



Iván Blume Moore^{(*)(**)}

Mejoras salariales, **principio de igualdad y no discriminación** entre trabajadores

“EL EMPLEADOR PUEDE TOMAR EN CUENTA ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA ADOPTAR SUS DECISIONES, Y DE HECHO LO HACE CONSTANTEMENTE, PERO SIEMPRE QUE NO SE BASE EN ALGUNA DE LAS RAZONES VEDADAS CONSTITUCIONALMENTE O VULNERE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES.”

1. Introducción

La facultad empresarial de mejorar el salario de los trabajadores resulta ser uno de los temas más complejos de cara a la actuación del principio de igualdad y no discriminación en el desarrollo de la relación laboral. A diferencia de lo que ocurre con las órdenes e instrucciones, o con las medidas disciplinarias, las mejoras presentan la peculiaridad de ser, de entrada, reacias a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Hay en la facultad de mejorar un plus de autonomía que la aleja de estos principios y que la convierte en la más privada de las facultades empresariales⁽¹⁾.

Las mejoras salariales se producen cuando el empleador otorga voluntariamente un beneficio más allá de lo dispuesto en el marco legal o convencionalmente aplicable. Se conceden, normalmente, en base a factores relacionados con la productividad o la eficiencia en el trabajo, o simplemente por la voluntad del empleador. Dentro del concepto de mejoras se incluye naturalmente el incremento de la remuneración, pero se puede incluir también los premios, incentivos, gratificaciones extraordinarias, bonos por desempeño o mérito, entre otros.

En el presente artículo abordaremos la interacción existente entre la libertad de empresa, el principio de igualdad y el principio de no discriminación en el empleo, enfocándonos en plantear recomendaciones

(*) Agradezco muy especialmente los valiosos comentarios de José Balta y Mario Pasco Lizárraga al presente artículo.

(**) Abogado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(1) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs S.L., 1998. p. 220.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

destinadas a evitar los conflictos que pueden presentarse en el ejercicio desigual del otorgamiento de las mejoras salariales. Para ello efectuaremos un repaso, breve pero necesario, de las reglas en materia de igualdad salarial entre trabajadores.

2. La libertad de empresa, el principio de igualdad y no discriminación

El fundamento de la facultad de mejorar la remuneración de un trabajador se encuentra en el principio de libertad de empresa contenido en el artículo 56 de la Constitución y en la facultad de dirección y organización del empleador reflejada en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. De ahí que la fuente principal de la que emanan las reglas aplicables a las mejoras sea, precisamente, la voluntad del empresario.

Dicho de otra forma, es el propio empresario quien tiene la posibilidad de obligarse a conceder el beneficio y hacerlo en los términos que considere oportuno.

Las mejoras son el instrumento incentivador más importante de que goza el empleador. La legislación laboral reconoce esta función y la aprueba, al limitarse, en materia de remuneraciones, a fijar un nivel salarial mínimo para que pueda ser mejorado por el empleador.

Desde ese punto de vista, las diferencias en razón del esfuerzo realizado, de la entrega en el trabajo, del logro obtenido, del talento, no solo deben ser admitidas, sino que deben ser fomentadas. Una mejora salarial no tiene implícita en sí misma la posibilidad de que pueda exigirse su automática extensión a los demás trabajadores o a su distribución igualitaria entre ellos, pues se enmarca dentro de la potestad organizadora del empleador.

Las mejoras suelen perseguir una finalidad incentivadora, primando el interés comercial en el marco del desarrollo de su actividad económica. Por esta razón, muchas veces incluyen un componente subjetivo o, en términos crudos, se suelen fijar discrecionalmente, sin que sea posible cuantificarlas o sustentarlas objetivamente en razón del trabajo realizado (o no realizado) por cada trabajador.

“LA IGUALDAD SE SUSTENTA EN LA MERA PROHIBICIÓN DE LA EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE MEDIDAS DESIGUALES ARBITRARIAS E IRRAZONABLES. EN LA NO DISCRIMINACIÓN, LA JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA O ACTO DISCRIMINATORIO QUEDA PRÁCTICAMENTE SUPRIMIDA, CEDIENDO TERRENO A LA PROHIBICIÓN CASI OBJETIVA Y ABSOLUTA CUANDO SE VERIFICA LA EXISTENCIA DE UN MOTIVO DISCRIMINATORIO”.

Como señala Martínez Rocamora, “las diferencias salariales son, por tanto, algo intrínseco a la naturaleza de una economía de mercado, necesarias, quizás, en la sociedad industrial, aunque levanten todo tipo de celos y sospechas por parte de algunos trabajadores o asociaciones que aspiran a un modelo más igualitario”.⁽²⁾

Ahora bien, aunque la facultad de determinar los salarios al interior del centro de trabajo supone un amplio margen de discrecionalidad para el empleador, esta libertad no puede ser ejercida de modo irrestricto. Las limitaciones se originan por la interacción y conflicto existente entre la libertad de empresa y la facultad de dirección del empleador, de un lado, y el principio de igualdad del otro; y se presentan con aún mayor intensidad cuando se involucra el principio de no discriminación.

Este tema ha sido abordado por Galiana Moreno y Cámara Botía, comentando el artículo 14 de la Constitución española como sigue:

(2) *Ibid.*; p. 228.



Iván Blume Moore

“Desde la perspectiva que aquí interesa nos encontramos con que el empresario a la hora de contratar o fijar condiciones de trabajo encuentra limitada su libertad por la utilización de estos criterios prohibidos. Así lo declara la STC 41/1999, de 22 de marzo al recordar que las prohibiciones de discriminación del art. 14 CE constituyen <<un límite al ejercicio de la libertad de empresarial de contratación, también aplicable a la fase de acceso al empleo>>. Con anterioridad, la STC 173/1994, frente a la alegación de que estos casos estamos ante simples actos de libertad del empresario, había afirmado que <<la conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos (...) no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho (...) la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento que a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE>>. En definitiva, el empresario podrá utilizar cualesquiera razones para tomar sus decisiones salvo las prohibidas (...)”⁽³⁾.

Como ocurre cuando se le niega la contratación a una trabajadora por encontrarse en estado de gravidez o cuando se despido a un trabajador por ser de una raza determinada, la diferenciación en el salario entre dos trabajadores motivada en un criterio discriminatorio es ilegal y se encuentra tajantemente prohibida.

El empleador puede tomar en cuenta elementos subjetivos para adoptar sus decisiones, y de hecho lo hace constantemente, pero siempre que no se base en alguna de las razones vedadas constitucionalmente o vulnere otros derechos fundamentales.

Las consecuencias prácticas de este criterio para el tema que nos ocupa son simples. El empleador no puede hacer diferenciaciones entre Pedro y María al momento de entregar una mejora como por ejemplo un bono, porque uno sea hombre y la otra mujer, o porque uno sea de raza asiática y

la otra de raza negra, o uno sea cristiano y la otra de religión musulmana, pero sí puede establecer diferencias por considerar a Pedro más eficiente que María, o viceversa.

Tal criterio es compartido por Galiana y Cámara, quienes indican que:

“El hecho de que el empresario aunque actúe dentro del margen de licitud tenga que justificar sus decisiones supone un límite intenso a su poder. Piénsese que en el tráfico jurídico normal cada día las personas realizan multitud de transacciones sin que tengan que justificar por qué contrata con éste o con aquél. Sin embargo, tal sí que sucede cuando utilizan estos criterios prohibidos por la ley. Si la libertad consiste muchas veces en actuar porque sí, sin dar razones, la vigencia del principio de prohibición de discriminación va a obligar al empresario a justificar sus decisiones, pues en un eventual litigio de discriminación no le bastará con declarar que ha actuado porque sí. La regla general según la cual “una sociedad libre -y una economía de mercado- tienen como correlato un sistema jurídico privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse”, se exceptúa en estos casos en que chocan contra normas antidiscriminatorias”⁽⁴⁾.

El principio de igualdad supone una intervención menos intensa en las decisiones empresariales que el principio de no discriminación. El concepto de discriminación tiene un fin eminentemente protector, en la medida que se busca restringir y sancionar los actos discriminatorios en perjuicio de colectivos sociales segregados, situación distinta al contenido del derecho fundamental a la igualdad.

(3) GALIANA MORENO, Jesús María y Alberto CÁMARA BOTÍA. *Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario*. En: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. España, 2003. p. 349.

(4) *Ibid.*; p. 350.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

La consecuencia de esto último se hace aún más palpable si tenemos en cuenta que el análisis de la vulneración del principio de no discriminación es mucho más estricto e intenso que la pura y simple vulneración del principio de igualdad. La igualdad se sustenta en la mera prohibición de la expedición y aplicación de medidas desiguales arbitrarias e irrazonables. En la no discriminación, la justificación de la medida o acto discriminatorio queda prácticamente suprimida, cediendo terreno a la prohibición casi objetiva y absoluta cuando se verifica la existencia de un motivo discriminatorio.

Así también lo entiende Arce cuando afirma: “El sustento de la desigualdad fundada en alguno de los factores diferenciales mencionados en el artículo 2.2 de la CP, está sujeta a un juicio de razonabilidad más riguroso que el que predica para cualquier quiebre del principio genérico de igualdad. En muchos casos, ni siquiera las “razones objetivas” podrán ser suficientes a efectos de admitir la derogación del principio de no-discriminación. Toda vez que, lo que la tutela antidiscriminatoria pretende es evitar y erradicar los fenómenos sociales de segregación”⁽⁵⁾.

Ello es así porque el principio de no discriminación “(...) hunde sus raíces en la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia, redundantemente, requiere que se erradiquen manifestaciones de menosprecio hacia ciertos grupos, y que se subsanen los efectos por ella provocados”⁽⁶⁾.

De igual forma, Fernández López afirma que “(...) la existencia de una situación de discriminación en una determinada sociedad supone algo más que una mera diferencia de trato; es un verdadero atentado a la dignidad humana, a las más elementales situaciones de respeto del ser humano (...)”⁽⁷⁾.

En tal sentido, lo que prohíbe el principio de igualdad es la diferencia arbitraria, el capricho o la subjetividad irracional del empleador. De esto se desprende que el empleador debe fundamentar la diferencia de trato en circunstancias razonables. Lo que se busca en este caso es conjugar

la libertad del empleador con un mínimo de igualdad deseable. La autonomía de la voluntad se encuentra atenuada por el principio de igualdad, lo que implica que el empleador deberá actuar en el ejercicio de sus facultades de dirección y organización con el aval de una justificación.

El empleador no tiene libertad irrestricta para establecer o introducir mejoras a sus trabajadores, pues la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa se ven limitadas por el principio de igualdad y con mucho mayor intensidad cuando se trata del principio de no discriminación.

3. La reglas en materia de igualdad y no discriminación en la remuneración de los trabajadores

La desigualdad en el otorgamiento de mejoras salariales puede ser enfocada desde tres puntos de vista. Desarrollaremos en las líneas que siguen cada una de las perspectivas en materia de igualdad salarial.

3.1. Discriminación salarial

En aplicación del artículo 2.2 de la Constitución y del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, constituyen discriminación prohibida las diferencias salariales que tengan como razón de ser un motivo vedado por discriminatorio.

Para determinar si una diferencia salarial constituye una discriminación vedada, deben verificarse tres elementos esenciales (i) un acto; (ii) un motivo o razón; y, (iii) un resultado.

(5) ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Segunda Edición. Lima: Ara Editores, 2006. p. 142.

(6) *Ibid.*; p. 96.

(7) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación por razón de sexo. Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta, 1992. p. 96



Iván Blume Moore

Es decir, un acto de diferenciación en los salarios efectuada por el empleador sobre la base de un motivo discriminatorio que coarta la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades del individuo afectado⁽⁸⁾.

Lo que está prohibido no es distinguir, excluir o preferir a un trabajador frente a otro, sino distinguir, excluirlo o preferirlo en razón de alguno de los motivos prohibidos por la ley. En otras palabras, de emplearse criterios que no están prohibidos, estaremos ante una distinción o diferenciación no discriminatoria, desde la perspectiva del derecho del trabajo. Solo constituye discriminación para el derecho aquella que se funde en un motivo prohibido.

Estará prohibido que el empleador le otorgue a Pedro un bono de productividad y a María no, porque ésta última es mujer. En este escenario no interesa la naturaleza del trabajo que se realiza sino el motivo que determina la distinción: el sexo, la raza, la religión, etcétera. El elemento configurador de la discriminación salarial es el motivo discriminatorio de la decisión del empleador.

Nótese que la discriminación salarial opera como una fórmula neutral, prohibiéndose así todas aquellas diferencias salariales, incluyendo las mejoras, por razón de raza, religión, sexo, entre otras, todas bajo la misma protección.

La discriminación salarial también puede ser indirecta⁽⁹⁾. Ésta se produce cuando el empleador implementa medidas de apariencia y significado neutral, pero que en la práctica tiene un efecto irrazonablemente perjudicial para un grupo protegido (mujeres, discapacitados, HIV positivos, etcétera).

Así, por ejemplo, en la Sentencia 145/1991 de 1 de julio (BOE de 22 de julio de 1991) el Tribunal Constitucional Español determinó que el Hospital de Madrid discriminó indirectamente a sus trabajadoras ocupaban el puesto de “limpiadoras” pues estableció en un Convenio Colectivo un sistema de categorías y de salarios específicos. Bajo este sistema se le atribuía un salario mayor al puesto de “peón”, asignado exclusivamente

a hombres, empleando el criterio de mayor penosidad y esfuerzo físico de la labor.

El Tribunal Constitucional Español señaló en aquella oportunidad que este criterio no puede ser tomado en cuenta para determinar los salarios de los trabajos, toda vez que dicho criterio se sustenta en un prejuicio (“rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en que medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso”), y ello constituye un caso de discriminación salarial indirecta.

En otras palabras, llevando este criterio al terreno de las mejoras, si un empleador otorga un bono por esfuerzo físico en la labor o por altura, podríamos encontrarnos ante un criterio indirectamente discriminatorio porque afecta de manera desigual a las mujeres. En el caso de la discriminación salarial indirecta en el otorgamiento de mejoras salariales, entonces, el elemento central es que el empleador aplica criterios aparentemente neutros para determinarlas, adversamente a un grupo protegido. Usualmente, la discriminación salarial se produce cuando el empleador valora excesivamente criterios como la fuerza, la altura y el peso cuando no son esenciales para el puesto de trabajo.

3.2. Principio de igualdad

En segundo lugar, la diferencia salarial entre dos trabajadores está prohibida cuando conlleva una violación al principio de igualdad de trato.

La igualdad de trato prohíbe a los sujetos privados establecer diferenciaciones arbitrarias, esto es, no fundadas en razones

(8) BALTA VARILLAS, José. *¿Qué es Discriminación en el Empleo?*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XL. Número 1. Lima: Normas Legales, Enero-Marzo 1995. p. 91.

(9) BALTA VARILLAS, José. *El Impacto Adverso*. En: *Themis: Segunda Época*. Número 34. Lima, 1996. p.117.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

jurídicas atendibles. Eguiguren precisa que: “(...) el derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”⁽¹⁰⁾. Como se puede apreciar, lo que se prohíbe es la arbitrariedad, y no así la diferencia razonable.

Por su parte, Yañez señala que: “(...) una segunda etapa del principio [de igualdad] es la igualdad que se da en el campo de las relaciones laborales en el ámbito del Derecho Privado y que asume el nombre de igualdad de trato”⁽¹¹⁾. Así, se puede observar que esta faz de la igualdad vincula a los sujetos privados, carácter que la diferencia claramente de las otras manifestaciones de la igualdad mencionadas precedentemente⁽¹²⁾.

En el mismo sentido, Neves precisa que: “Según el carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar la disparidad de trato, se distingue la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, respectivamente”⁽¹³⁾.

Martínez, por su parte, señala que: “la prohibición se concreta en dos exigencias: primero, que debe existir una justificación y, en consecuencia, que el empresario debe acreditarla y, en segundo lugar, que la justificación”⁽¹⁴⁾.

En tal sentido, este principio prohíbe a los empleadores establecer diferenciaciones arbitrarias en el otorgamiento de mejoras salariales, esto es, no fundadas en razones jurídicas atendibles. El derecho a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. Es importante recalcar que *lo que se prohíbe es la arbitrariedad, y no así la diferencia razonable*.

3.3. Pago igual por trabajo igual o sustancialmente igual

La regla de pago igual por trabajo igual se encuentra expresamente recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales. Fue expresamente recogido en el artículo 43 de la Constitución de 1979, pero no fue incluido por la Constitución de 1993. Sin embargo, en virtud de los convenios internacionales antes mencionados que el Perú ha ratificado, el pago igual por trabajo igual es un derecho que debe respetarse y es plenamente exigible en nuestro país.

La regla general es la siguiente: la ley prohíbe pagar a una persona una remuneración menor que la que percibe una persona cuando ambos realizan trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones, salvo que la diferencia se base en la antigüedad, el mérito, la calidad o cantidad de la producción o cualquier factor objetivo distinto.

Este criterio ha sido recogido en la Casación 601-2006 Del Santa, en la que la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que “(...) ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en aquellos casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas -evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros -e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador”.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha ratificado el referido criterio en la Sentencia

(10) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara Editores, 2002. p. 102.

(11) YAÑEZ MÁLAGA, Ana María. *El trabajo femenino y el principio de igualdad*. En: *Themis: Segunda Época*. Lima, 1996. p. 58.

(12) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español*. En: *Derechos Humanos de las Mujeres. Movimiento Manuela Ramos*. Lima, 1996. p. 144.

(13) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. p. 109.

(14) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. *Op.cit.*; p. 243.



Iván Blume Moore

recaída en el Expediente 04922-2007-PA/TC al señalar que “(...) la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación ni ser objeto de recorte, ni diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo”.

Nótese que para determinar si existe una violación a este principio no resulta relevante realizar un análisis de los elementos de la discriminación directa o indirecta. Debe hacerse un análisis distinto. Esto se debe a que esta regla es, más bien, la expresión del principio de igualdad de trato aplicada a la retribución, pues concreta la interdicción de la arbitrariedad de trato en materia salarial. Lo que ocurre es que muchas legislaciones hacen especial énfasis en aquellos supuestos de desigualdad salarial en los que está comprometido el factor sexo, lo cuál termina por acercar este criterio al concepto de discriminación.

Para determinar si existe una violación a la referida regla debe probarse lo siguiente ⁽¹⁵⁾:

- a) Que los trabajos que se comparan sean iguales o sustancialmente iguales:

No se requiere que ambos trabajos sean idénticos sino sólo que las funciones de ambos sean sustancialmente iguales. Este criterio ha venido siendo recogido en las cortes norteamericanas a partir del caso *Shultz v. Wheaton Glass Company*. Los trabajos son sustancialmente iguales cuando su desempeño requiere igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad y que se realizan en similares condiciones de trabajo.

Para estos efectos, la habilidad es la capacidad respecto de un específico trabajo y no en general. La habilidad del individuo debe ser relevante para las labores que realiza. No incluye la rapidez con la que se ejecuta el trabajo. El esfuerzo se refiere al rendimiento mental y físico que se requiere para desempeñar el trabajo. La responsabilidad se refiere al nivel de confiabilidad, lo que puede incluir el manejo de personal, la capacidad de decisión y/o la

importancia de la labor. Las condiciones de trabajo se refieren al ambiente de trabajo en general y los riesgos y peligros que este puede implicar. No incluye el tiempo o momento del día en que se desarrolla el trabajo (turno de día o de noche).

Los cuatro elementos deben ser iguales en ambos trabajos para que pueda considerarse que los trabajos son iguales o sustancialmente iguales. Esto supone dos cosas: (i) que los elementos no pueden compensarse unos con otros; y, (ii) que los elementos deben ser evaluados cualitativamente y no cuantitativamente (no importa si ambos trabajos requieren igual cantidad de esfuerzo; se requiere que el esfuerzo sea cualitativamente igual).

Cuando se cumplen esos cuatro elementos según el criterio establecido por las cortes norteamericanas a partir del caso *Hodgson v. Brookhaven General Hospital*, el hecho de agregar una pequeña tarea sólo a uno de los trabajos hace que ambos sean distintos (no iguales) siempre que se cumplan las siguientes cinco condiciones: (i) que las tareas adicionales sean efectivamente realizadas; (ii) que esas tareas sean frecuentes y consuman más que un tiempo mínimo; (iii) que las tareas adicionales tengan cierta importancia (por ejemplo, que no sea sólo apagar las luces); (iv) que no se asignen tareas comparables a las personas que desarrollan el otro trabajo; y, (v) que la tarea extra guarde proporción con el pago extra.

Todos estos criterios se utilizan para hacer la comparación respecto de las tareas que se comparten en dos puestos de trabajo y las tareas que no se comparten, para ver qué cosa predomina, a fin de determinar si dos puestos

(15) BALTA VARILLAS, José. *Materiales Complementarios de Enseñanza del curso de igualdad y no discriminación*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

de trabajo pueden considerarse iguales o sustancialmente iguales.

b) El comparador:

Para determinar si existe una violación a esta regla debe compararse un trabajo con otro para determinar si efectivamente son iguales o sustancialmente iguales. Dos problemas surgen en relación con el trabajador que alega la desigualdad salarial y su comparador:

¿Qué pasa cuando hay varias personas realizando lo mismo y, pese a ello, reciben distintas remuneraciones? ¿Con quién debe compararse el trabajador que se siente afectado? La doctrina y jurisprudencia principalmente estadounidense ha planteado dos posibles soluciones: con la remuneración más alta o con la remuneración promedio.

¿Qué pasa cuando la persona que percibía la mayor remuneración ya no trabaja para el empleador? Siguiendo los mismos criterios, se acepta usar como comparación la última remuneración recibida por esa persona.

c) Que el trabajo sea realizado en el mismo establecimiento:

Esto se refiere a las distintas locaciones físicas en las que se desarrolla un trabajo. Sin embargo, si el empleador centraliza la operación de sus negocios y de la administración de su personal y permite un intercambio significativo entre diversas locaciones físicas, todas esas locaciones físicas podrían ser consideradas como un solo establecimiento.

d) Que la remuneración de la parte demandante sea menor que la de otro trabajador que realiza una igual labor:

Se maneja un concepto amplio de remuneración que incluye todas las retribuciones que perciba un trabajador.

En suma, este mandato se concreta para efectos del otorgamiento de mejoras salariales en una regla sencilla: el empleador no debe hacer diferencias al momento de otorgar mejoras entre trabajadores que realicen trabajos iguales o sustancialmente iguales en las mismas condiciones, salvo que exista alguna razón que lo justifique.

4. El caso especial de las mujeres o la regla igual remuneración por trabajo de igual valor

La determinación de los salarios y las diferencias existentes entre las remuneraciones que percibe la mano de obra masculina y la femenina en el Perú son un fiel reflejo de las desigualdades existentes entre ambos sexos. La brecha salarial persiste y el factor sexo sigue siendo un criterio importante al momento de determinar los salarios. En efecto, las estadísticas continúan mostrando la existencia de desigualdades y revelan que la remuneración de la mujer es generalmente más baja que la de los hombres.

La respuesta del derecho frente a las desigualdades salariales puede ser enfocada desde las tres perspectivas mencionadas líneas arriba, siendo para el caso específico de las mujeres aplicable además la regla pago igual por trabajo de igual valor.

La igualdad salarial por trabajo de igual valor o Teoría del Valor Comparable se encuentra recogida en el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. Por tanto, es plenamente exigible en el Perú.

La Teoría del Valor Comparable exige igual remuneración respecto de trabajos desiguales de igual valor.

La regla salario igual a igual trabajo permite las diferencias salariales respecto de trabajos que no son iguales. Por ello, no es efectiva cuando trata de eliminar la desigualdad salarial en trabajos distintos. Precisamente, la Teoría del Valor Comparable surge con apoyo en la



Iván Blume Moore

tesis de que las mujeres tienden a laborar en trabajos distintos que los hombres y que por ende resulta necesario brindarles protección respecto de aquellas desigualdades de orden salarial que se producen en trabajos que no son iguales.

En efecto, mientras la regla anterior -pago igual por trabajo igual- solo permite comparar trabajos iguales o sustancialmente iguales, la Teoría del Valor Comparable busca superar esta limitación permitiendo comparar trabajos distintos, pero de igual valor. Esta diferencia es fundamental, pues muchas de las veces las mujeres laboran en trabajos distintos que los hombres, impidiendo así una comparación según la primera regla.

La posibilidad de comparar trabajos distintos es la clave para desincentivar la desigualdad salarial pues combate directamente la discriminación salarial sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional. Es decir, el principio igual remuneración por un trabajo de igual valor va mucho más allá que prohibir la desigualdad salarial más evidente y pura que se presenta en trabajos iguales, sino que replantea el concepto de igualdad salarial, a fin de hacerle frente y desnudar aquella desigualdad velada que se presenta acompañada de segregación ocupacional.

Su relación directa con el principio de no discriminación se hace patente, toda vez que lo que la tutela antidiscriminatoria pretende es precisamente evitar y erradicar los fenómenos sociales de segregación.

Esto ha sido debidamente anotado por Mejía cuando señala que:

“La vinculación del derecho a percibir igual remuneración con el mandato de no discriminación tiene sentido cuando se entiende que su finalidad es combatir la segregación ocupacional que sufren determinados grupos sociales al ser relegados, sobre la base de prejuicios, a determinadas ocupaciones que guardan correspondencia con el rol social

que se les asigna y que son precisamente las peor remuneradas. Es por ello que otros instrumentos internacionales que regulan el derecho, en particular el Convenio 100 de la OIT, convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, vinculan dicho derecho con la prohibición de discriminar por razón de sexo⁽¹⁶⁾.

En palabras de Berenstein, cuando “(...) se trata de comparar el salario de la mujer y del hombre ejerciendo trabajos y profesiones diferentes, se constata que, con mucha frecuencia, las profesiones que cuentan con el mayor número de mujeres son peor remuneradas que las que son ejercidas preponderantemente por hombres: existen, en efecto, profesiones llamadas “femeninas”, en las que los salarios son, generalmente, inferiores a las de las profesiones llamadas “masculinas”, ejercidas principalmente por hombres⁽¹⁷⁾.

Por tanto, el principal objetivo de la Teoría del Valor Comparable es romper el nexo existente entre los salarios bajos y los trabajos “feminizados”. En este sentido, es necesario redefinir el concepto del valor del trabajo equiparando el salario de los trabajos “feminizados” a los “masculinizados” considerados de igual valor.

4.1. ¿Qué es la Teoría del Valor Comparable?⁽¹⁸⁾

En el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo y su Recomendación 90 se enumeran una serie de medidas para promover y garantizar la aplicación

-
- (16) MEJÍA MADRID, Renato. *La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor*. En: IUS ET VERITAS. Número 37. Lima, 2009. p.128.
- (17) BERENSTEIN, Alexandre. *A Igual Trabajo, Igual Salario*. En: FERNANDEZ M., Amalio. *El Salario: Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Montevideo, 1987. p. 663.
- (18) Sobre la implementación práctica de la Teoría del Valor Comparable véase: BLUME, Iván. *Igualdad Salarial entre Mujeres y Hombres en el Perú. De la Construcción Teórica la Aplicación Práctica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

del principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por trabajo de igual valor. Así, se prevé que las tasas de remuneración deben fijarse sin consideraciones relativas al sexo del trabajador, exigiendo que la mano de obra de los trabajadores y las trabajadoras obtengan igual remuneración por trabajo de igual valor.

A nivel de la legislación interna, la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, consagra en su artículo 6, literal f), la regla de pago igual por un trabajo de igual valor. Sin embargo, no desarrolla mínimamente qué se debe entender ni como debe aplicarse este principio.

En este contexto, no es fácil definir la Teoría del Valor Comparable, pues estos instrumentos otorgan pocas pistas adicionales respecto a qué debemos entender por ella, ni mucho menos claridad sobre los elementos que la configuran.

Podemos decir, en términos generales, que la Teoría del Valor Comparable supone comparar trabajos distintos entre sí para determinar su valor relativo, a través de un mecanismo objetivo, que permita desnudar la discriminación y la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en una determinada organización o empresa.

Coincide con esta apreciación, Gold para quien:

“La doctrina del valor comparable plantea que los trabajos sean remunerados de acuerdo con su valor para la empresa. Si dos trabajos requieren diferentes destrezas, grados de esfuerzo, etcétera; pero son de igual valor -para los que abogan por la Teoría del Valor Comparable- deben recibir igual remuneración. El valor del trabajo para la empresa se determina en función a una evaluación de empleos que normalmente asigna puntos a los trabajos de acuerdo con los niveles de destreza, esfuerzo, etcétera, que se requieren para desarrollar el mismo. En consecuencia, es posible que trabajos significativamente distintos como,

por ejemplo, un mecánico y una secretaria sean de igual valor para la empresa en el sentido que reciben igual puntuación en la evaluación de empleos. El mecánico ejercerá mayor esfuerzo, pero la secretaria mayor responsabilidad y, por consiguiente, su puntuación será equivalente⁽¹⁹⁾.

En la misma línea de pensamiento, Palma señala que: el “trabajo de valor igual es aquel que es prestado para un mismo empleador, cuando las tareas en el comprendidas, teniendo un contenido objetivamente diverso, hayan de considerarse equivalentes como resultado de la aplicación de criterios objetivos de evaluación de funciones; la objetividad de la evolución de funciones se asegura mediante la exigencia legal de que los criterios de evaluación sean comunes a los trabajadores de los dos sexos, con el objetivo de excluir discriminaciones basadas en el sexo⁽²⁰⁾.

Más recientemente, Gunderson, en su interesante obra *Comparable Worth and Gender Discrimination: An International Perspective*, plantea ciertas diferencias con estas aproximaciones. En efecto, el autor, altamente influenciado por la experiencia canadiense en materia de igualdad salarial, pone el énfasis en que la comparación entre empleos deba realizarse en aquellos casos donde se verifique la existencia de un dominio de género. Por el contrario, aquellos empleos donde ello no ocurra se encontrarán fuera del ámbito de aplicación de la normativa específica sobre la materia. Pone en tela de juicio, además, la necesidad de que la comparación tenga que realizarse en una misma organización o empresa:

(19) GOLD, Michael Evan. *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*. ILR Press an imprint of Cornell University Press. Segunda Edición. 2001. p. 87 (Traducción libre).

(20) PALMA RÁRMALHO, Maria del Rosario. *La Aplicación de la Directiva 75/117 en Portugal. La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*. España: Aranzadi, 1997. pp. 166-167 (referencia a normas omitidas). En: BALTA VARILLAS, José. *La Discriminación en el Empleo en el Perú. “Mapa legislativo” de las normas más importantes en esta materia*. p. 346.



Iván Blume Moore

“El concepto de valor comparable implica que se requiera igual remuneración entre trabajos dominados por hombres y aquellos dominados por mujeres que son de igual valor y, donde ese valor es determinado por mecanismos objetivos (como evaluaciones de empleo) que importa comparaciones de destreza, esfuerzo, responsabilidad y condiciones en las que se desempeña el trabajo. Usualmente, el concepto se aplica a comparaciones en una misma organización o establecimiento (por ejemplo, para el mismo empleador); sin embargo la necesidad de este requisito está sujeto un debate legítimo”⁽²¹⁾.

Como hemos podido apreciar, existe concordancia en la doctrina en señalar que la aplicación de esta teoría implica comparar trabajos distintos entre sí para determinar su valor relativo. Esto se explica porque los hombres y las mujeres suelen trabajar en ocupaciones diferentes y, por ende, es importante que existan sistemas que permitan medir objetivamente el valor relativo de los trabajos que difieren en su naturaleza y en las cualificaciones que exigen.

4.2. ¿Qué es un trabajo de igual valor?

El Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo no definió la expresión “trabajo de igual valor”; debido a ello existe una gran divergencia de opiniones en cuanto a su significado. Esta circunstancia ha creado cierta confusión y ha dado lugar a malas interpretaciones con respecto a la Teoría del Valor Comparable.

La mayor dificultad reside, entonces, en determinar qué se debe entender por trabajo de igual valor. Para la doctrina más ilustrada sobre la materia, aplicar la Teoría del Valor Comparable supone reemplazar el valor de mercado de los trabajos, el cual se encuentra contaminado con los criterios discriminatorios de nuestra sociedad, por un valor determinado por una evaluación de empleos neutral y objetiva:

“El valor comparable implica un concepto administrativo del valor del trabajo, que se opone al concepto económico donde el valor del trabajo es determinado por la interacción de la oferta y la demanda. El concepto administrativo

del valor del trabajo sustituye las fuerzas del mercado por los procedimientos de evaluaciones de empleo como un mecanismo apropiado para determinar el valor del trabajo”⁽²²⁾.

Esta teoría postula una nueva forma de atribuir valor al trabajo que no está vinculada a la oferta y a la demanda. Esto se debe a que seguir un criterio de mercado para establecer los salarios supondría perpetuar la desigualdad de las mujeres. Para ello, se requiere de un mecanismo para determinar el valor relativo de los trabajos desempeñados por hombres y por mujeres para poder compararlos.

Para tales efectos, debe emplearse una evaluación de empleos, según la cual las características del trabajo (habilidad, esfuerzo, responsabilidad, etcétera) pueden ser identificadas y valoradas para los propósitos de determinar el valor de dos trabajos distintos. Este es un instrumento para que los trabajadores sean compensados en función de los trabajos que desempeñan, sin discriminación por razón de sexo.

Las evaluaciones de empleos son una práctica usual de gestión del trabajo en Europa, Canadá y en los Estados Unidos. Son utilizadas para determinar el valor relativo de los puestos de trabajo en una organización o empresa. De hecho, los métodos de evaluación surgieron en los Estados Unidos en los años 20 y se hicieron populares durante los años 40 cuando el propio Gobierno Norteamericano los utilizó para armonizar los salarios en varios departamentos federales:

“La valoración de puestos de trabajo, es una de las herramientas más tradicionales

(21) GUNDERSON, Morley. *Comparable Worth and Gender Discrimination: An international Perspective* International Labour Office, 1994. p. 2 (Traducción libre).

(22) GUNDERSON, Morley. *Comparable Worth and Gender Discrimination. Op. cit.*; p. 25. (Traducción libre).

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

de la Organización Industrial y consiste en determinar el valor de un puesto, dentro de una organización, en relación con los demás puestos de la misma. Una de sus principales utilidades es determinar la remuneración, o una parte de la misma, para cada uno de los puestos, pues se retribuye en función del valor del puesto de trabajo que se ocupa, es decir, de su importancia relativa dentro de la organización⁽²³⁾.

Los procedimientos específicos de valoración de puestos de trabajo, como ya cabría esperar, tratándose de unas técnicas con tanta tradición, son muy numerosos. No se trata aquí de describirlos. A continuación, sin embargo, se podrá apreciar un cuadro⁽²⁴⁾ que permite explicar en sencillo las bases de este proceso.

El cuadro nos muestra que los trabajos A y B recibieron igual puntuación en las evaluaciones de empleos en cada una de sus características (habilidad, entrenamiento, responsabilidad y condiciones de trabajo). De acuerdo con la regla de pago igual por trabajo igual, los trabajos A y B deben recibir igual remuneración. Por el contrario, la evaluación de empleos arroja que los trabajos A y C son diferentes (ello se ve reflejado en la puntuación de sus características) pero de igual puntuación global. De acuerdo con la Teoría del Valor Comparable, los trabajos de igual valor (igual puntuación en la evolución de empleos), aunque diferentes también, deben recibir igual salario.

TRABAJOS IGUALES Y COMPARABLES

Característica del trabajo	Puntajes asignados a distintos trabajos			
	Trabajos iguales		Trabajos comparables	
	Trabajo A	Trabajo B	Trabajo A	Trabajo C
Habilidad	80	80	80	80
Entrenamiento	90	90	90	60
Responsabilidad	150	150	150	60
Condiciones de trabajo	30	30	30	150
TOTAL DE PUNTOS	350	350	350	350

Pero, ¿acaso los trabajos tienen un valor que puede ser determinado? Lo cierto es que los trabajos no tienen un valor intrínseco. Sin embargo, sí cuentan con un valor relativo, es decir, un valor comparable con otros puestos de trabajo. Ello permite realizar un ajuste en los salarios, a fin de corregir cualquier desigualdad salarial. Este valor relacional es fácilmente obtenido a través de una evaluación de empleos:

“En esencia, esto se realiza a través de un procedimiento neutral de evaluación de empleos; sin embargo

procedimientos menos formales pueden ser utilizados también. Por ejemplo, por convenio colectivo, por un sistema de reclamos, o de mutuo acuerdo entre las partes comparando distintos empleos sobre la base de un entendimiento implícito de lo que debe considerarse por trabajos de igual valor (...). Sin embargo, en general, la aplicación estricta del valor comparable implica el uso un procedimiento de

(23) COVES, A. M., COROMINAS, A., LUSA, A., MARTÍNEZ, C. *El Principio de la Igualdad de Retribución y la Valoración de Puestos*. 2as Jornadas. *Discriminación Salarial. El Derecho a Trabajar en Igualdad*. 3 y 4 de junio de 2002. Palacio de Congresos de Córdoba, 2002. p. 2. En: https://recerca.upc.edu/giopact/publicacions/docs/1comunicacin_crdoba.pdf.
 (24) SAMUELSON, Paul A. y William D. NORDHAUS. En: *Materiales de Enseñanza del curso de Temas de Teoría General del Derecho Laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. p. 319.



Iván Blume Moore

evaluación formal que determine el valor de los trabajos, de hecho, estas evaluaciones son el ingrediente clave de la Teoría del Valor Comparable⁽²⁵⁾.

En la línea de lo indicado, se consideran trabajos de igual valor aquellos a los que como producto de una evaluación de empleos, les corresponde un conjunto similar de requerimientos relativos a aptitud (conocimientos, capacidad e iniciativa), esfuerzo (físico, mental y emocional), responsabilidades (de mando o supervisión de personas, sobre seguridad de los recursos materiales y de la información, y sobre la seguridad o bienestar de las personas) y condiciones de trabajo.

En suma, el valor del trabajo se determinará por un criterio objetivo de evaluación que, por lo general, implica una evaluación de empleos, el cual sustituye el valor de mercado del trabajo. Cabe recalcar que este valor puede ser relacional o proporcional, es decir, no requiere necesariamente que dos trabajos sean exactamente de igual valor, sino que exista una relación entre ellos que permita realizar el reajuste en el salario que corresponda en caso exista una desigualdad salarial.

Esta regla llevada al terreno del tema central del presente artículo, supone que el empleador no deba otorgarle mejoras salariales a un trabajador y no a una trabajadora cuyos trabajos sean distintos, pero considerados de igual valor, salvo que exista una razón objetiva y razonable que justifique el trato desigual.

5. Excepciones permitidas

La doctrina y legislación internacional reconocen excepciones a estas reglas que de ninguna manera se deben considerar como absolutas. Estas son, en términos generales, la antigüedad, el mérito, la escasez de mano de obra, el *red-circling*⁽²⁶⁾ y el costo de vida. Estas excepciones buscan crear la flexibilidad suficiente para que los empleadores puedan cumplir con la ley, pero otorgándoles un margen de autonomía, reduciendo la fricción con el mercado.

Estos factores son legítimas razones de diferenciación salarial. En este sentido, un empleador puede hacer diferenciaciones en el otorgamiento de mejoras salariales, siempre que esta

diferenciación en la retribución se otorgue sobre la base de un factor legítimo.

El mercado no conforma una excepción; es decir, un empleador no puede invocar el mercado como una justificación para incumplir estas reglas. De lo contrario, toda diferencia salarial existente podría eventualmente justificarse “por razones de mercado”.

A continuación, se desarrollarán los principales factores legítimos de diferenciación salarial que tienden a ser recogidas en las diferentes legislaciones sobre la materia.

5.1. Antigüedad

Si un empleador prevé un sistema de antigüedad que premia el tiempo de servicio de sus trabajadores, entonces un trabajador que cuenta con mayor antigüedad ganará válidamente más que otro con menor antigüedad. La antigüedad será un factor legítimo de diferenciación en la retribución en la medida en que el empleador cuente con una política interna genuina y consistente que retribuya la antigüedad.

Si un empleador algunas veces retribuye la antigüedad y otras no, no cuenta con una política interna que se base en ese criterio. Por consiguiente, no puede justificar pagarle menos a un trabajador que a otro trabajador utilizando la antigüedad como un factor válido de diferenciación salarial.

Así, por ejemplo, supongamos que la remuneración de un ensamblador en una fábrica de carros es de S/. 800.00 y esta remuneración se incrementa a razón de S/. 50.00 por año de servicios en la empresa. A Carlos que ha sido un ensamblador por veinte años le correspondería un sueldo de S/. 1,800.00. A Carla que ha sido ensambladora por diez años

(25) GUNDERSON, Morley. *Comparable Worth and Gender Discrimination*. *Op.cit.*; p. 34. (Traducción libre).

(26) En el léxico local de la administración de recursos humanos, se le suele denominar “puntos rojos”, que es una traducción más figurativa que literal.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

le correspondería un sueldo de S/. 1,300.00. La diferencia en la remuneración en este caso se debe a la política salarial que premia la antigüedad de los trabajadores. En consecuencia, constituye una diferencia remunerativa válida. Por el contrario, si existe alguna trabajadora que cuenta con veinte años de servicios al igual que Carlos, pero gana menos que él, existirá una diferenciación salarial ilegal por discriminatoria.

La antigüedad ha sido reconocida como un factor válido de diferenciación salarial en la mayoría de legislaciones sobre la materia, entre ellas, Canadá y Estados Unidos y, además, ha sido ampliamente aceptada por la doctrina especializada.

Sin embargo, existen argumentos para señalar que la antigüedad en el cargo, en realidad, perpetúa la discriminación en el salario especialmente para el caso de las mujeres. En efecto, en nuestra sociedad, las mujeres trabajadoras ven interrumpido el cómputo de la antigüedad en sus empleos debido a las responsabilidades familiares. Por consiguiente, es usual que acumulen períodos de antigüedad menores que los hombres y, por ende, un menor salario:

“(…) la antigüedad encubre una fuente de discriminación salarial indirecta contra las mujeres, dado que éstas se ven obligadas a interrumpir sus carreras con mucha mayor frecuencia que los hombres. La discriminación será más apreciable en la medida en que se tenga en cuenta la antigüedad en la determinación de los salarios. Esto sucede especialmente en el Japón, donde, como es sabido, la antigüedad es uno de los motivos esenciales de los aumentos de los salarios (...)”⁽²⁷⁾.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que cualquier política salarial que comprenda la antigüedad parte de un criterio objetivo: el tiempo de trabajo dentro de una misma empresa u organización y, por consiguiente, no constituye desde nuestro punto de vista un factor discriminatorio *per se*.

5.2. Mérito

Un trabajador puede ganar más que otro si es más productivo. La remuneración a destajo es un claro ejemplo de ello. Si una empresa paga S/. 1.00 por cada camiseta que se produce, y Héctor cose diez camisetas y Juan cose nueve, Héctor es

más productivo y, por lo tanto, recibirá un mayor salario.

Claro, ello requiere una adecuada e identificable política de evaluación de desempeño, pues de lo contrario, el mérito constituiría un método subjetivo -no necesariamente ilegal- para determinar la diferencia remunerativa, lo cual representa una débil defensa ante cualquier tribunal.

La evaluación de desempeño debe ser transparente y los criterios que determinen la retribución deben ser debidamente informados a los trabajadores, de tal forma que se les permita comprender cómo opera el sistema de evaluación.

Para evaluar a los trabajadores mediante un sistema de mérito se debe tener presente que éste se centra en el desempeño individual del trabajador, lo cual expone al empleador a un alto componente de subjetividad. Esta subjetividad abre la puerta a la aplicación de criterios arbitrarios que pueden influir en la igualdad salarial. Es esencial que el sistema de mérito sea examinado al detalle para asegurar que sea neutral y que no opere como un vehículo para la discriminación.

La retribución sobre la base del mérito no es un factor importante en todos los centros de trabajo, y pierde aún más importancia en centros de trabajo donde existen organizaciones sindicales, que tienden a estandarizar la retribución. Sin embargo, no puede negarse que el mérito cumple un importante rol en las políticas de Recursos Humanos de muchas empresas y es posible que cobre una mayor importancia en el futuro.

5.3. Escasez de mano de obra calificada

Cuando existe dificultad para reclutar a un candidato o retener a un empleado que cuenta

(27) EYRAUD, François. *Igualdad de Remuneración y Valor del Trabajo en los Países Industrializados*. Op. cit.; p. 246.



Iván Blume Moore

con una determinada habilidad que escasea en el mercado, los empleadores tienden a pagarle un sueldo mayor. En general, los problemas de reclutamiento y retención de trabajadores son cíclicos y pueden afectar la percepción del valor de estos trabajos en un análisis de igualdad salarial.

Teniendo en cuenta lo anterior, las diferentes legislaciones sobre igualdad salarial han reconocido la necesidad de recoger este factor como una causa válida de diferenciación del salario como una medida de flexibilidad y de adecuación a la presión del mercado.

De esta forma, esta excepción pretende superar las viejas críticas que se realizaban a la Teoría del Valor Comparable que la acusaban de dejar de lado la Teoría de la oferta y la demanda, congelando los criterios para establecer los salarios. Esta excepción permitiría a los empleadores afrontar los movimientos del mercado sin mayor problema, a diferencia de lo que planteaban sus críticos.

Es importante tener en cuenta las implicancias de la aplicación práctica de esta excepción. Así, por ejemplo, en el caso *Anonimus Group of Employees v. Melitta Canada*, los tribunales señalaron que para aceptarla como válida, debe cumplirse con lo siguiente:

“Un empleador debe demostrar que la diferencia en la retribución se produce como consecuencia de las dificultades que ha experimentado en el reclutamiento de empleados con determinadas habilidades para un puesto de trabajo. No podrá ampararse únicamente en las fluctuaciones del mercado si no ha experimentado anticipadamente dificultades reconocidas en la excepción. El empleador además debe demostrar que la inflación en la compensación es temporal⁽²⁸⁾.”

De esta manera, según los tribunales canadienses, no es suficiente que el empleador apele al mercado en términos generales para poder invocar esta excepción. Un empleador debe señalar las dificultades específicas de reclutamiento que ha experimentado y la temporalidad de la misma.

Para ello, los empleadores deben aportar información de una fuente objetiva que refleje las circunstancias económicas en el mercado de trabajo que determinen que exista una real escasez de mano de obra calificada para determinados puestos de trabajo.

5.4. *Red-Circling*

El término *red-circling* refiere a una práctica de recursos humanos que permite “congelar” el salario de un empleado en un particular nivel o estatus, aunque el valor del trabajo haya decrecido por alguna razón, generalmente, por la implementación de una nueva estructura salarial.

El *red-circling* puede ser aplicado validamente en una variedad de situaciones:

“Un trabajador mantendrá su salario original mientras se encuentra en rehabilitación y temporalmente asignado a un trabajo menos gravoso (un fenómeno de creciente importancia dado el requerimiento de la legislación de “acomodo razonable” a trabajadores con alguna incapacidad). Los empleados también pueden ser degradados a un trabajo de menor jerarquía debido a un desempeño insatisfactorio. Sin embargo, el empleador podría no disminuir su sueldo si, por ejemplo, considera que el desempeño insatisfactorio no dependió directamente del empleado (...), como resultado de alguna incapacidad o enfermedad, incremento en la complejidad del trabajo a ser desarrollado, o a un exceso de fuerza laboral que requiere la movilidad interna de esos empleados a otros puestos trabajos dentro de la misma empresa. El empleado es reclasificado a un puesto de menor jerarquía, pero mantiene su sueldo habitual⁽²⁹⁾.”

(28) *Pay Equity Task Force Final Report. Op. cit.*; p. 362. (Traducción Libre).

(29) BAKER, Michael y GUNDERSON, Morley. *Allowable exceptions and Pay equity*. Informe inédito solicitado por el Pay Equity Task Force. pp. 3-4. En: *Pay Equity Task Force Final Report. Op. cit.*; p. 358. (Traducción libre).

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

El *red-circling* crea un nivel salarial específico para un empleado, que es inconsistente con los criterios establecidos para la valoración de los puestos de trabajo. La razón de ser de tolerar estas anomalías en el empleo es que se justifican en que el trabajador está afrontando cambios significativos en su trabajo como resultado de factores que se encuentran fuera de su esfera de control como, por ejemplo, la incapacidad física. Para mitigar la dureza de estos cambios, el salario de un empleado es “congelado” artificialmente a un nivel superior hasta que el nivel de su salario se equipare con el valor apropiado en relación al valor de los otros trabajos en la empresa u organización.

Por ejemplo, la provincia canadiense de Québec reconoce expresamente el *red-circling* en el *Pay Equity Act* en los términos siguientes:

“67.5) Red-circling, esto es, una situación donde el salario de una persona se mantiene debido a una reclasificación, degradación o acomodo razonable de una persona discapacitada, en su antiguo nivel salarial hasta que su salario se equipare al nuevo trabajo que actualmente desempeña”.

El *red-circling* como excepción permitida a la igualdad salarial no implica una discriminación en contra de las mujeres y tiene, como hemos podido apreciar, un carácter temporal. Por lo tanto, consideramos que es plenamente justificado y válido siempre que la legislación establezca taxativamente los supuestos en los que un empleador puede invocar el *red-circling* como una excepción.

5.5. El costo de vida

Es lógico que un empleador que cuenta con diferentes centros de trabajo en distintas regiones de un país, pague a sus trabajadores un distinto salario teniendo en consideración la economía local y las condiciones en las que estos trabajos se desarrollan. Este es un típico caso de diferencias en el costo de vida para cada trabajador en dos locaciones geográficas distintas.

Por ejemplo, si Rosa trabaja para la empresa “X” en Abancay y su costo de vida es menor que el de Teresa que también

trabaja para la empresa “X” en un puesto de igual valor pero en Lima, la empresa “X” podría justificar el mayor salario de Teresa debido a que Lima tiene un costo de vida más elevado.

Como hemos podido apreciar, las excepciones permitidas para el pago desigual de mejoras, buscan crear la flexibilidad suficiente para que los empleadores puedan cumplir con la ley, pero otorgándoles un margen de autonomía, reduciendo la fricción con el mercado. Sin embargo, consideramos que para que estas excepciones puedan ser adecuadamente aplicadas es indispensable que se cumplan, cuando menos, los siguientes requisitos: (i) deberían ser claramente definidas por la ley; (ii) deben ser interpretadas restrictivamente, de tal modo que no desnaturalicen las reglas en materia de igualdad salarial; (iii) la carga de la prueba debe recaer exclusivamente en el empleador. Este deberá demostrar que la aplicación de la excepción es estrictamente necesaria; y, (iv) la excepción debe ser aplicada de forma neutral.

6. Los conflictos y recomendaciones para evitarlos

La posibilidad de diferenciar a los trabajadores en el otorgamiento de mejoras salariales puede referirse a la concesión en sí, al ser esta selectiva, o a la cuantía, mediante su concesión a todos, pero en cantidad desigual. Y, por fin, la distinción puede darse conjugando ambas posibilidades: concediendo las cantidades solo a algunos y en cuantía diferente⁽³⁰⁾.

Cualquiera de estas situaciones puede provocar suspicacias y celos entre los trabajadores. Podríamos afirmar sin temor a

(30) MARTÍNEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Op.cit.; p. 222.



Iván Blume Moore

equivocarnos que esta problemática es tan antigua como la Biblia. Para muestra un botón:

“Porque el Reino de los Cielos se parece a un propietario que salió muy de madrugada a contratar obreros para trabajar en su viña. Trató con ellos un denario por día y los envió a su viña. Volvió a salir a media mañana y, al ver a otros desocupados en la plaza, les dijo: ‘Vayan ustedes también a mi viña y les pagaré lo que sea justo’. Y ellos fueron. Volvió a salir al mediodía y a media tarde, e hizo lo mismo. Al caer la tarde salió de nuevo y, encontrando todavía a otros, les dijo: ‘¿Cómo se han quedado todo el día aquí, sin hacer nada?’. Ellos les respondieron: ‘Nadie nos ha contratado’. Entonces les dijo: ‘Vayan también ustedes a mi viña’. Al terminar el día, el propietario llamó a su mayordomo y le dijo: ‘Llama a los obreros y págales el jornal, comenzando por los últimos y terminando por los primeros’. Fueron entonces los que habían llegado al caer la tarde y recibieron cada uno un denario. Llegaron después los primeros, creyendo que iban a recibir algo más, pero recibieron igualmente un denario. Y al recibirlo, protestaban contra el propietario, diciendo: ‘Estos últimos trabajaron nada más que una hora, y tú les das lo mismo que a nosotros, que hemos soportado el peso del trabajo y el calor durante toda la jornada’. El propietario respondió a uno de ellos: ‘Amigo, no soy injusto contigo, ¿acaso no habíamos tratado en un denario? Toma lo que es tuyo y vete. Quiero dar a este que llega último lo mismo que a ti. ¿No tengo derecho a disponer de mis bienes como me parece? ¿Por qué tomas a mal que yo sea bueno?’. Así, los últimos serán los primeros y los primeros serán los últimos”⁽³¹⁾.

En cualquiera de estos casos y ante la eventualidad de un litigio, el empleador se vería en la necesidad de justificar con razones atendibles tanto el trato desigual en el otorgamiento de mejoras salariales entre sus trabajadores -como la antigüedad, el mérito, la calidad o cantidad del trabajo y otros factores objetivos y razonables- como su carácter no discriminatorio.

No obstante, la co-existencia de reglas distintas en esta materia que carecen de un único pilar a partir del cual se estructuren armónicamente, hace especialmente difícil

el análisis de cualquier caso en el que se otorgue un beneficio remunerativo de manera diferenciada (o inclusive igual, si es que los trabajadores se encuentran en situación desigual). Esta dificultad se aprecia con especial intensidad en aquellos casos en los que es necesario aplicar la regla de “pago igual por trabajo de igual valor”.

Por ello, resulta fundamental que existan reglas internas claras en el otorgamiento de mejoras salariales a los trabajadores, que no sólo no sean discriminatorias sino que puedan justificarse en causas objetivas y necesidades empresariales legítimas. Por ejemplo, no existe inconveniente para que el Empleador fije los requisitos para el otorgamiento de un bono en cuanto al rendimiento, metas en producción o ventas, etcétera, y que regule el monto de acuerdo a la mayor o menor aproximación a las mismas, o establezca condiciones (relacionadas con el desempeño del trabajador o la situación o coyuntura de la empresa), pero ello debe constar documentalmente en forma previa y tener una justificación clara y objetiva.

Lo recomendable es que exista una guía, directiva o reglamento interno que establezcan los criterios generales para el otorgamiento de mejoras salariales; y que, además, no sólo sean conocidas sino aceptadas por cada trabajador. De esta manera, se evitarán cuestionamientos de parte de los trabajadores y, al mismo tiempo, se promoverá la racionalización de los salarios al interior de la empresa.

No podemos dejar de mencionar, por último, que los beneficios de adoptar políticas claras orientadas a cumplir con criterios de igualdad son muchos y se relacionan con la gestión de los recursos humanos

(31) S. Mt. 20, pp. 1-16.

Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores

(mejor conocimiento de las exigencias del empleo, mayor eficacia de las políticas remunerativas, contratación y selección), la motivación y la lealtad del trabajador, mejora del ambiente de trabajo y de las

relaciones laborales, la ausencia de gastos por litigios, y un aumento del prestigio de la empresa (mejora de la imagen y reputación de la empresa). De esta manera, se maximizan los beneficios para los empleadores, trabajadores y la sociedad en general.