

EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SALARIAL ¿JUSTIFICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS O SITUACIONES EXCEPCIONALES?

CLAUDIA CERMEÑO DURAND¹

I. INTRODUCCIÓN

A finales del 2017 se publicó la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres (la Ley) que, en marzo del 2018, fue reglamentada por el Decreto Supremo No. 002-2018-TR (el Reglamento). Así, por primera vez, se introducen a nivel infra constitucional diversas obligaciones en materia de igualdad salarial, transversales a toda la organización y que, ciertamente, exceden los alcances del título de la Ley No. 30709².

Una de tales obligaciones, es la de contar con cuadros de categoría y funciones, de modo que, los trabajadores que pertenezcan a una misma categoría perciban las mismas remuneraciones. Sin embargo, no se trataría de una igualdad rígida. Los artículos 6° y 7° del Reglamento contemplan una serie de supuestos que permiten y/o justifican que trabajadores de una misma categoría perciban distintas remuneraciones. Acá es donde, precisamente, se origina el motivo de la presente ponencia.

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada asociada del área laboral del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

² Recientemente nos hemos topado con posiciones que sostienen que, desde que la finalidad de este paquete normativo es prohibir las diferencias salariales por razones de sexo, su aplicación debería circunscribirse a los supuestos de discriminación salarial entre varones y mujeres, a efectos de realizar el mandato de igual salario por trabajo de igual valor. Si bien esto hubiera estado más acorde con el título de la Ley, creemos que sus artículos y el Reglamento nos llevan a concluir lo contrario: que su aplicación es transversal a toda la organización, no solo a los supuestos de discriminación por razón de sexo, de modo que se realiza tanto el mandato de igual salario por trabajo de igual valor, como el de igual salario por trabajo igual. Desde que este tema, si bien importante, no es parte del objeto del presente trabajo, no nos explayaremos más en él. Sin embargo, sí era preciso dejar a salvo esta posición pues, al parecer, a casi un año de la vigencia de Ley, aún no existe consenso en cuanto a sus reales alcances.

Es la primera vez que el legislador regula los supuestos de diferenciación salarial que no atentan contra el derecho de igualdad, aunque lo hace a través de dos artículos distintos, tal y profundizamos en el siguiente punto. Así, el propósito del presente trabajo es verificar si existe algún motivo por el cual se haya optado por recoger en dos dispositivos distintos supuestos que apuntan –en principio– a lo mismo: justificar la existencia de una diferencia salarial. No creemos que se trate de un mero error de técnica legislativa. Sin embargo, lo cierto es que la regulación actual no permite identificar los motivos de tal diferenciación.

Cabe señalar que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, la Ley y su Reglamento tienen menos de un año de vigencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) acaba de publicar las pautas referenciales para la evaluación de puestos³, y todavía se encuentran pendiente de publicación los protocolos de fiscalización que debe emitir la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

Asimismo, las materias que en tales dispositivos se regulan revisten de tal novedad y complejidad para el sector privado, que aún no se tiene suficiente certeza respecto de su ejecución y reales alcances. Los temas materia de controversia son diversos y, tal vez, muchos de ellos resulten más trascendentes y polémicos para la aplicación de la misma norma, que el que estamos abordando en el presente caso.

Sin embargo, precisamente por ello, hemos pretendido ser cautos, y empezar el análisis de una norma tan compleja, con una de sus aristas que, probablemente, sea la menos polémica; pero, no por ello, menos importante.

II. ¿EXISTE UN PROBLEMA? UNA EXPLICACIÓN NECESARIA

Nuestra Constitución (vigente desde 1993) así como los diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, consagran el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo. En materia salarial, ello se traduce en la prohibición de otorgar beneficios diferenciados sin la justificación adecuada, o diferenciar los salarios en función de algún motivo prohibido por el ordenamiento interno por ser discriminatorio (sexo, raza, opinión, condición social, entre otros).

Hasta diciembre del 2017, no había mayor regulación del mandato de igualdad y no discriminación en materia salarial. Las normas internas que regulaban dicho principio, no incluían reglas concretas ni especiales aplicables al salario⁴. A falta de ello, existían

³ Estas pautas se publicaron el 25 de septiembre del año en curso, mediante la Resolución Ministerial No. 243-2018-TR, que aprueba la “Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones”, el modelo de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial.

⁴ En el ámbito legal contábamos con la Ley No. 26772, que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

diversos pronunciamientos de la autoridad laboral judicial y administrativa, indicando qué supuestos de diferenciación salarial, eran acordes con el mandato constitucional y cuáles no. Naturalmente, se trataba de un análisis casuístico.

Como se indicó previamente, esta situación habría cambiado con la publicación de la Ley No. 30709 y su Reglamento. De un análisis simple y literal de estos dispositivos, fluye que los trabajadores que pertenecen a una misma categoría deben percibir las mismas remuneraciones, a menos que concurra alguno de los supuestos que justifique un trato salarial diferenciado. Estas situaciones se regulan en el Reglamento, aunque en dos artículos distintos:

- a. La primera referencia se encuentra en el artículo 6° del Reglamento, que se titula “justificación de las diferencias salariales”.

Este dispositivo indica que, por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el lugar de trabajo, entre otros.

- b. En segundo lugar, se encuentra el artículo 7° del Reglamento, denominado “situaciones excepcionales”, que señala que el empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo

La mayoría de los supuestos listados en el artículo 6° del Reglamento no son tan novedosos. Así, existen diversas sentencias del Poder Judicial y resoluciones de la SUNAFIL que reconocen a varios de tales criterios como supuestos de diferenciación salarial válidos. Lo mismo no ocurre con los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento. Si bien son términos que se emplean con regularidad en la gestión de las relaciones de trabajo, es la primera vez que se plantean como supuestos que justifican la diferencia de salarios.

Una segunda diferencia entre ambos artículos consiste en que la lista del artículo 6° del Reglamento no es taxativa, pues admite la existencia de “otros supuestos” que también puedan justificar las diferencias salariales. Por el contrario, el listado de supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento es uno de índole cerrada. Así, solo

discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato; su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 002-98-TR; y la Ley No. 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

cuando concurra alguno de los cuatro eventos, será factible mantener determinada diferencia salarial.

Aún con ello, no es posible encontrar un motivo jurídico que explique porque el legislador optó por regular tales eventos en dos distintos artículos. Si bien podemos sentar cualquier discusión en que se trató de un desliz en la técnica legislativa, nos negamos a tan simple conclusión. En nuestra opinión, los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento tienen vocación temporal, de modo que, si bien su presencia no lesiona el derecho de igualdad salarial, se busca que en el tiempo tales situaciones se corrijan. Por el contrario, los supuestos del artículo 6° tendrían vocación de permanencia.

Somos conscientes que la conclusión expuesta no fluye del texto normativo. Sin embargo, conforme se detalla en los siguientes apartados, consideramos que se trata de una lectura acorde al contenido constitucional del derecho a la igualdad, que permite explicar por qué tales excepciones al principio de igualdad salarial, se han recogido en distintos dispositivos normativos.

III. LAS DIFERENCIAS SALARIALES

El derecho de igualdad salarial tiene reconocimiento constitucional y está vigente en nuestro ordenamiento desde hace mucho tiempo. Como se indicó, hasta antes de la Ley No. 30709, la identificación de aquellos supuestos de diferenciación salarial compatibles o no con el principio de igualdad, eran analizados por las autoridades laborales y en cada caso en concreto. Desde que el marco constitucional no se ha visto modificado, los supuestos de diferenciación salarial regulados en el Reglamento de la Ley, no deberían ser ajenos a tales pronunciamientos. De ahí que nos referiremos brevemente a esta materia.

Nótese que, en la medida que los supuestos de excepción no aluden a categorías discriminatorias, no hemos visto necesario referirnos al derecho de no discriminación, ni al de igual salario por trabajo de igual valor que, en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina⁵, atienden a supuestos de diferenciación que se sustentan en motivos prohibidos por el ordenamiento por atender contra grupos que históricamente han estado en situación de desprotección (sexo, discapacidad, religión, tendencia política, etc.).

III. 1. Marco normativo de la igualdad salarial

La igualdad salarial encuentra respaldo constitucional en el reconocimiento de los derechos a la igualdad de trato, al igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente.

⁵ Al respecto puede verse: (i) Balta, José (2004). "La discriminación en el empleo en el Perú". *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, número 58, septiembre – octubre 2004, pp. 343-357; (ii) Blume, Iván (2010). *Igualdad salarial entre hombres y mujeres*. Primera edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

a. La igualdad de trato en el ordenamiento peruano

Nuestra Constitución vigente no la menciona expresamente. Sin embargo, la eficacia entre particulares de los derechos constitucionales y fundamentales, nos lleva a reconocer a la igualdad de trato como una manifestación en el ámbito de las relaciones laborales, del principio-derecho a la igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución (Blancas Bustamante, 2011, pág. 360)⁶.

Asimismo, la Constitución señala en el inciso 1 de su artículo 26º que en la relación laboral se respeta –entre otros– el derecho de igualdad de oportunidades sin discriminación. Si bien la igualdad de oportunidades y la de trato no son lo mismo, no es posible afirmar la vigencia de la primera sin reconocer la de la segunda, pues la naturaleza de la igualdad de oportunidades necesariamente supone a la igualdad de trato (Neves Mujica, 2007, pág. 109).

De otro lado, la igualdad de trato se encuentra recogida en el artículo 23º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 2º del Convenio 111 de la OIT⁷. De este modo, considerando al artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, la igualdad de trato forma parte del ordenamiento interno y sirve de parámetro de interpretación del derecho a la igualdad.

Afirmar la vigencia y rango constitucional de la igualdad de trato en nuestro ordenamiento jurídico, y sostener que su ámbito de acción son también las relaciones privadas, nos lleva a aceptar su aplicación y observancia dentro del ámbito de las relaciones laborales. Esto, aplicado al salario, nos llevaría a concluir que está prohibido que trabajadores en igualdad de condiciones perciban diferente remuneración, a menos que existan motivos objetivos y razonables que lo justifiquen⁸.

⁶ El Tribunal Constitucional en la sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente 008-2005-PI/TC, también ha señalado que el mandato de igualdad de trato entre particulares se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de nuestra Constitución.

⁷ La DUDH señala en su artículo 23º que “(...) Toda persona tiene derecho (...) a condiciones equitativas (...) de trabajo”. Por su parte, del artículo 2º del Convenio 111 de la OIT, se deduce el reconocimiento al derecho a la igualdad de trato, cuando se indica que, “Todo Miembro (...) se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, (...) la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación”.

⁸ Al respecto, Álvarez de la Rosa y Palomeque Flores indican que: “Hay un criterio de proporcionalidad evidente que exige que la retribución venga determinada por criterios objetivos referidos a la cantidad o calidad del trabajo. Criterio que dependerá, en suma, del poder de dirección de la organización del trabajo (...) y del lugar que en ella ocupa el trabajador, lo que puede dar lugar a diferencias, incluso colectivas, si concurre causa justificada. De este modo, la equivalencia entre salario y trabajo –a igual tarea igual retribución– sólo puede romperse por razones objetivas (...)” (1996, pág. 915).

b. Derecho a igual salario por igual trabajo

Este derecho se consagra en el inciso 2 del artículo 23º de la DUDH y, como ya hemos indicado, en aplicación del artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, forma parte del ordenamiento interno y sirve de parámetro de interpretación del derecho a la igualdad. De ahí que, a pesar de no tener mención expresa en nuestra Constitución, el derecho a igual salario por igual trabajo también forma parte de nuestro derecho interno.

A diferencia del derecho de igualdad de trato, que prohíbe cualquier tipo de diferenciación arbitraria, con independencia de la materia en donde recaiga; el de igual salario por igual trabajo está limitado a las diferencias que puedan establecerse respecto del “salario”. Por tratarse de un instrumento internacional, creemos que el artículo 23º de la DUDH consagra una noción amplia y genérica de salario. Así, estaría comprendida en sus alcances cualquier ganancia o beneficios que perciba el trabajador, a razón del vínculo laboral.

De otro lado, la aplicación de este derecho exige la “comparación” de dos o más trabajos que cumplan con ser “iguales”. Hasta antes de la Ley No. 30709 esta tarea tenía cierta dificultad, pues era necesario desplegar cierta actividad probatoria en cada caso en concreto, para demostrar que dos o más puestos son iguales⁹. Al parecer, desde la vigencia de la Ley No. 30709 y su Reglamento, esto ya no sería así. Nos explicamos:

- El artículo 2º de la ley No. 30709 señala que las empresas deben contar con cuadros de categorías y funciones, lo que exige evaluar objetivamente los puestos de trabajo, a través de alguna metodología; y
- Por su parte, del inciso 6.1 del artículo 6º del Reglamento se deduce que los trabajadores de una misma categoría deben percibir las mismas remuneraciones, a menos que medie algún supuesto de excepción.

En conclusión, para efectuar la comparación bastaría con elegir a un trabajador de la misma categoría, y verificar si los salarios son iguales y, de no serlo, si media algún supuesto de excepción.

No es nuestro propósito analizar la regulación de los cuadros de categorías y funciones. Sin embargo, y más allá de lo fácil que ahora podría resultar encontrar a un puesto “comparable”, no podemos dejar de notar lo grave y confusa de esta conclusión pues no queda claro: (i) si por categoría ha pretendido referirse a algo distinto a una

⁹ A modo de ejemplo, en su oportunidad, Castro Otero señalaba que “(...) pueden encontrarse innumerables métodos para la determinación de la equiparación de empleos iguales (...) en cualquiera de ellos será necesaria la existencia de estudios de mercado previos y de una actividad probatoria lo suficientemente activa como para determinar, con criterios objetivos que brinden certeza, cuando nos encontramos ante dos trabajos iguales (...)” (2009, pág. 273).

“agrupación de puestos de trabajo” y que no queda claro qué es; (ii) si la intención del legislador ha sido convertir al derecho de igual salario por igual “trabajo”, a uno de igual salario por igual “categoría”; o (ii) si simplemente se trata de un error legislativo, al equiparar equivocadamente a la “categoría” con el “puesto” de trabajo.

c. El derecho a una remuneración equitativa y suficiente

El artículo 24º de la Constitución dispone que “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)”. Si bien la equidad y la suficiencia son criterios que no pueden predicarse por separado, para efectos del presente análisis solo nos centraremos en el concepto de “equidad”.

Siguiendo a Blancas Bustamante, la noción de remuneración equitativa guarda relación con diversos factores, entre los que se encuentra, la fijación del salario en función de la cantidad y calidad del trabajo (2011, págs. 521-522). Respecto a la cantidad, Rubio Correa indica que se trata de otorgar mayor remuneración al que trabaja más, mientras que, respecto a la calidad, el mismo autor indica que “(...) si una persona presta una labor más elaborada, o hecha con mayor cuidado, o para la que ha requerido mayores calificaciones (...) entonces dicha calidad también deberá ser reconocida como un pago proporcionalmente mayor” (1999, pág. 216).

De otro lado, estarían comprendidos dentro de este derecho tan solo los beneficios que cumplan con la definición de remuneración prevista en la ley peruana. En efecto, a diferencia de la DUDH, si bien la Constitución es la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento nacional, sigue siendo una norma interna, de modo que los conceptos incluidos en su texto han de entenderse desde la definición técnico-jurídico que en exista al interior de nuestro sistema normativo.

III.2. La igualdad salarial en el Tribunal Constitucional

Los derechos mencionados en el numeral previo, son todas manifestaciones del principio-derecho de igualdad. Más allá de las características especiales y matices que puedan tener, en última instancia apuntan a lo mismo: la imposibilidad de otorgar condiciones salariales diferenciadas, si es que no existen elementos objetivos y razonables que lo justifiquen.

El Tribunal Constitucional, en diversas de sus sentencias referidas al principio-derecho de igualdad, ha establecido un conjunto de criterios metodológicos orientados a analizar la constitucionalidad de un trato diferenciado, mediante el denominado “test de igualdad” (Rubio, Eguiguren, & Bernales, 2010, pág. 154)¹⁰.

¹⁰ Los criterios que integran el test de igualdad del Tribunal Constitucional han sido expuestos y delimitados en diversas sentencias, tales como, las recaídas en los siguientes expedientes: No.

Dicho test exige, en primer lugar, verificar si existen supuestos de hechos equivalentes o similares que estén recibiendo un tratamiento diferenciado. Así, de haber algún elemento en concreto que diferencie a un supuesto del otro, pues entonces no se afecta el principio de igualdad. Por el contrario, de no existir tal justificación, se prosigue a verificar si existe un principio o bien jurídico regulado en la Constitución, que justifique el tratamiento diferenciado (finalidad constitucional).

Si el trato diferenciado no se sustenta en algún un principio o bien jurídico previsto en la Constitución, la afectación al derecho de igualdad se torna en inválida. De lo contrario, se procede con el análisis de ponderación de derechos, que exige evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del trato diferenciado que se está otorgando. Nuevamente, si no se supera la ponderación de derechos, el tratamiento diferenciado deviene en ilegítimo.

En materia de igualdad salarial, hemos tenido a la vista pocos pronunciamientos del Tribunal. Tal vez el más significativo es el recaído en el expediente No. 04922-2007-PA/TC, referido a la homologación de remuneraciones entre los trabajadores de la Ex Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD) y los de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), con ocasión de la fusión por absorción de la que fueron parte tales instituciones.

En este caso, y a pesar de existir un dispositivo que ordenaba la homologación progresiva, luego de 5 años la SUNAT solo habría homologado al personal de dirección, más no al resto de cargos. Como resultado de ello, el Tribunal indica en su sentencia que existen posiciones en igual nivel y categoría, pero con distintas remuneraciones. De ahí que, el Tribunal señaló que “(...) no se ha contemplado una justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la misma entidad emplazada, no obstante tratarse de una misma institución. Por consiguiente, dicha omisión de la demandada al no homologar las remuneraciones resulta ser discriminatoria e irrazonable”.

En nuestra opinión, de tal pronunciamiento fluye que, de verificarse posiciones en igual categoría, debe existir una justificación objetiva y razonable para que tales puestos no perciban el mismo salario. Si bien no se menciona, estaría implícito que la fusión por absorción de la que fueron objeto tales entidades, no es una justificación ni objetiva ni razonable.

III.3. La igualdad salarial en la Corte Suprema

A diferencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema cuenta con mayor variedad de pronunciamientos en esta materia.

0045-2004-PI/TC, No. 0004-2006-PI/TC, No. 0027-2006-PI/TC, No. 06089-2006-PA/TC, entre otros.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El pronunciamiento que marca las pautas futuras, por ser un precedente de observancia obligatoria, es el recaído en la Casación No. 208-2005-Pasco. En este pronunciamiento se indicó que para determinar si se afecta la igualdad de trato en materia salarial, se deben seguir los siguientes criterios:

- La procedencia del homólogo con el cual se realiza la comparación.
- La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y del demandante;
- La antigüedad laboral en la empresa;
- Las labores realizadas; y
- Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que perciben en ambos casos.

Posteriormente, en la Casación No. 601-2006-Del Santa la Corte indicó que ante igual labor corresponde percibir igual remuneración, a menos que la diferencia responda “(...) a circunstancias objetivas y subjetivas –evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros (...)” (el subrayado es nuestro).

En el 2011, en la Casación No. 4906-2009-Piura, la Corte concluyó que en el caso en concreto no se logró acreditar la vulneración contra el principio de igualdad, pues – entre otros– no se analizan “(...) los parámetros objetivos (cargo, funciones y responsabilidades, entre otros) o subjetivos (experiencia profesional, nivel académico, entre otros)”. Con esto queda claro que, por “subjetivo” la Corte no pretende aludir a situaciones arbitrarias, sino a características propias del trabajador en tanto “sujeto”.

Recién en el año 2015, vemos que a Corte retira el término “subjetivos” para aludir a los supuestos de diferenciación válidos. Así, en la Casación No. 16927-2013-Lima, se indica que las diferencias salariales no atentan contra la igualdad siempre que se otorguen sobre la base de factores legítimos, razonables y objetivos. En el mismo fallo, se listaron como parámetros objetivos de comparación a los siguientes: (i) la empresa proveniente, (ii) la trayectoria laboral, (iii) las funciones realizadas, (iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, (v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, (vi) la responsabilidad atribuida; y (vii) la experiencia y el bagaje profesional.

La mayoría de los supuestos mencionados por la Corte no generan mayores dudas, salvo el de “la empresa proveniente”. Por tratarse de una sentencia recaída en un caso de Telefónica, podría pensarse que se refiere a las concentraciones de personal que se producen con ocasión de una fusión o cualquier otra reorganización empresarial. Sin embargo, la Corte no desarrolla dicho extremo ni señala porque sería una justificación razonable, más aún, teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 04922-2007-PA/TC que comentamos previamente.

En los años siguientes, la Corte Suprema continuó profundizando en el análisis, y pasó a evaluar si determinadas diferencias empleadas en cada caso, eran o no acordes con el principio de igualdad. Entre ellas, podemos señalar las siguientes:

- La evaluación de desempeño no puede ser un elemento que justifique la diferencia de salarios, si es que en el documento no se precisa cual es la finalidad de la evaluación y, menos aún, cuando el trabajador afectado cuenta con los mismos conocimientos que la persona con la que se compara (Casación No. 12033-2015-Del Santa). Noten que en este caso no se descarta al desempeño como criterio de diferenciación, sino que se añade que la evaluación debe precisar que su propósito es otorgar determinado incremento.
- Cuando dos empresas se fusionan, el tiempo que se labora para una de ellas hasta antes de la fusión, también se considera como parte de la trayectoria laboral. Así, en el caso que se analiza en la Casación No. 19902-2015-Cusco, la Corte considera como fecha de ingreso no a la de la fusión, sino a la fecha original en la que entraron a laborar a su primer empleador.

De ahí que la Corte concluyó que los trabajadores que se comparaban no eran iguales pues, además de laborar en plantas distintas y pertenecer a distintas categorías (una era de obreros y la otra de operarios), tenían distintas fechas de inicio de labores.

- Se admite a la trayectoria laboral como un supuesto válido de diferenciación salarial. La trayectoria laboral incluye al tiempo de servicios, las labores, cargos y responsabilidades que desempeñó en otras áreas, entre otros (Casación No. 16101-2016-Lima y Casación No. 20121-2016-Lima).

III.4. La igualdad salarial en la SUNAFIL

La SUNAFIL ha señalado expresamente que sus resoluciones se guían por –entre otros– los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En materia de igualdad salarial, la SUNAFIL ha señalado en diversas resoluciones que acata los criterios de observancia obligatoria dispuestos por la Corte Suprema en la Casación No. 208-2005-Pasco, que comentamos previamente.

Los pronunciamientos de la SUNAFIL suelen más concretos que los abordados en los puntos previos, pues evalúan las diferencias identificadas en cada caso en concreto. El problema de esto y la crítica que se le ha hecho, radica en que, lo identificado en un trabajador o algunos trabajadores, lo extiende a toda una colectividad, obligando a homologar posiciones sin antes haberlas comparado, alterando con ello la organización interna de la Empresa.

Al margen de lo expuesto, existen una serie de criterios interesantes en materia de diferencia salariales, que seguidamente se exponen:

- En la Resolución de Intendencia No. 110-2014-SUNAFIL, se indica que la experiencia previa es un elemento que justifica la diferencia de salarios. Sin embargo, si en un grupo de trabajadores todos tienen la misma experiencia previa,

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

la Intendencia indica que los incrementos que se otorguen en base a dicho componente deben serlo también.

- En la Resolución de Intendencia No. 339-2015-SUNAFIL, la Intendencia señaló que no para sustentar la existencia de diferenciación salarial en base a la antigüedad, no es suficiente la fecha de ingreso de los trabajadores. Así, deben aportarse elementos que acrediten la objetividad y razonabilidad de otorgar incrementos en razón de determinado tiempo de servicios.
- La Intendencia consideró en su Resolución No. 047-2016-SUNAFIL, que las diferencias remunerativas que se sustenten en variables como el conocimiento, calificación profesional y curricular, responsabilidad en el cargo, antigüedad laboral, rendimiento, eficacia y calidad del trabajo, entre otros, son constitucionalmente válidas.

IV. LAS “JUSTIFICACIONES” Y “EXCEPCIONES” EN MATERIA SALARIAL

Era necesario el marco previo antes de entrar al tema principal de este trabajo. De lo contrario, no habría sido posible identificar qué es lo nuevo, qué ha cambiado, y si todo este conjunto normativo está acorde al marco constitucional.

IV.1. Justificación de las diferencias salariales

Estos supuestos se regulan en el artículo 6° del Reglamento, que textualmente señala lo siguiente:

“6.1. Por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros.

6.2. Existe escasez de oferta de mano de obra calificada cuando objetivamente se demuestre que las calificaciones requeridas por un puesto de trabajo son escasas en el mercado.

6.3. Las diferencias de los ingresos totales generadas por la realización de trabajo en jornada reducida, en jornadas atípicas o a tiempo parcial no se consideran contrarias a lo previsto en la Ley o en el presente Reglamento”.

(El énfasis es añadido).

Los criterios de antigüedad, desempeño, experiencia laboral, perfil académico o educativo, ya habían sido recogidos por la jurisprudencia nacional, tal y como

comentamos previamente. De este modo, en los siguientes puntos abordaremos aquellos criterios de diferenciación que resultarían novedosos.

Cabe precisar que todos los supuestos de diferenciación previamente abordados y que no se han recogido en el Reglamento, se entienden también como válidos, desde que el listado del inciso 6.1 es abierto (entrarían en el “entre otros”).

a. La negociación colectiva

No queda claro si se refiere al proceso o al producto (el convenio colectivo). Consideramos que debería ser el proceso, pues la aplicación y efectos de un convenio colectivo y, en consecuencia, las diferencias que este puede ocasionar, se regulan en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT). Nos explicamos:

- Los convenios colectivos se integran por –entre otras– cláusulas de índole normativa, que son aquellas “(...) dirigidas a regular las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide el convenio colectivo” (Boza Pro, 2009, pág. 109). De ahí que, estas cláusulas regulan de manera general y abstracta, las condiciones salariales del personal comprendido en sus alcances, por lo que tendrán naturaleza y efectos normativos respecto de los trabajadores que se encuentren bajo su ámbito de aplicación.
- De otro lado, el artículo 9º del TUO de la LRCT indica que cuando un sindicato afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores, el convenio tendrá eficacia general, es decir, que será de aplicación a la totalidad de los trabajadores comprendidos en el ámbito correspondiente, aunque no se encuentren afiliados a la organización sindical (eficacia general); de lo contrario, el convenio solo será aplicable –en principio, pues el empleador puede decidir extender su aplicación– a los trabajadores afiliados al sindicato o a la coalición de los mismos (eficacia limitada).
- Por tanto, si la aplicación de un convenio produce diferencias, ello se deberá únicamente a: (i) lo que las partes hayan acordado en el convenio; y (ii) a si se trata de una organización mayoritaria o no. Por ejemplo, el incremento que un sindicato minoritario pacta en un convenio no atenta contra el derecho a la igualdad salarial del resto de trabajadores pues, en aplicación del artículo 9º del TUO de la LRCT, no corresponde extender los alcances de tal concepto.

Dicho ello, creemos que la finalidad de este criterio es validar los incrementos salariales o beneficios que se otorguen al personal cuyas remuneraciones no se regulan por convenio colectivo. Se trata, ciertamente, de una medida bastante razonable pues dicho personal, a diferencia del sindicalizado, no cuenta con ninguna vía para mejorar sus condiciones salariales.

b. La escasez de mano de obra calificada para un puesto determinado

Siguiendo a Blume Moore, esta excepción atiende supuestos en los que “(...) existe dificultad para reclutar a un candidato o retener a un empleado que cuenta con una determinada habilidad que escasea en el mercado (...)” (2010, pág. 111). Así, este criterio permitiría que las remuneraciones del personal que cumpla con tales características, esté por encima de lo que el cuadro de categorías y funciones de la empresa en concreto disponga. No le encontramos otra lectura posible.

De otro lado, el inciso 6.2 de su artículo 6° añade que es necesario demostrar objetivamente que las calificaciones requeridas para un puesto son escasas. El dispositivo tan solo señala que debe tratarse de un sustento “objetivo”. Así, no precisa que tal sustento deba ser efectuado por un tercero. De ahí que creemos que este requisito no equivale a exigir estudios de mercado, ni informes o auditorías de terceras empresas.

En nuestra opinión, existe información de la propia empresa que cumpliría con el requisito de ser objetivo. Por ejemplo: anuncios reiterados en los que se busca a un determinado profesional para un puesto, y los documentos del proceso de selección que demuestren que nadie se presentó o que los que se presentaron no cumplían con los requisitos.

c. El lugar de trabajo

Este supuesto también es confuso. Las normas de seguridad y salud ocupacional definen al “lugar de trabajo” como todo sitio o área en donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo, o adonde tienen que acudir para desarrollarlo¹¹. Así, creemos que con este criterio se puede estar aludiendo a cualquiera de las siguientes situaciones:

- La zona geográfica en la que se ubica el lugar de trabajo, que determina una mayor o menor accesibilidad de las personas. Así, este criterio podría justificar aquellas “(...) ventajas adicionales [que] más bien pretenden reparar las molestias inherentes a la prestación de un trabajo en cierta zona geográfica o, más explícitamente, incentivar el trabajo en determinadas regiones” (Llompart Bennáscar, 2007, pág. 410).
- El costo de vida del ámbito en la que se ubica el lugar de trabajo, también es un factor que incide en la fijación de la cuantía del salario. Nuevamente, siguiendo a Blume Moore “[e]s lógico que un empleador que cuenta con diferentes centros de trabajo en distintas regiones del país, pague a sus trabajadores un distinto salario teniendo en consideración la economía local y las condiciones en las que estos trabajos se desarrollan” (2010, pág. 114).

¹¹ Nos referimos a las definiciones del Glosario de Términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por el Decreto Supremo No. 005-2012-TR.

- Por último, las condiciones e instalaciones del lugar de trabajo también son un factor a considerar respecto de la entrega de determinados complementos. Por ejemplo, al personal de una empresa minera que labora en un socavón podría otorgársele una bonificación por subsuelo que, el personal que labora a tajo abierto no necesariamente percibirá.

d. Diferencias por el tipo de jornada

El inciso 6.3 del artículo 6° señala que no es contrario a la igualdad salarial, las diferencias de ingresos que se produzcan por el tipo de jornada que se realice, ya sea ésta una de tipo reducida, a tiempo parcial o atípica. No creemos que se trate de una regla que apunte a que el pago deba ser proporcional al tiempo de trabajo. Sino que, por el contrario, de existir alguna diferencia por el tipo de jornada que se realiza, ésta no será contraria al principio de igualdad.

IV.2. Situaciones excepcionales en materia de igualdad salarial

Estos supuestos se regulan en el artículo 7° del Reglamento de la Ley que textualmente señala lo siguiente:

“El empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo”.

(El énfasis es añadido).

A diferencia de los supuestos mencionados en el punto previo, los que se regulan en el artículo citado no han tenido tanto desarrollo en la jurisprudencia nacional. Si bien las situaciones que se señalan no son ajenas a las relaciones de trabajo, su empleo como excepciones a la igualdad salarial sí es novedoso.

Además, de las situaciones que se mencionan, la única que cuenta con una definición expresa en la legislación laboral del ámbito privado, es la de “ajustes razonables”. Con las demás no ocurre lo mismo. Por ello, consideramos importante esbozar una definición de estas categorías, a fin de identificar sus alcances y limitaciones.

Sin embargo, antes de ello, es preciso notar que el dispositivo otorga a la empresa tiene la “potestad” de “mantener” un determinado nivel salarial, a pesar de que a la posición o categoría que corresponde al trabajador, le corresponde un nivel remunerativo inferior. De esto fluyen los siguientes comentarios:

- En primer lugar, se indica que se trata de una potestad. Es decir, de una facultad del empleador que, como tal, podría como no ejercerse. Al menos de este dispositivo, no fluye que cuando concorra alguno de tales supuestos, necesariamente debe mantenerse el nivel salarial original del trabajador. En otras palabras, este dispositivo no reconoce ningún derecho del personal involucrado en tales supuestos de mantener su nivel salarial original.

De ahí que consideramos que, de mediar acuerdo, es viable la reducción del salario o su adecuación al nuevo nivel que le corresponda.

- De otro lado, la norma es clara al señalar que se trata de “mantener” el nivel salarial original. Es decir, de congelar determinada situación. Así, de optarse por esta vía, el empleador no estaría obligado a extender los aumentos salariales que se otorguen en dicho lapso, desde que ello implica una modificación, lo que es contrario a “mantener”.

Sin duda esto plantea diversas interrogantes. Por mencionar un par: ¿Por cuánto tiempo o hasta cuándo se mantiene tal situación? ¿El congelamiento es solo respecto del básico o incluye los complementos salariales?

a. Modificación de la estructura salarial y organizacional

Por “estructura salarial”, entendemos que alude a la distribución, composición y/o forma en cómo se articulan las distintas partidas del salario que se otorga a un trabajador (Llompart Bennássar, 2007, pág. 73). Como bien señala Arce Ortiz, los empleadores tienen libertad de definir la estructura salarial aplicable a su organización, desde que el ordenamiento peruano no impone al empleador del sector privado una determinada estructura remunerativa (2008, pág. 375).

En cuanto a la “estructura organizacional” consideramos que se refiere a como se ordena la empresa para lograr sus objetivos, lo que implica determinar las áreas de trabajo, las funciones y responsabilidades de cada una de ellas, la interacción entre ellas, la asignación del personal y la cantidad de personal requerido, las relaciones de jerarquía y/o coordinación, entre otros.

De este modo, si producto de cualquier modificación que el empleador decida introducir a la estructura salarial u organizacional, se determina que al puesto o categoría de determinado trabajador le corresponde un menor salario, la empresa podrá mantener el salario original. Nótese que las modificaciones comprendidas en este supuesto, son las que se produzcan en ejercicio del poder de dirección que tiene el empleador.

En efecto, desde que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, se reconoce al empleador el poder de dirección que se define como el conjunto de facultades de diversa índole, que tienen por función garantizar la organización y la eficiencia de la empresa, para que éste realice su fin económico (Blancas Bustamante, 2007, pág. 99).

Así, como ejemplos de estas modificaciones podrían señalarse: (i) la creación o supresión de un departamento y/o área en la empresa, (ii) la fusión de dos o más áreas, departamento y/o centros de operaciones en una sola; (iii) la introducción de nuevas tecnologías que demanden reorganizar las funciones del personal; (iv) la externalización de alguna etapa productiva de la empresa; (v) un nuevo cuadro de categorías y salarios producto de la fusión de dos o más empresas; (vi) la incorporación de salario variable a la estructura remunerativa del personal; entre otros.

b. Reclasificación

A efectos de diferenciar este supuesto del abordado en el literal previo, consideramos que este término alude a la asignación de una posición determinada a otra categoría organizacional. De este modo, mientras las “modificaciones organizacionales” impactan en una estructura que engloba a un colectivo de puestos de trabajo, la reclasificación se centra en una o algunas posiciones en específico que, en consecuencia, afecta a una o algunas personas determinadas.

Asimismo, para diferenciar a la reclasificación de la degradación, este supuesto no podría suponer el traslado de la posición a una categoría de inferior jerarquía. De este modo, a la reclasificación solo le quedan los cambios a otras categorías de igual nivel. Como verán, no es sencillo imaginar algún ejemplo de esta situación. En consecuencia, deberemos estar a lo que la jurisprudencia pueda ir delineando, a efectos de entender los supuestos incluidos en este criterio.

c. Degradación

En su concepto más básico, esto alude a cualquier acción y efecto de reducir, rebajar, disminuir, y similares. Desde que tales actos no pueden realizarse respecto al salario pues, precisamente, el artículo 7° predica que éste se puede mantener pese a la degradación, tan solo queda afirmar que esta acción va referida al puesto o categoría de trabajo.

Ahora, no puede tratarse de una degradación de puesto que se sustente en la voluntad unilateral del empleador pues, de acuerdo con el literal b) del artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, la reducción de categoría constituye un acto de hostilidad equiparable al despido, con independencia de si es motivado y/o justificado.

Así, tan solo podría tratarse de una degradación que ocurra de forma bilateral o por mandato de un tercero. Al respecto, solo podemos pensar en los siguientes ejemplos:

- Un trabajador que es ascendido pero que no demuestra las habilidades necesarias que la nueva posición demandaba. En este caso, en lugar de evaluar su desvinculación, las partes podrían suscribir un convenio, acordando que el trabajador retorne a su posición anterior.

Más allá de que –en nuestra opinión– las partes puedan pactar la reducción del salario, el Reglamento también les permite que se mantenga el salario original, lo cual no será contrario al principio de igualdad.

- Un trabajador que fue despedido por retiro de confianza pero que, como en un inicio desempeñó un puesto no calificado como tal, es repuesto a dicha posición. En este caso, existe una degradación del puesto de trabajo, pero por mandato judicial. De presentarse el caso, la empresa podría reincorporarlo, manteniendo su último sueldo vigente, y esto no sería contrario al mandato de igualdad.

d. Ajuste razonable

Este término nos lleva a pensar en el traslado de las personas con discapacidad, a un puesto que no implique mayor daño para su salud. Sin embargo, esto no se condice con la regulación de “ajuste razonable” que se contempla en la Ley No. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y sus demás normas complementarias.

El artículo 50° de la Ley No. 29973 señala que los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad. Así, en su definición no se incluyen los cambios de puesto. Es más, el inciso 52.2 del artículo 52° de la misma Ley parece diferenciar a los ajustes razonables del cambio de puesto, al indicar lo siguiente:

“El personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas”.

(El énfasis es añadido).

Como se advierte, el cambio de puesto viene si es que los ajustes razonables no fueron efectivos. Esto nos obliga a preguntarnos, qué quiso decir el legislador con ajustes razonables pues, ni la adaptación de herramientas o maquinarias, ocasionan un cambio de puesto y/o categoría que impacte en el nivel salarial. Sin duda, se trata de otra cuestión que deberá dilucidarse a través de los pronunciamientos judiciales o administrativos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ESBOZANDO MATICES

Los supuestos regulados en artículo 6° del Reglamento no requerían de regulación expresa para que sean admitidos como excepciones válidas al principio de igualdad. Evidencia de ello es que: (i) más de la mitad de los criterios contemplados, ya habían sido previamente reconocidos por la jurisprudencia nacional de los últimos años, y (ii) que la misma lista es abierta, de modo que cualquier supuesto no contemplado, pero que cumpla con los criterios de objetividad y razonabilidad, podría admitirse también como un criterio de diferenciación válido.

Por lo expuesto, la virtud del listado incluido en el artículo 6° del Reglamento, consiste en que su razonabilidad y objetividad, ya no quedarán –al menos, ya no tanto– a merced de la evaluación personal ni al arbitrio del juez o inspector de trabajo, que analice las diferencias salariales que se sustenten en alguno de tales criterios.

Por el contrario, consideramos que los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento sí requerían de reconocimiento expreso para admitirse como situaciones de diferenciación que no atentan contra el principio de igualdad. De ahí que se trata de un listado cerrado. Solo los supuestos previstos en dicho artículo, son los que permitirán mantener el salario original cuando, a causa de ellos, al trabajador le corresponda un nivel salarial menor.

Los supuestos del artículo 6° del Reglamento permiten instaurar, crear o introducir diferencias salariales, que se sustenten en los criterios que se listan en tal dispositivo. La introducción de alguna de estas diferencias salariales se realiza de forma deliberada y con el propósito de optimizar la productividad del personal, ya sea premiándolos por el desempeño realizado, motivarlos a trasladarse a determinada zona geográfica, retribuirlos con el salario apropiado según los costos propios de la zona en la que laboran, entre otros. En suma, todo esto es una herramienta que busca contribuir con la producción y eficiencia de la empresa.

Por el contrario, los supuestos del artículo 7° permiten tan solo “mantener” una situación previamente creada. Si bien su introducción también se dará de forma deliberada (es potestad del empleador), difícilmente se podrá sostener que se tratan de diferencias que buscan contribuir con la producción y la eficiencia. Los motivos que están detrás serían más de índole social y asistencial: permitir la inclusión laboral de la persona con discapacidad, no afectar la suficiencia del salario de un trabajador que ve reducido su puesto de trabajo por termas organizaciones, entre otros.

Por último y vinculado a lo anterior, los supuestos del artículo 7° del Reglamento tendrían vocación temporal antes que permanente. Desde que su finalidad sería no perjudicar el ingreso de un trabajador, que ve reducida su categoría y nivel salarial, lo razonable sería mantener el salario congelado hasta que éste se nivele con el del resto de trabajadores.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Por el contrario, los supuestos previstos en el artículo 6° tienen vocación de permanencia. Es decir que, en base a tales diferencias, se continuarán estableciendo partidas o complementos salariales, que continuarán incrementándose con el tiempo, según la empresa lo vea necesario y acorde a sus necesidades.