

ORD. Nº 3030 / 045 /

MAT.: Derechos fundamentales. No discriminación en materia de remuneración.

RDIC.: 1.- La no discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, en tanto condición de remuneración, se encuentra dentro de las materias posibles de incorporar, a partir de lo dispuesto en el artículo 303 del Código del Trabajo, en cualquier negociación colectiva, sin perjuicio de lo cual, el contenido mismo de la cláusula estará determinado en base a la negociación directa de las partes.

2.- Verificándose en los hechos una discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, los afectados tienen el derecho de exigir ante los Juzgados con competencia en lo laboral, el respeto del derecho a no ser discriminados según las circunstancias del caso en concreto, en base al procedimiento de tutela de derechos o al procedimiento ordinario, según corresponda.

3.- En el caso que el empleador no pague a todos los trabajadores que se encuentran en similar condición, la asignación de título, deberá analizarse en cada caso si se verifican las condiciones de una eventual discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo y, en caso de resolverse afirmativamente, los afectados, a falta de una negociación individual o colectiva con el empleador, disponen de acción judicial para que sea un Tribunal quien resuelva el conflicto.

ANT.: 1.- Instrucciones de la Sra. Jefa del Departamento Jurídico (S), de fecha 02.06.2010.

2.- ORD. Nº1.125, de 10.03.2010, de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

3.- Pase Nº237, de 04.03.2010 del Sr. Jefe de Gabinete de la Directora del Trabajo.

4.- Presentación, de 02.03.2010 de los trabajadores de la ENAMI, Sres. Pablo Carrizo G., Patricio Olguín A., Henry Concha C., y Wubert Araya D.

FUENTES: Constitución, artículo 19 Nº2 y 16. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 24. Convenio Nº111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1956, artículo 1. Código del Trabajo, artículos 2º, incisos 3º, 4º y 5º, 303. Ley Nº20.348.

CONCORDANCIAS: Ord. Nº2.210/035, de 05.06.2009; Ord. Nº3.704/134. De 11.08.2004

SANTIAGO, 12.07.2010

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO
A : SRES. PABLO CARRIZO GÓMEZ
HENRY CONCHA CUBILLOS
PATRICIO OLGUÍN ALDAY
WUBERT ARAYA DÍAZ
CALLE EDMUNDO PÉREZ ZÚJOVIC Nº181
VILLA LOS PIMIENTOS
COPIAPÓ

Por medio de presentación del antecedente 4), dan cuenta que, en vuestra calidad de Jefes de Turnos de Enami Planta Salado han presentado en las dos últimas negociaciones colectivas la solicitud de homologación del cargo de Jefe de Turno Planta Salado (Nivel 16) con otras reparticiones de la empresa donde el mismo cargo tiene nivel superior, citando a modo de ejemplo lo sucedido en la Planta Manuel Antonio Matta Nivel 18, Proyecto Delta de Ovalle Nivel 18, Fundación Hernán Videla Lira Nivel 19 de Planta de Ácido y Nivel 21 de Fundación Paipote, haciendo ver la vigencia de la Ley Nº20.348 que resguarda el derecho de igualdad de remuneraciones entre las personas que presten un mismo trabajo, con las mismas responsabilidades y las mismas obligaciones. Agregan que el nivel del cargo de Jefe de Turno de Planta Salado corresponde a una evaluación y descripción de cargo realizada en 1986, por lo que consideran que se hace necesaria una reevaluación de las tareas, funciones y responsabilidades que hoy registra este cargo.

A partir de lo relatado, consultan:

1.- Si la materia en comento no es materia de negociación colectiva, ¿Cuál sería la instancia a la que recurrir para solicitar la homologación del cargo respectiva?

2.- Para el caso que la empresa no tenga voluntad real de realizar la evaluación actual, ¿Qué alternativas de apelación tienen?, y

3.- Si el cargo tiene como pre-requisito de su ejercicio el título de Ingeniero de Ejecución, ¿Por qué no se paga a todos los trabajadores que desempeñan el cargo la asignación de título respectiva, lo que tampoco fue acogido en la negociación anterior?

Que, de vuestra presentación se dio traslado a la empresa, mediante ORD. indicado en el ANT. 2), sin haber recibido respuesta.

Que, al respecto, cumplo con informar a Usted lo siguiente:

Que, previo a responder su presentación, se deja constancia que la referencia que en ella se formula a la **Ley N°20.348** (publicada en el Diario Oficial el 19.06.2009) que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, no guarda relación con el fondo del requerimiento aquí respondido, al faltar en éste el factor que exige dicha ley como centro de la discriminación en materia de remuneración, cual es, que ésta se funde en razón de sexo.

De acuerdo a lo consignado en la presentación, ésta se justifica a partir de un trato desigual por parte de su empleador frente a una similitud de funciones, materializándose tal discriminación en una remuneración diferente, justificada formalmente en una descripción de cargo que data de 1986.

Que, corresponde entonces, dar cuenta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para el caso planteado, tanto en el fondo como en lo relativo a las acciones para exigir el cumplimiento del derecho a la no discriminación en materia de remuneración.

Que, el artículo 303 del Código del Trabajo, dispone:

“Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.”

“La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes.”

De la norma legal recién transcrita aparece que lo relativo a la no discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, en tanto condición de remuneración, se encuentra dentro de las materias posibles de incorporar en cualquier negociación colectiva, sin perjuicio de lo cual, el contenido mismo de la cláusula estará determinado en base a la negociación directa de las partes.

Que, por otra parte, en principio, el monto de la remuneración obedece al libre acuerdo entre empleador y trabajador, tal y como lo permite el artículo 10 N°7 del Código del Trabajo en la medida, claro está, que el monto total de la remuneración, al menos sea equivalente al ingreso mínimo mensual.

Que, sin embargo, todo empleador ha de respetar el principio de no discriminación arbitraria que deriva del principio de igualdad ante la ley reconocido en el **artículo 19 N°2 de la Constitución** y que encuentra materialización concreta en el ámbito laboral en los **artículos 19 N°16 inciso 3° de la Constitución** (que establece: *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”*) y en el **artículo 2° del Código del Trabajo**, cuyos incisos 3°, 4° y 5° disponen:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.”

De lo transcrito, se desprende que nuestro ordenamiento jurídico reprocha discriminaciones en el empleo y la ocupación que se funden en motivaciones que sean ajenas a la idoneidad o capacidad personal, como sucederá cuando se discrimine por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.

De esta manera, se configura un tratamiento del derecho a la no discriminación en consonancia con las normas internacionales a las cuales nuestro país debe obligado cumplimiento, las que a continuación, se pasan a reproducir:

El artículo 2.1. de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, dispone:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

A su vez, el artículo 23.2. de la misma Declaración, dispone:

“Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.”

Por su parte, el artículo 26 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, dispone:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 2.2. del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, dispone:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El artículo 24 de la **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**, dispone:

“Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

El **Convenio Nº111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1956**, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, dispone

“Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

A partir de los Convenios recién transcritos y a que, tal como recoge la doctrina vigente de este Servicio (así, **dictamen Nº2210/035, de 05.06.2009**) el principio de igualdad ante la ley corresponde, además de su sentido tradicional de generalidad de la ley, a una igualdad sustantivamente justa, de forma tal que no resultaría armónico con el respeto al derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados arbitrariamente, si un empleador estableciera diferencias remuneracionales entre trabajadores, sin que la misma se fundare en motivos razonables o plausibles, entre los cuales ciertamente no podría encontrarse ninguna de las categorías sospechosas a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo ni alguna otra que no se funde en la idoneidad o capacidad personal, de acuerdo a lo dispuesto por el constituyente.

Que, en cuanto a las formas que puede representar la discriminación de acuerdo a la doctrina (así, CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, “El derecho a la no discriminación en el empleo”, Lexis Nexis, Santiago, 2005), puede ser directa e indirecta. La **discriminación directa** puede adoptar, a su vez, dos formas: **abierta y oculta**. La discriminación directa abierta se verificará cuando algún criterio de diferenciación prohibido sea el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador(a). Un ejemplo de discriminación directa abierta, para el caso que nos ocupa, si se excluyera de recibir el aguinaldo a los trabajadores sindicalizados. A su vez, la discriminación directa oculta se materializará cuando la medida discriminatoria que afecta a un trabajador(a) se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por ciertos trabajadores. Un ejemplo de discriminación directa oculta, tomando como referencia el caso en comento, sería que en una empresa de más de 25 trabajadores en que la mitad de éstos son extranjeros, sólo los de nacionalidad chilena se encontraran, como política de la empresa, contratados a tiempo indefinido y por ello, con posibilidades ciertas de aspirar a los tramos más altos del valor del aguinaldo. Por último, la **discriminación indirecta**, se entiende como la decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasiona una desventaja particular a una persona respecto de las otras y no responde a finalidad legítima alguna (CHARRO BAENA, PILAR Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, CAROLINA, “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos

Sociales, Número extra sobre igualdad de oportunidades, 2007, España, consultado en <http://www.mtas.es>). Aunque resulta de mayor dificultad la identificación de este tipo de discriminación respecto de un particular como un empleador, a diferencia de las modalidades antes examinadas, podemos establecer, a modo meramente ejemplar, que estaríamos frente a una discriminación indirecta si el aguinaldo se pagare, en cualquiera de sus montos únicamente a quienes estuvieren contratados a tiempo completo y resultare de un estudio acabado sobre la materia, que en los hechos por causas de distinto origen (culturales, en gran medida) la gran mayoría de quienes son contratados bajo esa modalidad son trabajadores varones, toda vez que las mujeres, debido a una cultura machista imperante han de soportar también las llamadas obligaciones familiares, lo que les impide, en la práctica, acceder a contratos de tiempo completo y con ello, al aguinaldo como remuneración, provocando, así, que el porcentaje de trabajadoras afectadas por la condición impuesta por el empleador es considerablemente mayor que el de los trabajadores, que no se ven perjudicados por ella (ver, CAAMAÑO ROJO, EDUARDO, "La discriminación laboral indirecta", publicado en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, Diciembre de 2001, pág. 67 y sgtes.)

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas cumpro con informar a Ustedes, lo siguiente:

- 1.- La no discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, en tanto condición de remuneración, se encuentra dentro de las materias posibles de incorporar, a partir de lo dispuesto en el artículo 303 del Código del Trabajo, en cualquier negociación colectiva, sin perjuicio de lo cual, el contenido mismo de la cláusula estará determinado en base a la negociación directa de las partes.
- 2.- Verificándose en los hechos una discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo, los afectados tienen el derecho de exigir ante los Juzgados con competencia en lo laboral, el respeto del derecho a no ser discriminados según las circunstancias del caso en concreto, en base al procedimiento de tutela de derechos o al procedimiento ordinario, según corresponda.
- 3.- En el caso que el empleador no pague a todos los trabajadores que se encuentran en similar condición, la asignación de título, deberá analizarse en cada caso si se verifican las condiciones referidas en el cuerpo de esta respuesta, en orden a concluir acerca de la eventual discriminación en materia de remuneración ante igual trabajo y, en caso de resolverse afirmativamente, los afectados, a falta de una negociación individual o colectiva con el empleador, disponen de acción judicial para que sea un Tribunal quien resuelva el conflicto.

Saluda a Ud.,

MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO