

IGUALDAD SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES: DEFENSAS Y EXCEPCIONES

WAGE EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN: DEFENSES AND EXCEPTIONS

Iván Blume Moore*
Ex miembro de THĒMIS
Rodrigo, Elías & Medrano

Since the expedition of a series of laws that prohibit wage inequality between men and women, the effectivity of such prohibition in Peru has become more visible. Regardless, the prohibition of wage inequality does not operate as an absolute, where certain exceptions and justification to the wage imbalance between men and women can be allowed.

This article explores the relevant laws and highlights the exceptions and justifications to wage inequality, examining the cases where these can be evidenced.

KEY WORDS: *wage inequality; equal pay; exceptions and justifications; direct and indirect discrimination; right to equality; right to the non-discrimination in the work place.*

Desde la expedición de una serie de normas que prohíben la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, se ha concretizado la efectividad de dicha prohibición en el Perú. Sin embargo, la prohibición a la discriminación remunerativa no opera de manera absoluta, en la cual pueden darse excepciones y justificaciones al desbalance remunerativo entre hombres y mujeres.

El presente artículo explora las normas relevantes y hace énfasis en las excepciones y justificaciones a la prohibición a la discriminación remunerativa, examinando los casos donde estos podrían desenvolverse.

PALABRAS CLAVE: *discriminación remunerativa; igual remuneración; excepciones y justificaciones; discriminación directa y discriminación indirecta; derecho a la igualdad; derecho a la no discriminación en el empleo.*

* Abogado. Master of Industrial and Labor Relations (MPS) por la Cornell University. Ex International Visiting Lawyer en Dechert LLP y exconsultor en Posse Herrera Ruiz en Bogotá. Profesor de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad ESAN. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano. Contacto: iblume@estudiorodrigo.com

I. INTRODUCCIÓN

Desde la expedición de la Ley 30709, la cual prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres (en adelante, la Ley), el Estado ha publicado una serie de normas que servirán de base para el cumplimiento y fiscalización de los principios en materia de igualdad salarial entre hombres y mujeres, en especial, la regla de pago igual por trabajo de igual valor.

Las normas emitidas incluyen el Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR; el Decreto Supremo 005-2018-TR, mediante el cual el Ministerio de Trabajo emitió disposiciones para garantizar el cumplimiento de esta normativa; la Resolución Ministerial 243-2018-TR con la que se aprueba la Guía con las pautas referenciales de evaluación de los puestos de trabajo y la definición del cuadro de categorías y funciones, así como los modelos de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial (en adelante, la Guía).

Como complemento de lo anterior, la Autoridad Inspectiva de Trabajo (Sunafil) ha expedido los protocolos y directivas para la fiscalización de las obligaciones en Materia Remunerativa Previstas en la Ley. Finalmente, el Ministerio de Trabajo publicó la Guía Metodológica para la Valoración Objetiva, sin Discriminación de Género, de Puestos de Trabajo y Elaboración de Cuadros de Categorías y Funciones, expedida por Resolución Ministerial 145-2019-TR.

De esta manera, el Estado peruano ya cuenta con un bagaje normativo para implementar de manera efectiva el principio de pago igual por trabajo de igual valor, a fin de reducir la brecha salarial y avanzar hacia la consecución de la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

El presente artículo busca contribuir a este proceso, aportando elementos para aclarar algunas dudas sobre la aplicación de los principios de igualdad remunerativa, en particular, en lo que se refiere a las defensas y excepciones a los principios de la Ley, los cuales no han sido desarrollados mínimamente en las citadas normas.

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

El reglamento de la Ley hace una precisión importante en la definición de discriminación que representa, en nuestra opinión, un avance significativo desde el punto de vista conceptual. En el Perú, la jurisprudencia había asumido la identidad entre el derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad en el empleo.

En nuestro concepto, esta es una visión errada. Consideramos que el derecho a la no discriminación no puede reducirse simplemente al cumplimiento del principio general de igualdad de trato. Implica, en cambio, reconocer que las conductas discriminatorias se sustentan en fenómenos sociales de segregación y marginación que históricamente han afectado a determinados grupos o colectivos.

En ese sentido, nos parece positivo que el artículo 2 literal d) del Reglamento defina discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. De esta manera, el motivo y no simplemente la constatación de una desigualdad se vuelve un elemento fundamental en el diseño y la aplicación de la norma.

Esa precisión nos ayuda además al análisis que abordaremos en este artículo sobre la interpretación de las excepciones contempladas en el Reglamento. Excepciones similares se encuentran en las legislaciones de varios países que han sido referentes en la adopción de leyes y políticas públicas para cerrar las brechas salariales entre hombres y mujeres. Nos proponemos presentar aquí algunos aprendizajes y desarrollos conceptuales que el estudio de esos referentes internacionales y de los debates académicos al respecto nos permiten plantear como guía para la aplicación de esas disposiciones en el contexto peruano.

Para entender el marco en que surge la definición de dichas excepciones, así como los criterios con los que deben interpretarse, es importante también reconocer los distintos enfoques desde los que se puede abordar la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

En particular, podemos distinguir tres tipos de enfoque: (i) prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo (directa e indirecta); (ii) pago igual por trabajo igual, e (iii) igual remuneración por trabajo de igual valor. Si bien en el ordenamiento jurídico peruano estos operan de manera simultánea, cada enfoque tiene, desde el punto de vista teórico, bases conceptuales completamente distintas. A continuación, explicamos cada uno de ellos.

A. Prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo (directa e indirecta)

El acto discriminatorio salarial puede configurarse de manera directa o indirecta, tal como lo señala el literal d) del Reglamento. El numeral 1 del artículo 5 del Reglamento precisa que “todo empleador

tiene la facultad de establecer sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de la remuneración o beneficios de cualquier otra índole y determinar sus montos, sin incurrir en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo”.

El Reglamento define discriminación directa como la “situación que se produce cuando la normativa o la práctica excluyen o dan preferencia a una persona o a un grupo de personas sobre la base de un motivo prohibido”. Esta definición aplica también para diferencias salariales por razón de raza y religión, entre otras, así como aquellas discriminaciones atípicas, como podría ser la discriminación salarial de un hombre. En el caso de la normativa analizada se prohíbe específicamente establecer diferencias salariales por razón del sexo de las personas, independiente de la naturaleza del trabajo que se realice.

Para determinar que se da esta forma de discriminación deben verificarse tres elementos esenciales: (i) un acto discriminatorio por parte del empleador; (ii) un motivo o razón prohibido; y, (c) un resultado (Balta Varillas, 1995, p. 91). De esta manera, estará prohibida la existencia de una diferencia salarial motivada por el sexo del individuo, independientemente de la naturaleza del trabajo que se realiza.

En cuanto a la discriminación indirecta, esta ocurre cuando el empleador implementa medidas, políticas o prácticas aparentemente neutrales, pero que en la práctica tienen un efecto perjudicial sobre un grupo protegido en particular. El Reglamento la define como la “situación que se produce cuando las normas o prácticas establecen una medida aparentemente neutra, pero que en su aplicación afecta, de manera desproporcionada, a los miembros de un grupo o colectivo protegido, generando un impacto adverso”.

Así, por ejemplo, la discriminación indirecta se produce cuando se establecen ciertos requisitos o condiciones físicas que, aparentemente, se imponen por igual a ambos sexos, pero que provocan una discriminación de hecho en las mujeres. Usualmente, la discriminación salarial indirecta se produce cuando el empleador da un valor adicional para determinar los salarios a características como la fuerza, la altura y el peso, cuando no son esenciales para el puesto de trabajo.

Un aspecto que merece especial atención es el referido a los periodos de incapacidad temporal para el trabajo vinculados con el embarazo, la licencia por maternidad o por paternidad, sea esta legal o convencional, el permiso por lactancia materna o la asunción de las responsabilidades familiares. Al

respecto, el numeral 2 del artículo 10 del Reglamento dispone que el empleador debe adoptar las medidas que sean necesarias para evitar que las situaciones anteriores tengan un impacto adverso en la asignación de incrementos remunerativos y/o beneficios de cualquier otra índole.

Adicionalmente, el numeral 3 del mismo artículo señala que no pueden tener un impacto adverso sobre la remuneración, la participación en esquemas de trabajo flexible de los padres y madres con responsabilidades familiares ni las medidas que el empleador tome para facilitar la compatibilidad de la vida personal y familiar con la laboral.

B. Pago igual por trabajo igual o sustancialmente igual

Hasta hace relativamente poco tiempo, la regla de pago igual por trabajo igual se encontraba expresamente recogida solo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de los convenios internacionales ratificados por el Perú, el pago igual por trabajo igual ha venido siendo aplicada en nuestro país.

Se enmarca en el derecho a la igualdad y no requiere una remisión expresa el motivo de la diferencia salarial (sexo, raza, religión, etc.). Sin embargo, su aplicación ha llevado en la práctica a la creación de normas específicas para los casos en los que se producen más violaciones a este derecho, como ocurre con las diferencias salariales entre hombres y mujeres. Así, por ejemplo, la Ley recoge este principio en su artículo 1 al señalar su concordancia “con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor indicado en la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”.

La regla general basada en este principio se aplica a trabajos iguales que requieren habilidades, esfuerzos y responsabilidades equivalentes y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones. Está prohibido, según esa regla, pagarle salarios distintos a hombres y mujeres que realicen trabajos considerados iguales o sustancialmente iguales, salvo que la diferencia se base en alguno de los criterios objetivos que analizaremos más adelante (antigüedad, desempeño, etc.).

Este concepto es más cercano al derecho a la igualdad de trato aplicada a la retribución que al derecho a la no discriminación, lo que debe tenerse en cuenta en el análisis que se realice para verificar su violación. Aquí tenemos una discrepancia

conceptual con la norma que cataloga de discriminatoria la violación de este precepto. Es claro, sin embargo, que para que se configure el incumplimiento a la norma no se requiere de la verificación de un motivo prohibido.

Dicho eso, para determinar si existe una violación a la referida regla debe probarse lo siguiente:

- a) Que el trabajo que realiza una mujer es sustancialmente igual al que realiza un hombre (no es necesario que los puestos de trabajo sean idénticos).
- b) Que al comparar el trabajo de la mujer con el de un hombre se presente una desigualdad salarial.
- c) Que el trabajo sea realizado en el mismo establecimiento.
- d) Que la remuneración de la demandante sea menor que la del miembro del sexo opuesto que realiza un trabajo igual (incluyendo todas las retribuciones que perciba un trabajador).

La Intendencia de Lima Metropolitana (ILM) recogió esta posición en la Resolución de Intendencia 26-2017-SUNAFIL/ILM, al señalar que para establecer si existe una violación al principio-derecho a la igualdad salarial por igual trabajo debe probarse los puntos anteriormente indicados.

En la actualidad se reconoce y aplica la regla de pago igual por trabajo igual de manera consistente en nuestro país.

C. Igual remuneración por trabajo de igual valor

La Teoría del Valor Comparable exige igual remuneración respecto de trabajos distintos, pero de igual valor. Esta teoría surge de la constatación de que hay oficios o trabajos que tienden a ser realizados en mayor proporción por mujeres y que suelen por esta razón tener una valoración social distinta que se refleja en salarios menores.

Se requiere, por lo tanto, de una protección contra la discriminación salarial que puede derivarse de la segregación ocupacional o de la “feminización” de determinadas ocupaciones, protección que no es posible ofrecer desde la regla de pago igual por trabajo igual. En síntesis, el principal objetivo de la Teoría del Valor Comparable es romper el nexo existente entre los salarios bajos y los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres.

La igualdad salarial por trabajo de igual valor o Teoría del Valor Comparable se encuentra recogida en el Convenio 100 de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, así como por la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. La Ley 30709 también recoge este criterio al señalar que esta se encuentra “(...) en concordancia con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como **del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor**” [El énfasis es nuestro].

A diferencia del enfoque de pago igual por trabajo igual, este principio responde específicamente a la discriminación por razones del sexo de la persona (el Convenio 100 deja expresa constancia que son las mujeres las que requieren de esta protección).

En este contexto, conviene preguntarnos, ¿cómo determinamos el valor de trabajos distintos de manera que sean comparables? Si bien los instrumentos existentes hasta la publicación de la Ley y su Reglamento (Convenio 100 y Recomendación 90 de la OIT y Ley 28983 del Perú) no proveían información suficiente para definir el marco y elementos de la Teoría de Valor Comparable, podemos decir, en términos generales, que dicha teoría supone la búsqueda de mecanismos objetivos que eviten los sesgos o prejuicios sexistas en la valoración de los trabajos y permitan superar la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en una determinada organización o empresa.

Como regla general, estos mecanismos objetivos corresponden a evaluaciones de empleos en que se analizan aspectos como las capacidades y cualificaciones requeridas, las demandas físicas y emocionales, las responsabilidades y las condiciones de trabajo (Oelz, Olney y Tomei, 2013, p. 43). Las evaluaciones de empleos son una práctica usual de gestión del trabajo en otras partes del mundo. Existen numerosos procedimientos específicos de valoración de puestos de trabajo. Entre los más comunes están, por ejemplo, la jerarquización y el método de los puntos.

La valoración que se realiza a partir de estas metodologías no corresponde a una medida intrínseca sino a un valor relativo. Es decir, se trata de una calificación que permite hacer comparaciones entre distintos oficios y puestos de trabajo con el fin de detectar y corregir desigualdades salariales que no puedan atribuirse a criterios objetivos.

El Reglamento no establece una metodología obligatoria. Por el contrario, en el literal 2 del artículo 3 señala que el empleador es libre de elegir cualquier metodología de evaluación, siempre que no implique discriminación directa o indirecta por motivo de sexo.

En la misma línea la Guía señala que “[...] las organizaciones pueden utilizar la metodología que se adapte a sus necesidades, siempre que ésta posea una evaluación objetiva de los puestos de trabajo y esté sujeta a criterios de categorización que no se basen en el género los trabajadores”.

En cualquier caso, vale la pena señalar que hay un amplio consenso sobre la conveniencia y utilidad del sistema de los puntos, pues conduce a resultados más precisos y más efectivos para la eliminación de la discriminación salarial de la mujer. Este aspecto ha sido resaltado por la Guía, la cual privilegia el método de los puntos por ser considerado por la OIT como el más objetivo. En dicho método se establecen una serie de factores y se examina para cada uno cuál es el nivel de exigencia del trabajo evaluado. A partir de ahí se define un sistema de puntuación que expresa la importancia concedida a los diferentes factores. La suma de los puntos obtenidos corresponde al valor relativo del puesto de trabajo.

Es importante aclarar que el criterio en que se basan estos métodos no coincide con la noción de valor de la teoría económica. En particular, no se trata de una valoración de mercado basada en las dinámicas de oferta y demanda. Esto ha llevado a que se critique este sistema por generar inflexibilidades salariales y desconocer las realidades del mercado. Sin embargo, la teoría del valor comparable se sustenta precisamente en la consciencia de que existen sesgos, en este caso sexistas, que inciden en la forma en que el mercado valora y retribuye distintos tipos de trabajo. Esto no signifique que no se reconozca también la necesidad de tener en cuenta casos y dinámicas particulares en que surgen diferencias de salarios entre trabajos de igual valor por causas distintas a lógicas discriminatorias. De aquí que, como veremos más adelante, haya sido necesario establecer algunas excepciones aceptables.

III. DEFENSAS Y EXCEPCIONES

En la aplicación de los principios en materia de igualdad salarial las legislaciones y la jurisprudencia, han establecido también algunas excepciones y defensas aceptables que intentan combinar la protección frente a la discriminación con la flexibilidad necesaria para reconocer diferencias legítimas —es decir, no discriminatorias— en los niveles salariales entre un hombre y una mujer con trabajos considerados iguales o de igual valor según el procedimiento de valoración de puestos de trabajo.

El Reglamento enumera esas excepciones en los artículos 6 y 7 pero no las desarrolla. Aquí buscaremos explicarlas con mayor detalle y analizar los

retos que plantea su aplicación a la luz de las experiencias y los aportes conceptuales de otras legislaciones laborales.

Por eso, desde la introducción de las nuevas obligaciones en la materia, el empleador debe estar siempre en capacidad de demostrar que la diferencia de salarios está sustentada en su políticas salarial, debidamente documentada e informada a los trabajadores. Se busca de esta manera evitar que las excepciones se conviertan en maneras de evadir el cumplimiento del mandato de la ley (Pay Equity Task Force, 2004, p. 352).

Vale la pena anotar que la jurisprudencia ya viene teniendo en cuenta este tipo de excepciones para determinar si hubo o no violación al principio de igualdad o de no discriminación. Por ejemplo, la Casación 601-2006 del Santa señaló que no sólo deben considerarse causas objetivas para diferenciar a dos trabajadores, sino que, además, debe tenerse presente un elemento adicional: **las causas subjetivas que pueden presentarse para diferenciar a dos trabajadores (experiencia profesional, nivel académico, entre otros)**. Por su parte, la Corte Suprema en la Casación 752-2010-Arequipa señaló la necesidad de acreditar que los trabajadores utilizados como referentes por el demandante efectuaran **las mismas funciones y en las mismas condiciones (capacitación, fecha de ingreso a laborar, años de experiencia)**. El mismo criterio se ha venido reforzando y consolidando en la jurisprudencia en otros fallos de casación (175-2007 Lambayeque, 1318-2007 Lima, 1277-2007 Lima y 16927-2013-Lima).

El Reglamento permite sin embargo contar con un listado específico de las excepciones permitidas. Bajo el título “Justificación de diferencias salariales”, el artículo 6 establece:

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

A continuación, examinamos estos criterios:

a) El término de comparación

La violación a la igualdad salarial no puede presentarse en abstracto. El trabajador que se considera sujeto de un trato desigual prohibido está

obligado a proponer un término de comparación (*tertium comparationis*) válido; es decir, un término de referencia a partir del cual se determine si el tratamiento jurídico afecta la igualdad o la no discriminación.

De modo que dicho *tertium comparationis* debe ser suficiente y adecuado para, a partir del mismo, constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente (sin mediar razones objetivas que lo legitimen).

Así lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente 05238-2011-PA/TC:

Adicionalmente a ello cabe recordar que la determinación de la existencia de una injerencia injustificada al mandato de no discriminación resulta compleja con relación al análisis que se efectúa frente a la lesión de otros derechos fundamentales, sin embargo, dicha identificación se encuentra sujeta a un análisis de comparación, lo cual comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos, siendo finalidad de dicho análisis identificar la existencia de supuestos iguales sometidos a consecuencias jurídicas distintas, o si se ha dado un trato semejante en situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).

La Corte Suprema lo ha entendido de la misma manera en la ya mencionada Casación 752-2010-Are-quipa, señalando que:

En cuanto a la denuncia que precede, esta Sala Suprema aprecia de la sentencia cuestionada que ha sido expedida conforme al derecho objetivo y procesal vigente, así como los principios generales del derecho, determinando la Sala de mérito que el principio de igualdad de trato en materia laboral, aparece cuando se afecta a al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y lo privativo de la especie) o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos. **Asimismo, (...) tampoco se ha acreditado que dichos trabajadores y el demandante efectúen las mismas funciones y en las mismas condiciones (capacitación, fecha de ingreso a laborar, años de experiencia)**, entre otros que permitan a la Sala Superior establecer la discriminación aludida” [El énfasis es nuestro].

Es por ello que el trabajador que considere que se ha violado su derecho a la igualdad en las remunera-

ciones, deberá acreditar una desigualdad salarial con una persona del sexo opuesto que realizaba un trabajo igual o de igual valor. Cuando ello no ocurra de esa manera, el empleador puede válidamente sostener que no ha satisfecho su deber de proponer un término de comparación adecuado y, conforme a los criterios antes esbozados, debería declararse infundada la demanda o denuncia. En este caso, como se puede apreciar por su propia naturaleza, se trata de una defensa, y no una excepción las reglas de igualdad en el salario.

b) Antigüedad

Si un empleador prevé el pago de las compensaciones sobre la base de la antigüedad, esto es, premia el tiempo de servicio de sus trabajadores, entonces es lógico que un trabajador que cuenta con mayor antigüedad gane más que una trabajadora que realiza un trabajo de igual o de igual valor, pero lleva menos tiempo en la empresa o en un puesto de trabajo determinado.

Supongamos que la remuneración básica de un ensamblador en una fábrica de carros es de S/. 930.00 y esta 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/. 1,930.00, mientras que, a Carla, que ha sido ensambladora por diez años, le correspondería un sueldo de S/. 1,430.00. Esta diferencia en la remuneración puede atribuirse a la política salarial que premia la antigüedad de los trabajadores y constituye una diferencia remunerativa válida. Por el contrario, si existe alguna trabajadora que cuenta también con veinte años de servicios, pero gana menos que Carlos, entonces podría existir 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 ha sido ampliamente aceptada por la doctrina especializada.

Sin embargo, existen argumentos para señalar que el criterio de antigüedad en el cargo puede también contribuir a perpetuar la discriminación en el salario 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 (...) (Eyraud, 1993, p. 246).

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*.

Por otro lado, es necesario hacer aquí una precisión importante, a fin de evitar confusiones. En efecto, hemos encontrado que se está entendiendo la antigüedad o la fecha de ingreso de los trabajadores a la empresa como sinónimos de trayectoria y experiencia, lo cual es absolutamente errado. Son tres conceptos distintos, como explicamos en la siguiente tabla:

Concepto	Definición
Antigüedad	Fecha de ingreso. En ocasiones puede distinguirse entre antigüedad en el puesto de trabajo y antigüedad en la empresa.
Experiencia	Son los conocimientos y habilidades adquiridos durante la vida laboral de un trabajador.
Trayectoria	Es la ruta que se toma en el trabajo mientras se avanza, retrocede, cambia o se mantiene durante los años.

Es evidente que la experiencia y la trayectoria no pueden subsumirse dentro del concepto de antigüedad, que se refiere únicamente al tiempo transcurrido desde que el trabajador ingresó a la empresa o desde que empezó a desempeñarse en un puesto de trabajo. Este error desconoce incluso nuestra legislación y jurisprudencia que listan estos conceptos de manera separada.

Recordemos, por ejemplo, que el Reglamento de la Ley 30709 indica en su artículo 6 que los criterios válidos de diferenciación son **la antigüedad**, **desempeño**, **experiencia laboral**, el perfil académico o educativo; la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado; el costo de vida, el lugar de trabajo, entre otros criterios, siempre que sean objetivos.

En la misma línea, la Corte Suprema estableció mediante la Casación Laboral 16927-2013-Lima, los parámetros objetivos de comparación cuando se demanda una desigualdad de trato, en los cua-

les deben evaluarse, entre otros: (i) **la trayectoria laboral**; (ii) las funciones realizadas; (iii) **la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso**; (iv) la responsabilidad atribuida; y, (v) **la experiencia**; a efectos de contrastar fehacientemente si en el caso acaeció una violación al principio de igualdad.

Estos conceptos se mencionan de manera independiente e incluso en diferentes numerales por la sencilla razón de que son distintos.

c) Desempeño

Un trabajador puede ganar más que una trabajadora si es más productivo. Esto es fácil de medir en la remuneración a destajo; si una empresa paga S/. 1.00 por cada camiseta que se produce, y Héctor cose diez camisetas mientras María cose nueve, Héctor es más productivo y, por lo tanto, recibirá un mayor salario. O, por ejemplo, en una empresa industrial se puede sostener que un operario es más productivo o genera mayor valor a la empresa si sabe manejar un mayor número de máquinas que su supuesto homólogo.

En otras formas de remuneración, la aplicación de esta excepción es un poco más complicada porque depende de que exista una adecuada evaluación de desempeño o un factor demostrable de mayor habilidad o destreza para el desempeño de la función. De lo contrario, la valoración del mérito o desempeño se basará en criterios subjetivos que, si bien no son ilegales, podrían representar una débil defensa ante un tribunal.

Para que sea admisible como justificación de la diferencia de salarios, es importante que la evaluación de desempeño o factor de mayor habilidad sea transparente y que los criterios que determinan la retribución hayan sido razonablemente informados a los trabajadores, de tal forma que estos puedan comprender cómo opera el sistema de evaluación.

En cualquier caso, la valoración del mérito o el desempeño individual del trabajador siempre es susceptible de incorporar un alto componente de subjetividad por parte del empleador. Esto abre la puerta a la aplicación de criterios arbitrarios que pueden influir negativamente en la igualdad salarial. En tal sentido, es esencial que el sistema de mérito o de evaluación del desempeño sea examinado a detalle por el empleador para asegurar su neutralidad e impedir que opere como un vehículo para la discriminación.

Para corroborar la neutralidad de los pagos basados en el desempeño es necesario revisar si estos se aplican de manera consistente tanto a los hom-

bres como a las mujeres. Si no hay sesgos de ningún tipo en la valoración del desempeño, la distribución de los pagos por este factor debería ser equilibrada y no deberían encontrarse correlaciones entre estos y el sexo o el género de los trabajadores.

Aunque contar con criterios de medición de desempeño puede considerarse como parte importante de las políticas de Recursos Humanos de las empresas, su uso como base para el pago de retribuciones está lejos de ser universal y suele estar limitado a ciertos tipos de actividades. Su uso es sobre todo muy limitado en los centros de trabajo en donde existen organizaciones sindicales, pues estas suelen propender por retribuciones fijas. Sin embargo, es posible que cobre mayor importancia hacia el futuro con la generalización de nuevos métodos de trabajo y de relaciones laborales modernas atadas al logro de objetivos individuales o empresariales.

d) Negociación colectiva

La fijación de salarios también puede estar mediada por procesos de negociación colectiva entre los trabajadores y el empleador. En los lugares en donde existen organizaciones sindicales, esto puede generar diferencia entre quienes participan en esas negociaciones y quienes no, es decir, entre empleados sindicalizados y no sindicalizados.

Esta excepción se ha admitido en algunas legislaciones, pero hay debates sobre su conveniencia y sobre su correcta interpretación. Debería quedar claro que no puede derivarse de esta excepción que sea admisible negociar con los sindicatos formas de retribución que impliquen discriminación directa o indirecta. También es importante evitar que los acuerdos con los sindicatos se utilicen para blindar las prácticas discriminatorias del escrutinio de la ley.

Al igual que con las dinámicas de la oferta y la demanda de empleo, las diferencias en el poder de negociación de los trabajadores están inmersas en los fenómenos sociales que inciden en las diferencias salariales entre hombres y mujeres. Por esta razón, hay que ser cautelosos con la aplicación de esta excepción.

e) Escasez de oferta de mano de obra calificada

Cuando existe dificultad para reclutar a un candidato o retener a un empleado que cuenta 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 y como una medida de flexibilidad y de adecuación a la presión del mercado.

Esta excepción es la que responde de manera más directa a las críticas sobre la inflexibilidad de la teoría del valor comparable frente a las realidades del mercado. El Reglamento enfatiza en su numeral 6.2 que para que sea aplicable esta excepción se debe demostrar objetivamente que las calificaciones requeridas por un puesto de trabajo son escasas en el mercado.

Esta aclaración es importante porque cualquier diferencia salarial podría justificarse haciendo referencias a las tendencias del mercado. La excepción aplica cuando efectivamente se puede demostrar que el empleador ha tenido problemas para contratar o retener un trabajador con determinadas habilidades. Al respecto, es ilustrativo el caso de *Anonymous Group of Employees v. Melitta Canada*, en el que los tribunales señalaron 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". (*Pay Equity Task Force*, 2004, p. 362) [traducción propia].

Es decir que, según los tribunales canadienses, no basta con apelar de manera general al mercado sino se deben evidenciar las dificultades particulares que el empleador ha experimentado en el reclutamiento. Estas dificultades además deben ser de carácter temporal.

f) Costo de vida y lugar de trabajo

Estos dos elementos que menciona el Reglamento, se pueden agrupar en una misma excepción que reconoce la necesidad de pagos diferenciados por ubicación en los casos de organizaciones o empresas que cuentan con centros de trabajo en distintos lugares del país.

Una de las justificaciones de esas diferencias es, en efecto, el costo de vida. Por ejemplo, si María trabaja para la empresa X en Tacna y su costo de vida es menor que el de Pedro que también trabaja

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

Las diferencias salariales de acuerdo con la localización también pueden derivarse de condiciones adversas para el trabajo en un determinado lugar, si bien esto podría también recogerse en el método de valoración del puesto de trabajo. Existen, sin embargo, casos específicos de pagos por localización que son más fáciles de abordar desde esta excepción. Esto ocurre por ejemplo cuando el empleador paga específicamente un bono por el mayor tiempo de desplazamiento, el aislamiento del lugar de trabajo o por otro tipo de dificultades que no deben afrontar los trabajadores que trabajan en otras regiones.

g) Perfil académico o educativo y trayectoria profesional

La calificación y la trayectoria profesional son elementos objetivos que tienen suma trascendencia en el mundo laboral. En efecto, se trata de cualidades del trabajador que, en la medida que potencia su perfil y habilidad para desempeñarse en determinada materia, influye decisivamente al momento de decidir su contratación y de fijar los términos de su remuneración.

De allí que el Reglamento y la jurisprudencia hayan establecido que el perfil académico y la trayectoria son criterios que justifican válidamente las diferencias salariales. Así, aunque ocupen puestos de trabajo que se consideren iguales o de igual valor, puede sostenerse válidamente que una persona que cuenta, por ejemplo, con formación de postgrado y una larga experiencia profesional relevante para su desempeño laboral se encuentra capacitado para hacer mayores contribuciones al logro de los objetivos de la empresa que alguien con pregrado y escasa experiencia. A esa persona, por lo tanto, se le pueden exigir labores de mayor complejidad y responsabilidad, lo que se refleja en su nivel de remuneración.

h) Situaciones especiales

Además de las justificaciones excepcionales contempladas en el artículo 6, el artículo 7 del Reglamento reconoce lo siguiente como **situación excepcional**:

El empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o

ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo.

Esto corresponde a lo que en inglés se denomina *red-circling*. Se trata de una práctica de recursos humanos que permite mantener el salario de un empleado en un particular nivel, aunque el valor del trabajo haya decrecido por alguna razón, generalmente por la implementación de una nueva estructura organizacional, salarial, reclasificación, entre otras. Esta es una medida que se aplica de manera temporal. No se reduce el salario al trabajador o los trabajadores afectados negativamente por la reorganización, pero se congela hasta que se equipare con el de los puestos de trabajo considerados de igual valor para la empresa.

El *red-circling* se aplica también a casos individuales derivados, por ejemplo, de incapacidades temporales o permanente o de la disminución del nivel de desempeño del trabajador por circunstancias que no están bajo su control. La siguiente cita da algunos ejemplos de esas circunstancias:

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 de trabajo dentro de la misma empresa. El empleado es reclasificado a un puesto de menor jerarquía, pero mantiene su sueldo habitual. (Baker & Gunderson, 2002; pp. 3-4) [traducción propia].

El *red-circling* crea inconsistencias con las escalas establecidas a partir de la valoración de los puestos de trabajo. La razón para tolerar estas anomalías es la necesidad de proteger al trabajador de efectos en cambios colectivos o individuales en las condiciones de su trabajo que no estén bajo su control, como reorganizaciones, accidentes o incapacidades. Esta medida se origina en ideas de compasión y trato justo a los trabajadores afectados negativamente por este tipo de situaciones. Para mitigar la dureza de estos cambios, el salario de un empleado

es congelado artificialmente en un nivel superior hasta que se equipare con el valor apropiado con relación al valor de los otros trabajos en la empresa u organización.

El *red-circling* corresponde a casos particulares, tiene un carácter temporal y no se asocia a tendencias que generen discriminación en contra de las mujeres. Por lo tanto, consideramos que es plenamente justificado y válido como una excepción.

IV. COMENTARIOS FINALES

Como hemos podido apreciar, las excepciones permitidas para el pago desigual de dos trabajos iguales o de igual valor 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 y con otras prácticas del mundo moderno del trabajo.

Sin embargo, deben ser adecuadamente interpretadas, esto es, de forma neutral, sin discriminación. Para estos efectos, el empleador debe incluirlas en su política salarial, a fin de que sean empleadas de manera coherente y consistente en la organización.

En el Perú, la búsqueda de la igualdad salarial entre hombres y mujeres, está transitando de la enunciación general de un propósito a la implementación real de un marco normativo y una serie de medidas concretas, para impulsar la aplicación en las organizaciones de prácticas y políticas que contribuyan al cierre efectivo de la brecha salarial basados en el sexo de los trabajadores.

Sin embargo, existen aún vacíos en la comprensión de los conceptos en que se basa el diseño de estas medidas y en la definición de criterios fundamentales para su adecuada aplicación. En este artículo nos hemos centrado en el examen de las excepciones y defensas contempladas en la Ley, intentando resumir el debate en torno al alcance de cada una de ellas. Esta revisión deja en evidencia que nuestra normativa no ha delimitado con claridad los criterios de su interpretación y aplicación, lo que puede generar problemas al momento de resolver casos reales. Esta falta de claridad impacta, además, la efectividad de esta normativa para alcanzar sus objetivos.

Esperemos que las decisiones de los operadores jurídicos frente a casos concretos permitan un desarrollo coherente, adecuado y razonable de las defensas y excepciones recogidas en nuestra legislación. De este modo, brinden mayores luces sobre su interpretación y aplicación. 📖

REFERENCIAS

Balta Varillas, J. (1995). ¿Qué es Discriminación en el Empleo? En: *Revista Jurídica del Perú XL(1)*. Lima: Editorial Normas Legales.

Baker, M. y M. Gunderson (2002). Allowable exceptions and Pay equity (informe inédito solicitado por el Pay Equity Task Force). En: Pay Equity Task Force. *Pay Equity Task Force Final Report*. Ottawa-Ontario: Justice Canada.

Eyraud, F. (1993). Igualdad de Remuneración y Valor del Trabajo en los Países Industrializados. En: *Revista Internacional del Trabajo 112 (2)*.

Departamento de Justicia de Canadá (2004). *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right*. Ottawa-Ontario: Canada Justice.

Oelz, M.; Olney, S.; y M. Tomei (2013). *Igualdad salarial: Guía introductoria*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Casación Laboral 752-2010-Arequipa expedida por la Corte Suprema de Arequipa.

Casación Laboral 601-2006 expedida por la Corte Suprema del Santa.

Casación Laboral 16927-2013-Lima expedida por la Corte Suprema de Lima.

Resolución de Intendencia 26-2017-SUNAFIL/ILM expedida por la Intendencia de Lima Metropolitana de la SUNAFIL.

Tribunal Constitucional sentencias recaída en el Expediente 05238-2011-PA/TC