que se detectan en la Ley N° 20.348

El actual Art 62 bis del Código del Trabajo, incluido por la Ley 20.348 dispone: "El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se .funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Las denuncias que se realicen invocando el presente artículo, se sustanciarán en conformidad al Párrafo 6" del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, una vez que se encuentre concluido el procedimiento de reclamación previsto para estos efectos en el reglamento interno de la empresa."

Si bien resulta destacable la existencia de una ley que reconozca el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, son diversos los problemas que se pueden detectar en la formulación de dicho precepto y que derivan en una inaplicación práctica del mismo y en la consecuente ineficacia del respeto de dicho principio. Entre los problemas que se detectan podemos mencionar los que siguen:

[12] NORDENTLYCHT JOTAR, Viviana, op. cit (1), p. 51

a) En primer lugar podemos mencionar lo sostenido en el apartado anterior, por cuanto dicho precepto habla de igualdad de remuneraciones entre "un mismo trabajo", lo que hace fácilmente eludible la disposición con un mero cambio de nomenclatura al puesto de trabajo. En lo relativo a este punto nos remitimos a lo descrito en el apartado anterior.

b) En segundo lugar, si bien la obligación de no discriminar en materia de remuneraciones en razón del sexo pesa sobre cualquier empleador, sólo aquellas empresas con más de 200 trabajadores deben llevar el registro de funciones con la descripción global de los cargos, sus características esenciales y la remuneración asignada al mismo, instrumento que resulta esencial para que los trabajadores evalúen la existencia de dicha discriminación. Con esto, la ley establece una suerte de jerarquización de los trabajadores desde el punto de vista de la protección de este derecho.

Por otra parte se ha alegado que la elaboración del registro implica una "nueva carga regulatoria gravosa"[13] para el empresario, cuya preocupación principal radica en la eficiencia de su unidad productiva y no en trámites administrativos. Como contra argumento a lo anterior, se puede mencionar la existencia de una obligación similar para efectos tributarios que está contenida en al Art 62 del Código del Trabajo. Dicho precepto dispone: "*Todo empleador con cinco o más trabajadores deberá llevar un libro auxiliar de remuneraciones, el que deberá ser timbrado por el Servicio de Impuestos Internos.-Las remuneraciones que figuren en el libro a que se refiere el inciso anterior serán las únicas que podrán considerarse como gastos por remuneraciones en la contabilidad de la empresa".* Como se puede apreciar, las empresas ya deben llevar un registro sobre las remuneraciones del personal, denominado en general libro auxiliar de remuneraciones, por lo que sólo bastaría agregar a ese mismo registro, los distintos cargos y sus características técnicas. Dicha obligación pesa sobre los empleadores con cinco o más trabajadores y no sobre aquellos con 200 o más como ocurre con la obligación establecida en la Ley N° 20.348.

[13] Historia de la Ley 20.348, p. 42. El proyecto original contemplaba la obligación para empresas con más de 5 trabajadores, luego se contempló la posibilidad de aumentarlo a 50 y finalmente en el proyecto aprobado se crea la obligación de registro para empresas con más de 200.

Adicionalmente, según datos que maneja la SOFOFA, las empresas con más de 200 trabajadores, que son las grandes empresas, sólo representan un 11,1% del total de empresas de nuestro país[14]. Así, el precepto actualmente en rigor sólo es aplicable para ese menor porcentaje de empresas. En cambio, según los mismos datos, aquellas con 5 o más trabajadores representan el 51,3% de las empresas del país. Tal rango incluye a las PYMES, las cuales concentran el 80% de la fuerza laboral de nuestro país[15], lo que otorgaría una mayor cobertura y defensa a los derechos de las mujeres en cuanto al derecho a no ser discriminadas en sus remuneraciones.

c) En tercer lugar, el actual Art 62 bis exige dentro del procedimiento de reclamación, que de forma previa y obligatoria se interponga un reclamo ante el empleador, de modo que si no se hace, no se puede acceder a la tutela judicial ni a la Inspección del Trabajo respectiva. Esto es complejo dado que se debe interponer el reclamo ante la empresa estando la relación laboral vigente y siguiendo el procedimiento establecido por la misma empresa.

En la fase de reclamo ante el empleador no se cumple con los requisitos que exige el Art 485 del Código del Trabajo para hacer efectiva la garantía de indemnidad. Tal artículo prescribe que se entenderán como conducta lesiva de derechos fundamentales *"las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales".* Por lo tanto en la etapa prejudicial, ante el empleador, no habría cobertura frente al poder del empresario.

Lo anterior es grave especialmente "*por la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía del empresario. Las partes no se van a encontrar en una situación de igualdad, con lo cual en el ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostenta tan privilegiada posición podría ser una quimera si no se asegurara la situación de la parte débil de la relación*"[16].

---

[14] http://www.sofofa.cl/pymes/pymes.htm

[15] http://www.chile.corn/seceiones/ver_seccion.php?id--124727

[16] TASCON, L. R., *"La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos",* Revista del Trabajo y Seguridad Social N° 251, España, 2004, p. 160. Cita extraída de LIGARTE. CATALDO, José *"Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador"* Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 36.

Según la Dirección del Trabajo, en el evento que las empresas no tengan la obligación de mantener el Reglamento Interno y, por tanto, no están obligados a contar con el procedimiento de reclamo previsto en el Art 62 bis, el trabajador o trabajadora afectado/a debiese recurrir directamente a los Tribunales de Justicia iniciando el procedimiento de Tutela Laboral[17]. Sin perjuicio de ello, en la práctica esto no ocurre de este modo, ya que los reclamos por infracción de esta norma son mínimos y en gran parte de los casos, insatisfactorios.

Una crítica general que ha hecho la doctrina sobre este punto es la existencia de una diversidad de procedimientos al interior de la empresa, lo que afecta la uniformidad necesaria para que exista fluidez en los procesos de reclamación internos. Así por ejemplo además de este procedimiento del Art 62 bis, el reglamento interno debe contener el procedimiento establecido para las denuncias por acoso sexual en el cual no se contempla como requisito la reclamación ante el empleador, siendo que se trata de derechos de igual categoría.

d) En cuarto lugar, para que una trabajadora pueda hacer valer su derecho a la paridad salarial, es necesario que conozca la remuneración de sus compañeros hombres. Esto se hace especialmente complejo por cuanto las remuneraciones se siguen considerando un asunto perteneciente al ámbito privado de las personas, por lo que no es bien visto preguntar directamente al colega o solicitar los datos a la empresa. En las empresas tiende a ser reservada la información relativa a las remuneraciones, sobre todo por un tema estratégico: evitar que la competencia conozca las remuneraciones del personal y pueda tentarlas a migrar ofreciendo un sueldo mejor. Esto está vinculado con el problema descrito en la letra b) precedente, por cuanto reduciendo el número de trabajadores necesarios para que la obligación de llevar el registro de funciones sea exigible, se logra superar el problema al menos en gran medida.

Los problemas anteriormente descritos, así como las recomendaciones a seguir ante ellos, también se encuentran recogidos en el Informe de Evaluación de la Ley N° 20.348, que Resguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones, del Departamento de Evaluación de la

[17] ORD N° 1187/018, de fecha 10 de marzo de 2010 y ORD N° 4910/065 de 3 de diciembre de 2009. Disponibles en http://www.dt.gob.cl

Ley de la Cámara de Diputados, el cual sin duda se constituirá como un instrumento importante para la discusión legislativa del presente proyecto.

A modo de conclusión, sin el reconocimiento normativo de este principio en la forma como está planteado, hubiéramos llegado a la misma conclusión en virtud de lo dispuesto por el Art 2 inciso 3 del Código del Trabajo y de que el Art 19 N° 16 inciso 3 de la Constitución no señala el sexo del trabajador como un criterio que permita la discriminación en materia laboral. En efecto, con la dictación de esta ley se incluyeron corno posibles motivos de discriminación laboral (además de la capacidad e idoneidad personal que contempla la Constitución) a las calificaciones, la responsabilidad y la productividad del trabajador. Esto lleva a que algunas personas planteen que esta ley no debió existir nunca[18].

Pese a que en Chile la brecha salarial promedio entre hombres y mujeres asalariadas es de un 15,8%[19], en la práctica los reclamos que han existido han sido mínimos. En efecto, según la Dirección del Trabajo a abril de 2012 sólo se registraban 12 denuncias por infracción al Art 62 bis del Código del Trabajo. De ellas, una llegó a acuerdo y otra terminó en tribunales y las restantes 10 no se admitieron por no considerarse infringida la norma[20]. Entre las razones prácticas que podrían explicar la baja cantidad de denuncias pueden mencionarse: desconocimiento de la normativa, temor al empleador, falta de fiscalización, dificultad en el acceso a los sueldos de los otros trabajadores y la baja cantidad de resultados en favor de la mujer.

Finalmente señalar que la idea del presente proyecto no es modificar plenamente la forma en como se consagra la normativa que busca la no discriminación en razón del género en las remuneraciones, sino que se busca complementar y perfeccionar dicha normativa de modo que se aproxime más a lo prescrito por las normas internacionales. Además, de esta forma se le da una mayor eficacia práctica a la norma permitiendo a los trabajadores y

[18] Así, César Toledo, Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales en Revista Ya (10 de abril de 2012), p. 57.

[19] Op. cit. (3), p. 14. Datos obtenidos en base a la encuesta Casen 2009, Mideplan.

[20] Datos obtenidos de Revista Ya (LO de abril de 2012), p. 56.

trabajadoras afectadas, acudir a un juez imparcial que resuelva el conflicto.

POR TANTO

Los Diputados que suscribimos, venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Código del Trabajo

1) Modifíquese el Art 62 bis de la forma que se indica:

a. En el inciso primero, agréguese a continuación de la expresión "trabajo," la siguiente expresión: "o un trabajo de igual valor,".

a. En el inciso segundo agréguese un punto seguido a continuación de la expresión "Código" y reemplácese lo prescrito a continuación del punto que se agrega, por lo siguiente: "El trabajador podrá optar entre seguir el procedimiento establecido en el reglamento interno de la empresa o acudir directamente a tribunales o a la Inspección del Trabajo respectiva, y la denuncia que formule tendrá el carácter de confidencial".

2) Modifíquese el Art 154 inciso primero de la forma que se indica:

a. En el número 6, modifíquese el guarismo "doscientos" por el guarismo "cinco".

b. En el número 6, agréguese la siguiente expresión a continuación de la palabra "esenciales": ", entendiéndose por tales al menos, la definición general del cargo, calificación necesaria, condiciones de permanencia y trabajo requerida, responsabilidad y nivel jerárquico. Dicho registro deberá ser enviado anualmente a la Dirección del Trabajo para fines de fiscalización de lo dispuesto en el artículo 62 bis"