

Proyecto de ley de equidad salarial

El 30 de junio de 2021 fue aprobado por la Cámara de Diputados el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo para exigir a las empresas información sobre el número de trabajadoras y trabajadores contratados, y sobre las brechas salariales existentes entre ellos **[1]**, proyecto que, **actualmente, se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado** (última actualización: 16 de octubre de 2024). Dicho proyecto:

- Modifica el actual artículo 62 bis del Código del Trabajo.
- Incorpora un nuevo artículo 62 ter al Código del Trabajo.
- Sustituye la palabra “doscientos” por “cincuenta” en el artículo 154 N°6 del Código del Trabajo.

En este Enfoque Laboral, se revisarán algunos aspectos relacionados con el texto propuesto por el proyecto legal.

1. ¿Qué se entiende por igualdad de remuneraciones en el proyecto de ley?

Conforme al nuevo artículo 62 bis propuesto –que reemplazaría al actual artículo 62 bis del Código del Trabajo **[2]** – la igualdad de remuneraciones debe entenderse como aquel principio que busca asegurar que **entre hombres y mujeres no existan diferencias en sus remuneraciones, siempre y cuando:**

1.1 Hombre y mujer presten un mismo trabajo.

“Mismo trabajo” quiere decir trabajo “idéntico” o “exactamente igual” (Real Academia Española, 1ª y 2ª acepción), es decir, el mismo “puesto de trabajo”. **[3]**

Ej.: Si un hombre y una mujer han sido contratados para el mismo puesto de trabajo, en condiciones idénticas (mismo contrato de trabajo), no podrían tener una remuneración diferente.

[1] Boletín N°10.576-13, refundido con 12.719-13 y 14.139-34.

[2] El actual inciso 1º del artículo 62 bis del Código del Trabajo expresa lo siguiente: “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.”

[3] Al respecto, IRURETA, Pedro, Manual de Derecho Individual de Trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2023, p. 560. Asimismo, Dictamen N° 1187/18, Dirección del Trabajo, 10 de marzo de 2010.

Inquietudes en torno a la redacción normativa de este criterio

Se advierte que **el nuevo artículo 62 bis** propuesto elimina del actual precepto la siguiente frase: **“... no considerándose arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”**.

Esta eliminación podría llevar a pensar que, una vez que hombre y mujer se desempeñen en un mismo puesto de trabajo, **no podrán establecerse diferencias entre sus remuneraciones, aun cuando tengan diferentes capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad**, lo cual trae aparejado el **riesgo de discriminar arbitrariamente a aquellas personas trabajadoras que, si bien en términos formales tienen un mismo puesto de trabajo con otras, son, efectivamente, más cualificadas y competentes y, por ende, más aptas e idóneas [4] en la realización de sus labores en la empresa.**

Solución normativa del proyecto de ley

El nuevo inciso 3º del artículo 62 bis propuesto matiza lo anterior, al establecer que **“excepcionalmente, no se considerarán discriminaciones las diferencias objetivas de las remuneraciones, cuando el empleador o empleadora demuestre que se fundan en las calificaciones del trabajador o la trabajadora.”** En su sentido natural y obvio, el vocablo “calificación” se refiere a lo siguiente:

a. A la **“cualificación”** de la persona (Real Academia Española, 1ª acepción). A su vez, el término “cualificación” puede comprenderse a la luz de la Ley Orgánica 5/2002 española “De las Cualificaciones y de la Formación Profesional”, de fecha de 19 de junio de 2002. En su artículo 4, dicha ley define la cualificación profesional como “el conjunto de estándares de competencia con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral.” La cualificación, entonces, se refiere a los requisitos de formación objetivos que resultan necesarios para optar a un trabajo determinado. (títulos técnicos, títulos universitarios, grados, postgrados, certificaciones, etc.).

[4] “La Constitución asegura a todas las personas: [...] La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

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.”

Ej.: Una persona con idéntico puesto de trabajo que otra persona en la empresa (“mismo trabajo”), podría ganar más si cuenta con un postgrado en la especialidad del cual no goza la otra persona. Y es que, dicho postgrado la haría estar “mejor cualificada”.

b. A los **“atributos”** o **“puntuaciones”** de la persona (Real Academia Española, 1ª acepción). Esto alude a la **valoración** que, al interior de la empresa, tiene la persona y, por ende, dice relación con las evaluaciones que permiten determinar, ya no la “calificación profesional”, sino, más bien, la “competencia profesional”, esto es, la “pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado” (Real Academia Española, 2ª acepción) **[5]**, también llamada “desempeño profesional”. **[6]**

Ej.: Una persona con idéntico puesto de trabajo que otra en la empresa (“mismo trabajo”) podría ganar más si es evaluada mejor en su desempeño profesional.

1.2 Hombre y mujer que, sin tener necesariamente un mismo trabajo en la empresa (esto es, sin tener un mismo puesto de trabajo) realicen un trabajo al cual se le atribuya un mismo valor, función o* responsabilidad.

a. **“Mismo valor”** apunta, en su sentido natural y obvio, al mismo “grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite” (Real Academia Española, 1ª acepción), esto es, al mismo grado de utilidad del trabajo de una persona respecto al de otra para satisfacer las necesidades específicas requeridas en la empresa.

Sobre esta base, podría sostenerse que, para evaluar si dos trabajos (que no son los mismos, esto es, no son idénticos) tienen “igual valor”, se debe determinar cuál es la necesidad empresarial que satisface cada uno. Si es la misma, podría decirse que ambos trabajos tienen el mismo valor y, por ende, debiesen ser remunerados de igual forma.

b. **“Misma función”** apunta a la misma “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas” (Real Academia Española, 1ª acepción).

[5] El término “competencia profesional” también puede entenderse a la luz de la Ley Orgánica 5/2002 española, “De las Cualificaciones y de la Formación Profesional”, de fecha de 19 de junio de 2002 que, en su artículo 4, define a esta como el “conjunto de conocimientos y capacidades que permitan el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo.”

[6] A modo ejemplar, véase RIT O-3966-2021, 1º Juzgado de Letras del Trabajo (JLT) de Santiago, 8 de marzo de 2023; RIT O-861-2022, JLT de La Serena, 30 de noviembre de 2023; RIT T-1628-2020, 1º JLT de Santiago, 9 de abril de 2024.

Sobre esta base, podría sostenerse que, para evaluar si dos trabajos (que no son los mismos, esto es, no son idénticos) se refieren a la misma función, se debe determinar si el objeto de ambos (más que la finalidad), es el mismo.

c. “Misma responsabilidad” apunta a igual “cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado” (Real Academia Española, 1ª acepción).

Sobre esta base, podría sostenerse que para evaluar si dos trabajos (que no son los mismos, esto es, no son idénticos) conllevan igual responsabilidad, se debe determinar qué obligaciones acarrearán a las personas que los ejerzan en caso de incumplimientos.

***La conjunción disyuntiva “o” denota que no sería necesario que los trabajos cumplan las tres condiciones (esto es, que sean del mismo valor, función y responsabilidad) para que deban remunerarse equivalentemente. Bastaría que se cumpla una sola.**

Ej.: Una persona, hombre o mujer, asume una “gerencia interina” en la empresa, mientras se designa al “gerente titular”. En este caso, aun cuando no sea “gerente titular” (esto es, no tiene el mismo cargo), esa persona se encuentra realizando la misma función en la empresa que el gerente titular. Por ende, debiera ser remunerada como gerente titular, ya que ha asumido una misma función y, eventualmente, incluso la misma responsabilidad.

IMPORTANTE

Para estos casos también aplicaría la excepción del nuevo inciso 3º del artículo 62 bis propuesto: “excepcionalmente, no se considerarán discriminaciones las diferencias objetivas de las remuneraciones, cuando el empleador o empleadora demuestre que se fundan en las calificaciones del trabajador o la trabajadora.”

Se advierte, además, que en la última indicación (16 de septiembre de 2024), se entiende que es trabajo de mismo valor el “conjunto de funciones que se consideran equivalentes a otras conforme a las capacidades, calificaciones o experiencias exigidas, las responsabilidades del cargo, el esfuerzo físico y psíquico y las condiciones en que el trabajo es efectuado, entre otros.” Este entendimiento podría aplicarse, también, al concepto “misma función” y “misma responsabilidad”, plasmadas en el proyecto de artículo 62 bis.

El Informe de la Comisión de Mujeres y Equidad de Género sobre el proyecto de ley del 7 de junio de 2021 reconoce que **“si el empleador demuestra que la diferencia de remuneración se funda en una determinación objetiva del valor del trabajo, como en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, no se considerará arbitraria.”**

2. ¿Qué debe hacer el empleador para resguardar el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres?

2.1 Una evaluación analítica de los puestos de trabajo.

El empleador deberá realizar una **“evaluación analítica de cada puesto de trabajo”** basada sobre el “método analítico de evaluación de puestos de trabajo” que fije, en su momento, la Dirección del Trabajo. A grandes rasgos, esta evaluación deberá definir:

- Qué actividades o funciones comprende cada puesto de trabajo.
- Qué responsabilidades conlleva cada puesto de trabajo.
- Qué necesidad particular de la empresa atiende cada puesto de trabajo.
- Qué cualificaciones y competencias (físicas, intelectuales y psicológicas) exige cada puesto de trabajo.

Una vez al año, el empleador deberá revisar la evaluación analítica de sus puestos de trabajo.

2.2 Conformar un Comité de Evaluación de Empleo.

En las empresas que cuenten con más de 50 trabajadores, la evaluación analítica y sus revisiones anuales serán realizadas por un **“Comité de Evaluación de Empleo”** compuesto por igual cantidad de hombres que de mujeres. El empleador deberá encargarse de conformar dicho comité.

2.3 Fijar estructuras y escalas de remuneración.

Sobre la base de la evaluación analítica realizada, el empleador deberá **fijar “estructuras y escalas de remuneración”** para cada puesto de trabajo, esto es, niveles o rangos de remuneración de acuerdo con cada puesto.

IMPORTANTE

En esta escala de remuneración, sería razonable dejar constancia de que, a la hora de establecer la remuneración en el contrato individual, no solo se atenderá a la evaluación analítica del puesto de trabajo, sino a la calificación de cada persona trabajadora, conforme a lo establecido por el inciso 3º del artículo 62 bis del Código del Trabajo (recuérdese que la calificación, en su sentido natural y obvio, atiende a las cualificaciones y a las valoraciones).

2.4 Elaborar un plan de igualdad de remuneraciones.

Para eliminar las brechas existentes, el empleador deberá elaborar un **“plan de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres”**, el cual deberá incluir:

- El número de mujeres y de hombres trabajadores en la empresa.
- Las jerarquías, cargos o puestos de trabajo en la empresa.
- La remuneración recibida por las mujeres y por los hombres.
- La fijación de medidas para resolver las brechas de remuneración existentes entre hombres y mujeres.
- Se debiesen incluir las estructuras y escalas de remuneración elaboradas (letra C), sobre la base de la evaluación analítica realizada.

Una vez elaborado este plan de igualdad de remuneraciones, deberá enviarse a la Dirección del Trabajo en un plazo de 30 días.

Lo lógico, además, es que el plan de igualdad de remuneraciones se revise una vez al año, junto con la revisión de la evaluación analítica de cada puesto de trabajo.

Este plan de igualdad de remuneraciones puede ser objeto de negociación colectiva con la organización sindical constituida en la empresa.

2.5 En las empresas que ocupen 50 o más trabajadores, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad –elaborado de acuerdo con el artículo 153 del Código del Trabajo– deberá contener un registro de los cargos o funciones que existen en la empresa con sus **características técnicas esenciales**.

Por características técnicas esenciales debe entenderse “aquellos distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a desempeñar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda realizar en la empresa [...] aquellos distintivos que definen el cargo o función a desempeñar, que son parte de su esencia, de su naturaleza, sin considerar aquellos aspectos que pudieran ser variables”. [7]

3. ¿Qué otras recomendaciones se sugieren para dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones, sin generar, a su vez, otras discriminaciones arbitrarias?

- Exigir la misma calificación profesional (título técnico, universitario, grado, postgrado, certificación, etc.) a quienes se desempeñen en un mismo puesto profesional, es decir, exigir el mismo grado de formación profesional, técnica o universitaria.
- Establecer sistemas de evaluaciones periódicas para todos los puestos de trabajo, con el fin de determinar el desempeño profesional y poder, así, establecer una valoración de la persona en cuanto a su competencia.
- Sobre la base de lo anterior, fijar el mismo sueldo para los mismos puestos de trabajo y, conforme al resultado de las evaluaciones de desempeño laboral, otorgar bonos por dicho desempeño, competencia o productividad, que sí pueden variar entre trabajadores, en base a su mejor o peor evaluación. [8]

3.1 A modo ejemplar, ¿qué prácticas podrían ser atentatorias contra el principio de igualdad de remuneraciones? [9]

- Mantener a la mujer en un puesto de inferior jerarquía que el del hombre, sin probar [el empleador] que atendió a criterios objetivos (calificaciones, tratadas más arriba).

[7] [] RIT T-91-2019, Juzgado de Letras de Colina, 20 de diciembre de 2021, c. 9.

[8] “... tratándose del bono de incentivo, éste atiende a la productividad del trabajador cuando desempeña su labor, contemplándose un rango de retribución con un monto máximo que asigna de manera discrecional y mensual el supervisor de la operación, características que impiden asimilarlo al sueldo base, según se razonó en las motivaciones novena y décima precedentes.” Véase Rol 41328-2021, Excelentísima Corte Suprema, 4 de mayo de 2023, c. 11; “... tratándose del Bono de Gestión Anual, si bien le es aplicable potencialmente, por ser parte de ambos convenios colectivos como ejecutivo de empresa senior, atendido a que trabajó cero días entre octubre de 2018 a septiembre de 2023, no es posible aplicarle la fórmula de cálculo, primero, porque no era factible aplicarle la evaluación de su desempeño ante su ausencia y, segundo, porque no trabajó ningún día, pues el sentido de este bono es reconocer el aporte concreto de un trabajador a las utilidades del período respectivo, que en el caso de este trabajador con licencia médica superior a 30 días, difícilmente pudo entregar [...] tratándose de los bonos que forman parte de su contrato individual, conformado a su vez por el bono de productividad y bono de permanencia, respecto del primero, como señaló la testigo Inostroza Morales, exige cumplimientos de metas del ejecutivo...” RIT O-406-2023, Juzgado de Letras de Colina, 9 de octubre de 2024, c. 11.

[9] Sobre este tema, revísense, a modo ejemplar: RIT T-91-2019, Juzgado de Letras de Colina, 20 de diciembre de 2021; RIT T-415-2021, JLT de Concepción, 18 de abril de 2022; RIT T-11-2021, Juzgado de Letras de Pitrufquén, 20 de mayo de 2022; RIT T-1494-2022, 2º JLT de Santiago, 14 de diciembre de 2022; T-RIT T-19-2022, JLT de Antofagasta, 23 de enero de 2023; RIT T-27-2023, Juzgado de Letras de San Carlos, 11 de junio de 2024; RIT T-95-2024, JLT de Temuco, 8 de agosto de 2024.

A contrario sensu, no podría considerarse discriminatorio o atentatorio al principio de igualdad de remuneraciones mantener a la mujer en un puesto de inferior jerarquía que el del hombre si se prueba que la diferencia atiende a criterios objetivos (calificaciones).

IMPORTANTE

De acuerdo con el nuevo inciso 4º del artículo 62 bis propuesto por el proyecto de ley, es el empleador el que tiene que probar que la diferencia atendió a criterios objetivos.

- Pagar a la mujer trabajadora una remuneración inferior que la del hombre que tiene el mismo puesto de trabajo, o un trabajo de igual valor, la misma función o la misma responsabilidad, sin probar [el empleador] que atendió a criterios objetivos (calificaciones).

A contrario sensu, no podría considerarse discriminatorio o atentatorio al principio de igualdad de remuneraciones pagar a la mujer trabajadora una remuneración inferior que la del hombre si:

- Se prueba que la mujer no tiene, **ni el mismo puesto de trabajo**, ni un trabajo de igual valor, ni la misma función, ni la misma responsabilidad que ese hombre.
- La mujer tiene el mismo puesto de trabajo, un trabajo de igual valor, una misma función o responsabilidad que el hombre, **pero la diferencia de remuneración atiende a criterios objetivos que dicen relación con las calificaciones**, sea que estén asociadas a la cualificación profesional (ej.: el grado académico) o a las puntuaciones que, eventualmente, podría otorgar la empresa, tales como antigüedad, trayectoria, prestación efectiva de servicios o evaluación de desempeño.

IMPORTANTE

Es el empleador el que tiene que probar que la diferencia atendió a criterios objetivos.

Para más información, contactar a:

Sebastián Parga M. | Socio | sparga@pmvabogados.cl

Jorge Montes A. | Socio | jmontes@pmvabogados.cl

Pablo Vasseur G. | Socio | pvasseur@pmvabogados.cl