

Uno de los derechos fundamentales en el trabajo es el de la igualdad, y el que cubija todos los aspectos inherentes a la relación laboral como la formación, el acceso al empleo y la promoción de oportunidades.

Parte de los aspectos que se han desarrollado en detalle para la promoción y respeto de este derecho, tanto en la legislación internacional como en la interna, tienen que ver con la remuneración cuando se refieren a que no se haga discriminación por ninguna de las categorías sospechosas como: género o sexo, condición social, religiosa, política, origen y edad, y que se cuente con mecanismos de fijación objetivos, a fin de garantizar la correcta aplicación de tal derecho.

El Código Sustantivo del Trabajo establece el postulado a “trabajo de igual valor, salario igual”, desarrollado de manera profusa por la jurisprudencia constitucional y que busca darle certeza al trabajador en tanto que recibirá su

Discurso Laboral

remuneración en función a su trabajo y rendimiento, sin reparar en condiciones eventualmente discriminatorias. Este postulado teórico, empero, se aleja de la realidad y de su realización en el terreno de lo fáctico, por lo que surge la necesidad de buscar mecanismos de conciliación que permitan acompasar el principio y la praxis para lograr la justicia y equidad en las relaciones entre empleadores y trabajadores.

Una de esas realidades que sigue siendo oculta por la falta de información y los bajos niveles de denuncia y reclamación corresponde a la discriminación en la remuneración por sexo y género, aspecto al que se le quiso dar mayor importancia mediante la expedición de una nueva normatividad que tiene como propósito establecer mecanismos efectivos de control a esta problemática, a la que, de seguro, se le debe hacer más seguimiento.

En este artículo la profesora del Departamento de Derecho Laboral Katerine Bermúdez hace una síntesis descriptiva de los cambios relevantes de la Ley 1496 de 2011 sobre igualdad en la remuneración, y precisa algunos conceptos que utilizó el legislador y que doctrinalmente cabe aclarar para dar una mejor comprensión de lo que implica la reforma.

IGUALDAD SALARIAL: UN CAMBIO EN LA REGLAMENTACIÓN

Por KATERINE BERMÚDEZ ALARCÓN

El 29 de diciembre de 2011 entró en vigencia la Ley 1496, “por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre hombres y mujeres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”, cuya novedad radica en que, a diferencia de la legislación que existía en esta materia¹, en esta nueva ley se hace referencia a los mecanismos con los cuales se puede hacer efectiva la igualdad salarial por género.

Sobre la necesidad de contar con una nueva ley que regulara el tema, en los antecedentes del proyecto de la Ley 1496² se indica que, según un estudio de Great Place to Work de 2010 en el trimestre febrero-abril de 2010, la tasa global de participación en el mercado laboral de las mujeres fue del 43,4% mientras que para los hombres estuvo en el 66,7%, la tasa de desempleo fue el 16% para ellas y del 9,4% para ellos; las mujeres sienten que no son tratadas con criterios de justicia en materia de asignación salarial y que como consecuencia de la combinación de su papel de madre, esposa y trabajadora han perdido oportunidades de formación que a su vez inciden para la fijación de los salarios, lo cual, para los congresistas proponentes de la iniciativa, justificaba que se creara una herramienta legislativa que estableciera unos lineamientos que en realidad aseguraran el derecho a la igualdad en la remuneración por género.

1. Modificaciones al CST

La nueva ley modifica los artículos 10.º y 143 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

La reforma amplió el margen de lo que se considera una distinción discriminatoria, dado que se eliminó que ésta tuviera que ser de carácter jurídico, con lo cual se debe entender que cabe otro tipo de distinciones, como por ejemplo las distinciones en la práctica que corresponden a actos u omisiones de una autoridad o cualquier persona con base en un motivo ilícito, y agregó como categorías de discriminación el género y el sexo; es decir, las diferencias por las funciones sociales que cumple la persona de acuerdo con la cultura del grupo en el cual se desempeñan, para el primer término, y la discriminación por las diferencias biológicas determinadas por ser hombre o mujer³.

ARTÍCULO 143 DEL CST	
Anterior	Reforma
<p>Artículo 143. <i>A trabajo igual, salario igual.</i> 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.</p>	<p>Artículo 143. <i>A trabajo de igual valor, salario igual.</i> 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.</p>

ARTÍCULO 10.º DEL CST	
Anterior	Reforma
<p>Artículo 10.º <i>Igualdad de los Trabajadores.</i> Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley.</p>	<p>Artículo 10. <i>Igualdad de los trabajadores y las trabajadoras.</i> Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo, salvo las excepciones establecidas por la ley.</p>

En el artículo 143 del CST se modificó su denominación en cuanto acogió un criterio más amplio para la determinación de la igualdad salarial y se aplica lo dispuesto en el Convenio 100 de la OIT que habla del principio a trabajo de igual valor, salario igual. Para esto debe tenerse en cuenta que cuando se estaba preparando el texto de dicho Convenio se examinaron tres criterios para la fijación del salario: rendimiento de hombres y mujeres ocupados en trabajos de naturaleza similar, costo de producción o valor global para el empleador y naturaleza del trabajo; de estos, el último fue considerado el más satisfactorio, por lo cual, cuando se habla de igual remuneración por un trabajo de igual valor significa que “los tipos de remuneración se fijarán según la naturaleza del trabajo, sin que se haga discriminación alguna en relación con el sexo del trabajador”⁴.

A su vez, en la reforma se agregó al numeral 2 del artículo la expresión género como uno de los criterios que no se pueden utilizar para hacer una diferencia salarial, y se adicionó el numeral 3 que establece una presunción legal de discriminación, cuando haya un trato diferenciado en materia salarial, lo cual admite prueba en contrario, esto es, que el empleador demuestre que hay unas razones objetivas que justifican tal diferenciación.

2. Definiciones de discriminación directa e indirecta

El artículo 3.º de la Ley 1496 define qué son la discriminación directa y la indirecta por razón del género o sexo en materia de retribución: la primera corresponde a “Toda situación de trato diferenciado injustificado, expreso o tácito, relacionada con la retribución económica percibida en desarrollo de una relación laboral, cualquiera sea su denominación por razones de género o sexo”, y la indirecta, a “Toda situación de trato diferenciado injustificado, expreso o tácito, en materia de remuneración laboral que se derive de norma, política, criterio o práctica laboral por razones de género o sexo”.

Por la forma como quedaron definidos estos dos tipos de discriminación, realmente no es muy claro que haya diferencia entre ellas, pues una política o práctica laboral relativa al salario que haga discriminación por género o sexo, y que incida en lo que se paga a una trabajadora

en desarrollo de una relación laboral tendría, según las definiciones que trae la ley, la doble connotación de ser discriminación directa y a la vez indirecta.

Se debe tener en cuenta que la discriminación directa e indirecta se basan en motivos ilegales y se diferencian en cuanto la primera se presenta de forma evidente y clara; por ejemplo, si en una convención colectiva se establece que las mujeres no van a recibir un auxilio de alimentación que es constitutivo de salario, mientras que sus colegas hombres que realizan igual trabajo sí lo reciben, se está ante una forma de discriminación directa y expresa; a su vez, la discriminación directa puede ser implícita u oculta cuando las circunstancias de hecho evidencien esa discriminación⁵, como por ejemplo, cuando se fija un incremento de salario y este depende de una calificación profesional, e injustificadamente a una trabajadora que cumple el requisito se le asigna una calificación diferente y por ello no recibe el incremento.

De otra parte, la discriminación es indirecta cuando “una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias, que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo”⁶, como es el caso en que el Tribunal Europeo consideró que era discriminación indirecta el hecho que se estableciera en una empresa que los trabajadores a tiempo parcial sólo podían obtener una pensión si habían trabajado como mínimo durante quince años en un período de veinte años en la empresa, lo que afectaba en mayor proporción a las mujeres respecto de los hombres (a nivel comunitario, cerca del 90% de trabajadores a tiempo parcial son mujeres), para lo cual indicó que la empresa debía demostrar que esta exclusión se basaba en factores objetivos (principio de proporcionalidad), justificados y no basado en discriminación por motivos de sexo, e indicó que el empleador tenía la obligación de tener en cuenta, al momento de adoptar alguna regla o disposición, la posición social y familiar más desventajosa de la mujer respecto de los trabajadores hombres⁷.

Por esto el criterio de neutralidad es el que la doctrina ha identificado como el que diferencia una discriminación

1. En Colombia la igualdad salarial por género se encuentra establecida de vieja data de manera genérica y particular en varias disposiciones de orden constitucional y legal; por ejemplo, los arts. 13 y 53 de la C. P., el art. 7.º del PIDESC, los Convenios 100 y 111 de la OIT y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como los arts. 10.º y 143 del CST y la Ley 823 de 2003 sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, entre otras disposiciones.
2. *Gaceta del Congreso* n.º 451 del 23 de julio de 2010.
3. OIT. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*, Centro Internacional de Formación, 2009, p. 159.

4. OIT. *Igualdad de remuneración*, estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Ginebra, 1986, p. 13.
5. OIT. Ob. cit., p. 157.
6. EDUARDO CAAMAÑO ROJO. “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XII, diciembre 2001, consultado en <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/la-discriminacion-laboral-indirecta>.
7. Caso *Bilka-Kaufhaus GMBH v. Karin Weber Von Hartz*, 13 de mayo de 1986, C-170/84, Rec., 1986, p. 1607, citado por EDUARDO CAAMAÑO ROJO, ob. cit.

directa de una indirecta; en cuanto la disposición, la pueden cumplir tanto hombres como mujeres, pero cuando se lleva a la práctica afecta exclusiva o mayoritariamente a las personas de determinado sexo frente a trabajadores del sexo opuesto, para lo cual se requiere un análisis colectivo comparativo entre los sujetos destinatarios de la disposición, y por ello, ante la falta de neutralidad hallada, los afectados tendrán derecho a que se deje sin efecto la medida discriminatoria y, en consecuencia, a obtener igual trato⁸.

3. Factores de valoración salarial

Uno de los puntos más relevantes de la Ley 1496 es lo relativo a los factores que debe considerar el empleador al momento de fijar una remuneración salarial y no incurrir en discriminación. Estos son: a. La naturaleza de la actividad que se va a realizar; b. acceso a los medios de formación profesional; c. condiciones en la admisión en el empleo; d. condiciones de trabajo; e. la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación; f. otros complementos salariales.

Respecto de estos factores, la ley prevé que el Ministerio del Trabajo y la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales deben desarrollar por consenso los criterios de aplicación de los mismos, que se expedirá un decreto reglamentario para fijar las reglas de construcción de dichos factores dentro del año siguiente de vigencia de la ley, y que el empleador que no cumpla con lo que indique ese decreto estará expuesto al pago de multas, que oscilarán entre cincuenta y quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que las hará efectivas el Sena. A la fecha de elaboración de este escrito, dicha reglamentación no ha sido expedida.

4. Control y seguimiento

Por último, otro aspecto que se considera importante en la reforma es el seguimiento que deben hacer los em-

pleadores a sus plantas de personal y a los salarios que pagan, con el fin de evitar incurrir en discriminación salarial, para esto se les exige que lleven un registro donde se evidencien los perfiles de los cargos, cómo se encuentran asignados por sexo, qué funciones realizan, y qué tipo de salario se les paga. Si el empleador incumple esta obligación puede ser multado hasta por ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A su vez, el Ministerio del Trabajo debe realizar auditorías aleatorias en diferentes sectores económicos para verificar las prácticas de los empleadores en materia de igualdad salarial, y en caso que se presente una transgresión a la ley se podrán imponer multas que van entre uno y cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, a criterio del funcionario a cargo.

Además, el Gobierno Nacional queda obligado a presentar a las Comisiones séptimas constitucionales del Congreso de la República, al inicio de cada legislatura, un informe sobre la situación comparativa de las condiciones de empleo, remuneración y formación de mujeres y hombres en el mercado laboral y, en consonancia con esto, el DANE debe incorporar en la “Gran Encuesta Integrada de Hogares, las preguntas y/o variables necesarias para determinar el cargo que el encuestado o la encuestada ocupa en el empleo que desarrolla, la remuneración asociada al mismo, y la naturaleza pública o privada de la entidad en la que labora”, esto será útil para tener información más real de la situación de igualdad salarial por sexo y género en el país.

Estas medidas de seguimiento y control que trae la ley servirán para identificar si ella por sí sola o por las evidentes medidas disuasivas que allí se establece son efectivas para reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres, e independientemente del resultado y sin demeritar los fines de la ley, no debe olvidarse que no se logrará la igualdad salarial por sexo y género mientras no se solucionen problemas estructurales como la falta de oportunidades para proveerse un trabajo digno, las limitaciones para acceder a medios de formación y las altas tasas de informalidad, los cuales, de una u otra forma, inciden en que se siga tolerando este tipo de discriminación.

8. Ibídem.