

DERECHO A LA IGUALDAD Y REMUNERACIÓN EQUITATIVA

GENDER EQUALITY AND THE RIGHT TO EQUAL PAY AND TREATMENT

Karla Zuta Palacios*
Benites, Vargas & Ugaz

It is known that gender pay gap is a worldwide problem. Even though it is now a lot smaller than it used to be, there is still a lot to improve. In this context, the present article analyzes the legal treatment that this situation currently receives in Peru, focusing on equal pay and treatment within labour relationships. Its arguments are reinforced by national and international doctrine and jurisprudence.

As a result of this analysis, the author details the criterion that are to be followed by judges and government inspectors, when determining the validity of unequal payment in certain cases. This criterion can also help distinguishing those cases in which the employer has committed a hostile or discriminating act.

Key words: gender pay gap; wage equity; right to equal treatment; labour discrimination.

La brecha salarial entre hombres y mujeres es un problema de dimensiones globales en el que, si bien se ha avanzado mucho, aún queda mucho por recorrer. En este contexto, el presente artículo aborda, a partir de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, la problemática en torno a la igualdad salarial en el Perú. Para ello, desarrolla de manera previa el contenido esencial del derecho de igualdad, el derecho a la remuneración y el derecho a la no discriminación, y cómo estos toman forma en el marco de las relaciones laborales.

Como resultado de este análisis, se detallan los criterios que deben seguir tanto los jueces como los organismos fiscalizadores para determinar cuándo una diferenciación salarial es legítima o no, y si esta ha constituido un acto hostil o discriminatorio.

Palabras clave: brecha salarial; equidad salarial; derecho a la igualdad, discriminación laboral.

* Abogada. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Nacional de Trujillo. Ex asistente de Despacho Superior en la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Trujillo. Asociada Senior del Estudio Benites, Vargas & Ugaz. Contacto: kzuta@bv.u.pe.

I. INTRODUCCIÓN

La igualdad, a lo largo del tiempo, ha evolucionado desde ser un enunciado principista hasta consolidarse como una máxima de convivencia y de legítimo bienestar social. Históricamente, el derecho a la igualdad logró una de sus máximas conquistas con la Revolución Francesa y la Revolución Americana y tuvo un matiz original coexistente con el derecho a la libertad que buscaba la consagración principista del concepto de la generalidad de la norma dictada por la autoridad política, sin distinciones. En este contexto, señala García Toma, el principio de igualdad se vio absorbido por el principio de legalidad. Por consiguiente, se consideraba como iguales a aquellos a quienes la ley considera como tales, y diferentes a aquellos otros a quienes ella misma diferenciara (2003, p. 166).

En la actualidad, el derecho a la igualdad ha evolucionado y se constituye en una exigencia que va de la mano de la real percepción de la justicia y del desarrollo de toda sociedad. Sin embargo, la igualdad es más compleja que su solo enunciado o la antigua concepción del control de acceso a la justicia. Hoy involucra diferentes premisas que nos permiten observar que ésta implica un desarrollo previo, indispensable para su eficiente rol social. Al respecto, Amartya Sen señala lo siguiente:

Somos profundamente diferentes, tanto en nuestras características internas, tales como la edad, el género, las capacidades generales, los talentos particulares, la propensión a la enfermedad, etc., como en las circunstancias externas, como la propiedad de los activos, la extracción social, los problemas de circunstancia y otras. Precisamente por esa diversidad, la insistencia del igualitarismo en un campo requiere el rechazo del igualitarismo en otro (2006, p.27).

Observamos, entonces, que la igualdad implica, a su vez, la existencia de diferencias objetivas que deben ser tratadas de forma tal que se consiga un legítimo trato igual. Ahora bien, las diferencias que podemos encontrar en nuestra sociedad no necesariamente requieren el mismo tratamiento legal ya que son de distinto matiz. Sin embargo, en esta ocasión, nos centraremos en aquellas que tienen especial influencia en las relaciones de trabajo y en su impacto particular en la remuneración de los trabajadores.

II. DISCRIMINACIÓN Y TRATO DESIGUAL

La igualdad es un tanto un principio como un derecho, y busca colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia.

Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones (García Toma, 2003, 169). Esto quiere decir, en otras palabras, que debe tratarse de igual manera a quienes tienen idénticas condiciones y características y, en caso de existir diferencias objetivas, se adecúen medidas para lograr una efectiva igualdad de oportunidades.

Hecha esta definición, antes que nada, es de especial importancia distinguir a la discriminación del trato desigual. Ambas conductas atentan directamente contra el derecho a la igualdad. Sin embargo, su impacto y control son distintos. Determinar la existencia de discriminación a un trabajador o trabajadora presupone su pertenencia a uno de los grupos sociales previstos en el artículo 2 de la Constitución, es decir, grupos de distinto origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole que determine algún tipo de segregación basada en alguna característica particular. El mandato de no discriminación exige, según señala Blancas, que se impida a los miembros de los sectores mencionados, u otros análogos, de gozar de las mismas oportunidades y del mismo trato que se dispensa al resto, siendo esta la exigencia mínima para avanzar hacia una noción sustantiva de la igualdad (2007, p. 139).

Esta premisa constitucional está directamente ligada al contenido del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, institución que ha proclamado que “la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por motivo de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o los requisitos del trabajo que deban desempeñar” (1958).

Blume Moore señala, siguiendo a Sáez, que la existencia de los motivos constitucionales o legalmente vedados es una de las particularidades que presenta el derecho fundamental a la no discriminación, el cual se encuentra ausente en el principio de igualdad (2010, p. 27). Agrega que el concepto de discriminación tiene un fin eminentemente protector, en la medida que busca restringir y sancionar la aplicación de actos discriminatorios en perjuicio de los colectivos sociales segregados, situación que no se presenta en el contenido del derecho fundamental de la igualdad.

Entonces, resulta ahora necesario comprender qué es lo que abarca el derecho al trato igual. Según nos señala Neves Mujica, en el Derecho

del Trabajo, el derecho a la igualdad, en su sentido formal, exige una verificación de hecho que permitirá comparar a los individuos y, a partir de ello, determinar si su situación es semejante o no y después reclamar un trato correspondiente a lo comprobado. Es así como afirma que el trato no puede ser desigual para los iguales, ni igual para los desiguales (1997, p. 115).

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad consagrado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución no tiene una lectura absoluta; por el contrario, conforme lo ha reconocido, no toda diferenciación está prohibida, **en tanto ésta se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional.**

Así, en la sentencia recaída en el expediente 1399-2001-AA/TC, publicada el 18 de marzo de 2003, se señala:

La cláusula de igualdad está referida a que no se introduzcan diferenciaciones de trato que no tengan base objetiva o no sean razonables, eso es, que se trate de tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos conforme aparece de la hipótesis negativa detallada en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución [...]

En conclusión, no todo trato desigual, es inconstitucional, sino únicamente aquel que aparezca como decididamente irrazonables

En esta misma línea, la sentencia contenida en el Expediente 2510-2002-AA/TC, indica que se no se vulnera el principio de igualdad cuando existe trato diferenciado entre personas en caso **exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.** Añade a esta afirmación que:

La primera condición para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no otro.

El Tribunal Constitucional también ha indicado, en el expediente 1875-2004-AA/TC, que:

El principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto éste se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus "calidades accidentales" y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.

Como apreciamos, Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, reconoce la consagración del principio de igualdad, sin embargo, advierte que esta figura no es ilimitada, y, ante variantes verificables de supuestos de hecho resulta viable la diferenciación objetiva, la misma que, a su vez, y tal como analizaremos en líneas posteriores, ha sido tratada por la Corte Suprema, al determinar los criterios básicos a considerarse para verificar si nos encontramos o frente a un caso de discriminación, como la invocada en el caso concreto.

Compartimos plenamente esta posición, pues la diferenciación objetiva es la que permitirá apreciar si el empleador estará incurriendo o no en una vulneración del principio en cuestión. Si la diferenciación objetiva existe, estaríamos frente a un trato desigual válido; sin embargo, en ausencia de ella, podríamos advertir no solo un trato desigual inválido, sino que, potencialmente, podríamos estar ante un caso de discriminación, cuya existencia se verificará si la diferenciación está relacionada con la pertenencia a alguna de los grupos protegidos por el artículo 2 de la Constitución.

Por lo tanto, podemos observar que no todo trato desigual implicará la existencia de trato discriminatorio, sino que este último se define a partir de indicadores que permitan apreciar la intención de un desbalance en contra el grupo social que objeto discriminación en la persona de uno o más individuos.

El derecho a la igualdad tiene dos matices claros: (i) el de igualdad ante la ley, consistente en que ésta debe ser aplicada por igual a todos los ciudadanos que están en similar y situación; y (ii) el de la igualdad de oportunidades o de trato, que, desde el punto de vista de las relaciones de trabajo, implica que el trabajador tiene el derecho a que su empleador le brinde un trato igual al que reciben sus compañeros de trabajo, siempre que las condiciones de ambos sean iguales.

En esta oportunidad abordaremos la segunda de esas acepciones. Asimismo, desarrollaremos algunas premisas puntuales y muy importantes para garantizar el respeto por la igualdad de trato remunerativo de los trabajadores.

III. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REMUNERACIÓN

Es ampliamente conocido que el contrato de trabajo distingue tres elementos esenciales consistentes, los cuales son la prestación personal, la remuneración y la subordinación.

La remuneración o el salario constituye, junto al servicio realizado por el trabajador, el objeto del

contrato de trabajo (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2011, p. 610). Así, a cambio de la prestación subordinada realizada, el empleador genera una retribución económica denominada remuneración y que debe haber sido pactada en forma previa. Usualmente, la suma a pagar se ha establecido en el contrato de trabajo en forma voluntaria y bilateral. Sin embargo, el medio por el que puede fijarse la cuantía del salario es triple: la norma estatal, el convenio colectivo del contrato individual (2011, p. 626).

Bajo estas premisas, observamos que la retribución por el trabajo realizado es la obligación elemental del empleador en el contrato de trabajo. Sin embargo, esta no se subsume solo al pago de una suma acordada, sino que abarca criterios más amplios y trascendentes, entre los cuales se encuentra la igualdad salarial.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha indicado que, en los casos en que el Estado no esté en condiciones de garantizar la aplicación del principio de igualdad de la remuneración, está obligado a promover su aplicación (1986, p. 43).

Al respecto, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia (2011), hacen referencia al Estatuto de Trabajadores de España, en cuyo artículo 28 encontramos un interesante aporte, pues observamos que se ordena al empresario “pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

El autor precisa que la norma española permite apreciar las siguientes características: i) alcanza a pactos individuales y sindicales, ii) impide la discriminación por cualquier causa, iii) impone la igualdad salarial ante un trabajo de igual valor, sin impedir las diferencias justificadas por razones objetivas, iv) se aplica a todos los elementos del salario y a conceptos extrasalariales (2011, p. 633).

Nos parece que el referido Estatuto nos brinda adecuadas nociones conceptuales que pueden ayudarnos a identificar las características de lo que implica la remuneración. Bajo esta premisa, nos interesa el tercer punto, referido a la igualdad salarial basada en razones objetivas, pues no solo resalta la importancia de la diferenciación objetiva, sino que, además, se trata de una estructura que permitirá un legítimo ejercicio del trato igual, en este caso, en el ámbito remunerativo.

Conviene, antes de dar paso a criterios técnicos, conocer el estado actual del tratamiento de las

remuneraciones a nivel global y local y si este encuentra dificultades en el ámbito de las brechas salariales.

Al respecto, la OIT da cuenta de la dificultad para acceder a información sobre los niveles de desigualdad salarial. Si embargo, en base a encuestas se ha concluido que el problema de la desigualdad salarial es considerablemente más grave en países de ingreso bajos y medios que en países de ingresos altos. Al separar a los países en grupos según su nivel de ingresos, se advierte que el Perú presenta una de las brechas salariales más bajas al interior de su grupo, pero ello no significa que el problema no exista, pues se los esfuerzos deben continuar hasta que la brecha desaparezca del todo.

Cobra particular importancia la brecha salarial de género, pues esta se utiliza ampliamente como un indicador de la desigualdad de género en el mundo del trabajo y también, con frecuencia, para supervisar el progreso hacia la igualdad de género a escala nacional o internacional. De acuerdo con el Informe Mundial Sobre Salarios de la OIT (2018-2019), a escala mundial, las mujeres continúan teniendo menos posibilidades que los hombres de participar en el mercado de trabajo. La brecha mundial relacionada con la participación en la fuerza laboral se ha estimado en 27 puntos porcentuales, y las brechas de participación continúan siendo amplias particularmente en los Estados Árabes, el norte de África y el sur de Asia, de manera tal que en cada caso supera los 50 puntos porcentuales.

En esta línea, se observa la necesidad de generar mecanismos de regulación que permitan el acceso a un salario en igualdad, superando, tanto asuntos de género, como cualquier otro factor que interfiera con la determinación de remuneraciones equitativas.

IV. REMUNERACIÓN EQUITATIVA EN EL PERÚ

Observamos, entonces, que, para generar un adecuado trato salarial a los trabajadores, es importante establecer cuáles serían las premisas objetivas que permitan consolidar el ejercicio de su derecho a la igualdad.

Hasta hace algunos años, en nuestro país, las nociones o alcances sobre la aplicación de criterios para generar remuneraciones equitativas, se circunscribían a los alcances generales contenidos en la Constitución Política del Estado y a los Convenios de la OIT. Luego, la regulación encontró pautas más concretas a través de jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales. Así, la Corte Suprema, expidió con carácter de observancia

obligatoria, la casación 208-2005-PASCO, haciendo referencia a factores objetivos y subjetivos de diferenciación, y estableciendo los criterios ideales y mínimos aplicables para determinar si existe igualdad objetiva entre dos trabajadores los cuales enunciamos y analizamos a continuación:

- a) **La procedencia de los trabajadores:** Esta pauta fue fijada a partir de la demanda que generó la sentencia, en la cual un trabajador solicitaba percibir el mismo sueldo que su colega, debido a que sus puestos tenían la misma nomenclatura. Sin embargo, al revisar el historial laboral de ambos trabajadores, se verificaba que ambos procedían de empresas de origen distintas que se habían fusionado. Ambas empresas tenían un perfil distinto, habían generado calificaciones distintas y las remuneraciones procedían de negociación colectiva distinta.
- b) **La categoría o nivel ocupacional al que pertenecen ambos trabajadores:** La Corte se ha referido aquí a que los trabajadores no solo deben pertenecer a una misma categoría, sino que, dentro de ésta, estén calificados en un nivel similar. Si ello no se da, será difícil exigir un salario igual. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que, si un trabajador considera que no está correctamente calificado, deberá solicitar previamente su recategorización y, luego de ello, su comparación salarial objetiva con otro trabajador.
- c) **La antigüedad laboral en la empresa:** Este concepto es de claro entendimiento y busca valorar a la experiencia como un factor que, potencialmente, podría determinar un distinto nivel de productividad por parte del trabajador.
- d) **Las labores realizadas por cada trabajador:** Este elemento es hegemónico, pues permite distinguir con suma claridad si estamos ante trabajadores que realizan tareas objetivamente iguales y con similar grado de aporte a su empleador. Estas labores son, en buena cuenta, la prestación que será retribuida dentro de la fórmula del contrato de trabajo.
- e) **Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que perciben ambos trabajadores:** En este punto es importante recordar que, muchas veces, el salario de los trabajadores está compuesto por distintos elementos que pueden ser remuneraciones básicas o variables, así como conceptos remunerativos y no remunerativos. Estos componentes no son difíciles de

identificar; sin embargo, el análisis de la remuneración reviste mayor complejidad y así se denota del caso que originó la casación bajo análisis. En dicho caso, los trabajadores habían sido acreedores de “inserciones” en su sueldo básico, de manera histórica. Esto quiere decir que algunos trabajadores percibieron bonificaciones especiales que otorgaban sus respectivas empresas de origen y que luego, por acuerdos en convenios colectivos, fueron incorporándose al sueldo básico. Esto, con el paso de los años, generó diferencias que, como hemos observado, se basan también en causas objetivas que deben ser analizadas en forma cronológica.

Observamos que la Corte Suprema ha realizado un importante aporte basado en criterios específicos objetivos, que permiten hacer un análisis comparativo metódico de una eventual situación de trato desigual y que otorgan diversas pautas que permitirían analizar casuísticamente si nos encontramos o no ante una situación ilegal. En esta línea, se puede extraer de la sentencia que la evaluación de estos casos debe estar dirigida a determinar la equiparación real de dos trabajadores, entendida esta igualdad como aquella correspondiente a años de experiencia, a las funciones que realiza, a las capacitaciones con las que cuenta, entre otros factores.

Esta posición es también expuesta por Blancas Bustamante, quien sustenta que el derecho a la igualdad se configura más bien como una “técnica de control” dirigida a constatar la razonabilidad de las diferencias que introduzca el legislador o los órganos de aplicación de las normas (2007, p. 143).

En esta línea, puede sustentarse que el pago de remuneraciones distintas a trabajadores que, inclusive cuentan con categorías similares, no implica, por sí mismo, un supuesto de desigualdad irracional. Por el contrario, existen causas objetivas y razonables, tales como el desarrollo de diversas funciones, la antigüedad laboral o la experiencia y responsabilidades distintas entre trabajadores. Estos criterios son estrictamente objetivos y son abordados, en forma técnica, desde la perspectiva de las compensaciones en recursos humanos, tal como abordaremos en líneas posteriores.

Durante los años 2017 a 2019, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha elaborado y publicado una serie de normas que buscan formalizar y fiscalizar diversos mecanismos dirigidos a garantizar la equidad salarial en nuestro país. En este contexto, en la actualidad, nuestro país cuenta con regulación específica relativa a la igualdad salarial, que puede consolidarse de la manera siguiente:

- Ley 30709, que prohíbe discriminación remunerativa entre varones y mujeres

Esta norma dispuso que sea obligatorio para las empresas de contar con una política clara de remuneraciones que permitan la materialización del principio de igual remuneración por igual trabajo entre hombres y mujeres, la cual implica la elaboración e identificación de un documento que contenga las funciones y categorías de los trabajadores de la empresa.

Además, esta norma prohíbe expresamente el despido o no renovación de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, por motivos vinculados con dicha condición. Señala también que la reducción de la remuneración y categoría por estas mismas causas es un acto de hostilidad, así como también lo es el incumplimiento de los requisitos objetivos para la promoción o ascenso del personal.

- Decreto Supremo 002-2018-TR, que aprueba el reglamento de la Ley y dispone que corresponde a SUNAFIL expedir las directivas y protocolos necesarios para la fiscalización

Esta norma señala que el empleador debe evaluar y agrupar los puestos de trabajo en cuadros de categorías y funciones aplicando criterios objetivos, en base a las tareas que entrañan, a las aptitudes necesarias para realizarlas y al perfil del puesto. La evaluación objetiva de los empleos puede llevarse a cabo por medio de cualquier metodología elegida por el empleador, siempre que no esta no involucre discriminación directa o indirecta por motivo de sexo.

Este decreto señala que, cuando se alegue que los puestos de trabajo no son iguales, puede considerarse los perfiles de los trabajadores implicados. Incluso dentro de una negociación colectiva, las remuneraciones y beneficios de cualquier índole deben respetar los criterios establecidos en la norma bajo comentario sin incurrir en prácticas discriminatorias.

A través de esta norma, se ha hecho especial énfasis en que, por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos, entre los cuales se encuentran 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. Como observamos, se aborda el aspecto de la desigualdad razonable, bajo criterios similares a los determinados por la Corte Suprema.

- Resolución Ministerial 243-2018-TR, que aprueba la Guía para la Igualdad Salarial

Esta norma contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por las empresas para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones. Este documento aprueba también el modelo de cuadro de categorías y funciones, así como el contenido mínimo referencial de la política salarial que debe incluir la estructura de cargos y salarios, la remuneración para cada puesto de trabajo, los criterios o lineamientos para el otorgamiento de los distintos conceptos que se abonan al personal. Del mismo modo, dispone la inclusión de las estadísticas salariales de la organización diferenciadas por sexo, y la estructura salarial que muestre una distribución de trabajadores. Finalmente, indica que, una vez identificadas las brechas salariales, la empresa debe implementar una política salarial orientada a eliminarlas.

- Resolución de Superintendencia 111-2019-SUNAFIL, mediante la cual se dispuso la publicación del proyecto denominado Protocolo para la Fiscalización de las Obligaciones en Materia Remunerativa previstas en la Ley 30709 y la Resolución de Superintendencia 168-2019-SUNAFIL, mediante la cual se aprueba el mismo protocolo

Este protocolo tiene como objetivo promover el cumplimiento de las obligaciones en materia remunerativa que derivan de la Ley y su Reglamento, y garantizar la aplicación sistemática de los instrumentos normativos desde la inspección de trabajo.

Bajo esta línea, las empresas deben implementar lo siguiente:

Primero, un cuadro de categorías y funciones que debe contener tres elementos mínimos: (i) puestos de trabajo incluidos en la categoría; (ii), descripción general de los puestos de trabajo; y (iii) jerarquización de las categorías, en base a la valoración del puesto y la necesidad de la actividad económica de la empresa.

Segundo, una política salarial que permita cierto grado de predictibilidad respecto a a las mejoras salariales a las que eventualmente pueda acceder el trabajador y los presupuestos para que ello ocurra. No es necesario que se especifique los montos de las bandas salariales y debe ser comunicada en las oportunidades siguientes: (i) Al momento del ingreso del trabajador a la empresa; (ii) cuando se produzca una modificación de la categoría ocupacional; y (iii) cuando se efectúe una modificación del esquema de remuneración que les aplique.

Se evidencia nuevamente que existe un criterio e interés unánime por prevenir supuestos de vulneración a la igualdad salarial y, para ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo fiscaliza desde este año que cada empleador cumpla, no solo con el pago de remuneraciones equitativas, sino que los trabajadores tengan conocimiento de diversos elementos, tales como su posición en el cuadro categorías, sus posibilidades y requisitos para obtener un aumento en su remuneración y los criterios de la valoración del puesto que ocupan. Esto no solo permitirá un nivel de conocimiento distinto, sino que generará que los empleadores otorguen una adecuada valoración de los puestos de trabajo.

V. POLÍTICA SALARIAL Y GESTIÓN DE LA REMUNERACIÓN

Las pautas que hemos revisado nos llevan al cuestionamiento inmediato sobre cómo lograr establecer políticas salariales que se centren en una aplicación objetiva de criterios que tengan en cuenta un trato igual y justo para determinar la remuneración de cada trabajador.

Desde el punto de vista de los recursos humanos, la contraprestación por el trabajo realizado es entendida como el conjunto de las recompensas cuantificables que recibe un empleado por su trabajo, e incluye tres componentes. El primer componente, que es el de mayor importancia, es el salario base, esto es, la cantidad fija que recibe normalmente el trabajador, en una unidad de tiempo, que puede ser mensual, quincenal o semanal. El segundo componente de la retribución total está formado por los incentivos salariales, es decir, programas diseñados para recompensar a los empleados con altos niveles de rendimiento. Estos incentivos pueden adoptar muchas formas. El último componente de la retribución total está formado por las prestaciones sociales, a veces denominadas retribuciones indirectas, las cuales incluyen una gran variedad de programas. Por ejemplo, seguros médicos, vacaciones o subsidio de desempleo (Gómez-Mejía, Balkin y Cardy, 2018, p.374).

En forma general, un salario justo es aquel que cumple con ser equitativo. Ahora bien, al momento de establecer una política salarial equitativa, debe tenerse cuenta dos aspectos:

- **Equidad interna**, aquella que hace referencia a lo que se considera justo dentro de la estructura retributiva de una empresa. Guarda directa relación con el modelo de justicia distributiva, la cual sostiene que los trabajadores contribuyen con la empresa a través de sus habilidades o esfuerzo. Se considerará que existe una política justa, cuando la relación entre la prestación y sus resultados (pago) sea equivalente a la de otros empleados cuyos puestos de trabajo exijan un esfuerzo similar.
- **Equidad externa**, que está referida a lo que se considera una remuneración justa con respecto a lo que pagan otras empresas por la prestación de un trabajo igual. En esta forma de equidad, resulta de aplicación el modelo del mercado laboral, el cual consiste en la definición mayor o menor que hace el empleador del salario, a partir de la oferta y la demanda que existe de un determinado puesto, en empresas de similar rubro. En otras palabras, la equidad externa implica que el salario de un trabajador no difiera excesiva ni injustificadamente del que se suele pagar por esa labor en otras empresas, según las leyes del mercado.

Como apreciaremos a continuación, la equidad interna puede adoptar un modelo retributivo en función del puesto de trabajo. Para ello, se deberá tener en cuenta dos etapas. La primera etapa consiste en la evaluación del puesto de trabajo. Gómez-Mejía, Balkin y Cardy proponen que esta etapa se divida en seis fases que contribuirán con una adecuada calificación del puesto (2018, p. 399):

Fase 1: Análisis del puesto de trabajo. Consiste en recopilar y organizar la información relativa a las tareas, obligaciones y responsabilidades que correspondan a un puesto específico, recurriendo, inclusive, a entrevistas con los propios trabajadores.

Fase 2: Redacción de la descripción del puesto de trabajo. Se toman en cuenta los datos del análisis del puesto para generar un documento escrito que identifica, define y describe cada puesto en función de sus obligaciones, responsabilidades, condiciones laborales y especificaciones. Este documento es denominado **descriptivo del puesto**.

Fase 3: Determinación de las especificaciones del puesto. Se trata de hacer referencia a las

cualidades necesarias que debe poseer un empleado para realizar el trabajo correctamente. Estos requisitos parten del análisis del puesto, y sus especificaciones suelen ser muy concretas en cuanto a la experiencia requerida, el nivel de formación, capacitaciones, etc.

Fase 4: Establecimiento del valor relativo de todos los puestos a partir de un sistema predeterminado. La valoración del puesto de trabajo suele llevarse a cabo por un comité que se sugiere esté conformado por tres a siete personas, entre las que puede encontrarse supervisores, directores, personal del departamento de recursos humanos y asesores externos. Aquí se emplean procedimientos de evaluación, entre los cuales, el más arraigado es el sistema de puntuación de factores. Los dos sistemas de puntuación de factores que cuentan con una aceptación casi universal son el Sistema Hay (Hay Guide Chart Profile Method) y el Plan Nacional de Evaluación de Puestos (National Position Evaluation Plan). Por ejemplo, la metodología Hay, utiliza tres factores para evaluar los puestos: i) saber hacer, ii) capacidad para solucionar problemas y iii) responsabilidad.

Cada uno de los factores enunciados tiene asignada una escala de valores y niveles o grados. A los factores más importantes, según el puesto a ocupar, se les da una puntuación elevada, mientras que a los de menor peso se les da una puntuación más baja. La suma de las distintas puntuaciones permitirá asignar un valor numérico al puesto.

Fase 5: Creación de una jerarquía de puestos. Se elaborará una lista de puestos en función a su valor relativo estimado (del más alto al más bajo).

Fase 6: Clasificación de los puestos en función de los niveles salariales. La jerarquía de puestos de trabajo se traducirá en un número manejable de niveles, los cuales tendrán un valor que permita determinar dónde se van a situar las líneas de separación entre los diferentes niveles. Esto permite que todos los puestos pertenecientes a un determinado nivel tengan, en esencia, similar valor en cuanto a su importancia para la empresa.

Como puede observarse, estas etapas nos permiten realizar de manera eficiente el procedimiento contenido en la Guía para la Igualdad Salarial, pues se basa en criterios objetivos y cuantificados que permitirán situar a cada trabajador en una banda salarial acorde a principios de igualdad y de equidad interna.

Además, el empleador puede decidir también aplicar simultáneamente criterios de equidad externa. Sin embargo, esto no es obligatorio, pues depen-

derá de la capacidad económica de cada empresa para definir sus bandas salariales y si es que éstas pretenden ser competitivas en el mercado. Este segundo nivel sobrepasa la igualdad salarial que está bajo análisis.

No olvidemos que los criterios de equidad interna pueden ser muchas veces impactados o afectados por factores sobrevinientes, tales como la negociación colectiva o el pago de bonificaciones (por ejemplo, por destaque, trabajo en altura, trabajo nocturno), por lo que, al momento de realizar comparativos, debe analizarse estas circunstancias en forma global, tal como ocurre en los casos de demandas por homologación salarial, como analizaremos a continuación.

Las pautas detalladas permitirán identificar la ampliamente mencionada diferenciación objetiva entre los trabajadores, pues otorga factores cuantificables de valorización de sus labores, a partir de la minuciosa descripción de los puestos que estarían bajo análisis.

VI. ASPECTOS PROCESALES SOBRE IGUALDAD SALARIAL

Hasta este punto, hemos analizado algunos factores medulares que permitirán una mejor dinámica en la determinación de remuneraciones equitativas. Sin embargo, siempre podrían subsistir circunstancias que generen la percepción de injusticia hacia algún trabajador. Ante ello, quien considere ser afectado por un trato desigual injustificado, tendrá habilitada la posibilidad de recurrir a la autoridad administrativa de trabajo o ante un juez laboral para revertir esta situación. Para que ello ocurra, el trabajador deberá realizar una adecuada construcción de su teoría del caso y ofrecer las pruebas pertinentes a acreditar el supuesto de desigualdad. Nos explicamos. La pretensión en una demanda está compuesta por un petitorio y sus fundamentos. En tal sentido, la postulación a un proceso que solicite la homologación salarial como pretensión, debe, contar con la siguiente estructura:

- Un petitorio concreto, que indique cuál es la remuneración o el reintegro o nivelación que se solicita.
- Una fundamentación clara que destaque respecto a quién se pide la homologación y cuál es el factor que determinaría la existencia de un trato desigual injusto.

Estas premisas tienen especial importancia en el marco de aplicación de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, pues su artículo 23.1 señala que la carga de la prueba corresponde a quien

afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a reglas especiales de distribución de la carga probatoria.

Así, para que el empleador de quien cuestiona la desigualdad salarial pueda ejercer su derecho a defensa deberá tener una clara noción de respecto a quién se solicita la igualdad y presentar toda la documentación pertinente, que permita demostrar que la diferencia salarial tiene razones objetivas como las que hemos analizado anteriormente y que, por tanto, ello ha sido un factor determinante para que dicha desigualdad se encuentre justificada.

Si esto último no ocurre, será aplicable el artículo 23.5 de la referida ley, que prescribe que, en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe dar por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En otras palabras, esto implica que si el trabajador logra probar una diferenciación que lo ha perjudicado, es el empleador quien debe acreditar un motivo válido.

Como señalan Vinatea Recoba y Toyama Miyagusuku, las disposiciones sobre la distribución de la carga de probatoria tienen por principal objetivo que el juzgador pueda contar con un incuestionable sustento legal para exigir que las partes del proceso demuestren una activa participación y defensa de sus posiciones, pues la responsabilidad de acreditar sus afirmaciones ha sido expresamente indicada en la nueva normativa y el no cumplimiento de lo dispuesto deberá traducirse en fallos desfavorables para la parte que no cumplió con su carga probatoria (2012, p. 153).

En esta misma línea manifiesta Malca Guaylupo (2007) que existe normalmente una identificación de principio entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación. Así también existe una estrecha correlación entre la carga de la alegación y la carga de la prueba, conforme al conocido principio, según el cual, para demostrar un hecho en el proceso, es menester haberlo afirmado, sea el actor en la demanda, o bien el demandado en la contestación.

Ahora bien, es de especial importancia también determinar cuál será la consecuencia de este análisis. Si el empleador logra demostrar que la diferencia de trato remunerativo entre un trabajador y otro es objetiva y obedece a los criterios medibles que hemos referido, no debería suceder contin-

gencia alguna, sin embargo, si no otorga razones documentadas y coherentes que justifiquen la diferencia salarial, no solo se determinará la existencia de un trato desigual injustificado, sino que podría asumirse que estamos ante una situación de discriminación directa. Este último caso es más delicado, pues implica la posibilidad de estar ante actos de hostilidad y no solo podría ordenarse el reintegro de remuneraciones, sino inclusive, el pago de una indemnización.

Así, luego de determinar el trato desigual injustificado, y solo si ha sido expresamente solicitada la declaración de trato discriminatorio, el juez deberá verificar si existe una intencional vulneración basada en la pertenencia a un grupo determinado.

Por ejemplo, si un trabajador ha denunciado que percibe un sueldo menor al de sus compañeros de labores debido a que lo discriminan por su edad y pide el reintegro de sus remuneraciones, deberá señalar expresamente a un trabajador **par**, que obtiene el sueldo mayor. Ante ello, el empleador tendrá el deber de justificar los motivos por los que el demandante percibe un sueldo menor, ya sea por experiencia, por capacitaciones, por funciones u otros factores objetivos. Si la justificación es coherente, la demanda debería ser declarada infundada. Sin embargo, si no existe sustento para la diferenciación, no solo estaremos ante un trato diferenciado no justificado, sino que, además, podría presumirse la existencia de la denunciada discriminación.

Para este nivel de análisis, el juzgado deberá enfocarse en grupos. Así, si el empleador demuestra que existen otros trabajadores de similar nivel y edad que el demandante, que perciben similar o mejor remuneración, la premisa de discriminación por edad quedará descartada. Sin embargo, si se verifica que el trabajador demandante percibe un sueldo por debajo de los demás, pese a estar mejor calificado, podría generar presunciones en contra del empleador.

En estos casos, quien denuncia los hechos tiene la carga de la prueba, que puede consistir en el pedido de exhibicionales y el empleador debe demostrar que los hechos atribuidos tienen una explicación que permite justificar en forma objetiva la diferenciación salarial. Si no lo hace, se generarán conclusiones en su contra y, por tanto, el juez ordenará la nivelación salarial.

Situación similar ocurre en el caso de las inspecciones que realice la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), que, ante alguna denuncia, requerirá al empleador que acredite las razones por las cuales existirían diferencias

remunerativas entre dos o más de trabajadores de una similar categoría. Frente a esta situación, antes que nada, será importante presentar la política salarial y el cuadro de categorías y funciones que permitirán verificar si los motivos de la desigualdad son justificados o no.

De no acreditarse la implementación de los documentos antes mencionados y si, además, se verifica la existencia de una desigualdad remunerativa injustificada, la empresa inspeccionada enfrentará la imposición de cuantas multas correspondan de acuerdo a la ley.

Es importante también incidir en que, ya sea ante el Poder Judicial o ante Sunafil, cuando el empleador no exhibe las razones objetivas de la diferencia salarial entre dos trabajadores que serían iguales, se puede llegar a presumir ya no solo el trato desigual, sino también una presunta conducta discriminatoria, si es que el trabajador afectado se encuentra en alguno de los supuestos enunciados en el artículo 2 de la Constitución, y si hubiese sido perjudicado por tal motivo.

VII. REFLEXIONES FINALES

Como hemos señalado al iniciar este artículo, la protección del derecho a la igualdad de los trabajadores ha evolucionado en nuestro país en los últimos años. Así, si observamos los distintos instrumentos normativos y jurisprudenciales a nivel de trato remunerativo, advertimos que el panorama es claro y se resume en la exigencia de que los empleadores implementen mecanismos que permitan apreciar en forma concreta la determinación de los salarios, a partir de factores objetivos. No hacerlo puede generar múltiples contingencias, tales como la sanción pecuniaria que puede imponer la autoridad administrativa de trabajo y la interposición de demandas en las que se reclame nivelación salarial, pago de devengados e, inclusive, el pago de una indemnización en caso se demuestre la existencia de discriminación.

Sin embargo, consideramos que la implementación de los mecanismos propuestos debe trascender a la sola prevención de inspecciones o juicios. Es importante reducir brechas para mejorar la calidad en el procedimiento retributivo a los trabajadores. Con ello, no solo se cumplirá un fin social, sino que también se logrará la mejora la productividad y la calidad del trabajo en las empresas.

El Informe Mundial Sobre Salarios 2016-2017, de la OIT, señala que el perfil de los trabajadores solo puede explicar una parte de la desigualdad salarial existente a la fecha y destaca que un creciente número de estudios ha documentado los grandes

aumentos de salario de quienes se encuentran en la cúspide de la pirámide salarial, lo cual no puede explicarse por las diferencias en factores personales observables como el nivel de estudios o los años de experiencia.

Es importante también prestar atención a la brecha salarial entre hombres y mujeres, pues es la más importante existente a la fecha y esto no solo impacta a la retribución en sí, sino también en el acceso al empleo. El mismo informe de la OIT destaca que la proporción de mujeres en las categorías ocupacionales más bajas es casi en todas partes mucho más alta que la proporción de mujeres en las categorías ocupacionales más altas (como directoras ejecutivas o gerentes corporativas). Sin embargo, dentro de las categorías profesionales, y en casi todos los países, las mujeres obtienen puntuaciones tan o más altas en educación que los hombres. A pesar de esto, para casi todas las categorías profesionales y en casi todos los países, la brecha salarial de género sigue siendo positiva y considerable.

Esta situación genera que, pese a que pueda existir un orden de categorías y de bandas salariales, en tanto no exista el mismo nivel de acceso a determinadas funciones, la brecha persistirá. Observamos pues, que aún quedan asuntos pendientes para mejorar las políticas remunerativas en el ámbito del trato igualitario. Sin embargo, los avances en nuestro país son importantes, ya que nos permiten atender objetivamente situaciones diversas, tanto para definir la cantidad de la remuneración, como para establecer las condiciones de acceso a promociones y contratación de los trabajadores, independientemente de cuestiones subjetivas como las que hemos citado en líneas anteriores.

Para lograr esto último, se propone la implementación de metodologías de clasificación y valoración de puestos similares a la expuesta en el presente documento, pues ello permitirá apreciar en forma concreta la existencia de factores objetivos de diferenciación salarial.

VIII. CONCLUSIONES

Hemos señalado al principio que el derecho a la igualdad ha evolucionado en cuanto a su análisis y alcances. En esta línea, podemos concluir lo siguiente:

- El derecho a la no discriminación no se encuentra reñido con el derecho a la igualdad; sin embargo, se trata de instituciones distintas, que suscitan un análisis diferenciado.

- El derecho a la igualdad implica que se otorgue un mismo trato a quienes comparten iguales características y que se diferencie, válidamente, a quienes a través de un hecho objetivo se distinguen. Se trata, en suma, de garantizar para todos una igualdad de trato y criterios.
- El derecho al trato igual en el centro de trabajo tiene distintos matices (por ejemplo, el acceso al empleo y la oportunidad de desarrollo interno). Uno de los matices más importantes es el del derecho a la igualdad salarial.
- Este último derecho es de alcance complejo y siempre debe analizarse teniendo en cuenta la comparación de factores objetivos, tales como la categoría de los trabajadores, las labores que realizan, sus capacitaciones, antigüedad, entre otros.
- En nuestro país se ha implementado un paquete normativo dirigido a garantizar la equidad remunerativa, a través de la transparencia en las políticas salariales y los cuadros de categorías y funciones de las empresas.
- Cuando un trabajador invoca la vulneración de su derecho a la igualdad, debe referir de manera exacta respecto a quién solicita la comparación, así como la remuneración que solicita.
- Cuando un empleador es demandado o denunciado por vulnerar el derecho a la igualdad remunerativa, debe demostrar las causas objetivas que justifican el trato desigual entre los trabajadores cuya comparación haya sido solicitada.
- Cuando se verifica la existencia de trato remunerativo desigual entre dos trabajadores, existe la posibilidad de que también se impute al empleador el haber incurrido en discriminación salarial; esto siempre que sea presumible que la diferenciación se debe, total o parcialmente, a la pertenencia a alguno de los grupos referidos en el artículo 2 de la Constitución.
- Es muy importante que las empresas tengan claramente definidos los criterios que siguen para establecer la remuneración de sus trabajadores a partir de metodologías confiables y valoración de puestos, pues ello contribuye a contar con legítimos criterios objetivos de diferenciación salarial.

- Si bien se aprecian grandes avances para reducir las brechas salariales en nuestro país, quedan aún asignaturas pendientes relacionadas con el acceso al empleo o a puestos de trabajo de alta dirección en donde se concentran los salarios mejor pagados.
- Los empleadores deben, si no lo han hecho aún, implementar políticas salariales transparentes que permitan apreciar la objetividad en el pago de salarios, en el acceso al empleo y en las promociones internas. ■

BIBLIOGRAFÍA

- Blancas Bustamante, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blume Moore, I. (2010). *Igualdad Salarial entre mujeres y hombres en el Perú*. Lima: Editorial El Búho.
- García Toma, V. (2003). *Derechos Fundamentales*. Lima: Editorial Adrus.
- Gómez-Mejía, L.R.; Balkin, D.; y R. Cardy (2018). *Gestión de Recursos Humanos*. Quinta edición. Madrid: Pearsons Education.
- Espinoza Espinoza, J. (1990). *Derecho de las Personas*. Lima: Editorial Rodhas.
- Malca Guaylupo, V. (2007). *Litigación & Proceso*. Lima: Jurista Editores.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; y J. García Murcia (2011). *Derecho del Trabajo*. Vigésima Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Primera Edición. Lima: Ara Editores.
- Organización Internacional del Trabajo (1986). *Igualdad de Remuneración*. Primera Edición. Ginebra: OIT.
- (2017). La desigualdad salarial en el lugar de trabajo. En: *Informe Mundial sobre Salarios 2016/201*. Ginebra: OIT.
- (2018). ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género? En: *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019*. Ginebra: OIT.
- Palacios Zuloaga, P. (2006). *La no discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de*

Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Santiago: Universidad de Chile.

Palomeque López, C. (1989). La Función Histórica del Derecho del Trabajo. En: Neves Mujica, J. (dir.). *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco Editores.

Vinatea Recoba, L. y J. Toyama Miyagusuku (2012). *Análisis y Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Casación de la Corte Suprema recaída en el expediente 208-2005-PASCO, 12 de diciembre de 2005.

Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958. Ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970.

Ley 29497. Nueva Ley Procesal del Trabajo. En: Diario *El Peruano*, 15 de enero de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1399-2001-AA/TC. 18 de marzo de 2003

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2510-2002-AA/TC, 31 de marzo de 2004

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1875-2004-AA/TC, 5 de octubre de 200

Benites, Vargas & Ugaz

ABOGADOS