

## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

EDUARDO CAAMAÑO ROJO

Profesor contratado en la Universidad Católica de Valparaíso\*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto dar a conocer los principales elementos del principio de igualdad de trato, de acuerdo al análisis doctrinal y jurisprudencial que sobre esta materia se ha realizado en el Derecho del Trabajo alemán. A juicio del autor, éste principio, que es considerado como uno de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo en la moderna doctrina laboral, requiere de un mayor énfasis en nuestro actual ordenamiento jurídico por su indudable trascendencia en la protección y concreción de la equidad al interior de las relaciones laborales, como asimismo, de un mayor desarrollo por parte de la doctrina laboral chilena, pues en la mayoría de los textos de estudio no es tratado o bien hay referencias vagas e indirectas a él, con ocasión del análisis de un principio diferente, como es el principio de no discriminación reconocido en el artículo 2 del Código del Trabajo. Por los motivos antes expuestos, el autor considera que los avances del Derecho del Trabajo alemán sobre el tema –en general desconocidos en nuestro país– pueden ser un gran aporte para el desarrollo de esta rama del Derecho en Chile.

### II. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

El principio de igualdad de trato constituye, en términos generales, una concreción en el ámbito laboral de la justicia distributiva<sup>1</sup>. En el ordenamiento jurídico laboral alemán<sup>2</sup> el principio de igualdad de trato no se encuentra expresamente regulado

---

\* Candidato al grado de doctor en derecho por la Universität zu Köln (Alemania).

<sup>1</sup> La justicia distributiva supone, en general, dar un trato igual a aquellos que se encuentran en una posición similar. ZÖLLNER, Wolfgang - LORITZ, Karl-Georg, *Arbeitsrecht* (5ª edición, München, 1998), p. 216.

<sup>2</sup> En el ordenamiento jurídico alemán no existe una codificación de la normativa sobre el trabajo, pese a los diversos intentos que han existido al respecto. La normativa laboral se encuentra dispersa en diversos textos legales, tales como el Código Civil, que contiene normas especiales sobre contrato individual del trabajo en el título referido a los contratos de prestación de servicios, así como en numerosas leyes especiales (por ejemplo: ley sobre protección frente al despido, sobre Consejos de Empresa, sobre feriado, sobre jornada de trabajo, sobre negociación colectiva, sobre protección a la maternidad, etc.).

por el legislador, sin embargo, existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de considerarlo como un principio básico y fundamental del Derecho del Trabajo<sup>3</sup>.

El principio de igualdad de trato prohíbe al empleador el trato desfavorable, arbitrario o sin causa justificada, de un trabajador o de un grupo de trabajadores frente a otros trabajadores que se encuentran en situación comparable<sup>4</sup>. Este principio cobra vigencia práctica especialmente en aquellas ocasiones en que el empleador, a través de una actuación colectiva<sup>5</sup>, es decir, una actuación referida no a un trabajador en particular, sino que a un grupo de trabajadores en situación comparable, garantiza una determinada prestación o beneficio, imparte una orden de servicio o bien decide otorgar de manera general un aumento de remuneración (a través de una gratificación voluntaria, de una asignación de Navidad, etc.) sin estar jurídicamente obligado a ello (por ejemplo, en virtud de un contrato colectivo), esto es, cuando otorga un beneficio voluntariamente o producto de una práctica empresarial (*Betriebsübung*).

El empleador está obligado en virtud de la relación laboral a dar un trato igualitario a los trabajadores y, en consecuencia, no puede arbitrariamente o sin la existencia de una causa justificada, dar un trato desigual a trabajadores que se encuentren en una situación similar, en razón, por ejemplo, la naturaleza de los servicios prestados. El principio de igualdad de trato presupone siempre una actuación colectiva del empleador, esto es, una actuación frente a un grupo de trabajadores. Atendido, en todo caso, que es permitido al empleador en virtud del principio de libertad contractual dar un trato más beneficioso a un trabajador en particular, debido, por ejemplo, de su mayor capacitación o aptitud profesional, debe entenderse que el principio de igualdad de trato excluye sólo conductas arbitrarias o sin causa justificada, que afecten y perjudiquen a un trabajador frente a otros en situación comparable. El trabajador, por su parte, no puede en virtud del principio de igualdad de trato oponerse a que el empleador confiera mejores condiciones de trabajo a otro trabajador, sino sólo fundar una pretensión basado en este principio si ha sido arbitrariamente o injustificadamente excluido de la aplicación de una regla general impuesta por el empleador y a consecuencia de ello se ve perjudicado<sup>6</sup>.

Por otra parte, cabe subrayar que el principio de igualdad de trato no confiere un derecho subjetivo a recibir un trato igual y por lo tanto no confiere una obligación específica para el empleador, cuyo cumplimiento pueda reclamarse en forma independiente a las demás obligaciones derivadas de una relación laboral. Como señala Hueck<sup>7</sup>, en su obra ya clásica sobre la materia, el principio de igualdad de trato representa un principio de derecho objetivo, a la manera de una cláusula general, conforme a la cual pueden cobrar forma las obligaciones de los sujetos de la relación jurídica laboral. Esta “poten-

---

<sup>3</sup> SCHAUB, Günter, *Arbeitsrechts-Handbuch* (9ª edición, München, 2000), p. 1.137.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht – BAG*), de fecha 3.4.1957, AP (*Arbeitsrechtliche Praxis – Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts*) N° 4 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>5</sup> ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 217.

<sup>6</sup> RICHARDI, *Münchener Kommentar alm Arbeitsrecht (= MünchArbR)* (2ª edición, München, 2000), tomo I, § 14, p. 154.

<sup>7</sup> HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* (München, 1958), p. 151 s.

cialidad” del principio de igualdad de trato para influir en la forma de cumplimiento de las obligaciones jurídico laborales, se explica por el hecho que el empleador puede, en razón de la preeminencia del principio de libertad contractual, convenir individualmente con el trabajador la no aplicación de una regla general válida en la empresa y que confiere mayores beneficios<sup>8</sup>. En todo caso, el principio de igualdad de trato en sí no es dispo- nible y no cabe renunciar de manera anticipada a su aplicación en la relación laboral<sup>9</sup>.

### III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

No existe coincidencia en la doctrina laboral alemana sobre el fundamento jurídico a partir del cual se configura el principio de igualdad de trato. En general, se niega que su fundamento se encuentre en el artículo 3 inciso 1 de la Constitución Política (*Grundgesetz – GG*)<sup>10</sup>, aun cuando la idea que subyace a esta norma constitucional y al principio en análisis sean idénticas<sup>11</sup>. Lo anterior, debido a que esta disposición garantiza al individuo un derecho subjetivo de naturaleza pública (*subjektives öffentliches Recht*) a la igualdad jurídica frente al Estado, el cual vincula por lo tanto, al legislador, a los tribunales de justicia y a la administración pública, pero no al empleador en particular<sup>12</sup>.

En general, en torno al discutido fundamento dogmático jurídico del principio de igualdad de trato se han ideado tres modelos. Conforme al modelo desarrollado por Bötticher<sup>13</sup>, el principio de igualdad de trato encuentra su fundamento en la aplicación por el empleador de una norma o regla autoimpuesta. Por otra parte, según Hueck<sup>14</sup>, este principio tiene su fundamento en la existencia de una relación de comunidad, que nace por el hecho de pertenecer el trabajador al personal o plantilla de la empresa. Por último, de acuerdo al modelo de Söllner<sup>15</sup>, lo fundamental es la posición de poder del empleador frente al trabajador individual y, conforme a ello, el principio de igualdad de trato encuentra su base en la limitación del poder de dirección del empleador conforme al § 315 inciso 1 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*)<sup>16</sup>, poder o facultad que debe, en caso de duda, ejercerse con justa prudencia.

<sup>8</sup> En este sentido, BAG AP N° 32 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>9</sup> ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 217. En el mismo sentido: LIEB, Manfred, *Arbeitsrecht* (6ª edición, Heidelberg, 1997), p. 32 - 33.

<sup>10</sup> El art. 3 inciso 1 GG reconoce como un derecho fundamental la igualdad de todas las personas ante la ley (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”).

<sup>11</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 155.

<sup>12</sup> BAG sentencia de fecha 17.10.1995, AP 4, 6, 7, 16, 17, 28, 68, 117 al Art. 3 GG. Asimismo: LIEB, *Arbeitsrecht* cit. (n. 9), p. 32; BICKEL, Dietrich, *Über die Unmöglichkeit eines Grundsatzes der Geichbehandlung im Arbeitsrecht* (Marburg, 1968), p. 12 - 13.

<sup>13</sup> BÖTTICHER, *Der Anspruch auf Geichbehandlung im Arbeitsrecht*, en *Recht der Arbeit* (1953), pp. 161 s.

<sup>14</sup> HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* cit. (n. 7), pp. 127 s. - 169 s.

<sup>15</sup> SÖLLNER, *Gleichheit und Geichbehandlung im Arbeitsrecht. Bemerkungen alm “Feuerwehrurteil” des Bundesarbeitsgericht*, en *Festschrift für Dieterich* (1999), pp. 629 s.

<sup>16</sup> El § 315 BGB regula aquellos casos en que la prestación puede ser determinada por una de

En un análisis crítico de los tres modelos antes esbozados, señala Richardi<sup>17</sup>, que desde un punto de vista dogmático jurídico se debe distinguir entre el establecimiento de una regla o norma y su ejecución. En lo que respecta a garantizar una determinada prestación o un beneficio, respecto al cual no existe un derecho previo a reclamarlo, es el empleador libre en su decisión de otorgarlo, así como para precisar cómo y de acuerdo a qué criterios se otorgará. El principio de igualdad de trato no establece en este ámbito ningún tipo general de limitación al empleador, como asimismo, no afecta el equilibrio entre la prestación y la contraprestación derivadas de la relación jurídica laboral, por lo que no procede la aplicación del § 315 BGB. La obligación derivada del principio de igualdad de trato es más bien un imperativo de la justicia distributiva, cuyo correspondiente fundamento material de validez tampoco reside en la existencia de una relación de comunidad entre el empleador y un trabajador determinado, sino que, por el contrario, en la vinculación del empleador a la relación jurídica laboral por la aplicación de una regla que él no sólo aplica respecto de un trabajador en particular, sino respecto a varios trabajadores. Un elemento especial que distingue a la relación jurídica laboral de otras formas de relación jurídica de prestación de servicios personales, reside en que, en virtud del establecimiento de una determinada organización del trabajo por el empleador, las relaciones laborales no se encuentran aisladas entre sí, sino estrechamente vinculadas en un ámbito común (*Gemeinschaftsbezug*). Este ámbito común en el que se desarrollan las relaciones laborales individuales encuentra en la constitución de la empresa su particular reconocimiento jurídico.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El destinatario de la obligación de trato igualitario que impone el principio en análisis es el empleador. De acuerdo con el actual criterio seguido tanto por la doctrina como por la moderna jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo<sup>18</sup>, el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato no se limita –como se sostenía con anterioridad por la doctrina<sup>19</sup>– sólo al establecimiento (*Betrieb*)<sup>20</sup>, sino que involucra a toda la empresa (*Unternehmen*)<sup>21</sup>. Es la empresa, el ámbito que sirve de base para

---

las partes de una relación contractual y, en esa situación, corresponde efectuar la determinación, en caso de duda, con justa prudencia (“*Soll die Leistung durch einen der Vertragschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen al treffen ist*”).

<sup>17</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 156.

<sup>18</sup> BAG sentencia de fecha 17.12.1992, AP 105 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 12.1.1994, AP N° 112 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 17.11.1998, 1 AZR (*Aktenzeichen für Revisionen*) 147/98.

<sup>19</sup> En este sentido: LIEB, *Arbeitsrecht* cit. (n. 9), p. 33.

<sup>20</sup> En el derecho alemán del trabajo el concepto de “*Betrieb*” determina aquella unidad organizada en la que el empleador junto con los trabajadores y a través de la utilización de medios materiales e inmateriales persigue la obtención de un determinado fin técnico-laboral. Lo fundamental, para configurar el concepto de “*Betrieb*” es la existencia de un poder de dirección que guía el trabajo de esta unidad productiva. Sobre el particular: HANAU, Peter - ADOMEIT, Klaus, *Arbeitsrecht* (12ª edición, Neuwied, 2000), p. 101.

<sup>21</sup> El concepto de “*Unternehmen*” comprende la organización económica a la cual se en-

el análisis comparativo que subyace a la aplicación del principio de igualdad de trato y que determina el espacio en el que puede producirse la exclusión o el trato arbitrario o injustificado en perjuicio de un trabajador. Por lo tanto, corresponde aplicar el principio de igualdad de trato respecto a todos los trabajadores en situación comparable de la empresa, salvo que el empleador limite la aplicación de la regla o norma sólo a un establecimiento de ésta<sup>22</sup>.

## V. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Para proceder a aplicar el principio de igualdad de trato frente a una determinada actuación colectiva del empleador se deben tener en cuenta los siguientes requisitos:

a) Conformación de grupos: Este primer requisito supone que, para aplicar el principio de igualdad de trato, debe existir un conjunto de trabajadores en situación comparable. Para determinar qué trabajadores se encuentran en situación comparable debe procederse a conformar grupos entre los trabajadores de la empresa que sean destinatarios de la regla o medida impuesta por el empleador, de acuerdo a la naturaleza de los servicios que éstos prestan u otras características que permitan clasificarlos, tales como los turnos o tiempos de trabajo. En todo caso, debe tenerse presente que una plena identidad entre los trabajadores no es posible, por lo que debe propenderse a la mayor identidad posible de acuerdo a las características objetivas de los trabajadores en el caso concreto. En este sentido, no sería procedente, por ejemplo, una comparación entre trabajadores a domicilio y aquellos que prestan servicios en la empresa o entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo fundada en el menor tiempo de trabajo<sup>23</sup>, por encontrarse ésta en general prohibida, de conformidad a la normativa especial sobre contrato de trabajo a tiempo parcial<sup>24</sup>.

---

cuentran subordinadas las distintas “Betriebe” que forman parte de ella. HANAU - ADOMEIT, *Arbeitsrecht* cit. (n. 20), pp. 101 - 102. Con respecto a la diferenciación de los conceptos de empresa y establecimiento en el Derecho del Trabajo chileno, ver por ejemplo: THAYER, William - NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo* (3ª edición, Santiago, 1998), tomo II, pp. 146 - 147.

<sup>22</sup> BAG sentencia de fecha 25.4.1995, APN° 130 al § 242 BGB *Geichbehandlung*. Sobre el tema: SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1139; DÜTZ, Wilhelm, *Arbeitsrecht* (5ª edición, München, 1999), p. 30.

<sup>23</sup> SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1.138.

<sup>24</sup> El principio que excluye todo trato desfavorable de un trabajador a tiempo parcial frente a un trabajador a tiempo completo en situación comparable, por causa del menor tiempo de trabajo y sin que existan para ello razones fundadas, constituye una particular concreción del principio de igualdad de trato y se encuentra reconocido en el § 4 inciso 1 de la Ley sobre trabajo a tiempo parcial y trabajo a plazo fijo (*Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG*). Asimismo hay un reconocimiento de este principio en el artículo 4 del Convenio de la OIT de 1994 sobre trabajo a tiempo parcial y en el § 4 de la Directiva 97/81 de la Unión Europea, de fecha 15.12.1997, sobre trabajo a tiempo parcial. Sobre el tema ver también: CAAMAÑO, Eduardo, *Las contrataciones atípicas y el contrato de trabajo a tiempo parcial*, en *Revista de Derecho* 10 (Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre 1999), pp. 59 s.

c) Existencia de una relación jurídica laboral: Sólo cabe fundar una pretensión en el principio de igualdad de trato cuando existe una relación jurídica vigente entre un trabajador y su empleador. De lo anterior se deriva, por otra parte, que el principio de igualdad de trato sólo cobra vigencia en una relación laboral ya constituida y, en consecuencia, se excluye su aplicación antes de que ésta se constituya formalmente<sup>25</sup>. Frente a una relación individual de trabajo ya terminada sólo procede excepcionalmente reclamar la aplicación del principio de igualdad de trato, cuando el trabajador afectado reclama la exclusión arbitraria o sin causa justificada de un beneficio o prestación otorgada general y voluntariamente por el empleador mientras la relación de trabajo se encontraba vigente<sup>26</sup>.

d) Establecimiento de un nuevo orden por el empleador: Este tercer requisito supone que el empleador en forma unilateral y voluntaria, a través de una regla o medida, garantice o constituya un nuevo orden al interior de la empresa –en relación con las remuneraciones o condiciones de trabajo– que va más allá de lo establecido individualmente en los respectivos contratos de trabajo<sup>27</sup>. Desde esta perspectiva, la aplicación del principio de igualdad de trato se manifiesta protegiendo a los trabajadores de una exclusión arbitraria o sin causa justificada respecto a las nuevas condiciones garantizadas o impuestas por el empleador, de lo cual podría derivarse un perjuicio para ellos<sup>28</sup>. No procede, en todo caso, aplicar el principio en análisis en aquellas situaciones en que el empleador erróneamente cree estar obligado a conferir un determinado beneficio o cierta prestación, como asimismo, no procede garantizar –observando el principio de igualdad de trato– una determinada prestación a trabajadores que no tienen derecho a obtenerla<sup>29</sup>.

## VI. PROHIBICIÓN DE DIFERENCIACIONES INJUSTIFICADAS O ARBITRARIAS

El principio de igualdad de trato prohíbe al empleador toda diferenciación entre trabajadores en situación comparable que se realice sin causa justificada<sup>30</sup> o bien arbitrariamente. La prohibición de diferenciación sin causa justificada constituye un concepto jurídico indeterminado que debe ser complementado y precisado con las prohibiciones legales de diferenciación, las que configuran la necesaria medida de valoración al momento de proceder a aplicar el principio de igualdad de trato. Desde esta perspectiva, una diferenciación entre trabajadores en situación comparable será injustificada cuando contravenga una prohibición absoluta o relativa de diferenciación.

---

<sup>25</sup> BAG AP 45 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>26</sup> BAG AP 3, 40 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>27</sup> BAG AP 42 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>28</sup> SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1.140.

<sup>29</sup> BAG sentencia de fecha 19.3.1980 AP N° 22 al §§ 22, 23 BAT (*Bundesangestelltentarifvertrag* – contrato colectivo de los funcionarios públicos federales); sentencia de fecha 13.8.1980 al § 77 *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG – Ley sobre constitución de los Consejos de Empresa) 1972; sentencia de fecha 26.11.1998, 6 AZR 307/97.

<sup>30</sup> BAG sentencia de fecha 3.4.1957, AP N° 4 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 11.9.1985, AP N° 76 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

La prohibición absoluta de diferenciación excluye toda diferenciación efectuada por el empleador con contravención al principio de igualdad amparado constitucionalmente en el artículo 3 inciso 2 y 3 de la Constitución Política alemana<sup>31</sup>. Esta disposición constitucional prohíbe toda diferenciación de una persona (en este caso un trabajador) que se realice con base en el sexo, origen, religión, nacionalidad, pensamiento político, etc. Por otra parte, la prohibición *relativa* de diferenciación supone una inadecuada relación entre causa (la medida o regla determinada por el empleador) y efecto (las consecuencias que la medida o regla produce entre los trabajadores en situación comparable), producto de lo cual se contraviene el principio de igualdad de trato. Desde esta perspectiva, resulta fundamental tener en consideración la finalidad perseguida por el empleador al momento de disponer la regla o medida cuestionada<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de igualdad de trato prohíbe también al empleador las diferenciaciones arbitrarias entre trabajadores. De acuerdo con el criterio establecido por la doctrina alemana<sup>33</sup>, el empleador es libre para fijar la finalidad que pretende alcanzar con una determinada regla o medida de aplicación general en la empresa. En este contexto, el empleador actuará en forma arbitraria cuando no aplica la regla o medida a todos los trabajadores que son destinatarios de ella, de acuerdo a los supuestos establecidos por él mismo, o bien, cuando el empleador delimita las condiciones de aplicación de la regla o medida de tal manera que la diferenciación que se realiza entre los trabajadores ya no está de acuerdo con la finalidad perseguida por éste al momento de establecerla. Por lo antes expuesto, es que en el Derecho del Trabajo alemán se considera asimismo al principio de igualdad de trato como una prohibición general de trato arbitrario a los trabajadores<sup>34</sup>.

## VII. MATERIAS QUE SON OBJETO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

a) Prestaciones voluntarias: El principio en análisis cobra relevancia práctica fundamentalmente respecto a prestaciones (relativas a la remuneración o a las condiciones de trabajo) que garantiza u otorga voluntariamente el empleador a un conjunto de trabajadores<sup>35</sup>. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo<sup>36</sup> ha reconocido que la aplicación del principio de igualdad de trato también se extiende a aquella parte de la remuneración que constituye directamente la contraprestación al trabajo realizado, pues un aumento de remuneración garantizado de manera ge-

---

<sup>31</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, pp. 161 - 162.

<sup>32</sup> BAG sentencia de fecha 23.8.1995, AP N° 134 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 17.2.1998 AP N° 23, 37 al § 1 *Gesetz alr Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung* (BetrAVG).

<sup>33</sup> Sobre el particular: RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 161.

<sup>34</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 161.

<sup>35</sup> ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 218.

<sup>36</sup> BAG sentencia de fecha 25.4.1959, AP N° 15 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 9.11.1972, AP N° 36 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 10.4.1973, AP N° 38 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 11.9.1985, AP N° 47 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 27.7.1988, AP N° 76 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

neral y fundado en motivos generales se vincula objetivamente a la prestación de servicios por el trabajador. En este sentido, el máximo Tribunal del Trabajo en Alemania ha fallado que un trabajador en particular o un grupo de trabajadores no pueden ser excluidos sin causa justificada de un aumento de sueldo otorgado por el empleador en el marco de un proceso general de aumento de remuneraciones y cuyo otorgamiento se garantiza a la gran mayoría de los trabajadores<sup>37</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Federal del Trabajo también ha reconocido que el principio de igualdad de trato es aplicable en los casos de aumento retroactivo de la remuneración. Sobre el particular, el referido Tribunal dispuso que no pueden ser excluidos del aumento retroactivo de remuneraciones los trabajadores que hayan prestado servicios durante el período comprendido en el aumento y que con anterioridad a su entrada en vigencia hayan dejado de pertenecer a la empresa<sup>38</sup>. Un aumento de remuneraciones garantizado de manera general y fundado en motivos generales –esto es, que no dice relación con capacidades o aptitudes de un trabajador en particular– se vincula objetivamente al supuesto de la prestación de servicios y por ello las condiciones para el otorgamiento del aumento de remuneración no pueden ser delimitados por el empleador de tal manera que, trabajadores que prestaron servicios en la empresa durante el período comprendido en el aumento retroactivo de remuneraciones y que ya no pertenecen a ella sean excluidos del otorgamiento de este beneficio. Si se permitiera al empleador cualquier criterio de diferenciación al momento de configurar el grupo destinatario de una determinada prestación, el principio de igualdad de trato pasaría a ser sólo un imperativo con un contenido de carácter formal. Por lo anterior, la aplicación de este principio no puede delimitarse sólo a la ejecución de la regla o medida fijada por el empleador, sino que también debe extenderse a los presupuestos o condiciones conforme a los cuales se otorga o garantiza una determinada prestación, de tal manera que ningún trabajador de la empresa sea excluido de ella sin causa justificada o de manera arbitraria<sup>39</sup>.

La anterior jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo es de suma importancia, pues ha reconocido expresamente que el principio de igualdad de trato no sólo se lesiona cuando el empleador excluye arbitraria o injustificadamente a un trabajador de la aplicación de un beneficio otorgado por una regla o medida general que él mismo ha fijado, causándole con ello un perjuicio, sino que también se configura una lesión a este principio, cuando los criterios de aplicación de una regla o medida general fijada por el empleador en sí mismos traen aparejados una diferenciación arbitraria o injustificada<sup>40</sup>.

b) Poder de dirección: Sin perjuicio de lo antes expuesto, es también generalmente reconocido que el principio de igualdad de trato es aplicable en relación con el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador<sup>41</sup>. En este ámbito el

---

<sup>37</sup> BAG sentencia de fecha 25.4.1959, AP N° 15 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>38</sup> BAG sentencia de fecha 4.2.1976, AP N° 40 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>39</sup> En este sentido: sentencia del BAG de fecha 10.3.1982, AP N° 47 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>40</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 159.

<sup>41</sup> SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1147; ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 219; SCHWARZ, *Die dogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes*, en *Recht der Arbeit* (1968), p. 248.

principio en análisis cobra otro contenido, toda vez que limita el poder de dirección del empleador con respecto a la determinación de las obligaciones del trabajador. Desde este punto de vista, es de suma relevancia la forma en que el trabajador, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de trabajo, debe seguir las instrucciones impartidas por el empleador.

Con respecto a la manera en que cobra validez este principio frente al poder de dirección del empleador es necesario distinguir dos aspectos: en primer lugar, el establecimiento de la regla por parte del empleador fundado en el poder de dirección y, en segundo lugar, la ejecución de esta regla a través de la imposición de la instrucción al trabajador. En relación con el establecimiento de la regla es fundamental determinar si el empleador, de acuerdo lo estipulado en el contrato individual de trabajo, está autorizado para hacerlo. Desde esta perspectiva la validez del principio de igualdad de trato no significa otra cosa que la vinculación de la potestad al principio de igualdad; el principio de libertad contractual goza, en todo caso, de primacía, en la medida que no exista una disposición legal que lo limite<sup>42</sup>. En cuanto al segundo aspecto, cabe tener presente el empleador está facultado para requerir el cumplimiento de una instrucción impartida al trabajador. Desde este punto de vista, el principio de igualdad de trato actúa como un límite al ejercicio de este poder del empleador, en la medida que el empleador cuando imparte una orden o instrucción a los trabajadores no puede dirigirla preferentemente a un trabajador en vistas a imponerle una mayor carga que a los demás o bien excluirlo de la ganancia –producto, por ejemplo, del cambio del turno de trabajo a un día festivo– que para éste podría significar la ejecución de la instrucción impartida por el empleador<sup>43</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de igualdad de trato impone también al empleador en relación con el ejercicio de su poder de dirección que las instrucciones que se impartan a los trabajadores se basen en criterios económico-empresariales razonables<sup>44</sup>. En particular, debe tenerse en cuenta por el empleador el respeto al principio de igualdad de trato frente a instrucciones que se impartan a un gran número de trabajadores, como son por ejemplo, aquellas que imponen un control en las puertas de acceso a la empresa, una prohibición de fumar, turnos nocturnos o en días festivos<sup>45</sup>.

c) Término de la relación laboral: En general, se considera en la jurisprudencia laboral alemana que no es posible fundar directamente en el principio de igualdad de trato un reclamo sobre la validez o procedencia del término de un contrato de trabajo<sup>46</sup>. Lo anterior, no implica negar absolutamente la aplicación de este principio en materia de término de la relación laboral. Lo que ocurre es que el principio de igualdad de trato no debe entenderse como una prohibición para el empleador de poner término a un contrato de trabajo<sup>47</sup>. Una excepción a lo antes señalado sólo

---

<sup>42</sup> HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* cit. (n. 7), p. 245 s.

<sup>43</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 159.

<sup>44</sup> SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1147.

<sup>45</sup> En este sentido: BAG sentencia de fecha 18.9.1991, AP. N° 3 al Art. 3 GG.

<sup>46</sup> BAG sentencia de fecha 22.2.1979, EzA (*Entscheidungen alm Arbeitsrecht*) § 103 BetrVG 1972 N° 23.

<sup>47</sup> BAG sentencia de fecha 21.10.1969, AP N° 41 al Art. 9 GG *Arbeitskampf*; sentencia de

tiene lugar en aquellos casos en que el empleador infringe la disposición contenida en el § 611 a BGB, que consagra la prohibición de discriminación en razón del sexo al momento de constitución, durante la vigencia y al término de la relación individual de trabajo. Fuera de la situación prevista en la citada disposición, se reconoce por la doctrina alemana<sup>48</sup> que el principio de igualdad de trato sólo cabe considerarlo junto a los otros factores que contempla la normativa sobre término de contrato de trabajo –tales como la elección social (*Sozialauswahl*)<sup>49</sup>– para calificar si existe y procede la causa de despido que justifique el término ordinario (*ordentliche Kündigung*)<sup>50</sup> o extraordinario (*ausserordentliche Kündigung*)<sup>51</sup> de la relación laboral.

## VIII. PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

La jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo ha reconocido constante y uniformemente que el principio de libertad contractual goza de preferencia frente al principio de igualdad de trato<sup>52</sup>. Lo anterior trae como consecuencia, la validez de

---

fecha 28.2.1958 AP N° 1 al § 14 *Arbeitszeitordnung* (AZO – Ordenanza sobre jornada de trabajo, hoy reemplazada por la Ley sobre jornada de trabajo: *Arbeitszeitgesetz* - AZG).

<sup>48</sup> En este sentido: ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 219 - 220; SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1146; RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 160.

<sup>49</sup> La elección social constituye un requisito de validez del término ordinario de una relación laboral y supone que el empleador, en los casos de término de un contrato de trabajo fundado en necesidades urgentes del establecimiento, debe proceder a elegir entre un conjunto de trabajadores en situación comparable, de acuerdo a la naturaleza de los servicios prestados, cual es el que deberá dejar de pertenecer a la empresa, porque previa consideración a criterios sociales (tales como edad, tiempo de pertenencia a la empresa, obligaciones familiares, u otros) se encuentra en una posición más ventajosa y es, desde esta perspectiva, más “fuerte” (*sozial stärkste Arbeitnehmer*), por ejemplo, por ser soltero y pertenecer menos tiempo a la empresa.

<sup>50</sup> Esta forma de término de la relación de trabajo constituye la regla general en el Derecho del Trabajo alemán y se caracteriza por requerir de un aviso, del transcurso de un plazo, de una consulta al Consejo de Empresa (*Betriebsrat*) en aquellas empresas en que este órgano de participación de los trabajadores existe, y de una causa o motivo, en aquellos casos en que procede la aplicación de la ley de protección frente al despido (*Kündigungsschutzgesetz* – KSchG), de conformidad a sus §§ 1 y 23 (esto es, cuando la relación laboral tenga una vigencia superior a seis meses y en la empresa presten servicios más de cinco trabajadores). Esta ley reconoce tres grandes causas que justifican el término de la relación laboral: aquellas se fundan en la persona del trabajador, en su comportamiento o en necesidades urgentes del establecimiento (*dringende betriebliche Erfordernisse*).

<sup>51</sup> Esta forma de término de la relación laboral regulada en el § 626 BGB se caracteriza por ser inmediata, esto es, por no estar sujeta a ningún plazo legal y por requerir la existencia de una razón de importancia, grave, que, previa consideración de los hechos y particularidades del caso concreto, como asimismo, una consideración de los intereses de ambas partes, impida presumir la continuidad de la relación laboral hasta el transcurso del plazo de despido o hasta el término estipulado en el contrato.

<sup>52</sup> Entre otras: BAG sentencia de fecha 4.5.1962, AP N° 32 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 10.4.1973, AP N° 38 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; sentencia de fecha 27.7.1988, AP N° 83 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

una cláusula contractual a través de la cual un trabajador manifiesta su conformidad con una determinada regla o medida general adoptada por el empleador que le es desfavorable<sup>53</sup>. En particular, puede también establecerse válidamente en un contrato individual de trabajo que el trabajador no percibirá determinadas prestaciones que el empleador sí garantiza de manera general a otros trabajadores en la empresa<sup>54</sup>. Incluso, cuando el empleador ha adoptado una determinada medida con infracción del principio de igualdad de trato, pueden las partes de común acuerdo subsanar los efectos negativos que de ella se derivan para el trabajador. No obstante lo anterior, no es posible que el trabajador renuncie de manera general a cualquier reclamación basada en una infracción al principio de igualdad de trato<sup>55</sup>.

La libertad contractual de los sujetos de una relación individual de trabajo se encuentra en todo caso limitada, en aquellas situaciones en que legalmente se establece una prohibición de diferenciación<sup>56</sup>. Lo anterior tiene lugar, respecto a la prohibición de trato desfavorable por razón de sexo, de conformidad con lo dispuesto en el § 611 a BGB, cuya infracción trae aparejada la nulidad, según lo establecido por el § 134 BGB. Asimismo constituye un límite a la libertad contractual, la prohibición de diferenciación en materia de remuneraciones entre hombres y mujeres, de acuerdo a lo dispuesto por el § 612 inciso 3 BGB y el artículo 141 del Tratado de la Unión Europea, y la prohibición de trato desfavorable de los trabajadores a tiempo parcial, por causa del menor tiempo de trabajo, frente a trabajadores a tiempo completo en situación comparable, de conformidad a lo señalado por el § 4 inciso 1 de la ley sobre trabajo a tiempo parcial y contratos a plazo fijo (*Teilzeit- und Befristungsgesetz –TzBfG*). Finalmente limita la libertad contractual una diferenciación realizada en base a criterios prohibidos por el artículo 3 inciso 3 GG (sexo, religión, nacionalidad, etc.), los que no pueden ser obviados a través de un contrato individual de trabajo.

## IX. EFECTOS DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

No existe uniformidad en la jurisprudencia ni en la doctrina laboral alemana sobre las consecuencias jurídicas derivadas de una infracción por el empleador al principio de igualdad de trato. Según Hueck<sup>57</sup>, no puede asimilarse la prohibición que conlleva el principio de igualdad de trato a una prohibición legal y, por lo tanto, no sería procedente reclamar la nulidad de conformidad al § 134 BGB<sup>58</sup>. En opinión de

---

<sup>53</sup> BAG sentencia de fecha 4.5.1962, AP N° 32 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>54</sup> HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* cit. (n. 7), p. 250 s.

<sup>55</sup> ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 217; LIEB, *Arbeitsrecht* cit. (n. 9), p. 32 - 33.

<sup>56</sup> RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 164.

<sup>57</sup> HUECK, Götz, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht* cit. (n. 7), p. 249 s.

<sup>58</sup> El § 134 BGB establece, en términos generales, que un negocio jurídico que contraviene una infracción legal es nulo, a menos que la ley establezca algo distinto (“*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*”).

este autor, el principio de igualdad de trato es un principio inmanente a la relación laboral, cuya infracción puede traer aparejadas diferentes consecuencias jurídicas. En este sentido, actos jurídicos que infringen el principio de igualdad de trato en perjuicio de un trabajador (por ejemplo, una instrucción impartida por el empleador, la exclusión del otorgamiento de ciertos beneficios sociales) serían ineficaces (*unwirksam*), pero no nulos (*nichtig*), por lo que podrían subsanarse sus efectos perjudiciales, colocando al trabajador afectado en igual situación que a los trabajadores beneficiados por la aplicación de la regla o medida impuesta por el empleador. Por el contrario, actos jurídicos que contravienen el principio de igualdad de trato, pero favorecen a un trabajador, serían válidos, ya que este principio prohíbe un trato desfavorable y no un trato más favorable.

La jurisprudencia<sup>59</sup> ha reconocido que, en aquellos casos en los que un contrato colectivo<sup>60</sup> o un acuerdo celebrado entre el empleador y el Consejo de Empresa infringen el principio de igualdad de trato, tiene lugar la nulidad de la respectiva disposición, de acuerdo al § 134 BGB y procede que el Tribunal reestablezca la igualdad equiparando “hacia arriba” (*Anpassung nach oben*) la situación de los trabajadores afectados, de tal manera que estos perciban o queden en la posición en que se encuentran los trabajadores no afectados por la infracción a este principio<sup>61</sup>. En el evento que la infracción al principio de igualdad de trato tenga por base una cláusula de un contrato de trabajo, tiene lugar la nulidad de ésta de conformidad al § 134 BGB. Dado que en este caso la nulidad producirá un vacío contractual y que el principio de igualdad de trato no confiere un derecho subjetivo, sino que contiene una prohibición de trato desfavorable, debe suplirse este vacío interpretando el respectivo contrato de trabajo con un criterio integrador<sup>62</sup>. Lo anterior presupone, en los casos de exclusión de un grupo de trabajadores de la aplicación de una regla general establecida por el empleador, que este grupo sea incluido en ella y reciba el mismo trato que el grupo o los grupos no excluidos<sup>63</sup>. No obstante, cabe señalar, que la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo no ha sido siempre coincidente con lo recién expuesto y, en este sentido, hay casos en los que se ha dejado sin efecto todo el contrato y se ha negado la procedencia de una interpretación integradora<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> BAG AP N° 111 al Art. 3 GG; Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), AP N° 92, 100, 113 al Art. 3 GG.

<sup>60</sup> La negociación colectiva se realiza en Alemania por rama de actividad. No existen en Alemania los sindicatos de empresa. La representación de los trabajadores en el establecimiento y en la empresa tiene lugar en los Consejos de Empresa (*Betriebsräte*), los que pueden celebrar acuerdos con el empleador sobre remuneraciones y condiciones de trabajo, con eficacia sólo para el establecimiento o la empresa.

<sup>61</sup> En este mismo sentido: OTTO, Hansjörg, *Einführung in das Arbeitsrecht* (2ª edición, Berlin, 1997), p. 101; RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 165.

<sup>62</sup> Para SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1.142, el principio de igualdad de trato constituye, asimismo, una regla general de interpretación contractual en materia laboral. Esto significa que todos los contratos de trabajo deben interpretarse de tal manera que se garantice la igualdad de trato de los trabajadores.

<sup>63</sup> BAG AP N° 54 al § 242 BGB *Geichbehandlung*; BAG AP N° 76 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>64</sup> BAG AP N° 136 al Art. 3 GG.

Por otra parte, se reconoce por la doctrina<sup>65</sup> que las infracciones al principio de igualdad de trato pueden dar lugar a que el trabajador o los trabajadores afectados reclamen una indemnización de perjuicios, de conformidad a lo establecido en los §§ 823 inciso 2 y 826 BGB, en materia de responsabilidad civil extracontractual<sup>66</sup>.

Para concluir, resulta interesante traer a colación la opinión sustentada por Zöllner y Loritz<sup>67</sup> para quienes la aplicación irrestricta del criterio de la “equiparación hacia arriba” reconocido por la jurisprudencia puede traer aparejado una desproporcionada carga para el empleador, particularmente en aquellos casos en los que la infracción al principio de igualdad de trato dice relación con prestaciones en dinero y el grupo de trabajadores afectados es considerable. Para estos autores es preciso, en consecuencia, efectuar la siguiente distinción:

a) Los trabajadores beneficiados con la prestación otorgada por el empleador con infracción al principio de igualdad de trato tienen derecho a conservar lo que ya hayan percibido.

b) Los trabajadores excluidos injustificada o arbitrariamente de percibir la prestación otorgada por el empleador tienen derecho a solicitar que se les entere retroactivamente lo que habrían percibido de no mediar la exclusión, siempre que el empleador haya infringido culpablemente el principio de igualdad de trato, pues en esta situación ha existido simultáneamente una infracción al principio de buena fe, conforme al cual deben ejecutarse todas las obligaciones contractuales.

c) Aun en los casos en que el principio de igualdad de trato no haya sido infringido en forma culpable por el empleador corresponde reclamar retroactivamente la obtención del beneficio, siempre que atendidas todas las circunstancias del caso y, además, la carga económica que conlleva para el empleador, ello sea razonable y presumible.

d) Tratándose de las prestaciones que el empleador debe asegurar a los trabajadores hacia el futuro, de conformidad a la regla de aplicación general que él ha establecido, estos autores señalan que si en atención a las circunstancias del caso concreto se determina y prueba razonablemente que su otorgamiento, en concordancia con el principio de igualdad de trato, resulta demasiado desproporcionado y gravoso para el empleador, éste podrá reducir el monto de las prestaciones a la cantidad inicialmente considerada, es decir, a la suma estimada sin adecuada sujeción al principio de igualdad de trato.

Los criterios antes descritos no son rígidos y más aún siguen siendo objeto de discusión, pues como ya se señalara, no existe uniformidad en la doctrina ni en jurisprudencia sobre los efectos jurídicos derivados de una infracción al principio de igualdad de trato, sobre todo si se considera que no existe una regulación legal sobre la materia. No obstante lo anterior, no cabe duda alguna en el sentido de reconocer la importancia del principio de igualdad de trato, como uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo cuya vigencia y trascendencia se manifiesta en el desenvolvimiento cotidiano y práctico de las relaciones laborales al interior de la empresa.

---

<sup>65</sup> SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch* cit. (n. 3), p. 1.142. En el mismo sentido: RICHARDI, *MünchArbR* cit. (n. 6), § 14, p. 165.

<sup>66</sup> BAG sentencia de fecha 25.1.1984 AP N° 66, 67, 68 al § 242 BGB *Geichbehandlung*.

<sup>67</sup> ZÖLLNER - LORITZ, *Arbeitsrecht* cit. (n. 1), p. 223 - 224.

## X. CONCLUSIÓN

El principio de igualdad de trato y sus manifestaciones específicas como la igualdad de trato y de remuneración entre trabajadoras y trabajadores es una materia que no se encuentra suficientemente desarrollada en Chile, desde el punto de vista legal y doctrinal. En nuestro país se requiere un mayor análisis y discusión sobre el tema, por una parte, por su relevancia como tema jurídico en el Derecho del Trabajo, en particular en una época como la actual, en la que esta disciplina jurídica se encuentra inmersa en una profunda crisis producto de las transformaciones económicas, tecnológicas y sociales del mundo, las que han modificado el mercado del trabajo y han repercutido directamente en la visión unitaria que se tenía de esta rama del Derecho. Lo anterior, hace necesario reformular la regulación jurídica del trabajo, de tal manera que ésta responda efectivamente a las nuevas formas de entender el trabajo dependiente, como asimismo, que haga posible compatibilizar con equidad y solidaridad el desarrollo económico.

Por otra parte, el principio de igualdad de trato es un tema de importancia en el ámbito laboral a juicio del autor, toda vez que conlleva una forma de enfocar las relaciones laborales entre trabajador y empleador como un fenómeno vivo, dinámico y no aislado al interior de la empresa. El principio de igualdad de trato posibilita una forma de interacción entre los sujetos de una relación laboral basado en el respeto, la equidad, en las no exclusiones, en el rechazo a las prácticas arbitrarias e injustas y, por ende, en la confianza y en la participación. Estos elementos, que van más allá de lo jurídico y normativo, contribuyen sin duda a profundizar los cimientos de una cultura laboral que es la base sobre la cual debe sustentarse un ordenamiento jurídico del trabajo comprometido con el desarrollo real en el plano social y económico de una nación.