FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

Autor:
Bach. López Castrejón Claudia Verónica

Asesor:
Abg. Uchofen Urbina Angela Katherine

Línea de Investigación:

Derecho Laboral

Pimentel – Perú

2017

AUTORÍA

Nombre del Autor: Claudia Verónica López Castrejón

Filiación institucional: Universidad Señor de Sipán

RESUMEN

En la tesis intitulada **“LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO”** se han desarrollado los criterios que debe tomar en cuenta el empleador para hacer una diferencia en el pago de las remuneraciones de sus trabajadores; ello con la finalidad de prevenir un abuso del derecho y vulneración de principio de igualdad y no discriminación laboral; estableciéndose una propuesta de fiscalización previa de posible aplicación.

Que, primero hemos desarrollado el marco metodológico comprendiendo el problema evidenciado, los objetivos y la justificación de la investigación, posteriormente se consignan los antecedentes históricos y antecedentes de investigación que se han recopilado sobre el tema planteado.

En el tercer capítulo se desarrolló el marco teórico el que se encuentra dividido en tres partes: El contrato de trabajo (dando incidencia en el contenido y elementos de la remuneración), Los Principios que regulan el ejercicio de Facultades del empleador (señalando además los criterios para la determinación de remuneraciones) y Análisis de normas y jurisprudencia sobre el proceso de homologación de remuneraciones. Posteriormente en el cuarto capítulo planteo los materiales y métodos que comprenden la hipótesis, tipo de investigación, variables, población y muestra en la que se basó el recojo de información. En el capítulo quinto se analizan los resultados después de la aplicación de los instrumentos que se utilizados para la recolección de la información útil para comprobar la hipótesis planteada. En el sexto capítulo se desarrolla la discusión con la finalidad de contrastar los resultados de la investigación con los resultados de las investigaciones citadas en los antecedentes. Finalmente se plantean las conclusiones y las recomendaciones acompañadas de la propuesta práctica de la “**Creación e implementación de un proceso de fiscalización previa para determinar la procedencia de diferencias remunerativas objetivas entre**

trabajadores análogos en las empresas privadas de Chiclayo”; la misma que esperamos pueda ser desarrollada en una próxima investigación con la finalidad de determinar su efectividad. Al final de este trabajo se puede ubicar las referencias bibliográficas y los anexos empleados.

Palabras clave: Remuneración, criterios de determinación, remuneración diferenciada, igualdad remunerativa, criterios objetivos, criterios subjetivos, contrato de trabajo, igualdad, no discriminación, homologación, nivelación.

ABSTRACT

In the thesis entitled **"THE EMPLOYER'S DISCRETION IN THE DETERMINATION OF REMUNERATION IN THE PRIVATE COMPANY OF CHICLAYO"** have developed the criteria that the employer must take into account to make a difference in the payment of the salaries of their workers; this with the purpose of preventing an abuse of the right and violation of the principle of equality and non-discrimination at work; establishing a proposal for prior inspection of possible application.

That, first we have developed the methodological framework comprising the evidenced problem, the objectives and the justification of the investigation, later the historical antecedents and investigation antecedents that have been compiled on the raised subject are consigned.

In the third chapter the theoretical framework was developed which is divided into three parts: The work contract (giving effect on the content and elements of remuneration), The Principles that regulate the exercise of the powers of the employer (also pointing out the criteria for the determination of remunerations) and Analysis of norms and jurisprudence on the remuneration homologation process. Later in the fourth chapter, I propose the materials and methods that comprise the hypothesis, type of research, variables, population and sample on which the information gathering was based. In the fifth chapter, the results are analyzed after the application of the instruments used to collect the information useful to verify the hypothesis. In the sixth chapter the discussion is developed with the purpose of contrasting the results of the investigation with the results of the investigations cited in the background. Finally, the conclusions and recommendations accompanied by the practical proposal of the **"Creation and implementation of a prior inspection process to determine the origin of objective remunerative differences between similar workers in the private companies of Chiclayo"** are presented; the same that we hope can be developed in a future investigation in order to determine its

effectiveness. At the end of this work you can locate the bibliographical references and the annexes used.

Key words: Remuneration, determination criteria, differentiated remuneration, remunerative equality, objective criteria, subjective criteria, employment contract, equality, non-discrimination, homologation, leveling.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral está compuesto por un conjunto de normas que sistematizan las relaciones laborales y se ha consolidado bajo el principio de protección, desempeñándose como herramienta reguladora de las desigualdades naturales que se presentan entre las partes que conforman el vínculo laboral; dado que históricamente el poder económico que posee el empleador lo sitúa como la parte dominante en la relación, la cual es equilibrada de forma eficiente por las normas del derecho del trabajo.

Que, las características protectoras de la norma no han obstruido la consolidación de derechos, libertades o facultades que posee el empleador para dirigir, controlar, contratar y estipular condiciones de trabajo, tales como determinar la remuneración que se abonará a los empleados por el cumplimiento de su labor, no obstante debiendo respetar el principio de igualdad y no discriminación consagrado en nuestra Constitución Política.

Que, dentro de las facultades que posee el empleador se encuentra la posibilidad de establecer diferencias remunerativas entre sus trabajadores, las cuales deben ser sustentadas en base a criterios objetivos y subjetivos; beneficio que en muchas ocasiones se desnaturaliza debido al mal uso y abuso de esta discrecionalidad; aprovechando para establecer privilegios desmedidos a trabajadores no merecedores o calificados para ser beneficiados con la diferencia remunerativa positiva; lo cual evidentemente genera una colisión de intereses y es el origen de nuestro problema de investigación.

Dicha situación está vulnerando derechos fundamentales del trabajador, quien en el afán de asegurar su respeto se ve en la necesidad de acudir al establecimiento de un Proceso de Homologación de remuneraciones, que en suma para ver reconocido su derecho toma un largo camino.

En tal sentido dicha situación nos lleva a hacernos la siguiente pregunta de investigación:

¿La discrecionalidad del empleador para la determinación de remuneraciones en la empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador?.

Para dar respuesta a dicha interrogante recurriremos al análisis jurídico de la realidad a través de normas, casos y sentencias sobre Homologación de Remuneraciones, a fin de conocer el tratamiento que este tema está teniendo en los últimos años, conocer el esquema del proceso, los medios probatorios que forman parte del acervo documental, la posición del empleador defendiendo su libertad contractual y la posición del trabajador en defensa de sus derechos laborales, así como los criterios que respaldan nuestros jueces.

Que, la presente investigación se realiza con la finalidad de establecer criterios para asegurar el ejercicio idóneo de la discrecionalidad del empleador en la determinación de remuneraciones, sin colisionar con los derechos de la otra parte; y para ello reglamentar la existencia de un proceso de fiscalización previa para la diferenciación de remuneraciones.

La presente investigación pretende además de resguardar los derechos del trabajador, educar al empleador en el ejercicio legal de sus facultades o liberalidades, evitando que se sustenten en acciones arbitrarias que devengan en la realización de procesos legales que sigan sobrecargando nuestros tribunales laborales y vayan en desmedro de su economía empresarial.

Dentro de nuestro Marco Teórico nos centraremos en un análisis documental, que tendrá como ejes al contrato de trabajo y su elemento remunerativo, los componentes de la remuneración y sus criterios de determinación, el estudio de los principios de igualdad y no discriminación laboral, así como el estudio de casos resueltos por el Tribunal Constitucional y Corte Suprema; los cuales nos servirán como sustento para plantear una propuesta de proceso de fiscalización y monitoreo para el establecimiento de remuneraciones diferenciadas.

Que, nuestra investigación es de tipo descriptivo-explicativo con diseño no experimental, por cuanto se recopila información ya existente en la doctrina y jurisprudencia que nos permita describir de forma completa el problema identificado; asimismo planteamos y esclarecemos sus relaciones causales y consecuencias. Se busca no solo el qué sino el porqué de las cosas, mediante la formulación de una hipótesis valedera que será sometida a comprobación. El diseño es no experimental pues las variables son observadas en su contexto natural.

Culminamos la investigación con la presentación de una propuesta final elaborada en base a los datos obtenidos; la misma que puede ser objeto de medición en un estudio aplicativo posterior.

INDICE

RESUMEN _____3
ABSTRACT_____5
I.INTRODUCCIÓN_____7
DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA _____11
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA_____13
JUSTIFICACIÓN _____13
HIPÓTESIS _____14
OBJETIVOS_____15
II.MARCO REFERENCIAL _____17
ANTECEDENTES_____17
TEORÍAS_____30
BASES TEÓRICO CONCEPTUALES_____34
SUB CAPÍTULO I: EL CONTRATO DE TRABAJO_____34
SUB CAPÍTULO II: PRINCIPIOS REGULADORES_____60
SUB CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA_____63
MATERIALES Y MÉTODOS_____74
VARIABLES_____75
POBLACIÓN Y MUESTRA_____76
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS_____79
RESULTADOS_____81
DISCUSIÓN_____109
CONCLUSIONES_____112
RECOMENDACIONES – PROPUESTA_____114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS_____119
ANEXOS_____122

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad problemática

Dentro de las facultades o libertades que posee el empleador para contratar, posee además la facultad de determinar la remuneración de los empleados que brindan servicios en su empresa, sin embargo dicha libertad no es absoluta, pues posee límites fijados por el mismo Derecho Laboral, el cual surge como medio protector que pretende equilibrar las relaciones laborales entre trabajador y empleador, dado que el poder económico que posee este último lo sitúa como la parte dominante de esta relación.

Que, a fin de respetar el principio de igualdad y no discriminación, se entiende que a igual trabajo igual remuneración, sin embargo dicha aseveración no es cumplida a cabalidad en la realidad peruana.

Existen casos en que la diferencia remunerativa puede estar sustentada en base a criterios objetivos o subjetivos (funciones, nivel, formación profesional, tiempo de servicios, aptitudes, desempeño, entre otros), siendo una diferencia que no necesariamente vulnera el principio de igualdad y justicia, que es dar a cada quien lo que le corresponde; sin embargo existen también casos (la mayoría a nuestro parecer) en los cuales tomando como base esta libertad se establecen privilegios desmedidos para algunos trabajadores que no necesariamente son merecedores de esta diferencia remunerativa.

El derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias, en tal sentido lo que se prohíbe al empleador es la arbitrariedad, y no así la diferencia razonable; sin embargo, consideramos que la utilización de criterios subjetivos se ha desnaturalizado y han sido tomados por el empleador como medios de justificación y respaldo de acciones desmedidas en el establecimiento de remuneraciones, que se justifican en su libertad contractual.

Que, dicha situación sin duda alguna está vulnerando derechos fundamentales del trabajador, quien en el afán de asegurar su respeto se ve en la necesidad de acudir al establecimiento de un Proceso de Homologación de remuneraciones, que en suma para ver reconocido su derecho toma un largo camino, en el cual no solo se limita a exponer su demanda, a fundamentarla y obtener medios probatorios, sino a contraponer lo expresado por su empleador, causando de manera lógica una incomodidad con su entorno laboral, más aun si hablamos de un trabajador en actividad. Asimismo en un proceso de homologación de remuneraciones dentro de los fundamentos de la demanda, el trabajador no solo expone la desigualdad en el trato, sino que se ve obligado a establecer el objetivo de homologación, llámese el trabajador con el cual considera que debe ser homologado, debiendo obtener data de difícil alcance, tales como boletas de pago del sujeto de referencia, datos de tiempo de servicios, información académica etc; lo cual en suma hace mucho más difícil el desarrollo del proceso que garantice el reconocimiento de un derecho existente.

Consideramos que debería existir una escala salarial establecida tanto en el sector público como privado o en todo caso por empresa (en el caso privado) previamente evaluada y autorizada, con criterios objetivos válidos para situaciones o labores comunes; considerando que si el empleador deseara recurrir a una diferencia razonable esta tenga que ser sustentada ante la entidad administrativa del trabajo quien previa evaluación determine si dicha solicitud vulnera o no el principio de igualdad y determine su procedencia. Con dicho procedimiento estaríamos evitando la necesidad de recurrir a un Proceso Judicial para homologación de remuneraciones, reduciendo en gran medida la carga procesal en la que se ven inmersos nuestros Juzgados Laborales a la fecha.

Establecer un proceso de evaluación previa ante la aplicación de la libertad remunerativa no es como muchos considerarían una limitación de la libertad contractual del empleador que emana del Derecho Civil (por cuanto la misma no se estaría restringiendo o limitando sino reglamentando y fiscalizando); es más bien una forma de resguardo del derecho laboral y sus principios; por cuanto no estamos

restringiendo el ejercicio de dicha libertad, solo buscamos garantizar que en su aplicación las diferencias sean sustentadas de forma razonable; objetivo con el cual se gestó el uso de esta libertad, cuya desnaturalización y ejercicio arbitrario nos ha llevado hasta este punto.

1.2 Formulación del problema

¿La discrecionalidad del empleador para la determinación de remuneraciones en la empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador?

1.3 Justificación e importancia del estudio

El vínculo laboral es la base sobre la cual se constituye el derecho del trabajo; el mismo que está tipificado por tres elementos básicos, el trabajo personal, la subordinación y la remuneración; motivo por el cual toda investigación dirigida a optimizar la regulación de uno de estos tres elementos se reviste de importancia para el Derecho Laboral en sí mismo, así como para la sociedad en general.

La realización de la presente investigación es conveniente para todos los trabajadores, por cuanto se establecerán criterios objetivos y subjetivos válidos para la aplicación de la diferencia remunerativa; en resguardo de sus derechos laborales. Además consideramos que es conveniente para el empleador pues pretende educar en cuanto al uso de sus facultades contractuales, evitando que estas sean sustentadas en acciones arbitrarias que finalmente desencadenen procesos judiciales que perjudiquen no solo la economía de la empresa sino su imagen ante la sociedad.

Como uno de los beneficios planteados, consideramos además que de establecerse criterios válidos para la aplicación de esta facultad contractual, así como

proponiéndose un proceso de fiscalización o evaluación previa para el uso de una diferenciación justificada, estaríamos evitando la interposición de procesos judiciales por homologación de remuneraciones, reduciendo en gran proporción la sobrecarga procesal con la que actualmente cuentan nuestros juzgados laborales.

Asimismo la realización de este trabajo se sustenta en uno de los fines de la Universidad Señor de Sipán, como es el desarrollo de Investigación Científica y extensión universitaria en beneficio de la nación.

1.4. Hipótesis general

El mal uso y abuso de la libertad contractual y discrecionalidad del empleador en el establecimiento de diferencias remunerativas dentro de una empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador, por cuanto el empleador no sustenta sus decisiones en criterios objetivos y subjetivos pertinentes, y en su mayoría de veces obedece a privilegios y/o desigualdades arbitrarias; debiendo establecerse un proceso de fiscalización previa donde dichas decisiones sean fundamentadas y evaluadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo para determinar su procedencia considerando la no lesión del principio de igualdad.

"Si se establece un procedimiento de fiscalización previa para acceder a diferencias remunerativas, entonces se favorecerá la disminución de procesos judiciales por homologación de remuneraciones y se asegurará el respeto pleno al derecho de igualdad y no discriminación laboral".

1.4.1. Sub hipótesis

a) Algunos empleadores consideran que sus decisiones deben sustentarse únicamente en su poder de decisión, más no conocen ni observan la existencia de criterios sustentatorios válidos que fundamenten las diferencias remunerativas dentro de su empresa.

b) El establecimiento de diferencias remunerativas no sustentadas, condiciona al clima laboral dentro de la empresa y fomenta la desigualdad y discriminación laboral; asimismo genera a la empresa procesos judiciales por homologación.

c) La reglamentación de un proceso previo de fiscalización y monitoreo para el establecimiento de remuneraciones fuera de una escala básica, favorecería en el respeto del principio de igualdad y no discriminación, asimismo reduciría el número de procesos laborales por homologación de remuneraciones y mejoraría el clima laboral en la empresa.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general:

Determinar si la discrecionalidad que posee el empleador para la determinación de remuneraciones en la empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador.

1.5.2. Objetivos específicos:

a) Conocer el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.

b) Conocer los criterios objetivos y subjetivos que sustentan la diferencia razonable en la determinación de remuneraciones.

c) Analizar la aplicación de la diferencia remunerativa y sus medios de justificación tanto en el sector público como privado.

d) Establecer una ponderación entre la libertad contractual del empleador y el principio de igualdad remunerativa.

e) Conocer el proceso judicial de homologación de remuneraciones, así como determinar los criterios del Tribunal Constitucional y Corte Suprema sobre el tema.

f) Establecer los lineamientos para la determinación de una escala remunerativa según sector y/o empresa.

g) Proponer un procedimiento de fiscalización y monitoreo para el ejercicio de la libertad de determinación remunerativa que posee el empleador.

II. MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes

2.1.1. Antecedentes históricos

El reparto del trabajo ha sido una constante en la organización colectiva de los seres humanos. Ya en las sociedades más primitivas, unos cazaban y otros recolectaban, unos buscaban agua, otros, refugio. Poco a poco, el reparto se fue sofisticando y empezaron a surgir las primeras profesiones. Y con ellas, las primeras desigualdades. Incluso antes de que nacieran las ciudades, las jerarquías se habían consolidado y unos trabajaban para otros, a menudo considerados como simple fuerza de trabajo y no como personas. Ya entonces, surgió una conciencia de los abusos laborales y, por ejemplo, en el antiguo Egipto se han encontrado indicios de la primera huelga de la historia, en la que los trabajadores se negaron a seguir construyendo la tumba de Ramsés III. Villadiego. (2012, p. 1)

La información más remota del origen de la remuneración de la cual existe evidencia conduce a la historia de los salarios de los trabajadores agrícolas en el poblado de Eschuna, Mesopotamia, a principios del segundo milenio A.C. y que según las narraciones, se pagaban de la siguiente manera: Asignaban una unidad de trigo como forma de pago por jornal, entendiéndose este último como la paga o salario que ganaba un trabajador por cada día de labor. La cantidad de alimentos asignada era entregada ya sea en forma de ración diaria, o bien, como provisión al principio del periodo de trabajo, tiempo en el cual el trabajador debía preocuparse de conservarla. A la cantidad de alimentos antes mencionada se le

llamaba SILA y era equivalente a un poco menos de un litro de cebada tostada con un poco de aceite y una especie de jarabe. Orteaga. (2012, p. 1)

En la edad Antigua asignaban una unidad de trigo por pago de jornada laboral. La cantidad de alimento asignada era entregada de forma diaria o como provisión al inicio de la jornada, a la cantidad mencionada se le llamaba sila. Las leyes en esa época fijaban 20 silas diarias el salario de un segador, 1 sila a los esclavos, 2 silas a los trabajadores libres. Estrada, L. (2012)

En Egipto la falta de pago de salarios dio lugar a la primera gran huelga de la historia. Transcurría el año 1165 a.C., en el que Egipto estaba gobernado por el faraón Ramsés III, de la XX Dinastía, nieto de Ramsés el Grande. Los obreros que construían los famosos monumentos funerarios percibían un salario diario de 10 hogazas de pan y una medida de cerveza. Un artesano de mayor categoría podía llegar a las 500 hogazas de pan (imaginemos lo que recibía, entonces de cerveza). Según se lee en el llamado Papiro de la Huelga del reinado de Ramsés III (conservado hoy en Turín, Italia) y de varios ostros encontrados en Deir el-Medina, la huelga comenzó el día 10 del mes de Peret en el año 29 de Ramsés III debido al retraso de una paga “distraída” por el gobernador de “Tebas Oeste”. Se evidencia un conflicto en crecimiento, que pasa de las quejas iniciales a los reclamos más vehementes por la retención de recursos. Neil, W. (2013).

2.1.2. Antecedentes de Investigación

2.1.2.1. A nivel Nacional

Perú

Rivera, A. (2007). En su investigación titulada: "Regulación de las remuneraciones en el régimen común del sector privado en la legislación peruana". Tesis sustentada en la Escuela de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; concluye señalando lo siguiente:

1. Dada la condición del trabajador frente al empresario el principio de igualdad ante la ley, pierde en la práctica su eficacia, ya que por su situación económica del primero está siempre en desventaja ante el empleador. El trabajador que tiene la necesidad del sustento diario para sí y los suyos no se ha encontrado con la debida libertad y fuerza para exigir una remuneración justa. De aquí que el empleador haya impuesto las condiciones de trabajo. Es ante esta realidad que el Estado ha debido intervenir en la regulación del capital de trabajo impidiendo el abuso y la prepotencia del empleador.

2. La remuneración, es un elemento importante y/o esencial en la política y las relaciones entre trabajadores, empleadores y el gobierno. Todos ellos pueden estar interesados en aumentar la cantidad total de bienes y servicios producidos, que son fuente de salarios, beneficios e ingresos estatales, pero muchas veces surgen conflictos sobre la distribución no equitativa del fruto de esos bienes y servicios. No obstante los conflictos sólo podrán ser evitados si las pretensiones de todos los interesados son justas y razonables, si son hábiles negociadores y si están dispuestos a hacer concesiones mutuamente.

3. El mejor procedimiento para aumentar los salarios en todos los países, es aumentando la productividad nacional que resultarían más convenientes y

ventajosas que estar en conflictos permanentes entre el empleador y el trabajador. Para lograr una tasa de aumento uniforme en la productividad es preciso que el gobierno realice una buena planificación económica, que se mejoren equipos y métodos de producción y que los trabajadores adquieran una mayor formación profesional.

4. Debemos propender y éste debe ser el criterio general entre nuestros países "darle al trabajador un sentido con la vida". El criterio debe ser completamente opuesto al sentido consistente en la búsqueda del placer y del dinero porque en ese caso el deber de trabajar no tendría ningún sentido moral.

5. Existen instrumentos y mecanismos desde el espacio internacional de los derechos humanos que permiten que las ONG´s incidan en la mejoría de estos derechos salariales en el país y en el avance del desarrollo social. A pesar de sus limitaciones estos recursos pueden y deben utilizarse para mejorar los niveles de bienestar de la población y para perfeccionar el derecho internacional de los derechos humanos laborales y su eficacia real.

ANÁLISIS:

La investigación previamente citada, si bien no analiza de forma directa el problema estudiado en la presente investigación; si aporta mucho en su contenido esencial, pues nos sitúa en el desarrollo del derecho a la remuneración y las normas regulatorias vigentes en nuestro país.

Asimismo consideramos sumamente importante lo descrito en la primera conclusión; por cuanto el investigador describe que la desigualdad natural existente entre el empleador y trabajador no permite la eficacia del principio de igualdad; considerando que el trabajador siempre se va a encontrar en desventaja ante el poder de decisión y dirección del empleador. El empleador es libre para determinar el monto de la remuneración; y si bien lo ideal es que esta se determine aplicando

el principio de igualdad y no discriminación con proporcionalidad a la labor realizada; muchas veces y como hemos observado en nuestra realidad, esto no se cumple. El empleador escudado en su discrecionalidad y libertad contractual, establece brechas remunerativas entre empleados que aparentemente realizan la misma labor, sin embargo dada la urgencia laboral generalmente el empleado no favorecido se ve en la necesidad de aceptar dicho trabajo; en la mayoría de ocasiones desconociendo el principio vulnerado y los medios para efectivizar su derecho. En tal sentido considerando lo descrito por el autor de la investigación citada, concordamos en que la desigualdad natural entre las partes de la relación laboral es el máximo limitante para el ejercicio óptimo del principio de igualdad. Dada dicha situación tal como conocemos, el derecho laboral surge para regular dichas desigualdades, resguardando al trabajador bajo su principio protector; ello lo faculta a actuar ante actos arbitrarios, pudiendo ejecutar propuestas como la que se pretende plantear al finalizar esta investigación; sin necesidad de atentar contra la libertad contractual del empleador o limitando su poder de decisión.

2.1.2.2. A nivel Internacional

Bogotá

Sandoval, C. (2009). En su investigación titulada: "Propuesta de una estructura de sueldos y salarios para la empresa FINAMÉRICA S.S.". Tesis sustentada en la Universidad de La Salle, Facultad de Ciencias Administrativas y Contables, para optar el Título Profesional de Administrador de Empresas; llegó a las siguientes conclusiones:

1. Al realizar el análisis ocupacional se destaca que en FINAMERICA S.A no se había realizado ningún tipo de análisis de salarios en busca de tener equidad a la hora de asignar la remuneración a los puestos.

2. El sistema de asignación actual de salarios se da de manera arbitraria a consideración de los directivos encargados y por tal razón existen muchas diferencias, donde se halló que para un mismo cargo pueden existir cinco salarios distintos.

3. Se aplica una encuesta a los empleados ubicados en los distintos puestos de trabajo y se logra establecer que existen diferencias entre los requerimientos de determinados puestos de trabajo y las capacidades de los empleados respecto a estos. Por ejemplo en cargos donde se requiere un perfil técnico, es posible encontrar profesionales o viceversa. También se destaca que no existe una política de salarios definida y estudiada dentro de la empresa.

ANÁLISIS:

Si bien la presente investigación no se constituye como antecedente directo; sin embargo nos ilustra referente a la política de determinación salarial, la misma que consideramos debería ser unificada por sector o tipo de empresa, o en todo caso de forma interna por cada empresa, a fin de determinar los perfiles de cada tipo de puesto, asignando una remuneración proporcional a su labor, la misma que se establecería como monto base; si el empleador decidiera dejar de lado la escala vigente y elevar la remuneración debería sustentarlo con criterios subjetivos y objetivos, a fin de no lesionar el principio de igualdad laboral. La empresa que analizan en la investigación, a pesar de ser de un país ajeno al nuestro, tiene el perfil de la mayoría de empresas en nuestro país; por cuanto no cuenta con ningún estudio para el establecimiento de salarios base; pero lo más preocupante y lo que queremos reglamentar con la presente investigación, es lo descrito en la conclusión 2 "*El sistema de asignación actual de salarios se da de manera arbitraria a consideración de los directivos encargados y por tal razón existen muchas diferencias, donde se halló que* ***para un mismo cargo pueden existir cinco salarios distintos***" Cifras que sin duda reflejan nuestra realidad generalizada. Por tal motivo hemos analizado el trabajo citado como antecedente indirecto que suma ideas y contenido a nuestra propuesta.

Chile

De la Maza, V. (2016). En su investigación titulada: "Determinantes de los salarios de los profesores de educación superior: Estudio comparado del Caso Chileno". Tesis sustentada en la Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, para optar el Grado Académico de Maestro en Políticas Públicas; llegó a las siguientes conclusiones:

1. Si bien existe amplia evidencia empírica fuera de las fronteras chilenas al respecto, poco es lo que se ha estudiado a nivel nacional sobre criterios determinantes de los salarios de los profesores. Es así que desde el Senado Universitario de la Universidad de Chile, diversas han sido las interrogantes sobre este tema discutidas en sus sesiones: ¿Por qué existen diferencias salarias tan notorias entre facultades? ¿Por qué existen diferencias salarias considerables dentro de una facultad? ¿Por qué un profesor de menor ranking académico puede ganar más que otro más senior? ¿Son estas diferencias justificadas?

2. El trabajo estudió en profundidad los determinantes de los salarios de los profesores de educación superior tanto en Chile como en el mundo, motivado principalmente por la discusión sobre diferencias salariales en el Senado Universitario de la Universidad de Chile. De manera general, encontramos muchos patrones comunes tanto en la literatura como en los resultados de las estimaciones realizadas. Es claro que las universidades de investigación pagan salarios más elevados que universidades menos intensivas en este ítem, estimando un promedio de 20%. Más claro aún es el resultado de del ranking del profesor, teniendo que en promedio los profesores titulares ganan alrededor de un 40% más que un profesor asistente.

3. Otras variables estándar que influyen en los salarios de los docentes de educación superior la facultad en la que este enseña, siempre favorable a los campos científicos, el derecho y los negocios. Las diferencias entre campos de estudio pueden superar el 50% en el salario de un profesor. Este último argumento confirma de manera robusta la teoría de los mercados permeables y la inexistencia de un equilibrio salarial único para el mercado laboral de los profesores. Incluso dentro de una misma facultad puede no existir un equilibrio, al haber 2 o más carreras dentro de ellas. Los resultados encontrado pueden ser utilizados como evidencia empírica para las discusiones sobre diferencias salariales en el Senado Universitario: tanto la evidencia internacional como el caso aplicado a la Universidad confirman que la existencia de estas diferencias no es un caso aislado, es más, sería raro que no existiesen al ser el costo de oportunidad entre los profesores de las distintas facultades muy diferentes.

4. El resultado más llamativo del trabajo es el carente valor otorgado en la Universidad de Chile al nivel académico del profesor. De la revisión bibliográfica se concluye de manera categórica que el grado académico del docente siempre se considera como un fuerte determinante del salario. Los resultados de la Universidad de Chile dicen lo contrario; considerando la base completa, significaría un premio del 10%, y restringiendo la base a los profesores que realizan labores más intensivas en la universidad - 22 horas semanales en adelante -, la variable pierde significancia. No tendría un valor especial poseer el grado de doctor en una Universidad enfocada en la investigación, como lo es la Universidad de Chile.

5. Se podría postular que las políticas de remuneraciones no están acorde al mercado laboral actual, donde carece de fundamento no premiar el nivel académico de un profesor de educación superior, sobre todo en una Universidad líder en investigación. Ehrenberger (2004) ya resaltó este punto, destacando que las Universidades Estatales han tendido a disminuir los

salarios con respecto a las Universidades privadas, provocando una merma en la calidad de sus docentes a causa de la fuga de talentos. Esto podría perfectamente ser aplicado al caso de la Universidad de Chile. Constantemente profesores de la Universidad son atraídos por sueldos más elevados desde universidades privadas, que pueden asignar libremente aranceles, generalmente muy superiores al de las entidades públicas.

6. Una política de salarios no ajustada a la realidad laboral actual podría en el largo plazo, traducirse en una baja en la calidad de enseñanza de la Universidad. Recogiendo también los postulados de Langdon y Pfeffer (1995), para un mercado tan permeable como el de los profesores, exige a las Universidades tener en constante observación las evoluciones. Lógicamente, es sano que los salarios también estén indexados a alguna medida de productividad, no basta sólo con tener un Ph.D para ser un buen profesor. Se asume que a este nivel de discusión existe un nivel de productividad media aceptable para los profesores de educación superior que cuentan con doctorado.

ANÁLISIS:

Este antecedente si bien no estudia directamente el problema planteado por nuestra investigación, y se centra en un sector específico y determinado; ofrece mucho contenido y orientación a nuestro trabajo, pues nos permite conocer cuáles son los criterios determinantes para establecer los salarios de los profesores, tomando en cuenta la existencia de criterios objetivos y subjetivos que deben ser sustentados para el establecimiento de un monto a pagar. En el caso puntual de los docentes universitarios, tal como la titular de la investigación indica, los criterios que deberían ser aplicados de forma racional, muchas veces son aplicados de forma diferente según el tipo de universidad; lo cual nos lleva a plantearnos la posibilidad de la

aplicación o uso diversificado de los criterios, lo cual si no es bien regulado puede recaer en arbitrariedades nuevamente.

Si bien nosotros no nos dirigimos a un sector profesional en específico, la información recopilada en el antecedente es de mucha ayuda en el análisis de casos posteriores y del establecimiento de nuevas propuestas.

Olmedo, C. y Silva, C. (2013). En su investigación titulada: "La diferencia remuneracional entre hombres y mujeres: Tratamiento en la legislación nacional y normativa". Tesis sustentada en la Universidad de Chile, para optar el Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Profesor Guía; llegó a las siguientes conclusiones:

1. Durante las últimas décadas, el aumento de la participación laboral femenina dejó al descubierto una lamentable realidad internacional, constituida por la enorme desigualdad de oportunidades laborales y de remuneraciones que sufren las mujeres sólo por su condición de tal. Las discriminaciones de género se manifiestan en el mercado laboral, principalmente, a través de la baja tasa de participación femenina, por la enorme desigualdad salarial entre hombres y mujeres, por la segregación laboral tanto en el espacio de reproducción como producción, la falta de representación femenina en los cargos de dirección y la falta de corresponsabilidad familiar.

2. Debido a ello la comunidad internacional, consciente de esta desigualdad, ha dictado diversas normativas con el objetivo de aminorar y, en un futuro, terminar con la discriminación de género, específicamente con las desigualdades que enfrentan las mujeres para acceder al mercado laboral y mantenerse en el bajo condiciones equitativas. Por todos estos factores es que la Organización Internacional de Trabajo ha dictado numerosos convenios con el objetivo de contribuir a superar las situaciones discriminatorias que viven las mujeres en su inserción y permanencia en el

mundo del trabajo asalariado. La OIT ha promulgado el Convenio Nº 100 que postula la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, el Convenio Nº 111 que combate la discriminación en el empleo y ocupación y el Convenio Nº 156 que establece consideraciones especiales para aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. Además la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó una normativa específica para superar la discriminación hacia las mujeres denominada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Todos estos tratados internacionales han sido ratificados por nuestro país, y, con la finalidad de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos, y dar un reconocimiento expreso a este derecho, que carecía de garantías efectivas, se promulgo la Ley 20.348 que reguarda el derecho a la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo, incorporando diversas modificaciones al Código del Trabajo y al Estatuto Administrativo.

3. El inciso primero del artículo 62 bis del Código del Trabajo señala que “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.”. Este inciso establece una igualdad formal salarial entre hombres y mujeres, principalmente centrada en la igualdad de remuneraciones por un mismo trabajo y no por un trabajo de igual valor, motivo por el cual no subsana la problemática de discriminación salarial existente hoy en día entre hombres y mujeres.

4. Una de las principales dificultades con la que se enfrenta la trabajadora afectada para hacer valer el principio de igualdad de remuneraciones es que el reclamo debe interponerlo directamente ante su empleador, de acuerdo al

procedimiento establecido en el reglamento interno por éste, lo que ocasiona que la trabajadora deba actuar en una primera instancia, de forma individual y en una posición de subordinación al empleador. Este procedimiento, desalienta a las trabajadoras de ejercer sus derechos durante la vigencia de la relación laboral, por miedo de ser catalogada como una empleada conflictiva, lo que podría afectar futuros ascensos y capacitaciones, o por las posibles represalias que el empleador podría tomar contra ella, como un posterior despido o mobbing laboral. Por lo tanto, es muy difícil que una trabajadora tome la decisión de reclamar la desigualdad salarial, sobre todo si este reclamo debe hacerse de forma personal y ante el mismo empleador, en vez de hacerlo ante la Dirección del Trabajo como una denuncia anónima o por la organización sindical a la que se encuentre afiliada.

5. En efecto, las estadísticas de la Dirección del Trabajo indican que generalmente las denuncias son formuladas después de terminado el vínculo laboral, tras un despido, luego del retiro voluntario de la trabajadora o una vez cumplido el plazo de duración del contrato, lo que hace que no sea aplicable la Ley 20.348, que regula igualdad de remuneraciones durante la vigencia de la relación laboral. Otra dificultad que deben soslayar las trabajadoras, es el hecho que éstas deben tener conocimiento de las remuneraciones de sus pares hombres que realizan el mismo trabajo. Pero generalmente las remuneraciones son consideradas dentro del ámbito privado de las personas, lo que entorpece la aplicación de la Ley 20.348, ya que el empleador debe mantener en reserva toda la información y datos privados del trabajador que tenga acceso en ocasión de la relación laboral. Por lo menos en el sector privado, donde no rige la ley de transparencia, la única forma que las trabajadoras tomen conocimiento de las remuneraciones de sus pares hombres, es a través de la consulta personal a sus colegas o a la empresa, lo que puede ser catalogado de mal gusto y de conflictivo, lo que inhibe a las trabajadoras a ejercer este derecho.

ANÁLISIS:

La tesis citada, contempla un tema de diferencia remunerativa por discriminación de género, y si bien no es el tema directo que estamos investigando, si lo consideramos un antecedente directo, pues nos da muchas luces del principio de igual y no discriminación laboral – base de nuestra investigación; asimismo según sus conclusiones podemos apreciar que su realidad legislativa es muy similar a la nuestra, por cuanto señala las trabas que enfrenta un trabajador al momento de postular un proceso de homologación de remuneraciones, considerando la reserva de la información personal de los demás trabajadores, la cual debe llevar al proceso a fin de probar su demanda; lo que muchas veces desanima al trabajador a optar por demandar. Asimismo es cierto también que la mayoría de demandas se da cuando ya no existe vínculo laboral alguno, dado que el trabajador siente temor de demandar mientras tiene un vínculo vigente, pues teme verse expuesto a actos hostiles. Todo este proceso no óptimo para optar por el respeto de un derecho y la no vulneración del principio de igualdad; no hace más que entorpecer su aplicación.

2.2. Teorías sobre la remuneración

2.2.1. Teorías Económicas

Sobre la remuneración como elemento central de esta investigación, existen múltiples teorías, las mismas que históricamente se han desarrollado más en el ámbito económico que en el ámbito jurídico. Según Sotelo, J. (2010), estas teorías permiten identificar momentos relevantes de la historia que han influenciado en las relaciones laborales y sobre las cuales se han determinado el panorama actual de la remuneración como uno de los elementos más importantes del contrato de trabajo.

a. **Teoría de los ingresos:** Propuesta en 1776 por Adam Smith dentro de su obra “La riqueza de las naciones”. Esta teoría determina que todo aumento de salario dependerá de la riqueza de los países. En los países en

crecimiento donde hay más mano de obra habrá más producción, por ende la remuneración será mayor.

b. **Teoría de la oferta y la demanda:** Determina que la abundancia de mano de obra en el mercado condiciona la existencia de un bajo salario; por el contrario si la mano de obra era escasa, el salario sería más alto. Esta teoría fue establecida por Marshall en su libro “Principios de la Economía” y desapareció en la historia con la aparición del sindicalismo y la negociación colectiva, impidiendo que los salarios estén sujetos a la libre determinación de la economía, asimismo pierde vigencia con la aparición de la RMV.

c. **Teoría de la subsistencia:** Determinaba que el salario debería ser establecido de acuerdo a las necesidades básicas de subsistencia de cada familia, es decir a mayor número de hijos mayo salario. Esta teoría fue propuesta por David Ricardo en su obra “Principios de Economía política y tributación” en 1817, también fue desarrollada por Adam Smith. Esta teoría surge del mercantilismo, que indicaba que si los salarios disminuían los trabajadores no podrían reproducirse y si los salarios superaban un nivel mínimo los trabajadores se reproducirían por encima de las necesidades de mano de obra, por lo que habría un exceso que reduciría los salarios debido a la competencia.

d. **Teoría del fondo de los salarios:** Señala que el nivel salarial se determina en base a la cantidad de dinero que los empresarios están dispuestos a pagar para contratar trabajadores (monto total de planilla), por ello los aumentos salariales de algunos determinarán disminuciones salariales de otros. Solo se podría aumentar el salario medio, aumentando el fondo de salarios (monto total de planilla que presupuesta el empleador). Jhon Stuart Mill en su obra “Economía Política” de 1848 defendía esta teoría e indicaba que los aumentos salariales eran parte de un círculo vicioso, partiendo por la producción que al incrementarse aumentaba la capacidad adquisitiva del empleador y por ende aumentaba el fondo de los salarios.

e. **Teoría Marxista:** Desarrollada por Carlos Marx en su obra “El capital”, donde hace una diferenciación entre los conceptos de trabajo y fuerza de trabajo, indicando que la retribución que hace el patrón a su trabajador es por su fuerza de trabajo, porque si este vendiese su trabajo lo haría bajo la forma de mercancía, pero como no es poseedor de medios de producción no puede vender su trabajo. Asimismo indica que la remuneración depende de la jornada de trabajo, diferenciando los conceptos de “tiempo necesario de trabajo” y “tiempo excedente de trabajo”. El tiempo necesario es el que sirve para satisfacer las necesidades del trabajador y el tiempo excedente sirve de utilidades al empleador (plusvalía) y no se paga al trabajador. En contraposición a la teoría de la subsistencia Karl Max sostenía que en un sistema capitalista la fuerza laboral rara vez percibe una remuneración superior a la del nivel de subsistencia. La plusvalía generada sobre el valor del producto final por la fuerza productiva de los trabajadores era propiedad por los capitalistas

f. **Teoría de los salarios altos:** Desarrollada por Henry Ford en 1915, quien indicaba que para que una empresa pudiese por ejemplo vender carros, era necesario que sus empleados tengan capacidad adquisitiva para comprarlos. Al aumentar el salario aumentaba el consumo y con ello se impulsaría la producción, siendo el salario un elemento clave para dinamizar la economía y mejorar el nivel de vida social. De esta teoría deviene la creencia de que los salarios inducen a un mayor consumo y generan una mayor capacidad de compra. “En un proceso productivo un aumento en los salarios genera una mayor capacidad de consumo; esa capacidad de consumo exige una mayor producción para satisfacer la demanda; la mayor producción genera una disminución de los precios y un consecuente aumento en las ventas; ese aumento en las ventas va a determinar la obtención de mayores utilidades para los productores, utilidades que van a permitirles efectuar nuevas inversiones que se traducirá en mayor productividad que generará nuevos aumentos salariales, completándose así el ciclo del proceso”. En referencia

a esta teoría Jhon Maynard Keynes, consideraba que los aumentos salariales pueden producir un aumento de la propensión al consumo, y no al ahorro, sin embargo Keynes reconoce que una mejora en los salarios puede traer presiones inflacionarias, debido a que los empresarios tienden a trasladar a los precios estos aumentos en los costos.

g. **Teoría de la productividad marginal:** El salario se obtiene multiplicando la productividad marginal física del factor trabajo por el precio del artículo producido. En identificaba bajo esta teoría el concepto de empleado de confianza, quien pese estar a cargo de múltiples tareas, se exonera del pago de horas extras. Esta teoría fue desarrollada por Jhon Bates Clark.

2.2.2. Teorías Jurídicas

Según Rivera, A. (2007), las siguientes teorías se dedicaron a determinar la naturaleza jurídica de la remuneración.

a. **Teoría de la contraprestación:** Esta teoría señala que la remuneración es una compensación, entregada por el empleador al trabajador en base a la labor realizada; ella deviene de la característica sinalagmática del contrato de trabajo, que lo presenta como uno de prestaciones recíprocas. Esta es la primera teoría que presenta la naturaleza jurídica de la remuneración; sin embargo no ha sido suficiente para explicar por ejemplo lo casos de suspensión imperfecta que se presentan en las relaciones de trabajo, tampoco resulta suficiente la teoría por cuanto no logra explicar que los montos de las remuneraciones no se pueden dar exclusivamente por acuerdo de las partes, sino bajo la intervención de la protección legal que no puede ser vulnerada.

b. **Teoría de la obligación:** Aparece para superar las deficiencias señaladas en la primera teoría. Señala que la remuneración es la obligación principal que tiene el empleador en virtud del contrato de trabajo; convirtiéndose el

empleador en el deudor y el trabajador en el acreedor; y viceversa en referencia a la acreencia del trabajo de la que es titular el empleador y deudor el trabajador.

c. **Teoría del crédito alimentario:** Esta teoría subsume las dos primeras y además profundiza en el fin social que cumple la remuneración, pues es el medio para la satisfacción de las necesidades básicas. En base a esta teoría se llega a la conclusión que la remuneración tiene un fin alimentario, otorgándole el carácter de protección constitucional.

2.3. Principios

Se detallan en el segundo sub capítulo de la investigación, al formar parte de una de las variables del problema de estudio.

2.4. Bases teórico conceptuales

2.4.1. SUB CAPÍTULO I: El Contrato de Trabajo

Este capítulo desarrolla contenido referente a la variable independiente de investigación, la misma que es “Criterios para la determinación de remuneraciones”, motivo por el cual enmarcamos primero de manera general el desarrollo de contenido sobre el contrato de trabajo y sus elementos, dando preponderancia a la remuneración, así como sus características, componentes y criterios de determinación.

2.4.1.1. Definición

“El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad. El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes” (Toyama 2011 p.65).

Si bien nuestra normativa no define claramente la conceptualización del contrato de trabajo, si nos describe los elementos básicos que lo componen. Dicha descripción la podemos encontrar en el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que indica lo siguiente: “En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de una contrato de trabajo por tiempo indeterminado”. Dicho artículo es aplicable tanto para entidades privadas, así como a instituciones del Estado.

Según Toyama (2011), de la definición anterior -que si bien está planteada en términos de la presunción de Laboralidad, en una suerte de aplicación del principio de primacía de la realidad y que permite inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo-, se desprende que el contrato supone la existencia de un acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada (el trabajador) y la otra al pago de la contraprestación correspondiente y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador). p.65.

Como se ha descrito, el contrato de trabajo tiene tres elementos básicos y esenciales, y nuestra jurisprudencia recoge el mismo criterio, lo cual podemos observar en la Casación N° 1581-97 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual es su tercer considerando señala lo siguiente:

“Que, el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos substanciales, los cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que los diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil”.

Algunos juristas destacan la presencia de un cuarto elemento; la ajenidad, considerando que todo contrato de trabajo requiere una prestación en régimen de ajenidad, es decir un trabajo prestado para otra persona. En tal sentido comenta Toyama (2011), que “los frutos o resultados de los servicios laborales son del empleador, pero los riesgos de la actividad son asumidos por el trabajador” p.66.

Personalmente considero que si bien la ajenidad es un presupuesto básico para la existencia de un contrato laboral, este de forma innata se encuentra comprendido dentro del elemento subordinación, por medio del cual el empleador (tercera persona a quien le es prestado el servicio) ejerce su poder de dirección y sanción. Siendo los elementos básicos solo 03: Prestación personal, subordinación y remuneración.

Para efectos procesales, según el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se tiene en cuenta la presunción de Laboralidad, bastando acreditar la prestación personal de servicios, para que se presuma la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario; sin embargo ello no indica la inexistencia de los otros dos elementos. Dicho artículo solo se constituye como una herramienta de facilitación probatoria para el trabajador.

2.4.1.2. Elementos del Contrato de Trabajo

A fin de definir los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, seguiremos lo expuesto por la doctrina. En ese sentido Sanguinetti, citado por Toyama (2011) indica que la prestación de servicios es “La obligación de trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (operae), la cual es la inseparable de su personalidad y no un resultado de su aplicación (opus) que se independice de la misma” p.67.

Es decir la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personalísima-intuito personae- y no puede ser delegada a un tercero (salvo el caso del trabajo familiar).

Por otro lado, la prestación de servicios debe ser remunerada. La remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a su disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita.

Finalmente, tenemos la subordinación. Este es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que se constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios. En este último contrato se aprecia, al igual que en el contrato de trabajo, la existencia de una retribución y una prestación de servicios Lo señalado anteriormente puede observarse con claridad en el cuarto considerando de la Casación N° 054.2001-Lima, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema: "(…) Que, si bien el demandante laboró para la demandada, en mérito de haber suscrito los Contratos de Locación de Servicios, que están regulados por las normas del Código Civil, sin embargo, en forma diferente a los pactado al ejecutar la prestación de servicios, al desempeñar su labor trabajó bajo subordinación de dicha entidad demandada estando sujeto a un horario fijo o jornada, percibía una remuneración periódica y efectuaba labores de carácter permanente por lo que teniendo en cuenta la naturaleza social del derecho del trabajador, el juzgador debe aplicar la norma pertinente a la realidad del trabajador (…)" (Toyama 2011. P.67).

2.4.1.2.1. Remuneración

El análisis de la remuneración como uno de los elementos más importantes del Derecho Laboral, no solo tiene importancia teórica descriptiva, sino además práctica, pues afecta a todos los actores de la realidad productiva

Uno de los dilemas principales en una relación laboral se contrae en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos que perciben los trabajadores esencialmente en la determinación de si califican o no como remuneraciones; así como los factores a tomar en cuenta para su determinación

tales como el tipo de actividades que desarrolla la empresa, cargo o puesto de trabajo, calificación y habilidades del trabajador, así como realidad socioeconómica del país; para lo cual es necesario recurrir primero a la definición concreta y exacta de la palabra Remuneración.

2.4.1.2.1.1. Concepto

El contrato de trabajo parte de una relación bilateral, conformada por el trabajador y el empleado, de forma que las obligaciones que para cada una de las partes se derivan del mismo constituyen derechos para la otra. En este sentido, el trabajador se obliga a prestar sus servicios y el empleador a pagar por ellos una retribución. Entonces queda claro que será remuneración toda percepción de tipo económica del trabajador, que provenga del empleador por causa del contrato de trabajo. Las percepciones económicas no sólo incluyen las dinerarias sino también las obtenidas en especie. (Israel, J & Nuñez, I. , 2010, p.2).

La remuneración es una variable que tiene una gran importancia en la vida económica y social del país. Por el lado de las familias, constituye el medio a través del cual satisfacen sus necesidades; por el lado de las empresas, las remuneraciones son parte de los costos de producción. Para los gobiernos, las remuneraciones repercuten en el clima social del país y en aspectos tan importantes como el empleo, los precios, la inflación, la productividad nacional y por consiguiente en la posibilidad de exportar en condiciones competitivas. (Villarán, F. 2002, p.6)

La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución de 1993. De esta manera, se puede establecer que el artículo 24 de la Constitución contiene una fórmula de contenido general, al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure por él y su familia, el bienestar material y espiritual; empero, de otro lado,

representa un interés del Estado en su tratamiento puesto que le permite garantizar a través de este, los derechos y las libertades constitucionalmente reconocidas, así, fija un determinado marco de desarrollo legal para precisar que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, y reconoce una remuneración mínima vital.

En tal sentido, dada la naturaleza de un contrato de trabajo, el mismo que requiere de una contraprestación, es decir, de una remuneración, si la prestación de servicios que se brinda, se realiza en forma gratuita, no se trataría de un contrato de trabajo, puesto que no cumpliría con uno de los elementos descritos para configurar, tal es el caso de los servicios prestados por familiares cercanos; salvo el pacto en contrario de acuerdo a lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR).

De conformidad con el artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-1997-TR: Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Cuando se establece la remuneración de un trabajador esta debe respetar ciertos principios, entre cuales se encuentra el principio de igualdad. Así, toda remuneración, debe tener un fundamento puesto que debe cumplir con retribuir por el trabajo prestado; de esta manera, La corte superior de justifica de la libertad en el expediente N° 2015-0-1601-SP-LA-01, ha prescrito que:

Cabe precisar que, el derecho a la igualdad de trato no descarta la posibilidad de que el empleador pueda administrar tratos diferenciados entre sus trabajadores, siempre que existan causas objetivas y razonables que la justifiquen. Ahora bien, este esquema de razonamiento es plenamente aplicable a la igualdad en materia remunerativa, porque el artículo 24 de la Constitución garantiza el derecho a la remuneración como un derecho fundamental, por lo que asociándolo al artículo 26 inciso 1 de la Constitución, se infiere de que la igualdad de trato también abarca el derecho a la remuneración, es decir, la Constitución reconoce a todo trabajador el derecho a la igualdad de trato en materia remunerativa.

El contrato de trabajo puede subir alteraciones o modificaciones durante el periodo que se encuentra vigente, sin embargo, debe respetar los derechos del trabajador y no incurrir en la vulneración de los mismos. Al respecto, la doctrina jurídica ha señalado diversas razones que justifican la existencia de un manto de protección a la hora de alterar el contenido del derecho fundamental a la remuneración. Así pues, podemos identificar a dos de ellas como las razones principales: i) la equiparación de su carácter alimentario o de sustento, y ii) evitar o aminorar las relaciones de dependencia económica entre trabajadores y empleador.

Con relación al carácter alimentario de la remuneración, se debe tener presente cual es la función principal que esta origina, puesto que permite la subsistencia del trabajador o cubrir sus necesidades básicas tanto de él como de su familia. Por ello, cuando se negocia la remuneración o cuando esta es aceptada por el trabajador, se entiende, que ésta le permitirá cubrir sus necesidades alimentarias. Se debe tener presente, que justamente este carácter alimentario al que se hace referencia, parte por el hecho de que la mayoría de trabajadores de un determinado país tienen a su remuneración como único ingreso, la que les permitiría tener una cierta calidad de vida y satisfacer sus necesidades elementales.

Con relación al supuesto de aminorar las relaciones de dependencia económica, se trata de proteger al trabajador contra políticas o practicas institucionales que amenacen con vulnerar su economía y como consecuencia su sustento, asimismo se trata de garantizar el cumplimiento oportuno del pago convenido por el trabajo realizado. Es necesario establecer los límites al poder que ejerce la parte contratante, puesto que, por el mismo hecho de ser quien contrata y quien regula las condiciones de trabajo, debe respetar los derechos del trabajador.

2.4.1.2.1.2. Elementos y características de la remuneración

a) Irrenunciable

El artículo 26 de la Constitución Política del Perú señala como uno de los principios básicos de la relación laboral, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y por la Ley.

García, A. (2014), señala lo siguiente: “El trabajador goza de manera irrestricta de los derechos que le asigna la Constitución y la Ley, por estar concebidos dentro de un marco de protección dada su posición naturalmente débil en la relación laboral” p.15.

La remuneración está protegida por el principio de irrenunciabilidad de derechos, que es de orden público. No puede el trabajador dejar de percibirla aun cuando ello pueda obedecer a una decisión propia, tanto menos si proviene de su empleador. Está prohibido el trabajo forzoso; todo trabajo debe ser remunerado.

La irrenunciabilidad es inagotable en el tiempo, asimismo cualquier acto que pretenda hacer efectiva la renuncia al goce de remuneración u otro derecho laboral, será un acto por defecto nulo y no tendrá efecto jurídico alguno.

b) Carácter contraprestativo

La remuneración, como hemos descrito previamente es la contraprestación o retribución recibida como consecuencia de los efectos de una labor personal realizada. En la relación laboral el trabajador se obliga a realizar una prestación de servicios y el empleador se obliga a efectuar la contraprestación respectiva; la remuneración no es por tanto consecuencia de la mera existencia del contrato de trabajo, sino de las prestaciones que surgen de este; por ejemplo existen casos como el ejercicio de derecho de huelga o licencia sin goce de haber, donde el contrato está vigente, sin embargo no existe la obligación de otorgar una remuneración; esto es a lo que conocemos como suspensión perfecta del contrato de trabajo. Excepciones constituyen los supuestos de suspensión imperfecta, en los que igualmente el trabajador percibe remuneración aunque no exista prestación efectiva de labores (por ejemplo, licencia sindical, descanso vacacional, etc).

Que, aquellas sumas de dinero que se le otorguen al trabajador a título de liberalidad que no estén sujeta al cumplimiento de una condición, no constituyen remuneración.

Según García, A. (2014) “Existen sumas otorgadas también a título de liberalidad por el empleador cuya entrega, sin embargo, se puede encontrar sujeta a la condición de que el trabajador cumpla determinada meta u objetivo. En estos casos será una suma con carácter remunerativo por ser justamente contraprestativo, aun cuando su otorgamiento provenga de la sola iniciativa o decisión del empleador” p. 16.

En su nacimiento y génesis, el contrato de trabajo se rige también por las reglas del Derecho Común para los negocios jurídicos, y la reciprocidad de las prestaciones es justamente una de ellas.

c) Libre disposición

García, A. (2014), indica que el trabajador tiene la potestad exclusiva de decidir el destino que dé su remuneración, tanto para el salario dinerario como para los bienes que en especie recibe como tal. El trabajador adquiere el derecho de propiedad sobre su remuneración. p.17.

El artículo 923 del Código Civil, define al derecho de propiedad como el "poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien". Según algunos juristas, estas cuatro atribuciones contenidas en el artículo 923, poseen implícitamente su manifestación negativa; es decir, usar - no usar, disfrutar – no disfrutar, disponer – no disponer, etc.

La libertad de disposición es un derecho del trabajador oponible principalmente a su empleador, más que a otros terceros. No puede el empleador condicionar la entrega del salario a que este sea utilizado para un determinado fin. Es un fuero privativo, exclusivo e impenetrable del trabajador.

Es esta la explicación al hecho de que muchas asignaciones que el empleador otorga a su trabajador, aun en el marco de la relación laboral, no tienen carácter remunerativo. Entre otras, la asignación por educación, que tiene una finalidad específica que no puede ser alterada por el trabajador; tanto que está obligado a acreditar documentalmente que el monto recibido viene siendo utilizado, exclusivamente, para costear algún estudio de él o de sus hijos, en los términos del artículo 19° del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR. Lo mismo sucede con las condiciones de trabajo, cuya finalidad es servir-para-el-trabajo, si vale el término. El fin viene ya predeterminado e invariable, con anterioridad y con prescindencia de la voluntad del trabajador. Los uniformes de trabajo, el transporte, los viáticos y gastos de representación, entre otros, sirven y se destinan exclusivamente para el fin establecido, sin posibilidad de que este sea alterado por voluntad del trabajador (García, A. 2014 p.18).

d) La ventaja o incremento patrimonial

La percepción de una suma de dinero o de un bien por el trabajador en calidad de remuneración, por el valor que fuere, incluso si es una remuneración mínima, redunda en el incremento de su patrimonio; sin embargo debe entenderse también por ventaja o incremento patrimonial, a cualquier forma por la cual el trabajador disminuye sus egresos liberándose de algún costo en el que en circunstancias normales incurriría o debiera incurrir.

Es este un elemento que no se encuentra expresamente contenido en la definición legal de remuneración; pero que ayuda a determinar las remuneraciones que siguen siendo tal, pese al que en rigor no existe libre disponibilidad por el trabajador, o por lo menos esta viene atenuada. Se observa con mayor claridad en las remuneraciones en especie que escapan a lo ordinario o “a la carta”, como algún sector de la doctrina las denomina.

Se grafica con el siguiente ejemplo. El empleador que asume el costo del parqueo del vehículo de su trabajador durante la jornada laboral, o que asume el costo del gimnasio de él y de su familia, o de un seguro médico privado, está sumiendo costos que en un escenario normal formarían parte del presupuesto mensual del trabajador con cargo a sus propios ingresos. Todos ellos son beneficios que incrementan el patrimonio del trabajador a través del ahorro, ya que un tercero (empleador) asume por él gastos regulares que no se encuentra obligado por ley a entregar. Son remuneraciones aun cuando el elemento de la libre disponibilidad venga atenuado y que la utilidad de su entrega esté predeterminada y sea invariable por la voluntad del servidor.

e) Libertad de forma en la remuneración

Siguiendo los lineamientos del origen de la remuneración, hay una característica que hoy sigue vigente en nuestra sociedad, y es la posibilidad de que la remuneración pueda otorgarse en dinero o en especie.

Al no ser la nuestra una sociedad cuya economía se funda mayoritariamente en el intercambio de bienes por bienes, o servicios por servicios, sino en el intercambio monetario por bienes y/o servicios, usualmente la remuneración se otorga en dinero, lo que aumenta el margen de libre disponibilidad como ya se ha comentado. Empero, nada impone que la remuneración también pueda ser otorgada en especie, es decir con bienes no dinerarios o con servicios.

Que, a pesar de existir en nuestro país la posibilidad de que el otorgamiento de una remuneración en especie; es preocupante que en nuestro ordenamiento jurídico no exista una norma que lo regule; no existiendo reglas expresas que delimiten un tratamiento específico para la remuneración no dineraria.

Siguiendo a García, A. 2014, los puntos mínimos a ser regulados serían los siguientes:

- Determinar qué bienes o servicios podrían otorgarse como remuneración es especie; los que naturalmente deberían ser de fácil realización en el mercado, probada utilidad y remota caducidad.
- Porcentaje máximo que dentro del íntegro de la remuneración podría ser otorgado en especie; pues naturalmente no creemos viable permitir remuneraciones íntegramente otorgadas en especie, no solo porque un mínimo análisis nos dice que el trabajador necesita del dinero para su subsistencia.
- Que, no reemplace a ingresos dinerarios preexistentes, sino que tienda a ser un mecanismo de incremento remunerativo (mismo tratamiento que vales de alimentos).
- Que, se fijen reglas claras para la valorización de los bienes. p.20.

f) Naturaleza alimentaria

La remuneración debe procurar para el trabajador y su familia la satisfacción, cuando menos, de sus necesidades primarias, como la alimentación, entre otras necesidades básicas para su subsistencia.

Según el artículo 24 de nuestra Constitución Política, "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (…)"

El artículo citado, si bien representa el carácter alimentario de la remuneración, asimismo explica las características de inembargabilidad y protección del salario. En tal sentido ante una deuda del trabajador con un tercero, si la misma es de naturaleza comercial, civil u otra que no sea pensión de alimentos; la misma se torna inembargable. Excepcionalmente podrá embargarse la remuneración y demás ingresos cuando estos superen el equivalente a 5 URP, en cuyo caso solo el exceso de dicho límite podrá ser embargado y solo hasta una tercera parte como máximo, según el artículo 648 del Código Civil.

En un proceso judicial de alimentos, los ingresos podrán ser embargados hasta un 60%, no siendo relevante el monto de remuneración del trabajador, ya que podrá ser afectada así no supere las 5 URP.

g) Superprivilegio

El artículo 24 de la Constitución Política del Perú, en su segundo párrafo, indica que " (…) El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (…)". A dicha doctrina se le conoce como el superprivilegio del crédito laboral, y lo que se busca con la misma es reducir la posibilidad o riesgo de no pago del crédito por conceptos laborales, tema muy ligado al principio de irrenunciabilidad.

García, A. 2014 “Independientemente del éxito o fracaso del negocio, el trabajador tiene derecho a cobrar su remuneración en la forma y oportunidad convenidas” p.22.

IRRENUNCIABLE: RENUNCIA AL GOCE DE REMUNERACIONES ES NULA

CARÁCTER CONTRAPRESTATIVO: CUMPLIMIENTO DE PRESTACIONES

LIBRE DISPOSICIÓN: DECISIÓN DE HACER O NO HACER

INCREMENTO PATRIMONIAL: AUMENTA ACTIVOS O DISMINUYE PASIVOS

LIBERTAD DE FORMA: DINERO O ESPECIE

NATURALEZA ALIMENTARIA: INTANGIBLE, SATISFACE NECESIDADES

SUPER PRIVILEGIO: PRIORIDAD DE PAGO A DEUDAS LABORALES

2.4.1.2.1.3. Contenido o estructura remunerativa

a) Ingresos de carácter remunerativo

Todo tipo de contrato para la realización de una función obliga al otorgamiento de una retribución como pago; sin embargo solo el en caso del contrato de trabajo, dicha retribución adquiere el carácter de remuneración.

Como hemos definido anteriormente, constituye remuneración todo concepto que el trabajador recibe por sus servicios, siempre que sea de su libre disposición; en tal sentido todas aquellas sumas que no fueren de su disposición no constituyen remuneración.

Entre los conceptos remunerativos reconocidos expresamente tenemos:

- Los descansos remunerados (descanso semanal, feriados, remuneración vacacional o monto por reducción de vacaciones).
- La asignación familiar.

- La remuneración percibida por los primeros 20 días de descanso por incapacidad temporal.
- Remuneración percibida por la hora de lactancia.
- Licencias por paternidad, enfermedad de familiar directo, por adopción, licencias sindicales, etc.
- Remuneración por el tiempo que duró un despido nulo declarado judicialmente.
- Remuneración durante el cierre temporal del establecimiento por infracciones tributarias, aduaneras o de protección al consumidor.
- Remuneración por paralización de labores dispuesta en una inspección de trabajo.
- Remuneraciones por días no laborados por caso fortuito o fuerza mayor, alegado por el empleador que no han podido ser comprobados por la AAT.

Entre los conceptos no reconocidos expresamente pero que cumplen con las características señaladas en el artículo 6 de la LPCL tenemos:

- Gratificaciones por fiestas patrias y navidad.
- Bonificaciones o gratificaciones otorgadas regularmente y de libre disposición.
- Incrementos de remuneración por afiliación al Sistema Privado de Pensiones, los entregados a los asegurados obligatorios al SNP o para el caso de trabajadores afectos al FONAVI.
- Remuneración por trabajo en sobretiempo.
- Remuneración por trabajo en horario nocturno.
- Compensación por modificar la fecha de inicio de récord vacacional.

REMUNERATIVO= CONTRAPRESTATIVO + DE LIBRE DISPOSICIÓN + QUE SIGNIFIQUE INCREMENTO PATRIMONIAL

b) Ingresos de carácter no remunerativo

Son aquellos montos extras a la remuneración, que el empleador otorga al trabajador a modo de liberalidad, que no cumplen con los criterios de contraprestación, disposición e incremento patrimonial. Si bien muchos de ellos pueden ser utilizados por el trabajador a su criterio, no son considerados conceptos remunerativos.

Para poder determinar cuáles son estos conceptos, recurrimos al artículo 7 de la LPCL "No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19º y 20º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650".

El TUO del Decreto Legislativo N° 650 (art 19 y 20) indican textualmente lo siguiente:

Artículo 19.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:

a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego.

b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa.

c) El costo o valor de las condiciones de trabajo.

d) La canasta de Navidad o similares

e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados.

f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.

g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.

h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia.

i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador.

j) El refrigerio que no constituya alimentación principal, conforme al Artículo 12 de la presente Ley. (*) (*) Inciso modificado por el Artículo 13 de la Ley N° 28051, publicada el 02-08-2003, cuyo texto es el siguiente: "j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal."

Artículo 20.- Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal.

En resumen para determinar el carácter no remunerativo de un pago se debe verificar que no reúna las condiciones establecidas en el artículo 6 de la LPCL, o que forme parte de los artículos 19 y 20 de la Ley de CTS.

2.4.1.2.1.4. Carácter Constitucional de la Remuneración

Nuestra constitución otorga una esfera de protección al derecho fundamental a la remuneración, y básicamente lo hace tomando en cuenta dos razones principales:

a) **El carácter alimentario:** Se constituye como el medio que permite dar satisfacción a las necesidades materiales del trabajador y su familia. Como sabemos gran parte de la población económicamente activa de nuestro país se constituye por trabajadores que tienen a su remuneración como único medio que permita la mejora de la calidad de vida material de su familia, al no contar con otros ingresos igual de importantes que sirvan como sustento. En tal sentido la remuneración es un elemento esencial en la política económica de todo país, por lo cual necesita ser protegida, asegurando la intervención de los poderes públicos dada la importancia social de la misma.

b) **Evitar o aminorar las relaciones de dependencia económica entre trabajadores y empleador:** Como lo señala la Organización Internacional del Trabajo, el propósito general es el de "proteger al trabajador contra prácticas que pudieran tender a hacerle demasiado dependiente de su empleador y por tal es necesario garantizar que el trabajador reciba a tiempo, y en su totalidad, el sueldo que ha ganado. En ese sentido, el centro de poder que se ejerce dentro de la relación laboral requiere un control en los mismos términos que ocurre con los otros poderes de la sociedad, porque ambos son un eventual peligro para la libertad"

- **Contenido esencial del Derecho a la Remuneración**

Según los artículos 23º y 24º de la Constitución, normas supranacionales y las Sentencias del Tribunal Constitucional Nº 0020-2012-PI/TC y 00018-2013-P/TC,

se determina que el contenido esencial del derecho fundamental de la remuneración, la misma que abarca los siguientes elementos:

Fundamento 16 de la STC al expediente N°0020-2012-PI/TC y Fundamento 88 de la STC al expediente N°00018-2013-P/TC

a) **Acceso**, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
b) **No privación arbitraria**, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
c) **Prioritario**, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cada a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (artículo 24 de la Constitución).
d) **Equidad,** al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución). La Constitución reconoce explícitamente la protección a la remuneración equitativa, al igual que el Convenio 100 de la OIT, desprendiéndose que toda remuneración calculada con base en criterios discriminatorios será inequitativa y, por ende, inconstitucional. Tal postura tiene asidero en el desarrollado principio-derecho de igualdad recogido en el artículo 2.2 de la Constitución y aplicado al ámbito laboral en el fundamento 8 de la STC 4922-2007-PA/TC, concordante con el artículo 7.a.i del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el artículo 7.a del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Un principio de la compensación (remuneración) es la equidad: "A/ trabajo desempeñado en puestos similares pero en condiciones diferentes de exigencia, responsabilidad o complejidad le corresponde diferente compensación económica y al trabajo desempeñado en puestos y

condiciones similares le corresponde similar compensación económica" (artículo 30.b).

e) **Suficiencia**, por constituir el quantum mínimo que garantiza el trabajador y a su familiar su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución). La Constitución reconoce también que una remuneración, de acuerdo a la jornada de trabajo y labor realizada por el trabajador, debe ser 'suficiente', concepto que en el ámbito internacional se ve reconocida bajo el término de "satisfactoria" (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del Protocolo de San Salvador). Este concepto posee una estrecha relación con el concepto de `remuneración mínima' (artículo 2.1 del Convenio 131 de la OIT; artículo 1 del Convenio 26 de la OIT). La remuneración suficiente, en tanto parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración previsto en el artículo 24 de la Constitución, implica también ajustar su quantum a un criterio mínimo —bien a través del estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio-derecho a la dignidad.

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a la remuneración, como todo derecho o principio constitucional, puede ser limitado o restringido y puede realizarse u optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. Sin embargo cualquier limitación que se imponga debe respetar el contenido esencial.

En tal sentido y con carácter enunciativo, el TC en la misma sentencia, determina el contenido no esencial o accidental del derecho fundamental a la remuneración, es decir aquél que está sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución; indicando forma parte del contenido accidente de este derecho:

Fundamentos 30, 31 y 32 de la STC al expediente N°0020-2012-PI/TC y Fundamento 89 de la STC al expediente N°00018-2013-P/TC

a) **La consistencia**, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencias, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante salario.
b) **La intangibilidad***,* en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC).

2.4.1.2.1.5. Remuneración mínima vital

En términos intuitivos, se puede argumentar que la imposición de un salario mínimo o RMV en una economía genera una brecha entre el salario ofertado por las empresas y el demandado por los trabajadores. En el entendido que la remuneración mínima vital abarca las necesidades primarias del ser humano que poder ser estrictamente cubiertas por el monto establecido como remuneración mínima, lejos de ser la misma que se oferta y que posiblemente tampoco sea la que se demande. (Cox, J & Orrego, F. p.2)

La Carta Magna de 1993 prescribe en su artículo 24º el tema de las remuneraciones mínimas; señalando que: “Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores”. La RMV es la contraprestación, que como mínimo, debe percibir un trabajador por una jornada de ocho horas de trabajo, dicha remuneración toma un valor único en todo el país y en todas las actividades que se desarrollan en él. (Seiner, M et all, p.2).

La secretaría técnica del Consejo Nacional de trabajo y promoción del empleo en el documento sobre Revisión de la remuneración mínima en Perú – Año 2005 ha señalado que:

A nivel constitucional, el concepto de salario mínimo fue recogido por vez primera en la Constitución de 1920, y después por la Carta de 1933. En ambas, se dispuso que la Ley debía fijar los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. De esta manera, la institución y derecho al salario mínimo tuvieron consagración constitucional, y los indicadores o criterios para su determinación fueron materia de desarrollo a través de laudos arbitrales y pactos colectivos

La remuneración mínima, básicamente, cumple un rol distributivo antes que un rol de mejorar la eficiencia. Es decir, no creo que la remuneración mínima cumpla un rol en términos de mejorar la eficiencia del mercado laboral en particular y del mercado en general. Su función parte del supuesto que hay un grupo de personas que tienen empleo y que requieren ser protegidos para mantener un nivel de ingreso adecuado y en consecuencia, se toma una decisión que, se piensa, puede distribuir ingresos del lado de las empresas al lado de los trabajadores. Bullard, A. (2014)

Debe tenerse presente que la RMV es un índice de referencia, por lo que su sola modificación no importa incremento de remuneración. Lo habrá solo para los que estaban percibiendo una remuneración inferior al nuevo monto de la RMV. El pasado 31 de marzo del 2016, se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N.º 005-2016-TR, a través del cual el Poder Ejecutivo incrementó la remuneración mínima vital (RMV) de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada en S/ 100.00, de tal manera que se incrementa de S/ 750.00 a S/ 850.00. Obregón, T. (2016)

Cuando se establece un monto para la remuneración mínima vital, esta debe responder a ciertos criterios, tales así, se entiende que este monto deberá ser

el mínimo que debe recibir un trabajador por un servicio prestado, asimismo, se entiende que ésta se calcula en base a 12 remuneraciones al año, sin embargo, se deja de lado los conceptos de gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios, los cuales en suma harían 15 remuneraciones. Asimismo, se debe tener en cuenta que en Perú la respuesta a la remuneración es de tipo mensual, pero en otros países la remuneración es una cifra anual, en tal sentido, es necesario calcular, cuanto es lo que realmente se debería percibir por remuneración mínima, considerando 15 meses.

Cuando escuchamos que la remuneración mínima vital (RMV) es de S/. 750 (*en la actualidad S/850.00*), podemos entender que la remuneración mínima anual es entonces de S/. 9,000 (750 por 12 meses), pero esto no es real. En el Perú, el empleador, por ley, debe cubrir 15 RMV, es decir, S/. 11,250 anuales, lo que equivale a S/. 937.50 efectivos al mes: ese es el sueldo mínimo y no los S/. 750. Por alguna razón se abre el debate de elevar la RMV de S/. 750 en un 8%, es decir, a S/. 810, lo que en realidad implicaría elevarla a S/. 1,012.5 efectivos al mes. Ferreyros, E. (2015).

En el análisis realizado el monto para calcular la remuneración mínima vital debe partir por un referencial, puesto que, al calcular y considerar las 15 remuneraciones, el monto resultante será distinto al que se utilizó para proyectar el año de ganancia considerando las dos gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios. Se precisa que tanto la remuneración mínima vital así como cualquier tipo de remuneración debe tener una justificación y no ser establecida en base a la libertad contractual sin tener un sustento objetivo, ya que todo trabajo debe responder a una beneficio económico acorde con lo desarrollado por el trabajador.

En términos generales, un incremento en la RMV afectaría directamente a empresas que se dedican a actividades económicas de baja productividad, principalmente ubicadas en zonas rurales, en la sierra y selva. Para sus trabajadores el futuro tiene dos vías: el despido o el trabajo fuera de planilla. Frente a esta situación, el subempleo por ingresos se presenta como una

alternativa. Así, la sola amenaza de un incremento en la RMV, limita a las empresas para que amplíen o incluso mantengan su plana laboral. Frente a esta situación tenemos un incremento de trabajadores y profesionales, que, ante la imposibilidad de conseguir trabajos fijos, están dispuestos a trabajar por una paga menor o dedicarse a labores de subsistencia. Von, J. (2015)

Pese a esta amenaza económica descrita, no solo se debe considerar la parte empresarial y las libertades concedidas, sino que es justo y necesario evaluar el trabajo desempeñado por el empleador así como el costo de vida, considerando que el concepto de remuneración mínima vital tiene como fundamento que esta pueda aportar a la subsistencia, es decir, que sirva para que cualquier persona con dicha remuneración pueda vivir cubriendo sus necesidades mínimas, como garantía de salvaguardar los derechos. En ese mismo entendido resulta razonable establecer parámetros para considerar las remuneraciones y no realizar diferencias entre los trabajadores cuando se realizan labores similares, salvo justificación debidamente sustentada.

A continuación se adjunta una tabla con la evolución de montos de RMV considerados en nuestro país desde el año 1992 hasta la fecha:

EVOLUCIÓN DE LA REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL (RMV)

DISPOSITIVO	VIGENCIA		OBREROS	EMPLEADOS (mensual)
D.S Nº 003-92-TR	Del 09.02.1992	al 31.03.1994	S/. 2.40	S/. 72.00
D.U. Nº 10-94	Del 01.04.1994	al 30.09.1996	S/. 4.40	S/. 132.00
D.U. Nº 73-96	Del 01.10.1996	al 31.03.1997	S/. 7.17	S/. 215.00
D.U. Nº 27-97	Del 01.04.1997	al 30.04.1997	S/. 8.83	S/. 265.00
D.U. Nº 34-97	Del 01.05.1997	al 30.08.1997	S/. 10.00	S/. 300.00
D.U. Nº 74-97	Del 01.09.1997	al 09.03.2000	S/. 11.50	S/. 345.00
D.U. Nº 12-2000	Del 10.03.2000	al 14.09.2003	S/. 13.67	S/. 410.00
D.U. Nº 22-2003	Del 15.09.2003	al 31.12.2005	S/. 15.33	S/. 460.00
D.S Nº 016-2005-TR	Del 01.01.2006	al 30.09.2007	S/. 16.67	S/. 500.00

D.S Nº 022-2007-TR	Del 01.10.2007	al 31.12.2007	S/. 17.67	S/. 530.00
D.S Nº 022-2007-TR	Del 01.01.2008	al 30.11.2010	S/. 18.33	S/. 550.00
D.S Nº 011-2010-TR	Del 01.12.2010	al 31.01.2011	S/. 19.33	S/. 580.00
D.S Nº 011-2010-TR	Del 01.02.2011	al 14.08.2011	S/. 20.00	S/. 600.00
D.S Nº 011-2011-TR	Del 15.08.2011	al 31.05.2012	S/. 22.50	S/. 675.00
D.S. Nº 007-2012-TR	Del 01.06.2012	en adelante	S/. 25.00	S/. 750.00
D.S. Nº 005-2016-TR	Del 01.05.2016	en adelante	S/. 28.33	S/. 850.00

Fuente: Web de Colegio de Contadores del Perú

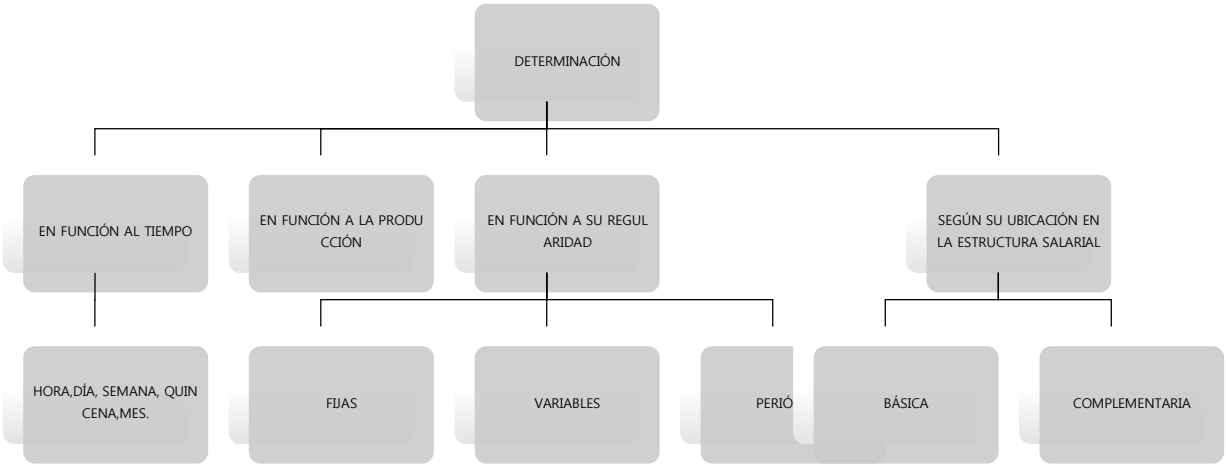
La remuneración mínima aprobada por un Gobierno constituye una garantía para la subsistencia de un ciudadano, así en otros países también ha sido considerada con el fin de salvaguardar los derechos de quienes lo habitan. En el caso de México:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el apartado A del artículo 123 que: “Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”.

2.4.1.2.1.6. Determinación de remuneraciones en el contrato laboral

Para la determinación imparcial de la remuneración de un trabajador, se debe recurrir a la aplicación de criterios y parámetros, tanto objetivos como subjetivos, los cuales no pueden carecer de sustento en resguardo de la no vulneración de los principios de igualdad y no discriminación.

a. Criterios



a.1. En función al tiempo de trabajo: Se debe tomar en cuenta la unidad de tiempo como referencia, ya sea una remuneración por hora, día, semana, quincena o mes. La elección es libre, sin embargo ocasionalmente las unidades menores como hora o día, se utilizan para trabajadores con jornada menor a la ordinaria (medio tiempo). Semana, quincena o mes son las más utilizadas, pues en muchos casos se acomodan mejor a las necesidades administrativas.

Para la determinación de la remuneración en función del tiempo de trabajo, se deben seguir las reglas del artículo 8 de la LPCL:

Artículo 8º.- En las normas legales o convencionales y en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, éstas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo. Para tal efecto, el valor día efectivo de trabajo se obtiene dividiendo la remuneración ordinaria percibida en forma semanal, quincenal o mensual, entre siete, quince o treinta, respectivamente. Para determinar el valor hora el resultado que se obtenga se dividirá entre el número de horas efectiva mente laboradas en la jornada ordinaria o convencional a la cual se encuentre sujeto el trabajador. Asimismo, el empleador podrá pactar con el trabajador que perciba una remuneración mensual no menor a dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, una remuneración integral computada por período anual, que comprenda todos

los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación en las utilidades. Reglamento: Arts. 14º y 15º.

a.2. En función a la producción: Caso especial de comisionistas y destajeros. Esta remuneración no viene asociada al cumplimiento de una jornada ni horario de trabajo, sino al cumplimiento de metas, objetivos u otras condiciones.

a.3. En función a su regularidad: Considerando si son remuneraciones fijas (montos invariables), remuneraciones variables o imprecisas, o a las remuneraciones periódicas (gratificaciones, bonificaciones).

a.4. En función de su ubicación en la estructura salarial: Pudiendo ser remuneraciones principales (salario básico), o remuneraciones complementarias (requieren el cumplimiento de requisitos especiales para su goce, adicionales a la ejecución de labores).

b. Parámetros

b.1. Parámetros objetivos:

- Cargo
- Funciones
- Responsabilidades

b.2. Parámetros subjetivos:

- Tiempo de servicios
- Experiencia profesional, desempeño
- Nivel académico o aptitudes

Según nuestra opinión, el empleador podrá fijar la remuneración tomando en cuenta algún otro parámetro no mencionado, que considere pertinente para establecer una diferencia remunerativa justa, siempre y cuando dicho parámetro sea sustentado y se determine que no vulnera el principio de igualdad y no discriminación. La norma no impide las desigualdades salariales si aquellas son justas; lo que se prohíbe son aquellas desigualdades arbitrarias.

2.4.2. SUB CAPÍTULO II: Principios reguladores

Este capítulo realiza un análisis referente al contenido de la variable dependiente que es “Principio de igualdad y no discriminación laboral”, por lo cual primero se describen los fundamentos sobre los que se basa la discrecionalidad del empleador para la determinación de remuneraciones, para luego describir sus parámetros o límites legales que son los principios de igualdad y no discriminación laboral.

2.4.2.1. Principios que regulan el ejercicio de las facultades del empleador

a. Libertad contractual

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida ésta al modo roussoniano. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual, es legítima la pregunta en torno a si existe hoy en día un fundamento supra legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual. (Diez – Picaso, L. 1998, p.6).

El derecho al trabajo como derecho a conservar el puesto de trabajo impone al legislador el deber de intervenir en los contratos de trabajo, ordenando que no se resuelvan, salvo causa justa. De no existir ésta, se desplegaría una sanción y una consecuencia que puede consistir en la reposición o en una compensación económica. Esto implica que la reposición no es parte del contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral. El legislador será el encargado de establecer si es que procede una reposición o una indemnización ante el despido incausado y cualquiera de las opciones es perfectamente constitucional. También será constitucional si es que la decisión de dicha opción se le otorga al trabajador o al empleador. "El contenido esencial del derecho a la estabilidad laboral. (Marcenaro, R. 2009, p.35).

2.4.2.2. Principios que regulan los contratos

a. El principio de la autonomía de la libertad.- Este principio configura el acto creador de la relación jurídica, siendo para ello necesario que se realice en plena libertad. La voluntad así expresada es la que finalmente busca obligarse frente a otro sujeto y generar, en esta forma, los elementos del contrato. (Osterling, F. p1).

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley”

b. Principio de Obligatoriedad

c. Principio de la relatividad del contrato

2.4.2.3. Principios que limitan libertad de determinación de remuneraciones

a. El respeto al principio de igualdad y no discriminación

Los principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación-inspirando sus contenidos-, interpretación y aplicación-integrando lagunas-“ (Plá Rodriguez, citado por Toyama 2011. p 28)

La constitución de 1993 ha recogido los fundamentales principios que estaban incorporados en el texto de la precedente Constitución, sin embargo hay algunos cambios importantes.

Primero, veamos el principio de no discriminación que supone, siguiendo la consabida expresión “tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias”. En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26° de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato, al señalar que, en toda relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue adecuadamente la igualdad ante la ley (artículo 2,2) de la igualdad de trato, apreciándose un tratamiento más adecuado y claro que lo previsto en la Constitución de 1979.

Para Toyama (2011), “El principio de igualdad se aplica desde la etapa de la oferta del empleo hasta el término de la relación laboral, estableciéndose la nulidad de aquellos actos del empleador que carezcan de motivaciones objetivas y razonables” p. 28.

La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es el principio diseñado para alcanzar la “equidad salarial”. La equidad salarial se refiere a una remuneración justa. Sin embargo, estos dos términos a menudo se emplean indistintamente. La equidad salarial implica asegurarse de que:

- Los trabajos iguales o similares se remuneren igual; y
- Los trabajos que no son iguales, pero que tienen igual valor, se remuneren igual.

No obstante conforme se indica en jurisprudencia citada en esta investigación, se ha determinado que este principio derecho, al igual que otros no es absoluto; por cuanto cuando una diferencia remunerativa se sustente en criterios objetivos válidos; dicha discriminación no estará vulnerando el derecho de igualdad y no discriminación laboral. Para ello es necesario señalar los criterios válidos que pueden sustentar las decisiones del empleador; los mismos que hemos señalado previamente en la investigación.

2.4.3. SUB CAPÍTULO III: Análisis de normativa y jurisprudencia

En este capítulo se identificará primero la normativa base para el desarrollo de la investigación, y se verificará la relación de ambas variables de estudio a través del análisis de jurisprudencia idónea para la investigación. Los principios laborales de igualdad y no discriminación se confrontarán con los criterios para la determinación de remuneraciones, a través de casos en análisis resueltos por nuestros Magistrados.

2.4.3.1. Legislación vigente

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

La remuneración constituye un derecho humano de segunda generación o denominado también derecho social. Su reconocimiento como derecho humano se encuentra en el artículo 23, el cual señala lo siguiente:

“2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabajo tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualquiera otros medios de protección social”.

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 7 establece que: "*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:*

I) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.

II) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto".

c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Establece en su artículo XIV respecto al derecho a la remuneración: "*Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*"

d) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia laboral de derechos económicos Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"

Señala las siguientes garantías del derecho a la remuneración en el artículo 7: *"Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus*

familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción".

e) **Constitución Política del Perú**

Artículo 23: (…) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 24: El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del Trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

Artículo 26: Principios (…) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (…)

f) **Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su reglamento**

Artículo 4: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"

Artículo 6 de LPCL y 10 de su Reglamento: Constituye remuneración para todo efecto legal, con excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas, el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

Artículo 7: No serán considerados remuneración para ningún efecto legal los beneficios listados en los Artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), con excepción del Impuesto a la Renta de quinta categoría.

g) **Ley N° 30364**

Fuera del ámbito laboral, la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; regula la violencia económica o patrimonial sancionable penalmente “Cuando se perciba un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”. Ello indica que los trabajadores podrán recurrir además por la vía penal, interponiendo una denuncia por discriminación en el trabajo, lo que conlleva una sanción de hasta 03 años de cárcel; en tal sentido los gerentes de las empresas que establezcan remuneraciones diferentes a trabajadores que realizan la misma labor, sin un fundamento que los justifique, como antigüedad en el cargo, estudios, experiencia y otros, podrán ser denunciados penalmente.

Para evitar ello es recomendable que las empresas establezcan políticas salariales objetivas sobre la base de la antigüedad en el cargo, experiencia profesional, estudios o criterios similares. Caso contrario, si se determina un mayor sueldo para trabajadores que realizan igual labor, por simpatías o simple decisión del gerente, este podrá ser denunciados penalmente, siendo el delito aplicable el de discriminación.

El trabajador que desee aperturar un proceso puede acudir al Ministerio de Trabajo o a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil); de esta manera el trabajador logrará que un inspector constate si existe o no discriminación en su remuneración comparada con otro trabajador. Pudiendo demandar la homologación en el cargo, el cese de hostilidad, el pago de una indemnización; o como ya mencionamos la sanción penal contra el gerente.

h) Ley del Servicio Civil N° 30057

A fin de orientar los criterios para el respeto del principio de igualdad y equidad en el establecimiento de una diferencia remunerativa no arbitraria, el artículo 30.b, reconoce como principio de la compensación (remuneración) a la equidad, entendida como un reconocimiento: "Al trabajo desempeñado en puestos similares pero en condiciones diferentes de exigencia, responsabilidad o complejidad le corresponde diferente compensación

económica y al trabajo desempeñado en puestos y condiciones similares le corresponde similar compensación económica".

2.4.3.2. Proceso de homologación

Pacorí, J. (2012) precisa que: no basta con pedir la nivelación u homologación de remuneraciones sino que se deben de seguir los siguientes criterios para acceder a ella:

1. Establecer desde cuando el trabajador afectado desarrolla las funciones que viene desempeñando.
2. Establecer si el trabajador con el que se compara el trabajador afectado resulta un parámetro válido para realizar algún punto comparativo con el trabajador afectado.
3. Establecer si se ha demostrado algún supuesto de discriminación salarial que indica el trabajador afectado, explicando lo siguiente:
   a) Parámetros objetivos: a) cargo; b) funciones; y, c) responsabilidades.
   b) Parámetros subjetivos: a) tiempo de servicios; b) experiencia profesional; y, c) nivel académico.

En la sentencia que recae en el expediente N° 4922-2007-PA/TC sobre la demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Nacional de SUNAT/SUNAD que, debido a la fusión de ambas entidades, se exigía la homologación de la remuneración de los trabajadores de la SUNAD con los trabajadores de SUNAT de igual nivel y categoría, argumentando una vulneración al derecho de igualdad, puesto que solo se homologó las remuneraciones del personal de alta dirección. Al respecto el fundamento 16 de la mencionada sentencia, preciso que:

Ello significa que no se ha contemplado una justificación objetiva y razonable para el tratamiento diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la misma entidad emplazada, no obstante tratarse de una misma institución. Por consiguiente, dicha omisión de la demandada al no homologar

las remuneraciones resulta ser discriminatoria e irrazonable. Por tanto, se colige que en el presente caso se vulnera el derecho a la igualdad de los demandantes para percibir una remuneración por igual labor y por igual categoría que la que perciben los trabajadores originarios de le entidad emplazada

Por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema, al resolver la Casación Laboral N° 16927-2013-Lima afirmo que:

Para constatar si efectivamente existe discriminación salarial se tienen que evaluar, entre otros aspectos: i) la empresa proveniente; ii) la trayectoria laboral; iii) las funciones realizadas; iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso; v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional; vi) la responsabilidad atribuida; y vii) la experiencia y el bagaje profesional. La Corte enfatizó que no era suficiente que solo algunos de estos supuestos no coincidan para determinar la homologación salarial, sino además que tal diferencia exceda la razonabilidad en la toma de decisiones.

Aunque el empleador está facultado para diferenciar el pago de remuneraciones entre sus trabajadores, en virtud de su libertad de contratación, dicha diferencia debe basarse en factores legítimos, razonables y objetivos, argumentó la Suprema. Y, en la medida en que esto no fue refutado, por la falta de motivación de la Sala Superior, al omitir una fundamentación suficiente sobre la existencia de discriminación salarial, la Corte declaró fundando el recurso de casación anulando la sentencia de vista. La Ley (2015)

En el presente proceso, pese a que la sentencia de primera y segunda instancia le dieron la razón al trabajador a quien le habrían pagado una remuneración distinta a la de su par por realizar las mismas funciones, desempeñando el mismo cargo, al no haber establecido adecuadamente la justificación que le daría la opinión favorable al trabajador demandante, la Sala de Derecho Constitucional declaró fundado el recurso de casación presentado por Telefónica del Perú.

2.4.3.2.1. Análisis de sentencias sobre homologación de remuneraciones

CASACIÓN LABORAL N° 20121-2016 LIMA, sobre Homologación de Remuneraciones; proceso interpuesto por el Sr. Miguel Angel Li Cruz Ku; tramitado ante la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El artículo 2° de nuestra Constitución Política, en su numeral 2) señala que todas las personas deben ser tratadas de igual forma, sin diferenciarlas por cualquier motivo; ello se consagra como el Principio o Derecho de Igualdad; el mismo que es tomado como base en los procesos judiciales sobre homologación de remuneraciones. No obstante conforme conocemos, en nuestra esfera legal incluso los derechos constitucionales no son absolutos; permitiéndose en algunos casos como el laboral, la existencia de discriminación en la determinación de remuneraciones, considerando que todos los tipos de discriminación no vulneran el principio de igualdad, pues hay diferenciaciones fundadas en criterios válidos para nuestros operadores del derecho, y hay que aprender a diferenciarlas de aquellos actos desmedidos en los que el empleador justificado en su discrecionalidad vulnera derechos fundamentales. Esta jurisprudencia básicamente se encarga de ello, de enseñarnos a diferenciar cuales son los criterios en los que se puede basar cualquier diferencia remunerativa; los actos realizados fuera de dichos criterios objetivos justificantes serán tratados como vulneración del derecho de igualdad

En la Casación Laboral N° 21121-2016, se definen pautas claves para la procedencia de los procesos de homologación, y como reconocer cuando una discriminación salarial se convierte en un elemento vulnerador del principio derecho de igualdad y no discriminación, y cuando es simplemente una diferenciación permitida y sustentada. Dicho proceso es interpuesto por el Sr. Miguel Ángel Li Cruz Ku, que labora en la empresa Telefónica del Perú S.A.A, solicitando se homologue su remuneración con la que perciben sus compañeros Rubén Cortez y César Mercado. Los tres tenían el cargo de supervisor sin embargo sus remuneraciones eran diferentes.

Para iniciar los argumentos principales para resolver este caso la Corte Suprema fija su considerando décimo primero *(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que* ***no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato carezca de una justificación objetiva y razonable****. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables*.

En el considerando décimo quinto señaló lo siguiente:

Al respecto, este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales

de las personas. De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los ***principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en una misma condición****; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende vulnerara el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación,* ***siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello*****.**

El considerando décimo sétimo señala:

En el caso de autos (…) figura la trayectoria laboral del demandante y de sus homólogos propuestos los señores Rubén Richarte Cortez y César Roberto Mercado Gálvez, donde se advierte que existe una diferenciación objetiva respecto de su progresión en la carrera dentro de la empresa emplazada; tal es así que los homólogos se han desempeñado desde mil novecientos noventa y nueve como Supervisores (fecha en que fueron nombrados en dicho cargo); sin embargo, el demandante fue nombrado como supervisor recién en el dos mil cinco; por lo que la diferencia laboral existente entre el actor y los homólogos propuestos se basan en la trayectoria laboral pues como se advierte los homólogos tienen mayor experiencia laboral en el cargo de supervisor que el demandante, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede considerarse ***discriminatoria****, por estar basada en factores objetivos diferentes demostrados en el proceso y que no han sido desvirtuados por la parte actora (…) Fundado el recurso de casación (…).*

En el presente caso se determina fácilmente que si bien el demandante y sus referentes de homologación ostentaban el mismo cargo, se diferenciaba la remuneración entre ellos considerando la trayectoria laboral y el tiempo de servicios

en la empresa, verificándose la existencia de una diferencia objetiva, no habiendo en el caso puntual vulneración al principio de igualdad.

En referencia a lo observado en la presente Casación, ya existe jurisprudencia anterior, tal como la Casación N° 208-2005 Pasco, que sienta como precedente de observancia obligatoria los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar si se trata de discriminaciones permitidas o de aquellas que vulneran y lesionan derechos. Los criterios son los siguientes:

i) La procedencia del demandante y del homólogo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones.

ii) La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo propuesto y el demandante.

iii) La antigüedad laboral en la empresa.

iv) Las labores realizadas por el demandante y el homólogo propuesto.

v) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homólogo propuesto; entre otros que se puedan considerar necesarios y razonables.

Estableciéndose así cuáles son los diversos parámetros objetivos de comparación que deben analizarse en la resolución de este tipo de controversia.

Luego, con posterioridad a este precedente, la Corte Suprema de la República, en diversos pronunciamientos, reiteró que para esta clase de controversias necesariamente deben merituarse los parámetros de comparación establecidos en este precedente, como por ejemplo en la **Cas. Lab. N° 16927-2013, Lima**, **Casación N° 3159-2010, Junín**, y **Casación N° 3164-2010, Junín**.

Según Legis.pe “La diferencia remunerativa entre un trabajador demandante y un homólogo, que se base en los siguientes factores objetivos de diferenciación: **i)** empresa proveniente, **ii)** trayectoria laboral, **iii)** funciones realizadas, **iv)** antigüedad en el cargo y fecha de ingreso, **v)** nivel académico alcanzado y capacitación profesional, **vi)**responsabilidad atribuida, **vii)** experiencia y bagaje profesional; no puede constituir un acto de discriminación o de vulneración del principio de igualdad, porque estaría esta diferencia justificada en cuestiones objetivas válidas de diferenciación”.

Conforme reitera la jurisprudencia citada, la existencia de una diferencia remunerativa no supone automáticamente la existencia de desigualdad, ya que para que esta exista no deben concurrir las causas o criterios objetivos señalados que justifiquen dicha diferencia. Hay que saber diferenciar cuando se trata de una diferenciación justificada y cuando no; en ese punto es que debemos educar al empleador sobre el ejercicio de sus potestades impidiéndole ejercerlas con abuso de poder fuera de los parámetros legales y establecer herramientas que estandaricen las remuneraciones en el sector público, permitiendo diferenciación previa sustentación de criterios que determinen su procedibilidad.

III. Materiales y métodos

3.1. Tipo y diseño de la investigación

La investigación será de tipo teórica, pues está dirigida a analizar información ya existente referente a la aplicación de los criterios para la determinación de una diferencia remunerativa, así como de la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación laboral, con decisiones arbitrarias del empleador. Asimismo analizaremos sentencias sobre Procesos de Homologación de remuneraciones, a fin de conocer los criterios aplicados por nuestras autoridades en la resolución de conflictos de dicho tipo. No

obstante si se culminará con una propuesta, que esperamos pueda ser aplicada y medida en otra investigación

Según el Consejo Nacional de la Universidad Peruana, (CONUP), la investigación teórica, pura o básica es: “la que está dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en unos casos en correcciones, y en otros en perfeccionamiento de los conocimientos, pero siempre con un fin eminentemente perfectible de ellos”. El presente trabajo contribuirá por tanto a la teoría, así como a la práctica, y servirá de referencia para próximos trabajos de investigación.

El diseño de investigación será no experimental de corte transversal, de nivel descriptivo-explicativo; respondiendo a la pregunta ¿cómo es la realidad que es objeto de investigación o de estudio? y ¿Por qué?, es decir, por qué es así la realidad objeto de investigación.

3.2. Variables, operacionalización:

a) **Variable dependiente (X):** Principio de igualdad y no discriminación laboral

Sufrirá cambios ante la manipulación de la variable independiente.

b) **Variable independiente (Y):** Criterios para la determinación de remuneraciones

El manejo de esta variable producirá variaciones en la variable dependiente, que permitirán la probanza de la hipótesis planteada. En tal sentido la aplicación reglamentada y fiscalizada de los criterios de determinación de remuneraciones ante una diferencia remunerativa, permitirán asegurar el respeto de los principios de igualdad y no discriminación laboral.

Variables	Dimensiones	Indicadores	Técnica e instrumento de recolección de datos
X= Principio de igualdad y no discriminación laboral Y= Criterios de determinación de remuneraciones	X1= Igualdad X2=No discriminación Y1= Remuneración Y2= Criterios subjetivos Y3=Criterios objetivos	X1.1=Origen y evolución X1.2=Contenido y definición X1.3=Aplicación, situaciones X1.4=Vulneración y medios de protección X2.1=Origen y contenido X2.2= Contenido y definición X2.3= Aplicación, situaciones X2.4= Vulneración y medios de protección Y1.1= Origen y evolución Y1.2= Contenido y definición Y1.3= Determinación, discrecionalidad del empleador Y1.4=Regulación, jurisprudencia, procesos Y2.1= Descripción Y2.2=Factores Y2.3= Aplicación Y2.4= Monitoreo Y3.1= Descripción Y3.2= Factores Y3.3=Aplicación Y3.4= Monitoreo	Técnicas: Encuesta Entrevista Revisión documental, Revisión bibliográfica Instrumentos: Cuestionario Ficha de entrevista Ficha bibliográfica y registro de datos.

3.3. Población y Muestra

a) Población:

La presente investigación comprende una población compuesta por la Comunidad Jurídica, integrada por abogados laboralistas, docentes de derecho laboral, Jueces Laborales y Economistas, Administradores o Contadores responsables de la nómina de las empresas; y los Gerentes o miembros del Directorio con poder de decisión en determinación de remuneraciones.

De acuerdo al Ilustre Colegio de Abogados, existen una población de 8000 abogados; del mismo modo de acuerdo al área de imagen institucional de la Corte Superior de Lambayeque existen 40 Jueces; según el portal oficial del Ministerio de la Producción, en la Región Lambayeque contamos con 53,762 empresas formales, de las cuales 52,003 son micro empresas, 1579 pequeñas empresas, 52 medianas empresas y 128 grandes empresas (en esta investigación abarcaremos a los responsables de determinación de remuneración de medianas y grandes empresas); y según el portal de las distintas Universidades de la Región Lambayeque se ha computado un total de 15 docentes en materia Laboral. En suma **el universo poblacional está compuesto 8235 unidades**.

Tabla 1.1:

Informantes	Población	Distribución Porcentual
Jueces	40	0.48
Abogados	8000	97.14
Docentes	15	0.18
Empresarios o responsables de nómina	180	2.18
TOTAL	**8235**	**100%**

FUENTE: Propia del investigador, junio 2017

b) Muestra:

Considerando el carácter privado de la información a recabar, recurriremos a la **aplicación del muestreo no probabilístico**; en el cual se selecciona a los sujetos participantes en la investigación como informantes, siguiendo criterios de selección.

Dentro del tipo de muestreo no probabilístico, para seleccionar a los participantes se aplicó el **muestreo por conveniencia**, seleccionado directa e intencionalmente a los informantes, considerando la facilidad de acceso que se tiene con cada uno; procurando generar una muestra representativa y confiable para el resultado de la investigación. En el caso de los informantes con labor especializada (jueces, abogados, etc) se aplicó el **método Bola de Nieve**, por el cual se localizó o contactó a uno, el cual nos derivó o condujo a otro y así hasta conseguir una muestra suficiente.

La muestra determinada para esta Investigación se distribuyó de la siguiente manera:

Tabla 1.2:

INFORMANTES	MUESTRA	%
Gerentes o encargados de nómina	25	25.0
Abogados Laboralistas	22	22.0
Jueces Laborales	3	3.0
Docentes de Derecho Laboral	10	10.0
Trabajadores	40	40.0
TOTAL	**100**	**100%**
***FUENTE: Pr**opia del investigador, junio 2017*		

Que, en este tipo de muestreo no se requiere de fórmula muestral, por cuanto es un método no probabilístico. La forma de selección de la muestra se ha realizado bajo

el método de bola de nieve y por conveniencia según lo indicado en la explicación previa. Asimismo no se puede determinar un margen de error o intervalo de confianza; no obstante la selección de individuo se realiza de acuerdo a la labor especializada y con criterio de conocimiento y selectividad, no generando un sesgo en la confiabilidad de la investigación.

3.4. Técnicas e instrumentos para la recolección de datos

En esta investigación se aplicarán las siguientes técnicas de recojo de información:

a) **La técnica del análisis documental:** Utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos oficiales e internet. Asimismo analizaremos los expedientes del Tribunal Constitucional sobre Procesos de Homologación de remuneraciones de los años 2012-2017.

b) **La técnica de la encuesta:** Utilizando como instrumento un cuestionario.

c) **La técnica de la Entrevista:** Utilizando como instrumento una Guía de Entrevista, la misma que será dirigida a Gerentes o miembros de Directorio de empresas, con poder de decisión en temas de remuneraciones. Asimismo se dirigirá la entrevista a funcionarios de la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo a fin de conocer la viabilidad de nuestra propuesta.

3.4.1. Validez y confiabilidad de los instrumentos.

Los instrumentos se someterán a la validación de 03 profesionales expertos en la materia, a fin de asegurar su validez y confiabilidad.

3.5. Métodos de análisis de datos

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos serán procesados con programas computarizados, como Excel o SPSS; de modo que los promedios o sumas puedan ser presentados en forma de figuras, gráficos, cuadros o resúmenes.

3.6. Aspectos éticos

Nuestros informantes, a quienes se les aplicarán los instrumentos de medición tendrán pleno conocimiento de los fines y objetivos de la presente investigación; asimismo los instrumentos serán anónimos, no revelándose el nombre de los participantes.

Con respecto a la aplicación de la técnica de entrevista, contaremos previamente con la autorización expresa de los participantes.

En referencia a las sentencias a analizar; las mismas son de conocimiento y uso público, extraídas de portales oficiales. No se alterará su contenido, solo se limitará a hacer un análisis académico, vertiendo opiniones técnicas y personales al respecto.

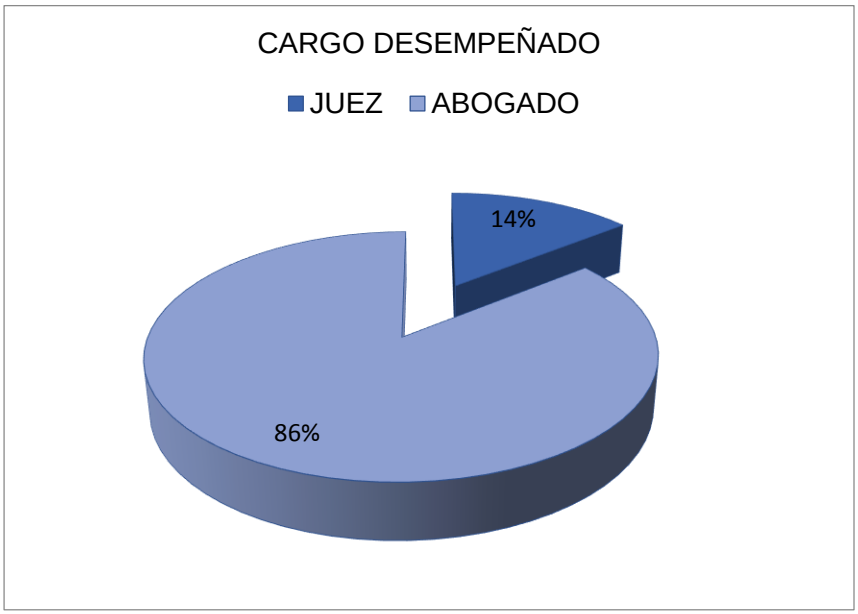
IV. RESULTADOS

Para la comprobación de la hipótesis planteada, se elaboraron 03 cuestionarios, a ser aplicados entre los miembros de la comunidad jurídica, sector empresarial privado y trabajadores asalariados del sector privado, quienes de forma anónima registraron sus resultados en los cuestionarios; los mismos que a continuación presentamos.

4.1. CUESTIONARIO N° 01 DIRIGIDO A JUECES Y ABOGADOS LABORALISTAS

El primer cuestionario se dirigió a 35 miembros de la comunidad jurídica, conformada por jueces y abogados laboralistas; con la finalidad de obtener un pronunciamiento técnico legal, que nos permita analizar la viabilidad de la propuesta presentada.

GRÁFICO N° 01

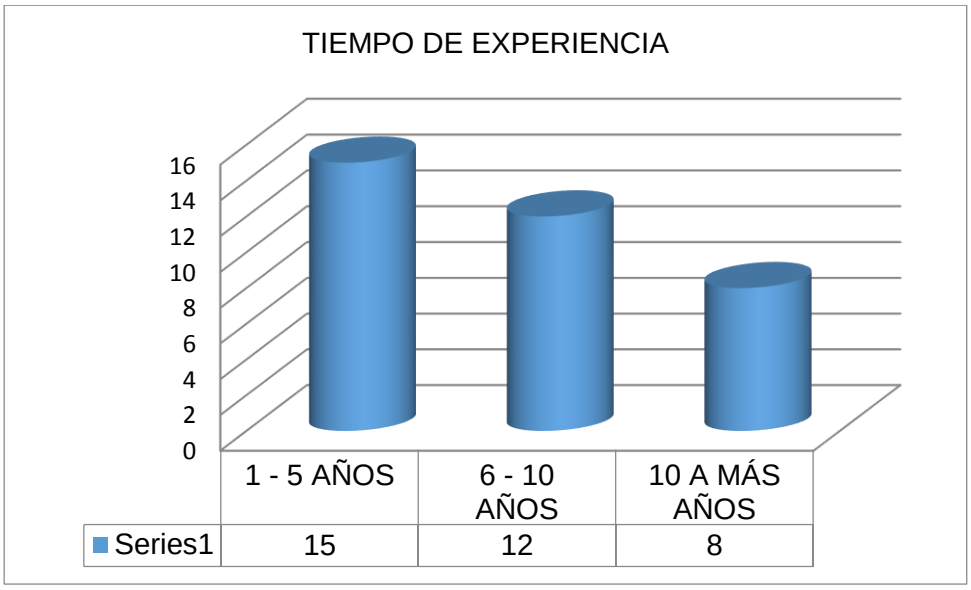


DESCRIPCIÓN:

Iniciamos el cuestionario obteniendo datos generales de nuestros informantes, y considerando que el primer cuestionario aplicado estaba dirigido a Jueces y Abogados, solicitamos precisar ello a los participantes.

El gráfico describe a nuestros informantes parte de la comunidad jurídica, que fueron un total de 35 personas encuestadas. En él se puede verificar la gran afluencia de abogados laboralistas, representando un 86% en un número de 30, y se contó con la información de 05 jueces laborales, representados en un 14%.

GRÁFICO N° 02

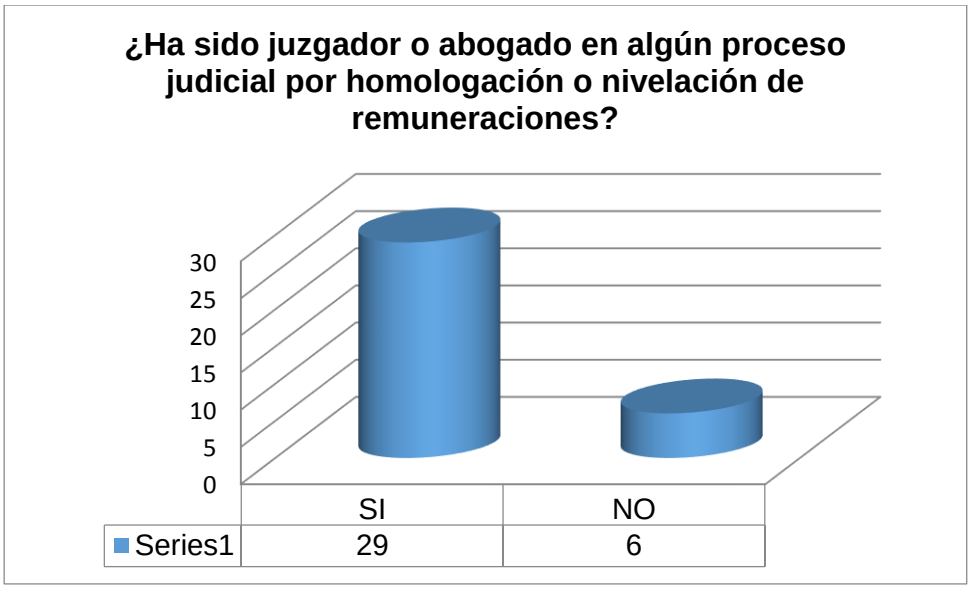


DESCRIPCIÓN:

Al consultar a nuestros informantes sobre el tiempo de experiencia en la labor jurídica realizada, obtuvimos 15 personas que poseen entre 1 a 5 años de experiencia, 12 entre 6 a 10 años de experiencia y solo 8 con más de 10 años en la labor. Los tres grupos son bastante parejos, lo cual nos permite obtener

información técnica tanto de abogados y jueces con mucha experiencia, así como de algunos que recién están iniciándose en la labor; lo cual diversifica las posiciones en cuanto a las tendencias jurídicas que siguen los tres grupos.

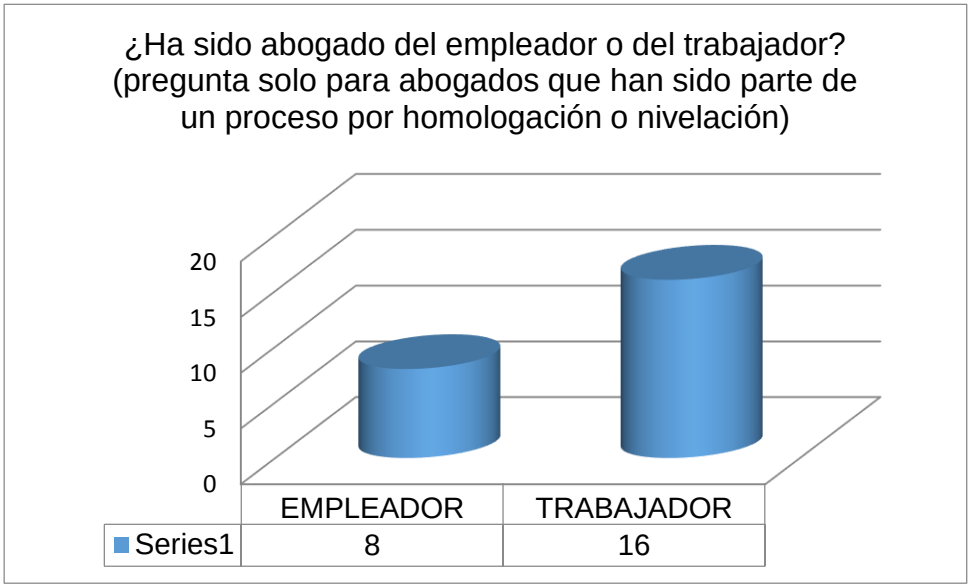
GRÁFICO N° 03



DESCRIPCIÓN:

Para ir sectorizando las posiciones dirigidas en base a la temática de la investigación, se les consultó a los informantes si habían sido parte de un proceso de homologación o nivelación de remuneraciones, en las posiciones de juez o abogado, a lo cual un total de 29 informantes indicaron que sí habían sido parte, siendo un buen número para obtener resultados válidos y sustentados.

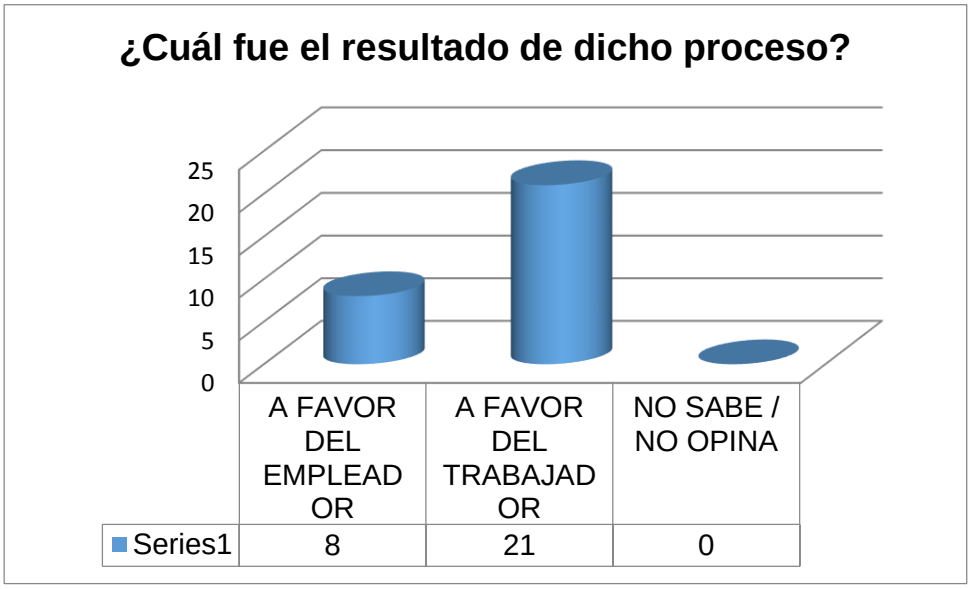
GRÁFICO N° 04



DESCRIPCIÓN:

En referencia a los abogados informantes que habían participado en un proceso de nivelación u homologación de remuneraciones que eran 24, nos interesaba conocer si habían sido defensores del trabajador o del empleador, a fin de ir marcando tendencias en base a las ideologías y/o teorías del derecho laboral que nuestros informantes manejan; considerando las posiciones casi contrarias que tienen la defensa del trabajador y la del empleador. Se pudo verificar que 16 informantes que representan más del 60% de encuestados ha sido abogado del trabajador y solo 8 asesores del empleador; ello nos permitirá conocer experiencias jurídicas de ambas partes.

GRÁFICO N° 05

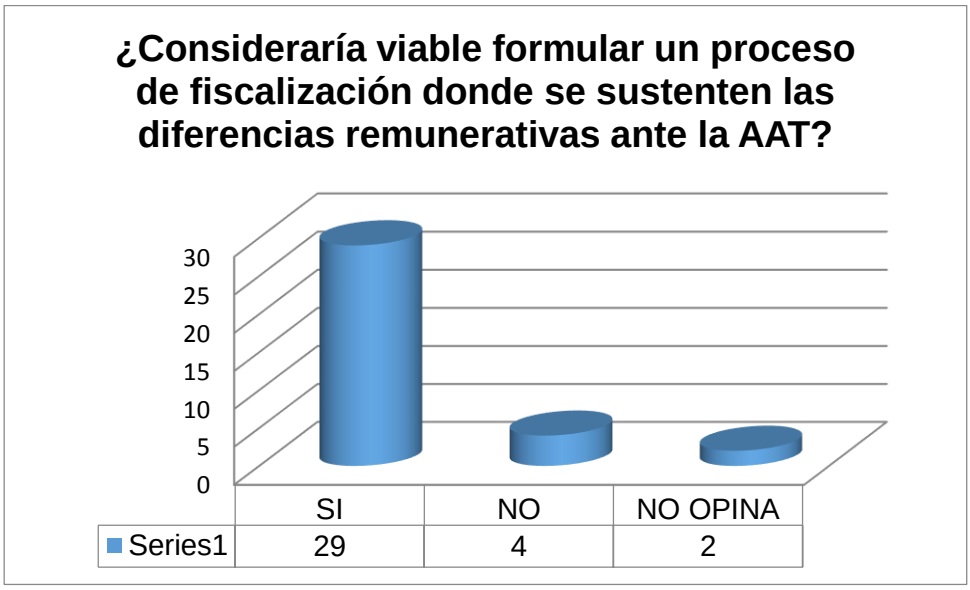


DESCRIPCIÓN:

Que, para conocer un poco más las tendencias de resolución de los tribunales locales, se consultó a los informantes el resultado de los procesos por homologación de remuneraciones en los que participaron, siendo 21 quienes contestaron que el proceso había culminado a favor del trabajador y 8 a favor del empleador; ello representa un poco la función protectora que dicho principio brinda al trabajador como pieza más débil en el vínculo laboral, siendo la tendencia jurídica en nuestra circunscripción aquella que beneficia al trabajador.

Que, además como pregunta abierta se consultó los criterios que se habían tomado en dicha sentencia, respondiendo la mayoría que la vulneración del principio de igualdad y no discriminación y la imposibilidad del empleador de probar la existencia de criterios válidos para la diferencia remunerativa, en el caso de los juicios ganados por los trabajadores; y en los procesos ganados por el empleador se fundaron en la existencia de criterios válidos para diferencias remunerativas, asimismo en otros casos que el trabajador no pudo indicar el referente exacto para homologarse.

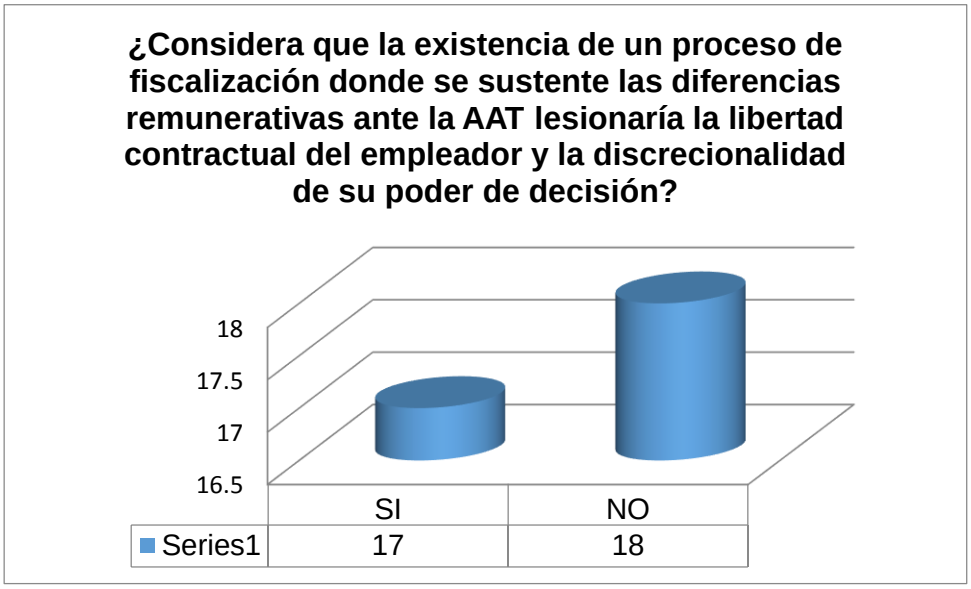
GRÁFICO N° 06



DESCRIPCIÓN:

Que, para ir sondeando la viabilidad y procedibilidad de la propuesta a la que se quiere llegar con esta investigación, se le consultó a la comunidad jurídica si consideraban viable formular un proceso de fiscalización donde se sustenten las diferencias remunerativas ante la Autoridad Administrativa del Trabajo (Gerencia Regional de Trabajo o SUNAFIL); obteniendo un respaldo de la mayoría de participantes, en un número de 29; siendo solo 4 informantes los que consideran no viable dicho proyecto, la mayoría de ellos indican que iría en contra de las libertades que posee el empleador, restándole su capacidad protagónica en la relación o vínculo laboral.

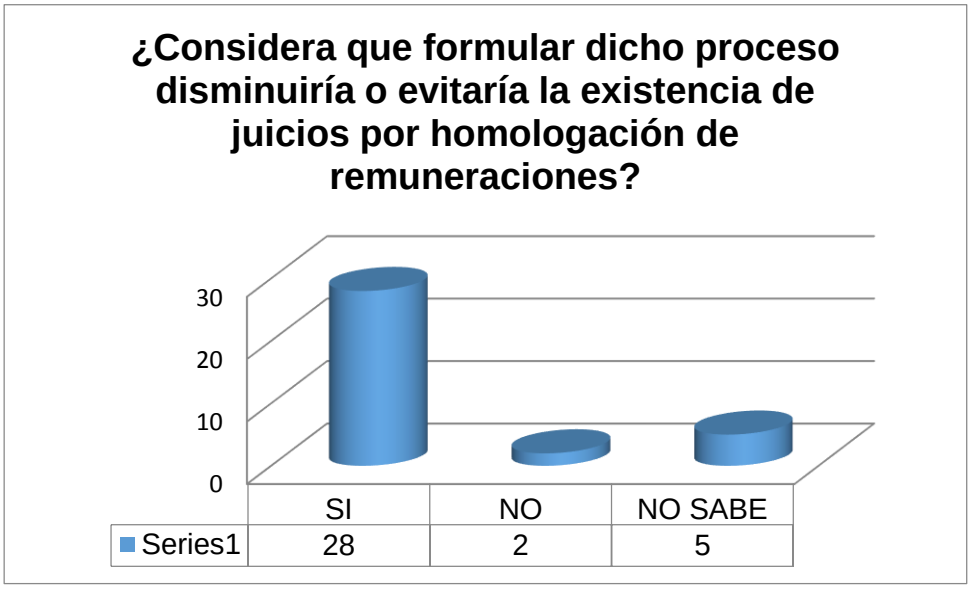
GRÁFICO N° 07



DESCRIPCIÓN:

En referencia a los argumentos obtenidos por parte de los informantes en la respuesta negativa en la pregunta anterior, realizamos una pregunta directa, señalando si consideran que la existencia del proceso de fiscalización mencionado lesionaría la libertad contractual del empleador y su discrecionalidad, se obtuvo una respuesta no muy clara, considerando la similitud de las posiciones, por cuanto 17 consideran que si se lesionaría la libertad del empleador y 18 consideran que no. Si bien es cierto el no tuvo mayor respaldo, es una cifra prácticamente igual, lo cual no indica que ni los mismos juzgadores y abogados tienen muy claro o definido el panorama en cuanto a si lo propuesto lesionaría libertades.

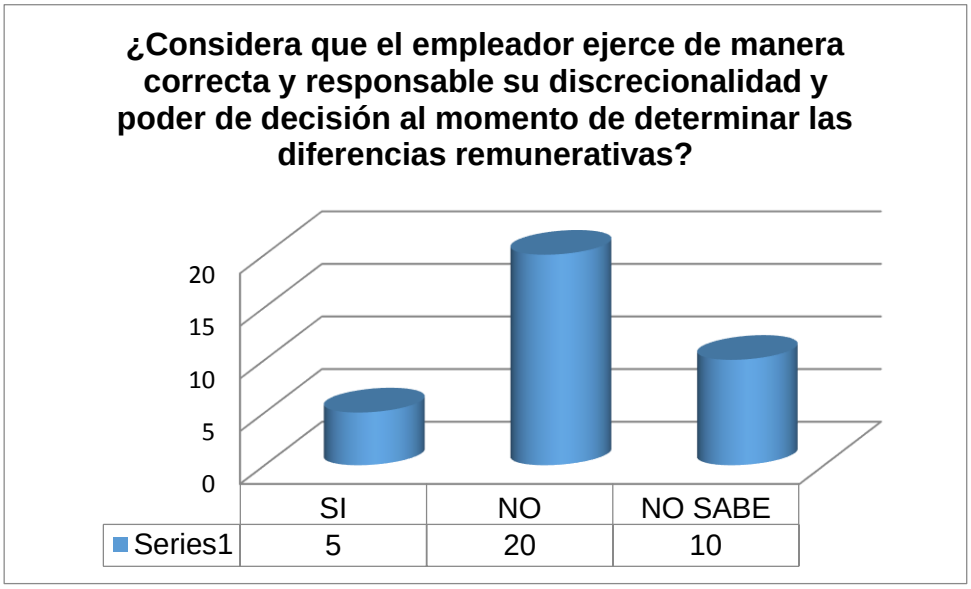
GRÁFICO N° 08



DESCRIPCIÓN:

En referencia a las consecuencias del formular dicha propuesta, se consultó en forma positiva en cuanto a uno de los beneficios que podría traer consigo. Se preguntó si establecer dicho proceso disminuiría la existencia de juicios por homologación, a lo cual 28 personas consideran que si; lo cual es a nuestro parecer evidente, por cuanto pasando por el proceso de fiscalización se verificaría la legalidad de la diferencia que el empleador desee aplicar en la determinación de remuneraciones de un empleador, lo cual sería conocido por los demás trabajadores, en referencia a los criterios tomados; ello devendría en inviables demandas por homologación de remuneraciones, las cuales de presentarse sería rechazadas liminarmente; sin duda reduciría la existencia de dichos procesos en beneficio de la carga procesal, reduciéndola en algún porcentaje.

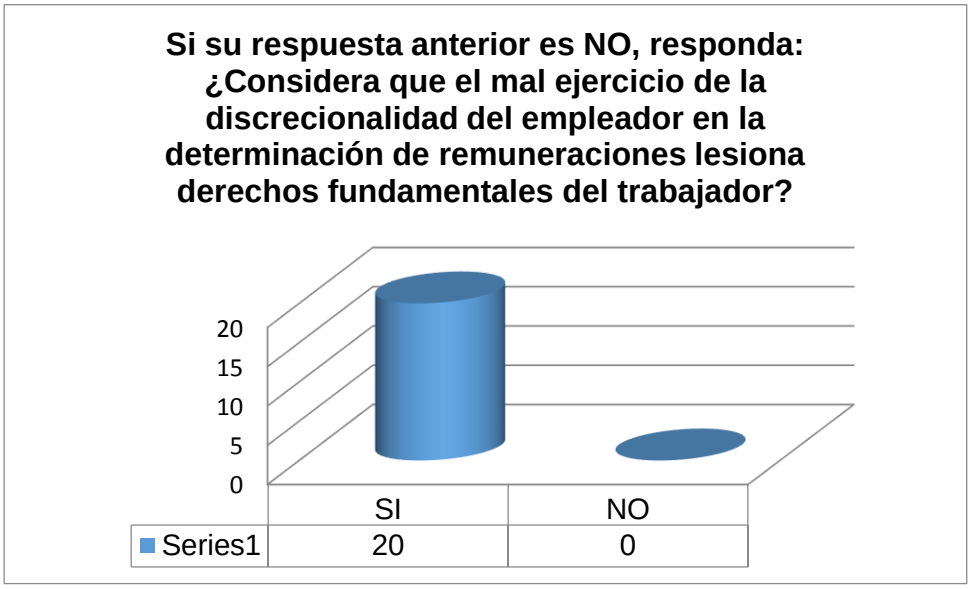
GRÁFICO N° 09



DESCRIPCIÓN:

Que, en una pregunta directa de opinión y experiencia, se le consultó a nuestros informantes si consideraban que el empleador ejercía de manera correcta y dentro de los parámetros legales su discrecionalidad remunerativa y poder de decisión al momento de determinar remuneraciones; siendo que 20 personas consideran que no lo ejerce de manera correcta y 10 indican no saber, no obstante un grupo de 5 personas nos indica que si se ejerce dentro de los límites legales, siendo casualmente el grupo de abogados de empresas que participaron en la encuesta, lo cual no refuerza la posición de que nos manejamos por tendencias en base a cargo de la parte en que estamos. Se necesita articular la respuesta con la de los otros sectores encuestados para conocer una posición más realista.

GRÁFICO N° 10



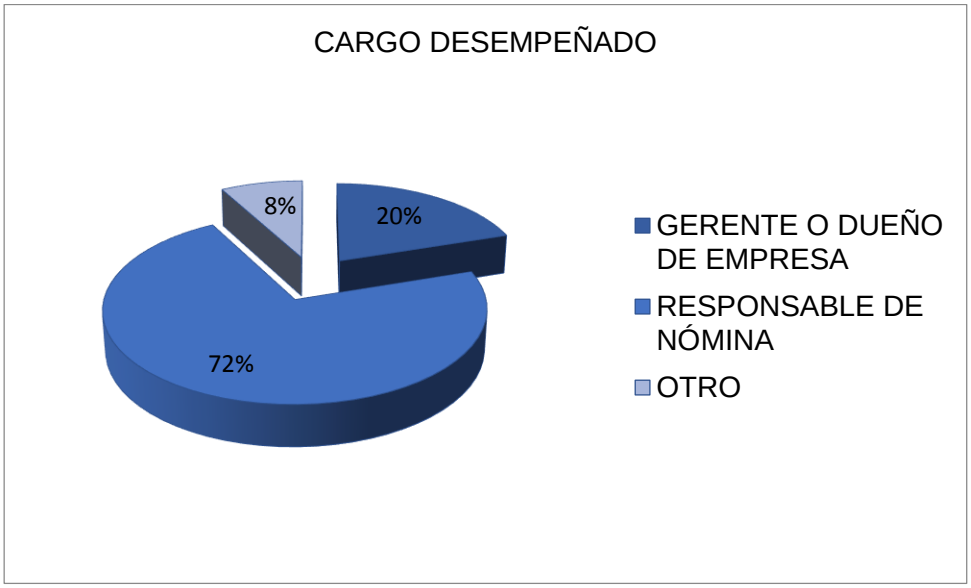
DESCRIPCIÓN:

Al grupo de personas que indicaron considerar que el empleador ejerce de manera incorrecta su discrecionalidad, se les consultó si consideran que ese mal ejercicio lesiona derechos fundamentales del trabajador, teniendo una respuesta contundente, como un 100% respaldando dicha posición representados en 20 participantes de la encuesta.

4.2. CUESTIONARIO N° 02 DIRIGIDO A RESPONSABLES DE NÓMINA Y DUEÑOS DE EMPRESAS PRIVADAS EN LA CIUDAD DE CHICLAYO.

Este segundo cuestionario se dirigió a 25 miembros de la comunidad jurídica, conformada por empresarios de la ciudad de Chiclayo; con la finalidad de obtener un pronunciamiento del empleador sobre como ejerce su discrecionalidad y poder de decisión, así como conocer el estado de su empresa en referencia a las remuneraciones de sus empleados y determinar si consideraría viable la ejecución de la propuesta.

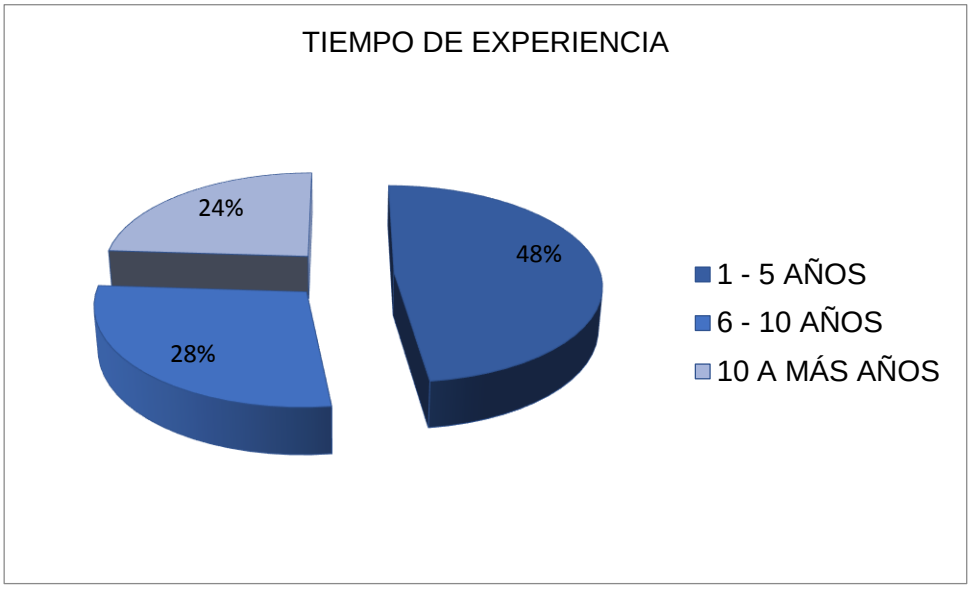
GRÁFICO N° 11



DESCRIPCIÓN:

Se inició el cuestionario conociendo si los profesionales encuestados eran los Gerentes o dueños de la empresa o los Responsables de nómina; ello con la finalidad de conocer el nivel de poder de decisión que poseen nuestros informantes. Un 72% indicó ser responsable de nómina, por cuanto conoce a la perfección la estructura remunerativa de la empresa, un sector importante dijo no tomar decisiones en cuanto a las remuneraciones. Un 20% corresponde a Gerentes o dueños de empresa, quienes conocen la estructura y a la vez tienen el poder de decisión general.

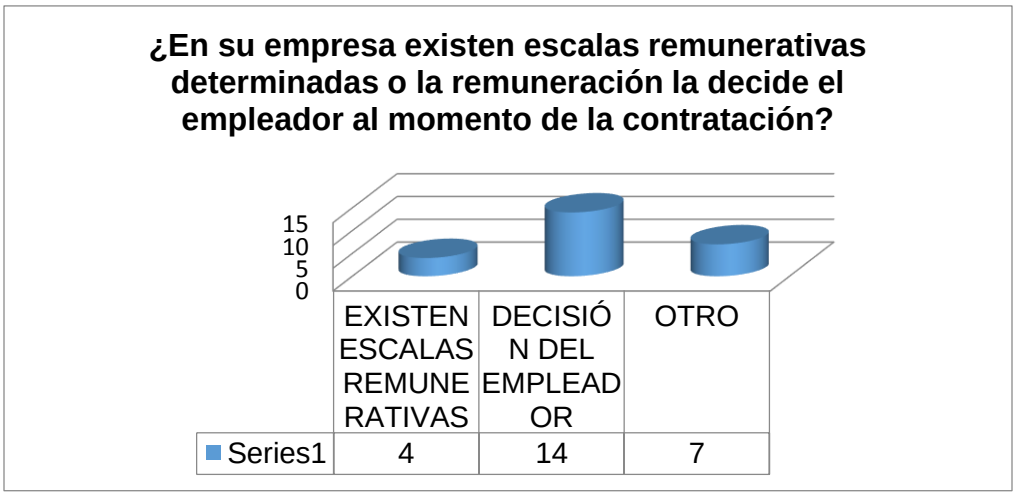
GRÁFICO N° 12



DESCRIPCIÓN:

En referencia al tiempo de experiencia en la labor, la mayoría 48% de nuestros informantes tiene entre 1 a 5 años en la empresa, un 28% posee entre 6 a 10 años de experiencia en la empresa y solo un 24% más de 10 años. Nos garantiza diversos grados de conocimiento de la información histórica de la empresa.

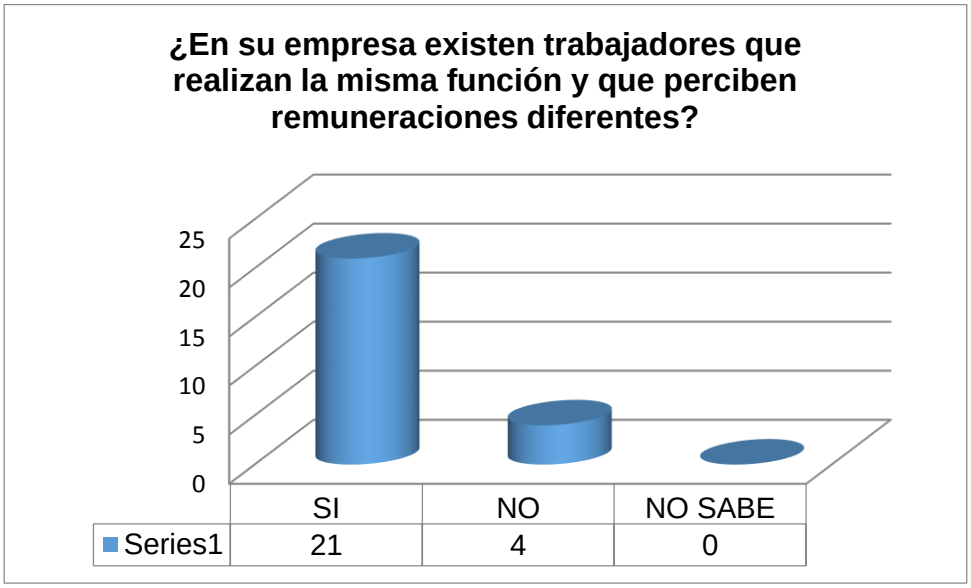
GRÁFICO N° 13



DESCRIPCIÓN:

La primera pregunta y aquella que nos daría un diagnóstico general de la empresa es conocer si sus remuneraciones se determinan según una escala determinada o si estas se sujetan a decisión del empleador u otros factores, lo que no daría mayor vulnerabilidad a existir diferencias o desigualdades. En referencia a nuestros informantes, la mayoría representados por 14 personas indicaron que en su empresa el monto de las remuneraciones depende de las decisiones del empleador, solo 4 indicaron contar con escalas remunerativas. 7 informantes indicaron que primaban otros factores, como por ejemplo la negociación que se realiza al momento de la contratación entre trabajador y empleador, lo que a nuestro parecer sigue siendo decisión del empleador, claro que bajo el poder de convencimiento del trabajador.

GRÁFICO N° 14

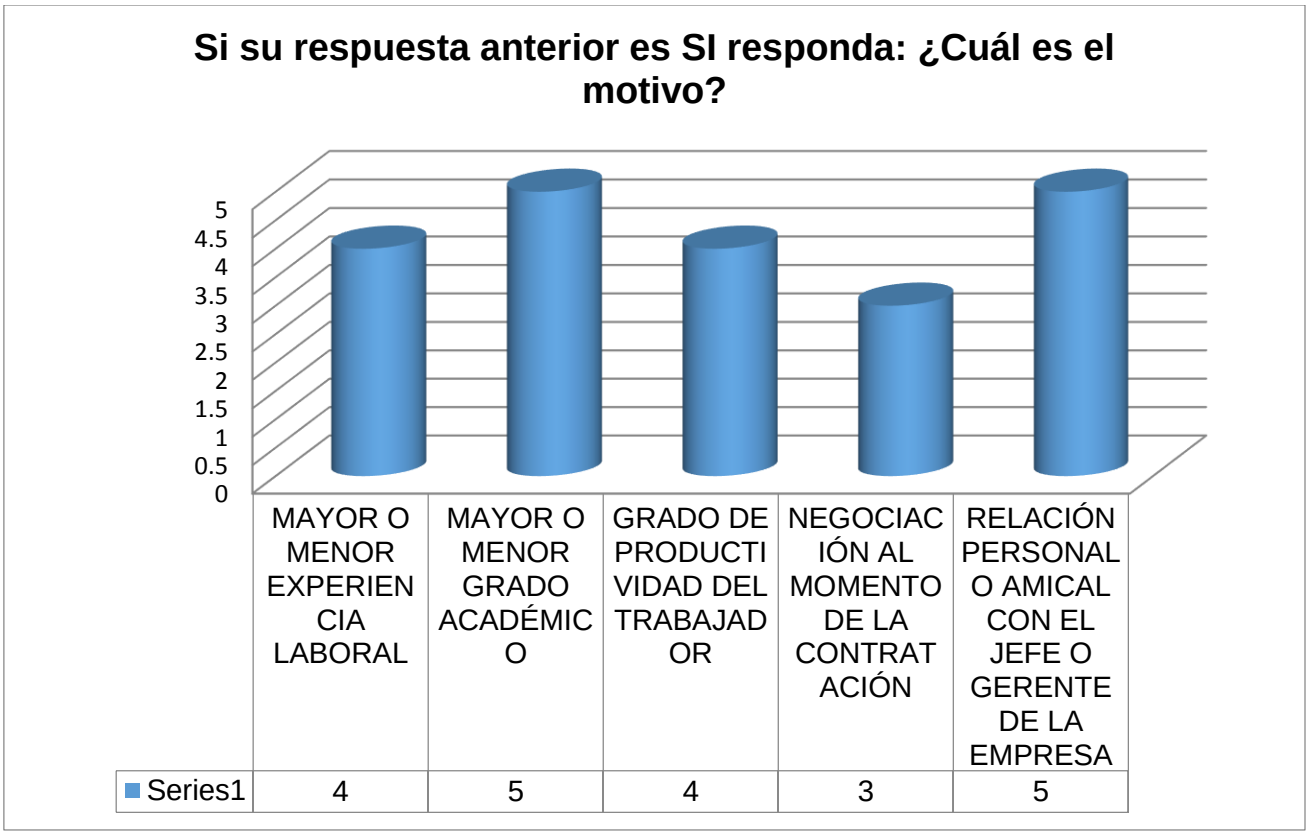


DESCRIPCIÓN:

Que, en base a la respuesta anterior, como indicamos era fácil de predecir la existencia de diferencias remunerativas, lo cual se confirmó con la presente pregunta. Se les consultó a los informantes si en su empresa existían trabajadores que realicen la misma función y que perciban diferentes remuneraciones, 21 nos

indicaron que sí, siendo la mayoría de informantes. Solo 4 indicaron que no existían diferencias, generalmente aquellos donde existen escalas determinadas.

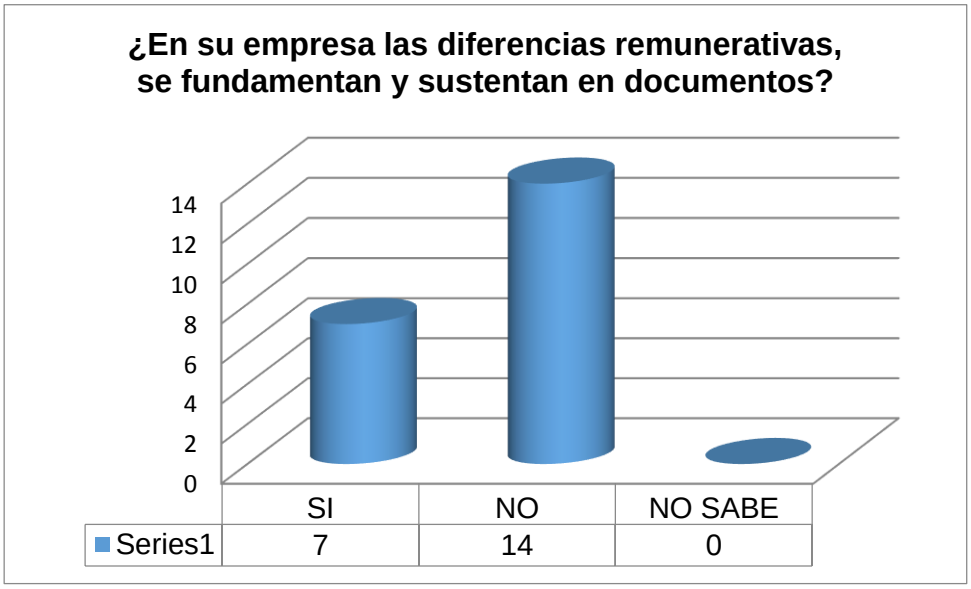
GRÁFICO N° 15



DESCRIPCIÓN:

Se les consultó a los informantes que respondieron que existían diferencias remunerativas en su empresa, cuál era el motivo o criterio en el que se sustentaba la diferencia. Ante ello tuvimos respuestas muy parejas, por ejemplo 5 indicaron que la relación personal o amical con el empleador determinaba mucho la remuneración percibida en base a la liberalidad del empleador, asimismo 5 personas también indicaron que el grado académico predominaba a la hora de determinar el monto, siendo un criterio objetivo sobre el que nos respondieron encuestados de empresas educativas. Asimismo 4 personas indicaron que la experiencia laboral y el grado de productividad también se consideraban como criterios.

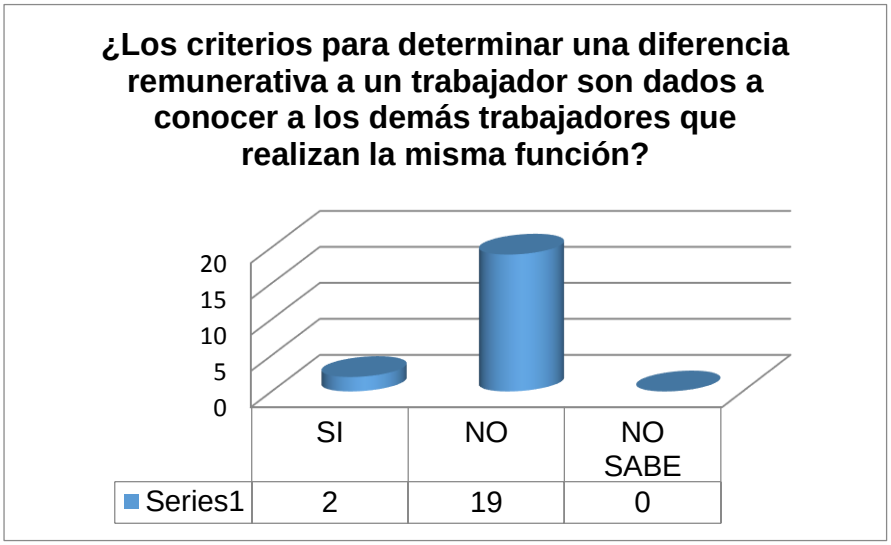
GRÁFICO N° 16



DESCRIPCIÓN:

Si bien en la los informantes nos habían indicado en su mayoría que en la determinación primaban criterios subjetivos, otra parte de ellos mencionaron criterios objetivos perfectamente comprobables; ante ello se les consultó si en su empresa dichas diferencias remunerativas se fundamentaban y sustentaban en documentos, ante ello 14 personas indicaron que no y solo 7 mencionaron que si se sustentaban dichas decisiones.

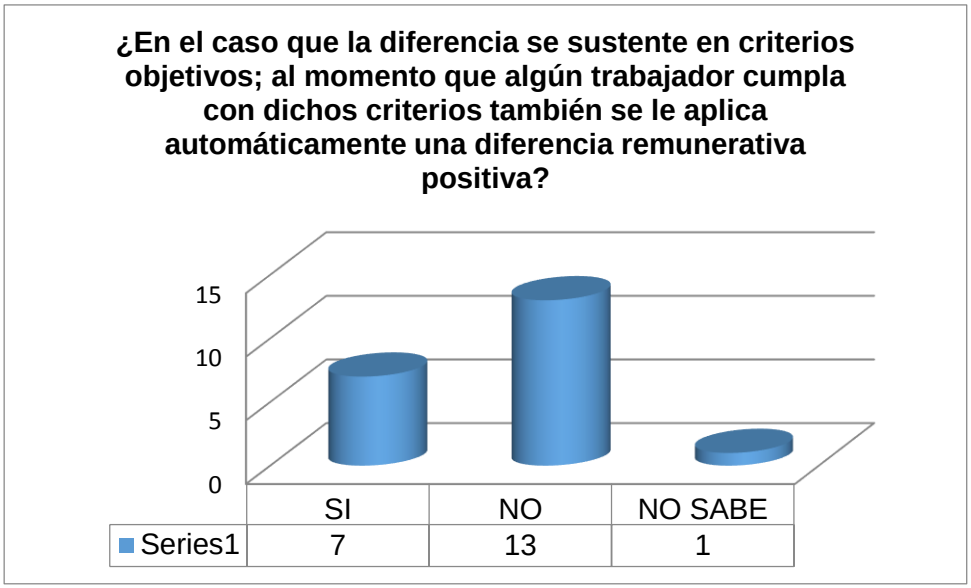
GRÁFICO N° 17



DESCRIPCIÓN:

Que, se les consultó a los informantes si los criterios para determinar las diferencias remunerativas en su empresa eran informadas a los demás trabajadores; ante esa pregunta 19 participantes nos indicaron que en su empresa no se dan a conocer abiertamente dichos criterios a los demás trabajadores, por considerarse parte de las facultades del empleador decidir el monto, no siendo necesario que lo justifique ante sus demás trabajadores. Solo 2 informantes indicaron que en su empresa si eran conocidos dichos criterios.

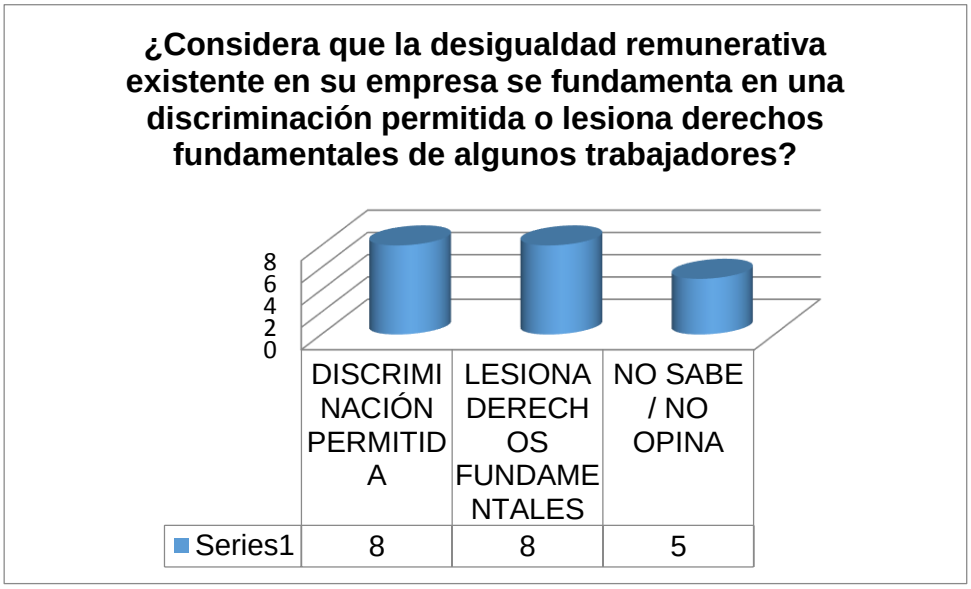
GRÁFICO N° 18



DESCRIPCIÓN:

Que, 13 de las personas encuestadas indicaron que en los casos que trabajadores alcancen o cumplan los requisitos objetivos por los que se les brindó una diferencia a otros trabajadores, ello no les permite acceder automáticamente a la misma remuneración, no obstante tienen casos en los que lo han solicitado vía judicial. Solo 7 indican que internamente se les permite acceder a los trabajadores a dicha remuneración si cumplen los criterios objetivos.

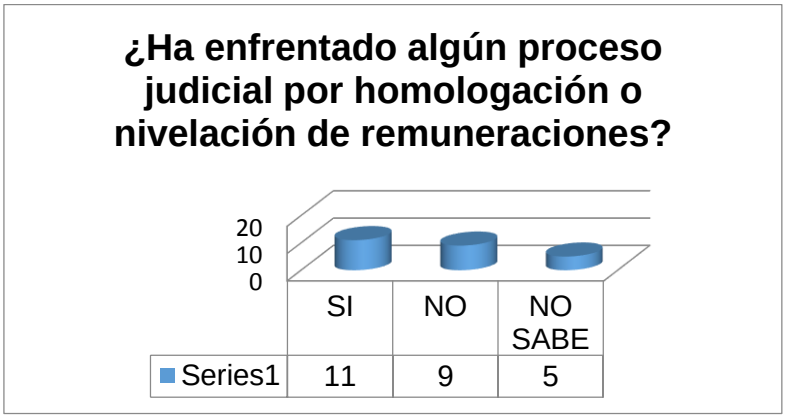
GRÁFICO N° 19



DESCRIPCIÓN:

Para conocer un poco más de la opinión analítica de nuestros informantes, fuera de su labor como Gerentes, Dueños o responsables de nómina en las empresas, se les consultó si ellos consideraban que la desigualdad remunerativa existente en su empresa lesionaba derechos fundamentales o era una discriminación permitida. Ante ello la respuesta es casi igual, lo cual indica que dicho sector no tiene muy claro si sus decisiones lesionan o no derechos. 08 informantes indican que sí y 08 indican que no, 05 de ellos prefirieron no opinar.

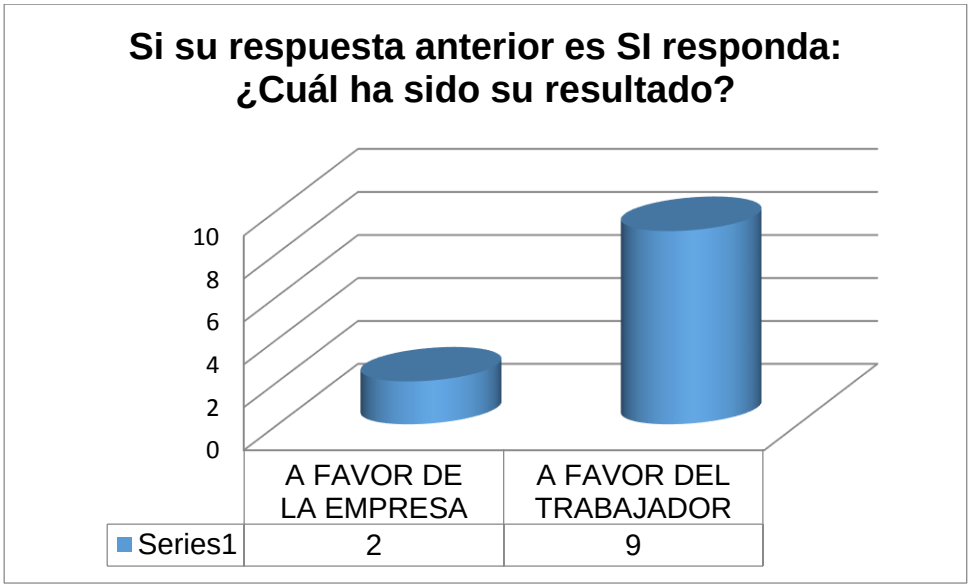
GRÁFICO N° 20



DESCRIPCIÓN:

Para conocer el estado legal de su empresa se les consultó a los informantes si habían enfrentado algún proceso judicial por homologación o nivelación de remuneraciones, siendo que la mayoría (11 personas) aceptó haber enfrentado un proceso, 09 indicaron que no y 5 debido al tiempo que llevan laborando indicaron no saber si anterior a su gestión hayan enfrentado dicho tipo de proceso.

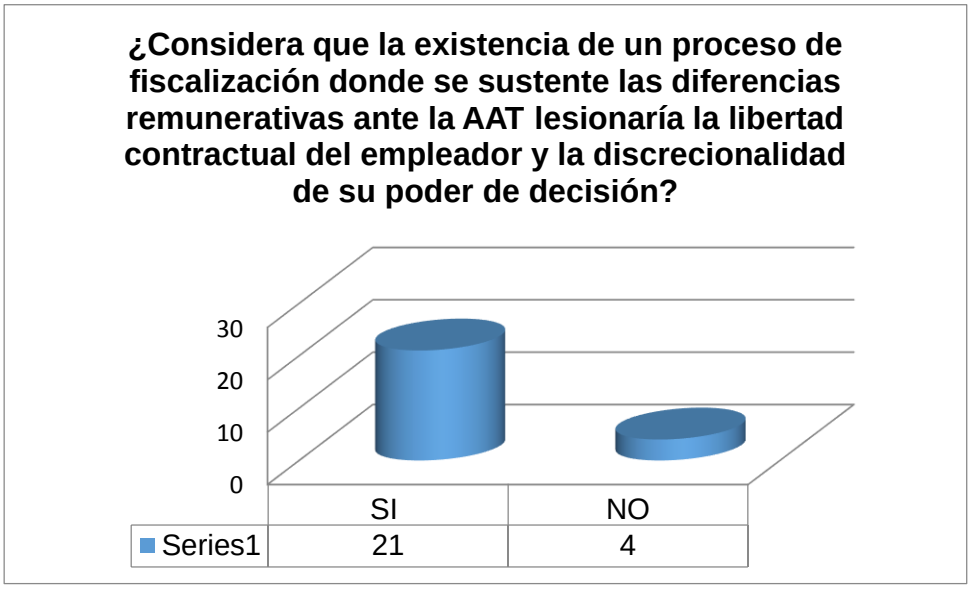
GRÁFICO N° 21



DESCRIPCIÓN:

De los informantes que indicaron haber enfrentado un proceso judicial por homologación o nivelación de remuneraciones, 9 señalaron que habían resultado vencidos, siendo la sentencia a favor del trabajador. Solo 2 indicaron haber tenido la razón en juicio.

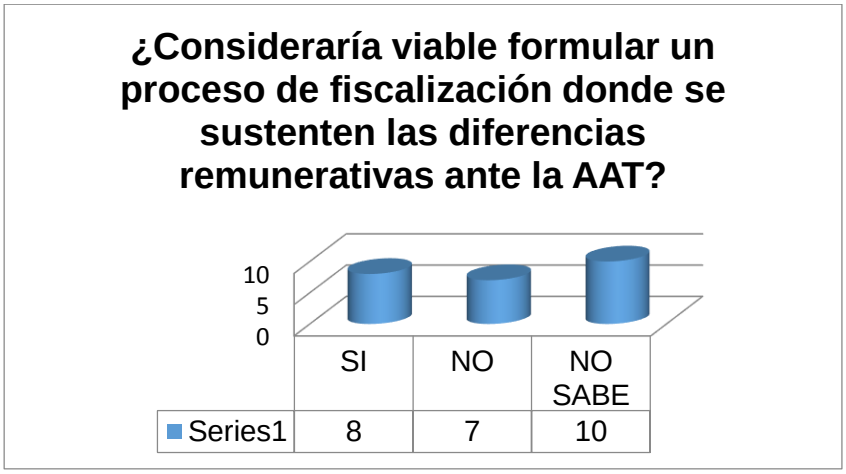
GRÁFICO N° 22



DESCRIPCIÓN:

Para conocer su opinión respecto a la posible propuesta, se les consultó a los informantes si consideran que la existencia de un proceso de fiscalización para sustentar las diferencias remunerativas lesionaría su libertad contractual y discrecionalidad; a lo cual 21 señalaron que si los perjudicaría y lesionaría sus libertades como empleadores.

GRÁFICO N° 23



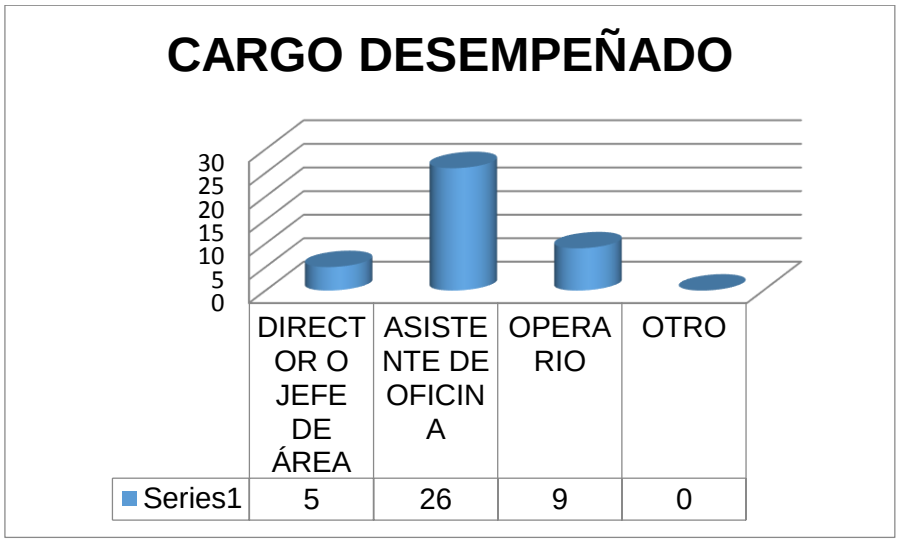
DESCRIPCIÓN:

En base a su respuesta anterior queríamos conocer si consideraban viable la existencia del proceso comentado, a lo cual la mayoría (10 informantes) indicaron no saber, por cuanto debería ser analizado primero por las autoridades para determinar si lesiona sus libertades, además depende de cómo se plantee y se estructure.

4.3. CUESTIONARIO N° 03 DIRIGIDO A TRABAJADORES ASALARIADOS DE EMPRESAS PRIVADAS EN LA CIUDAD DE CHICLAYO.

Este tercer cuestionario se dirigió a 40 trabajadores asalariados de empresas privadas de la ciudad de Chiclayo; con la finalidad de obtener primero su percepción en referencia a la forma de determinación de remuneraciones en su centro de empleo, en referencia a su propia remuneración en comparación con la de sus compañeros y necesitando conocer su posición respecto a la aplicación de un proceso de fiscalización donde se sustenten bajo criterios válidos las diferencias remunerativas en las empresas privadas.

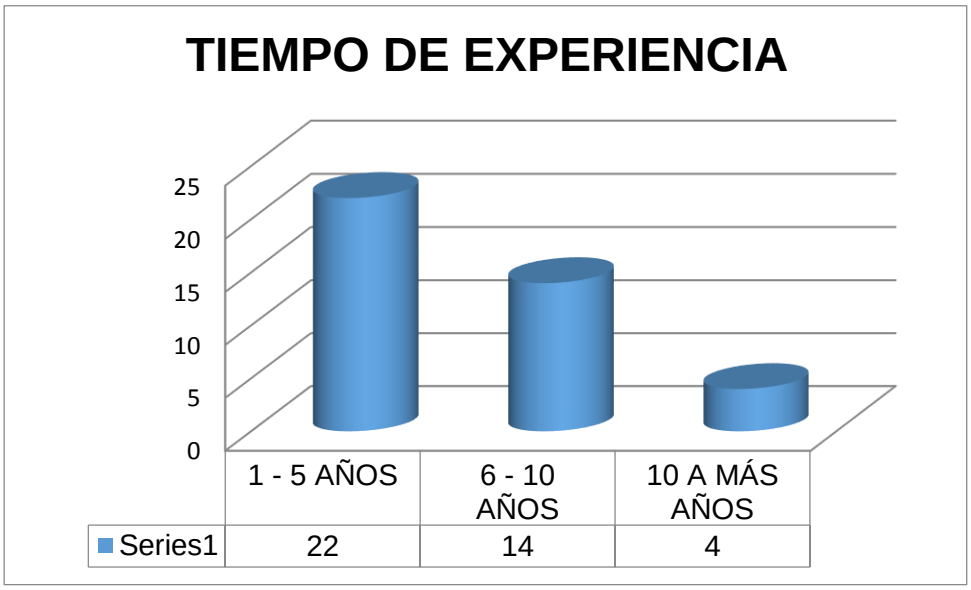
GRÁFICO N° 24



DESCRIPCIÓN:

Primero era necesario conocer el nivel laboral de nuestros informantes, lo cual también determinará los niveles remunerativos que perciben, por lo cual se les consultó si su cargo desempeñado era Director o Jefe, Asistente, Operario, otro; ante ello 26 personas indicaron ser Asistente de oficina, incluyendo Secretarias o personal de plataforma de atención; quienes poseen un nivel remunerativo medio, casi siempre mayor a la RMV. Solo 5 de los informantes ocupaban cargos directivos y 9 son operarios, personal de mantenimiento, personal de seguridad, etc.

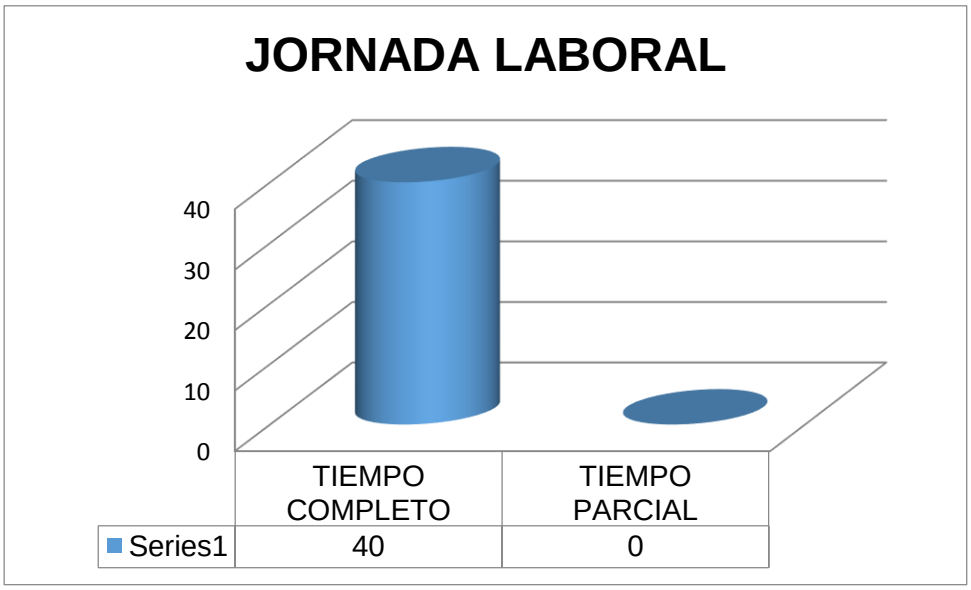
GRÁFICO N° 25



DESCRIPCIÓN:

En referencia al tiempo de experiencia en el cargo, tenemos mayor cantidad de informantes (22) con 1 a 5 años de experiencia, asimismo con mayor experiencia entre 6 a 10 años contamos con 14 informantes y por último solo 4 tienen más de 10 años de experiencia. La diversidad nos permitirá conocer la evolución de su remuneración en su tiempo de trabajo en la empresa.

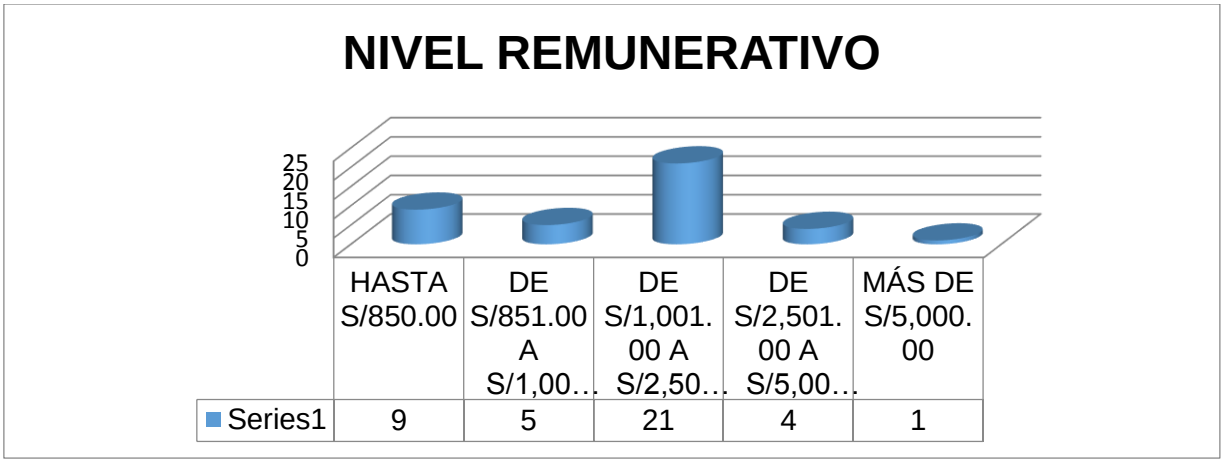
GRÁFICO N° 26



DESCRIPCIÓN:

Para conocer el nivel remunerativo de nuestros informantes era necesario conocer si eran trabajadores a tiempo completo o tiempo parcial. El 100% de nuestros informantes son trabajadores a tiempo completo, lo que garantiza homogeneidad de información en referencia a sus percepciones.

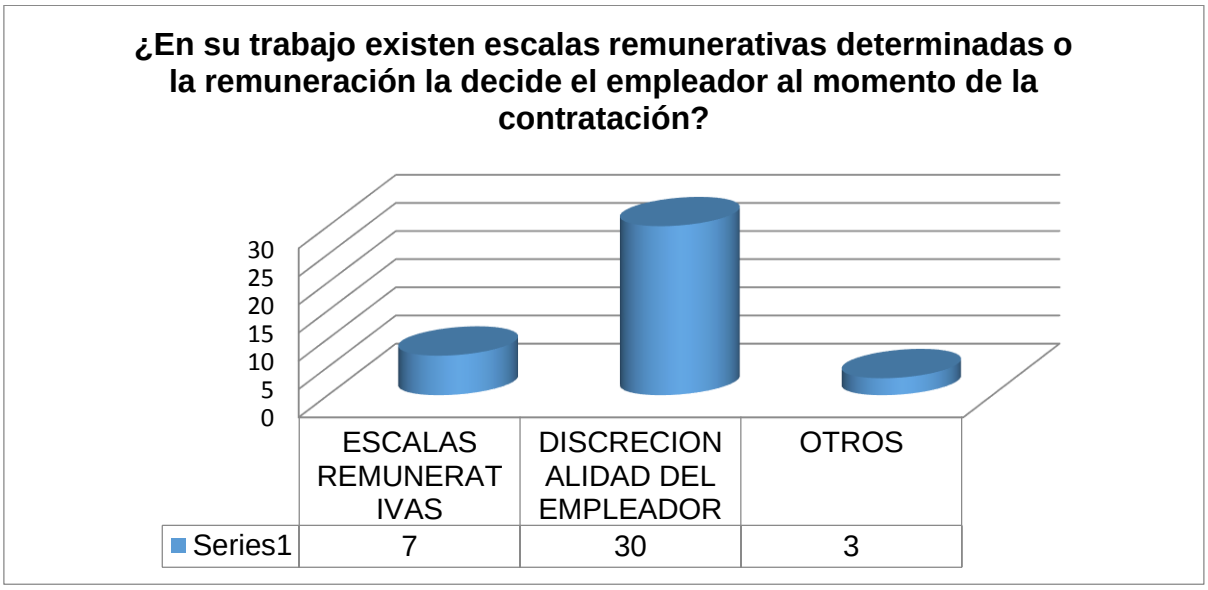
GRÁFICO N° 27



DESCRIPCIÓN:

Se presentaron a los informantes 5 opciones conteniendo niveles remunerativos, solicitándoles señalen cual corresponde a su remuneración bruta. 21 personas indicaron ganar entre S/1,001.00 A S/2,500.00; seguidos de 9 que manifestaron ganar hasta una RMV, siendo la minoría aquellos que perciben más de S/5,000.00, generalmente aquellos con cargos directivos.

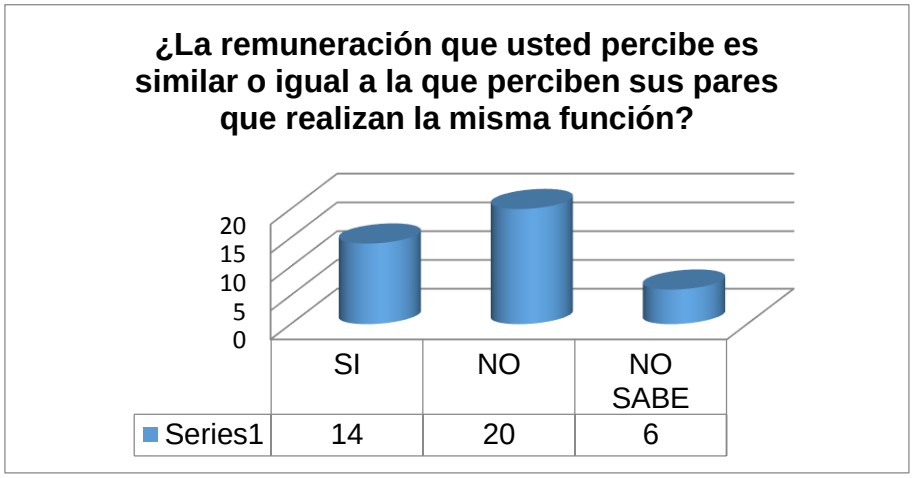
GRÁFICO N° 28



DESCRIPCIÓN:

Para conocer un poco más de la realidad en los centros de trabajo de nuestros informantes, se les solicitó responder si en su trabajo existen escalas remunerativas determinadas o la remuneración la decide el empleador al momento de la contratación. Solo 7 indicaron que su centro de trabajo cuenta con estalas determinadas, lo que hace menos probable la existencia de diferencia remunerativa entre trabajadores del mismo nivel, salvo casos puntuales. Por otro lado 30 trabajadores indicaron que en su centro de labores no existe una escala determinada, y que la remuneración es netamente decisión del empleador, en uso de su discrecionalidad y poder de decisión, generando mayor descontento en algunos trabajadores, que cumpliendo la misma función son menos remunerados.

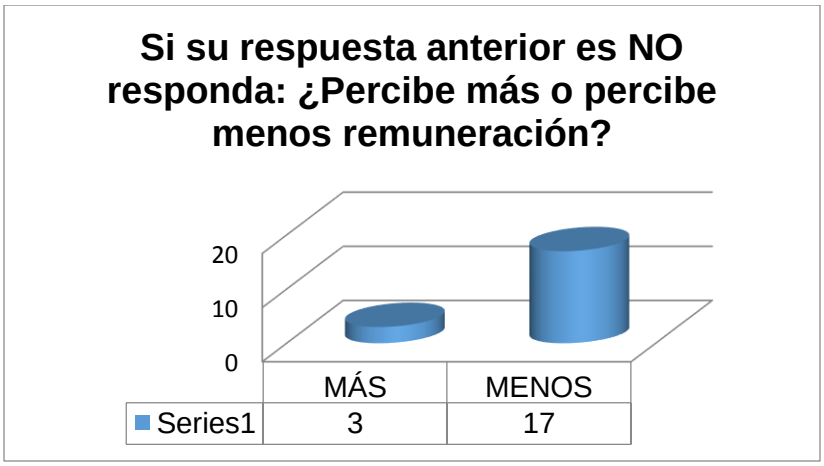
GRÁFICO N° 29



DESCRIPCIÓN:

En referencia a la consulta si su remuneración es similar o igual a la de sus pares que realizan la misma función, 20 personas (mayoría) indicaron de forma negativa, señalando que existen trabajadores que realizan la misma labor pero que perciben mayores sueldos, algunos sin merecerlo, lo que genera descontento en ellos, asimismo al no conocer las razones por las que perciben mayor remuneración provoca que se piense en “favoritismos”.

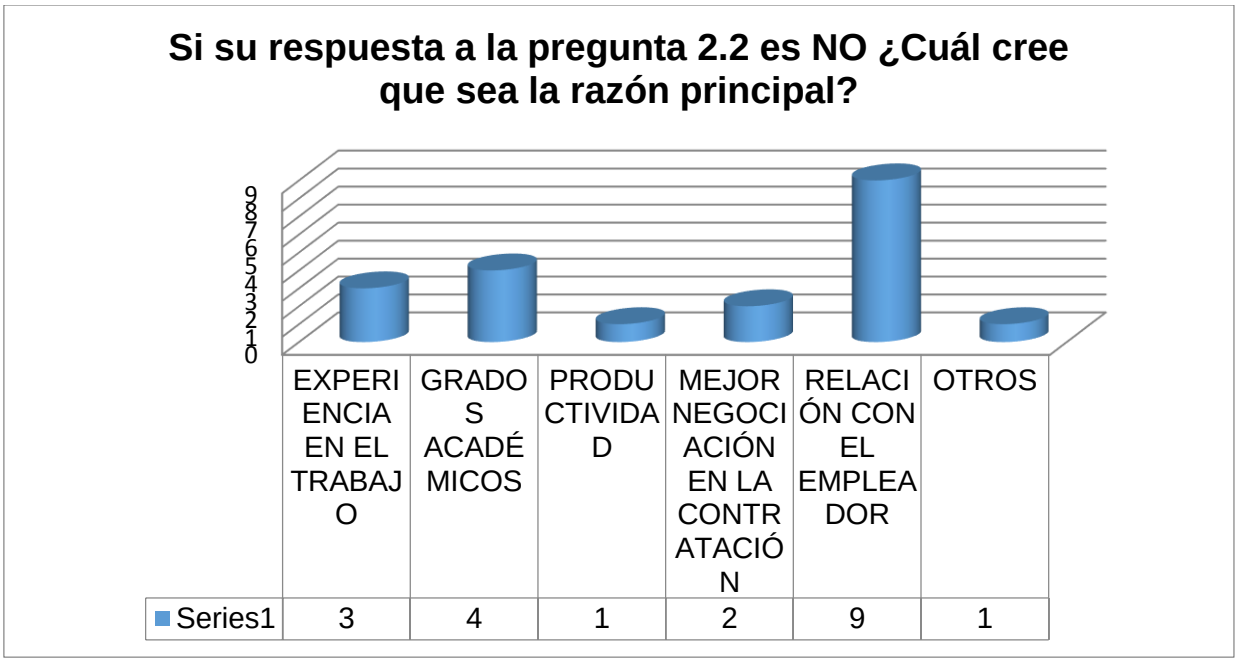
GRÁFICO N° 30



DESCRIPCIÓN:

A todos los que respondieron que no percibían el mismo sueldo que sus pares que cumplían la misma labor, se les consultó si percibían más o menos remuneración; siendo un porcentaje mayor (17 personas) las que indicaron percibir menor remuneración y solo 3 aceptaron ganar más que otros compañeros.

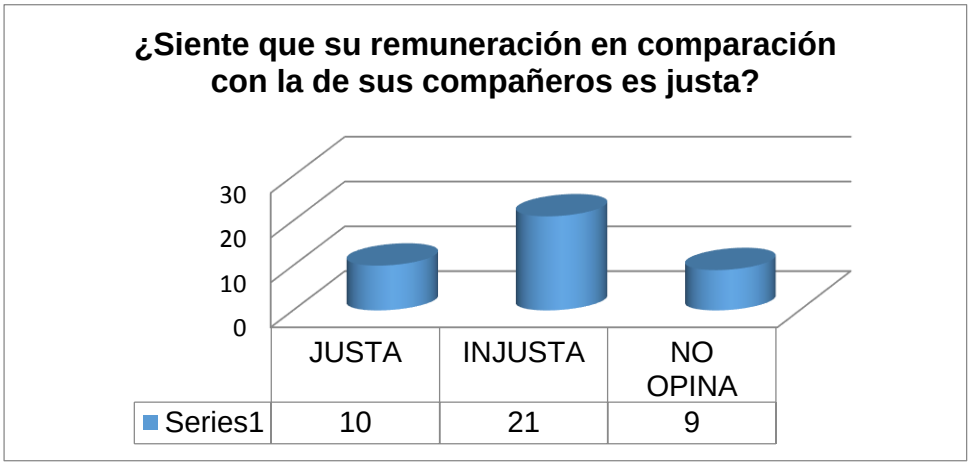
GRÁFICO N° 31



DESCRIPCIÓN:

Se quiso conocer los criterios tomados por sus empleadores al momento de determinarles una diferencia remunerativa (positiva o negativa), resultando que 9 de los informantes consideran que se debe a relación con el empleador, lo cual ha favorecido a algunos de sus compañeros que perciben más remuneración, tenemos además que 4 consideran criterios objetivos como que algunos compañeros poseen mayores grados académicos (resultado señalado en su mayoría en persona de entidades educativas encuestados), seguido además de otro criterio objetivo como la experiencia en el trabajo.

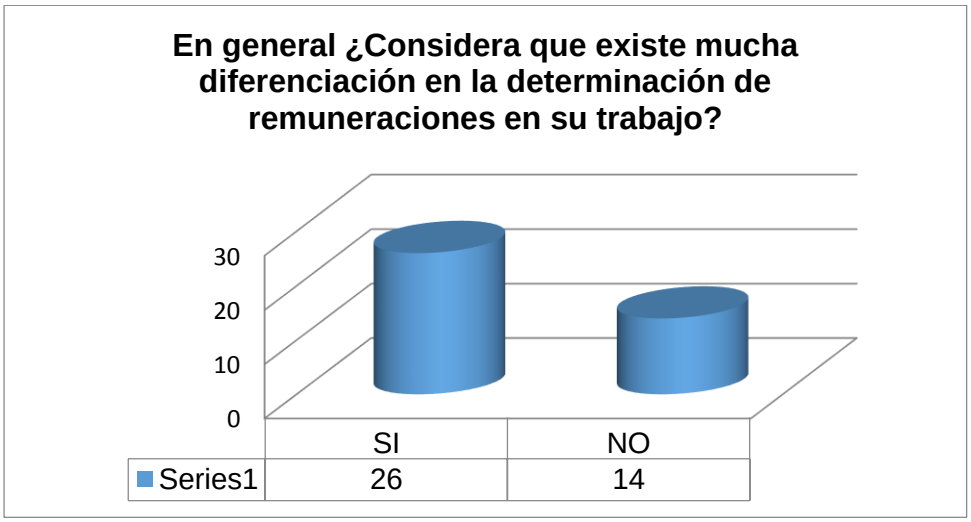
GRÁFICO N° 32



DESCRIPCIÓN:

Esta es una pregunta un tanto más subjetiva, no obstante era necesario hacerla para confirmar la percepción que se había identificado en las anteriores interrogantes. Se les consultó a los informantes si consideraban justa o injusta su remuneración, en comparación con la percibida por sus compañeros, ante ello 21 personas nos contestaron que la consideraban injusta; confirmando lo previsto. 10 indicaron considerarla justa y 9 prefirieron no opinar.

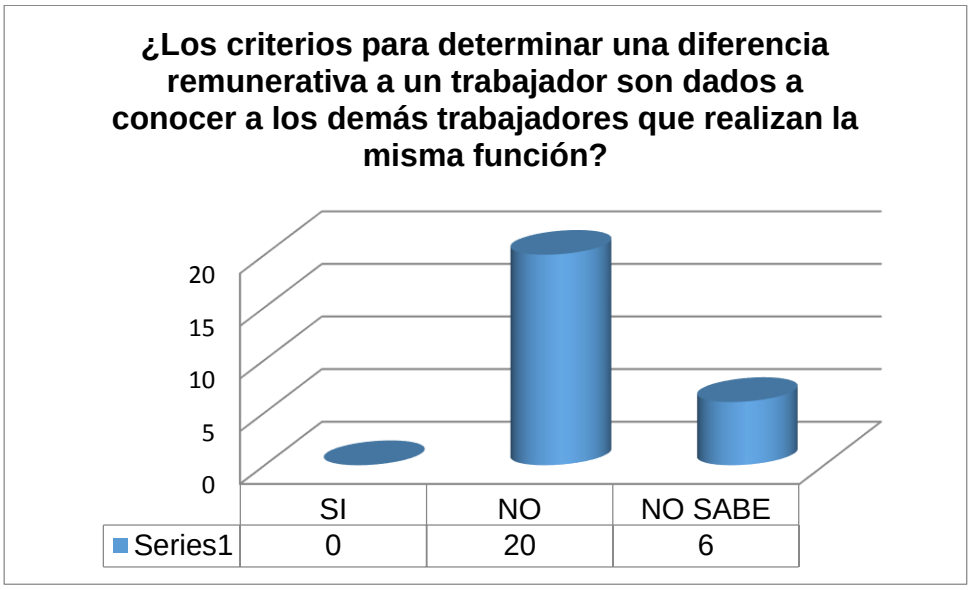
GRÁFICO N° 33



DESCRIPCIÓN:

La presente interrogante también se centraba en conocer la percepción, pero desde un ámbito general, no personal; por ello se consultó si consideraban que existían muchas diferencias remunerativas en su centro de labores, obteniendo una respuesta positiva de 26 personas, y solo 14 indicaron que no existía mucha diferenciación.

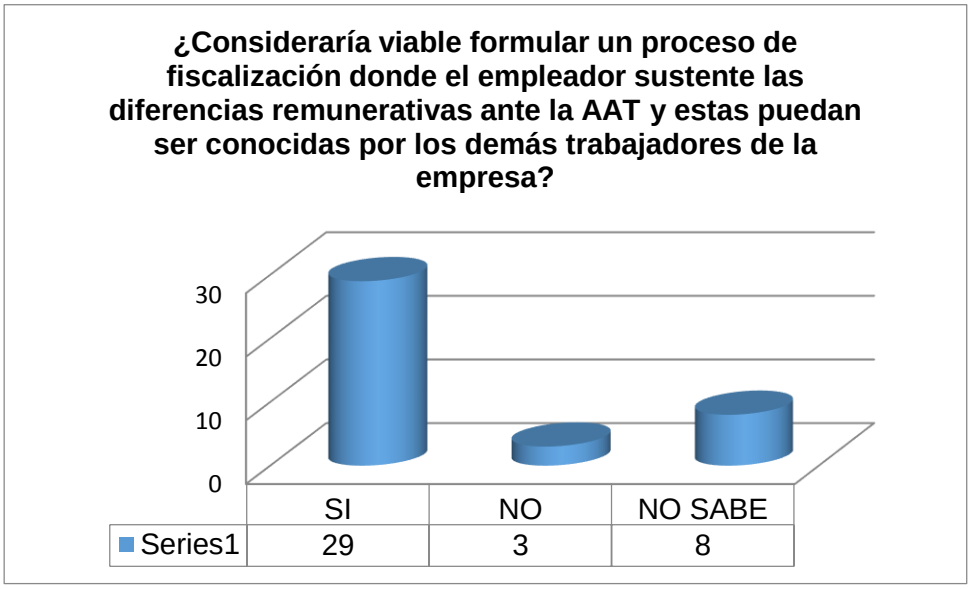
GRÁFICO N° 34



DESCRIPCIÓN:

Les consultamos a nuestros informantes si en su centro de labores se daban a conocer a los demás trabajadores los criterios en base a los cuales se les otorga una diferencia remunerativa positiva o negativa a otros compañeros del mismo nivel, siendo 20 personas las que indican que no se les comunica y 6 indican no saber, ninguno indicó que dichos criterios se socializan entre los trabajadores.

GRÁFICO N° 35



DESCRIPCIÓN:

Ante la viabilidad de formular un proceso de fiscalización donde se sustenten los criterios para acceder a una diferencia remunerativa, 29 personas indicaron que sería viable y muy positivo, siendo importante que esto sea conocido por los demás trabajadores para darles la misma posibilidad de acceder a dicha diferencia positiva de cumplir con los criterios objetivos sustentados; asimismo 8 indicaron no saber, considerando que se debe pasar por un análisis previo para determinar si no se lesionaría la libertad contractual y poder decisión del empleador.

V. DISCUSIÓN

Conforme se puede apreciar en los resultados obtenidos, se han dividido en tres percepciones: Las de la Comunidad Jurídica, las de los empleadores y las de los trabajadores; ellos nos permitirá contrastarlas con los resultado obtenidos de las investigaciones citadas como antecedentes en la presente investigación.

De manera general se pudo observar que las posiciones cambiaban de acuerdo al grupo, por cuanto el análisis realizado era en base a su propia realidad.

5.1. Sobre la percepción de la Comunidad Jurídica

La comunidad jurídica si bien considera que el empleador no conoce la aplicación correcta de sus libertades y potestades, lo cual lo lleva a cometer actos arbitrarios, no están muy convencidos en la procedencia del programa de fiscalización previa que deseamos plantear, señalando que se debe analizar la legalidad de dicho proceso; no obstante si indican que existirían muchos resultados positivos como reducción de sobrecarga procesal, reducción de niveles de imposición de multas, mejor clima laboral a la interna de la empresa y disminuir los índices de vulneración de derechos laborales; no obstante recalcan que se debe estudiar a detalle la procedibilidad en base a la libertad que tiene el empleador y a su poder de decisión; garantía que no puede quitarse bajo ningún modo, pues desnaturalizaría la calidad del vínculo laboral.

5.2. Sobre la percepción de los empleadores

Que, los empleadores por el contrario se muestran renuentes a aceptar la procedibilidad de un proceso de fiscalización previa, pues señalan firmemente que este lesionaría su libertad contractual y su discrecionalidad, vulnerando sus derechos como empleador. Sobre la viabilidad del proceso indicaron que debe ser sometido al análisis exhaustivo de las autoridades competentes, y dependería mucho de cómo se plantee y ejecute, para conocer si los empleadores acatarían lo dispuesto.

5.3. Sobre la percepción de los trabajadores

El sector de los trabajadores es un espacio vulnerable, en donde confluyen no solo posiciones objetivas sino percepciones que son motivadas por el clima laboral que vive a su alrededor. Por ejemplo la mayoría de los encuestados señalaron que en su empresa existen personas que realizan la misma labor y ganan sueldos demasiado diferentes; peor aún algunos sin merecerlo, lo que genera descontento y desmotivación, pensando que en su centro de labore existen favoritismo. Todas estas percepciones influyen y mellan la relación laboral y el clima institucional, disminuyendo sin duda la productividad.

Se les consultó a los informantes si consideraban justa o injusta su remuneración, siendo una mayoría contundente la que indicó sentir injusticia en su remuneración, lo que genera inestabilidad del trabajador.

Ante la viabilidad de formular un proceso de fiscalización donde se sustenten los criterios para acceder a una diferencia remunerativa, indicaron que sería viable y muy positivo, siendo importante que esto sea conocido por los demás trabajadores para darles la misma posibilidad de acceder a dicha diferencia positiva de cumplir con los criterios objetivos sustentados.

5.4. Sobre los resultados observados en las investigaciones citadas como antecedentes

En las investigaciones citadas contamos con posiciones nacionales, así como extranjeras, de Colombia y Chile; las cuales no difieren mucho, guardando identidad en sus percepciones.

Para los peruanos, la desigualdad natural existente entre el empleador y trabajador no permite la eficacia del principio de igualdad; considerando que el trabajador siempre se va a encontrar en desventaja ante el poder de decisión y dirección del empleador. El empleador es libre para determinar el monto de la remuneración; y si bien lo ideal es que esta se determine aplicando el principio de igualdad y no

discriminación con proporcionalidad a la labor realizada; muchas veces y como hemos observado en nuestra realidad, esto no se cumple. El empleador escudado en su discrecionalidad y libertad contractual, establece brechas remunerativas

Para los Colombianos es preocupante que las empresas visitadas no cuenten con algún estudio para el establecimiento de salarios base; pero lo más preocupante en que el sistema de asignación actual de salarios se da de manera arbitraria a consideración de los directivos encargados y por tal razón existen muchas diferencias.

En Chile se contempla un tema de diferencia remunerativa por discriminación de género, asimismo indican la existencia de trabas que enfrenta un trabajador al momento de postular un proceso de homologación de remuneraciones, considerando la reserva de la información personal de los demás trabajadores, la cual debe llevar al proceso a fin de probar su demanda; lo que muchas veces desanima al trabajador a optar por demandar.

Es evidente que si bien las percepciones recogidas son diversas, todas confluyen en que es necesario educar al empleador en el ejercicio de sus libertades y establecerle límites claros para evitar la vulneración de derechos de los trabajadores. Asimismo es evidente que en los centros de labores donde no existen escalas remunerativas, se someten al 100% a la discrecionalidad del empleador, lo que origina incomodidades y mal clima laboral entre los trabajadores, que consideran que las diferencias existentes son producto de favoritismos, ello porque no conocen los criterios sobre los cuales su empleador decide otorgar una diferencia remunerativa, ni tiene claro si podrán acceder más adelante a ello. Dicha situación incierta disminuye lo índices de productividad en una empresa, y ante ello en beneficio de ambas partes se debe socializar una solución

VI. CONCLUSIONES

a. El derecho a la remuneración está protegido constitucionalmente, siendo su contenido esencial: El acceso, la no privación arbitraria, la prioridad sobre el pago de las demás obligaciones, la equidad en su otorgamiento, la suficiencia.

b. El derecho a la remuneración no tiene carácter absoluto, sin embargo cualquier limitación que se imponga debe respetar el contenido esencial constitucionalmente protegido; en el cual señala como una de las aristas a la equidad en su otorgamiento; prohibiendo la desigualdad o discriminación no permitida.

c. Se ha podido determinar, en base a la información obtenida, que muchos empleadores no conocen los límites a su discrecionalidad (empirismos aplicativos) al momento de determinar los montos remunerativos de sus trabajadores, por tal motivo no se basan en los criterios válidos señalados en la jurisprudencia para dicho sustento.

d. Que, en base a la jurisprudencia revisada se ha determinado que la diferencia remunerativa entre un trabajador y su homólogo, que se base en los siguientes factores objetivos de diferenciación: **i)** empresa proveniente, **ii)** trayectoria laboral, **iii)** funciones realizadas, **iv)** antigüedad en el cargo y fecha de ingreso, **v)** nivel académico alcanzado y capacitación profesional, **vi)**responsabilidad atribuida, **vii)** experiencia y bagaje profesional; no puede constituir un acto de discriminación o de vulneración del principio de igualdad, porque estaría esta diferencia justificada en cuestiones objetivas válidas de diferenciación.

e. Que, la inobservancia de la aplicación de dichos criterios por parte del empleador al momento de determinar la remuneración de un empleado,

vulnera el derecho de igualdad y no discriminación de los demás trabajadores análogos.

f. Que, las empresas que no poseen escalas remunerativas definidas son entes más vulnerables para la comisión de actos que vulneren el derecho a la igualdad y no discriminación laboral.

g. La existencia de diferencias remunerativas no sustentadas y socializadas en los centros de labores genera malestar en los trabajadores, mellando el buen clima laboral y provocando mayor incidencia de procesos laborales por homologación de remuneraciones e incluso por actos de hostilización (en referencia a lo señalado en el artículo 30 de la LPCL incisos a y b).

h. Que, la implementación de un programa de fiscalización previa, favorece a los trabajadores al resguardar su derecho a la igualdad y no discriminación; favorece al empleador al educarlo sobre el ejercicio de sus potestades y le evita multas posteriores o procesos de atenten contra su economía empresarial; asimismo sería conveniente para el estado peruano al disminuir la carga procesal en los juzgados laborales.

i. La existencia de un proceso fiscalizador previo permitiría dotar a la AAT de una imagen previsora de la vulneración de derechos laborales, y no solo como sancionadora o de acción posterior a la vulneración.

VII. RECOMENDACIONES

Que, como recomendación para solucionar el problema identificado en la presente investigación, se ha elaborado la siguiente propuesta.

- **PROPUESTA**

"CREACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UN PROCESO DE FISCALIZACIÓN PREVIA PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE DIFERENCIAS REMUNERATIVAS OBJETIVAS ENTRE TRABAJADORES ANÁLOGOS EN LAS EMPRESAS PRIVADAS DE CHICLAYO"

I. Introducción:

Que, dentro de las facultades que posee el empleador se encuentra la posibilidad de establecer diferencias remunerativas entre sus trabajadores, las cuales deben ser sustentadas en base a criterios objetivos y subjetivos; beneficio que en muchas ocasiones se desnaturaliza debido al mal uso y abuso de esta discrecionalidad; aprovechando para establecer privilegios desmedidos a trabajadores no merecedores o calificados para ser beneficiados con la diferencia remunerativa positiva; lo cual evidentemente genera una colisión de intereses.

Dicha situación está vulnerando derechos fundamentales del trabajador, quien en el afán de asegurar su respeto se ve en la necesidad de acudir al establecimiento de un Proceso de Homologación de remuneraciones, que en suma para ver reconocido su derecho toma un largo camino.

Nuestra Constitución Política en su artículo 2 numeral 2) consagra el principio de igualdad y no discriminación; el mismo que en el ámbito laboral se traslada como igualdad y no discriminación laboral, sustentado en la frase "a igual labor igual remuneración"; no obstante ello no implica que dentro del ámbito de trabajo no puedan existir diferencias remunerativas, siempre que se observen parámetros

legales objetivos que sustenten una diferencia válida que no vulnere el derecho de igualdad y no discriminación entre los trabajadores de una misma empresa.

La verificación de la existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que cumplen la misma función, sin causa objetiva y razonable que la justifique, vulnera el principio de igualdad remunerativa, ordenándose al empleador el pago de la remuneración mayor percibida por los trabajadores del mismo puesto de trabajo en iguales condiciones. Esto, además, constituirá una infracción muy grave en materia laboral sancionada con las multas respectiva.

La presente propuesta pretende contrarrestar actos arbitrarios que vulneren el derecho a la igualdad y no discriminación laboral, entre otros objetivos que señalamos a continuación.

II. Objetivos:

a. Educar al empleador en el ejercicio legal de sus facultades o liberalidades en la determinación de remuneraciones, evitando que se sustenten en acciones arbitrarias que devengan en procesos legales que continúen sobrecargando los tribunales y vayan en desmedro de su economía empresarial.

b. Garantizar que todas las diferencias remunerativas dentro de una empresa no vulneren el derecho a la igualdad y no discriminación, sustentándose en criterios objetivos dentro de los parámetros legales.

c. Disminuir la carga procesal laboral en referencia a los procesos de homologación y nivelación de remuneraciones. Disminuir la incidencia de multas en procesos inspectivos laborales.

d. Garantizar el bienestar de los trabajadores y su derecho a una remuneración justa, así como estandarizar los niveles remunerativos dentro de la empresa privada y determinar los criterios para acceder a diferencias remunerativas positivas.

e. Reforzar la presencia de la fiscalización laboral previa, a fin de actuar no solo como órgano sancionador, sino como ente previsor de vulneración de derechos laborales.

III. Definición:

Se entiende por proceso de fiscalización previa a aquella facultad que compete a una entidad determinada, para examinar los actos antes que se concreten, a fin de verificar su procedencia y legalidad.

IV. Entidad a cargo:

El ente a cargo de este proceso sería la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, que cumple las labores inspectivas del trabajo a nivel nacional; no obstante si no existen oficinas de dicha entidad en la ciudad o región se trasladaría la competencia a la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo.

V. Proceso:

Que, para garantizar la efectividad de este proceso se deberían llevar a cabo las siguientes acciones.

1. Regular la obligatoriedad de la determinación de escalas remunerativas funcionales para cada nivel laboral según empresa. Las empresas deberán presentar sus escalas a la entidad a cargo para que se verifique la factibilidad, una vez autorizada podrá ser aplicada a los trabajadores. En el caso de trabajadores que estuviesen laborando antes de la vigencia de esta escala remunerativa, solo se les aplicará si le fuere favorable, considerando su derecho adquirido.

2. La AATT deberá determinar y documentar los criterios objetivos y subjetivos válidos para una posible diferencia remunerativa (tomando en cuenta la

jurisprudencia analizada); los mismos que serán socializados con los empleadores, a fin de educar el ejercicio de su liberalidad.

3. Regular el procedimiento de verificación previa para los empleadores que deseen optar por una diferencia remunerativa y no aplicar la escala para algún o algunos trabajadores de su empresa. En el momento que lo requieran se deberá sustentar ante la autoridad administrativa del trabajo, documentando los criterios señalados. En caso de tratarse de una liberalidad del empleador no garantizando la existencia de criterios objetivos valederos, sino criterios subjetivos, este deberá señalarlo con calidad de declaración jurada en el expediente presentado.

4. Que, posterior a la presentación del expediente, en un plazo de 5 días hábiles, la Autoridad determinará si es viable la procedencia de la diferencia remunerativa solicitada, previo examen del principio de igualdad y no discriminación laboral. Asimismo de estar sustentado en criterios subjetivos, se verificará considerando la libertad y poder de decisión que tiene el empleador, procurando que este no se extralimite en su ejercicio.

5. Que, de proceder la diferencia remunerativa solicitada, se comunicará al empleador para su aplicación y socialización.

6. Que de no proceder la diferencia solicitada, y aplicarse de todas maneras, el empleador será pasible de una multa por parte de SUNAFIL. El empleador podrá apelar la improcedencia dentro de los 2 días hábiles siguientes a su notificación, la misma que será resuelta dentro de los 3 días hábiles siguientes, no obstante se podrá pedir ampliación de plazo por 2 días hábiles más de considerarse complejo.

7. Que los expedientes conteniendo los criterios de diferenciación serán pasibles de conocimiento y verificación por parte de los demás trabajadores,

con el fin de que al lograr el cumplimiento de tales requisitos ellos puedan solicitar ante su mismo empleador acceder a una diferencia remunerativa, de no proceder internamente se solicitará ante la AAT, presentando un expediente donde acredite el cumplimiento de requisitos.

8. Que, en el caso de los expedientes aprobados por la AAT, no podrán servir como referentes para procesos judiciales de homologación o nivelación de remuneraciones contra el empleador, considerando que se ha determinado la legalidad de la diferenciación remunerativa.

9. Que todo el proceso de fiscalización previa contando con la apelación, no podrá exceder de 12 días hábiles, considerando la necesidad de determinar remuneraciones para la contratación de personal.

Que, se procurará que el cabo de 5 años al menos un 50% del total de empresas privadas cuenten con escalas remunerativas determinadas, y se sujeten al proceso de fiscalización previa para la determinación de diferencias salariales.

Se espera que esta propuesta pueda ser desarrollada en una investigación aplicativa posterior, a fin de medir su efectividad.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bullard, A. (2014). La remuneración mínima vital y su impacto en los trabajadores. Recuperado en: file:///C:/Users/Windows/Downloads/Dialnet-LaRemuneracionMinimaVitalYSuImpactoEnLosTrabajador-5078209%20(2).pdf

Cáceres, J. http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_41/doc_ boletin _41 _1.pdf

Corte superior de justifica de la libertad en el expediente N° 2015-0-1601-SP-LA-01. Recuperado en: https://mozoyasociados.jimdo.com/resultados-del-estudio/sobre-la-homologaci%C3%B3n-de-remuneraciones/

Cox, J & Orrego, F. La remuneración mínima vital en el Perú. Recuperado en: http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-163/moneda-163-08.pdf

Diez – Picaso, L (1998). Contrato y libertad contractual. Recuperado en: file:///C:/Users/Windows/Downloads/8545-33773-1-PB.pdf

Estrada, L. (2012) Evolución Histórica del salario en el mundo. Recuperado en: https://issuu.com/gabriela85/docs/tareas_sesion_1___evolucion_historica_del_salario_

Ferreyros, E. (2015). Semanario Comex Peru. Recuperado en: http://www.comexperu.org.pe/media/files/semanario/semanario%20comexperu%20787.pdf

García, A et all (2014). Remuneraciones y Beneficios Sociales. Lima. Soluciones Laborales.

Israel, J & Nuñez, I. (2010). Actualización al apunte sobre remuneraciones de Claudio Palavecino. Recuperado en: file:///C:/Users/Windows/Downloads/Unidad_7_remuneraciones%20(1).pdf

La Ley (2015). Para homologar sueldos no basta con que se realicen las mismas funciones. Recuperado en: http://laley.pe/not/2708/para-homologar-sueldos-no-basta-con-que-se-realicen-las-mismas-funciones/

Marcenaro, R. (2009). Los derechos laborales de rango constitucional. Tesis para optar el grado de magister en Derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mejía, R. La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. IUS La revista. Recuperado en: file:///C:/Users/Windows/Downloads/12220-48622-1-PB.pdf

Neil, W. (2013). Breve historia del trabajo y de la remuneración. http://www.eltribuno.info/salta/nota/2013-4-27-23-57-0-breve-historia-del-trabajo-y-de-la-remuneracion.

Obregón, T. (2016). Incremento de la remuneración mínima vital en Actualidad empresarial N° 348.

Oficina Internacional del Trabajo (2007). Los salarios en todo el mundo: Evolución y desafíos. Recuperado en: http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_298_esp_2_es.pdf

Orteaga, R. (2012). Evolución Histórica del Salario en el Mundo. Recuperado en: https://administracionporcompensacionesrortega.wikispaces.com/file/view/SESION+1-+EVOLUCION+HISTORICA+DEL+SALARIO-REGINA.pdf

Osterling, F, Principales principios contractuales. Recuperado en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf

Pacorí, J. (2012). Criterios para la nivelación y homologación de remuneraciones entre trabajadores de una empresa o entidad pública. Recuperado en: https://corporacionhiramservicioslegales.blogspot.pe/2012/06/criterios-para-la-nivelacion-u.html

Rivera, A. (2007). “Regulación de las remuneraciones en el Régimen común del sector privado en la legislación peruana”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Seiner, M et all. Elementos para el análisis de la remuneración mínima vital. Reflexión democrática informativo. Recuperado en: https://www.reflexiondemocratica.org.pe/documentos/informativo105.pdf

Sotelo, J. (2010). Análisis de las teorías sobre las remuneraciones, extraído del Boletín Jurídico virtual Derecho Comparado. Recuperado en: http://bjvderechocomparadouigv.blogspot.pe/2010/06/analisis-de-las-teorias-sobre.html.

Toyama, J (2015). Derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico - práctico. Lima. Soluciones Laborales.

Villadiego, L. (2012). Una breve historia de los derechos laborales. Recuperado en: https://www.carrodecombate.com/2012/05/01/una-historia-de-los-derechos-laborales/

Villarán, F. (2002). Boletín de Economía Laboral. Recuperado en: http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/bel/BEL_22-24.pdf

Von, J. (2015). Todos tenemos derecho a un empleo justo. La cámara revista de la Cámara de Comercio de Lima. Recuperado en: http://www.camaralima.org.pe/RepositorioAPS/0/0/par/EDICION687/Edici%C3%B3n%20687%20baja.pdf

IX. ANEXOS

9.1. Anexo N° 01: Matriz de consistencia

LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO

Formulación del Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Variables	Dimensiones	Indicadores	Metodología
¿La discrecionalidad del empleador para la determinación de remuneraciones en la empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador? **Problemas específicos:** a) ¿Existen escalas de remuneraciones previamente definidas dentro de una empresa? b) ¿Los empleadores conocen los criterios que pueden sustentar el	Determinar si la discrecionalidad que posee el empleador para la determinación de remuneraciones en la empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador. **Objetivos específicos:** a) Conocer el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. b) Conocer los criterios objetivos y subjetivos que sustentan la diferencia razonable en la determinación de remuneraciones.	El mal uso y abuso de la libertad contractual y discrecionalidad del empleador en el establecimiento de diferencias remunerativas dentro de una empresa vulnera derechos fundamentales del trabajador, por cuanto el empleador no sustenta sus decisiones en criterios objetivos y subjetivos pertinentes, y en su mayoría de veces obedece a privilegios y/o desigualdades arbitrarias; debiendo establecerse un proceso de fiscalización previa donde dichas decisiones sean fundamentadas y evaluadas por la	X= Principio de igualdad y no discriminación laboral Y= Criterios de determinación de remuneraciones	X1= Igualdad X2=No discriminación Y1= Remuneración Y2= Criterios subjetivos	X1.1=Origen y evolución X1.2=Contenido y definición X1.3=Aplicación, situaciones X1.4=Vulneración y medios de protección X2.1=Origen y contenido X2.2= Contenido y definición X2.3= Aplicación, situaciones X2.4= Vulneración y medios de protección Y1.1= Origen y evolución Y1.2= Contenido y definición Y1.3= Determinación, discrecionalidad del empleador Y1.4=Regulación, jurisprudencia, procesos Y2.1= Descripción Y2.2=Factores Y2.3= Aplicación	Diseño y tipo de estudio: Diseño no experimental de tipo básico. Métodos: Analítico y dogmático. Nivel de investigación: Descriptivo, correlacional. Técnicas: Encuesta Entrevista Revisión documental,

establecimiento de una diferencia remunerativa entre empleados que realicen la misma función? c) ¿Los criterios subjetivos y objetivos para el establecimiento de una diferencia remunerativa son utilizados dentro de los parámetros del principio de igualdad? d) ¿Las diferencias remunerativas existentes dentro de una empresa se basan el decisiones objetivas u obedecen a privilegios y desigualdades arbitrarias? e) ¿Se podría establecer un proceso previo de fiscalización en la determinación de remuneraciones	c) Analizar la aplicación de la diferencia remunerativa y sus medios de justificación tanto en el sector público como privado. d) Establecer una ponderación entre la libertad contractual del empleador y el principio de igualdad remunerativa. e) Conocer el proceso judicial de homologación de remuneraciones, así como determinar los criterios del Tribunal Constitucional sobre el tema. f) Establecer los lineamientos para la determinación de una escala remunerativa según sector y/o empresa. g) Proponer un procedimiento de fiscalización y monitoreo para el ejercicio de la libertad de determinación	Autoridad Administrativa de Trabajo para determinar su procedencia considerando la no lesión del principio de igualdad. "Si se establece un procedimiento de fiscalización previa para acceder a diferencias remunerativas, entonces se favorecerá la disminución de procesos judiciales por homologación de remuneraciones y se asegurará el respeto pleno al derecho de igualdad y no discriminación laboral". **Hipótesis específicas:** a) Los empleadores consideran que sus decisiones deben sustentarse únicamente en su poder de decisión, más no conocen ni observan la existencia de criterios sustentatorios válidos que fundamenten las diferencias remunerativas dentro de su empresa.		Y3=Criterios objetivos	Y2.4= Monitoreo Y3.1= Descripción Y3.2= Factores Y3.3=Aplicación Y3.4= Monitoreo	Revisión bibliográfica Instrumentos: Cuestionario Ficha de entrevista Ficha bibliográfica y registro de datos.

que no atente contra la libertad contractual y discrecionalidad del empleador y a la par favorezca la disminución de procesos judiciales de homologación de remuneraciones?	remunerativa que posee el empleador.	b) El establecimiento de diferencias remunerativas no sustentadas, condiciona al clima laboral dentro de la empresa y fomenta la desigualdad y discriminación laboral; asimismo genera a la empresa procesos judiciales por homologación. c) La reglamentación de un proceso previo de fiscalización y monitoreo para el establecimiento de remuneraciones fuera de una escala básica, favorecería en el respeto del principio de igualdad y no discriminación, asimismo reduciría el número de procesos laborales por homologación de remuneraciones y mejoraría el clima laboral en la empresa.				

9.2. ANEXO N° 02: Instrumentos para la recolección de datos (cuestionario, ficha de observación, etc.)

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Encuesta	Cuestionario	Jueces, Abogados Laboralistas, Gerentes, Docentes de Derecho Laboral, Público en general.
Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros y textos Sentencias del TC 2012-2017
Entrevista	Guía de Entrevista	Informante: Gerentes o dueños de empresas, funcionarios del MTPE, SUNAFIL, etc.

9.3. ANEXO N° 03:

CUESTIONARIO N° 01

DIRIGIDO A JUECES Y ABOGADOS LABORALISTAS

Les agradecemos responder este breve cuestionario que tiene como propósito contribuir a recopilar información para la investigación titulada "**LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO".** Es preciso señalar que el presente instrumento es anónimo.

I. GENERALIDADES: INFORMANTES

I.1. Cargo desempeñado

a) Juez ( )
b) Abogado ( )

I.2. Tiempo de experiencia en el cargo

a) 1-5
b) 6-10
c) 10 a más

II. OPERADORES DEL DERECHO

II.1. ¿Ha sido juzgador o abogado en algún proceso judicial por homologación o nivelación de remuneraciones?

Si ( ) No ( )

II.2. ¿Ha sido abogado del empleador o del trabajador? *(pregunta solo para abogados)*

Empleador ( ) Trabajador ( )

II.3. ¿Cuál fue el resultado de dicho proceso?

a) A favor del empleador
b) A favor del trabajador
c) No sabe / no opina

II.4. ¿Qué criterios fundamentaron la sentencia formulada?

_____
_____
_____

II.5. ¿Consideraría viable formular un proceso de fiscalización donde se sustenten las diferencias remunerativas ante la AAT?

Si ( ) No ( ) No opina ( )

II.6. ¿Considera que la existencia de un proceso de fiscalización donde se sustente las diferencias remunerativas ante la Autoridad Administrativa del Trabajo lesionaría la libertad contractual del empleador y la discrecionalidad de su poder de decisión?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?_____

II.7. ¿Considera que formular dicho proceso disminuiría o evitaría la existencia de juicios por homologación de remuneraciones?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.8. ¿Considera que el empleador ejerce de manera su correcta su discrecionalidad y poder de decisión al momento de determinar las diferencias remunerativas?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.9. Si su respuesta anterior es NO, responda la siguiente pregunta: ¿Considera que el mal ejercicio de la discrecionalidad del empleador en la determinación de remuneraciones lesiona derechos fundamentales del trabajador?

Si ( ) No ( ) Por qué

¡Gracias por su participación!

CUESTIONARIO N° 02

DIRIGIDO A GERENTES, RESPONSABLES DE NÓMINA Y DUEÑOS DE EMPRESAS PRIVADAS EN LA CIUDAD DE CHICLAYO

Les agradecemos responder este breve cuestionario que tiene como propósito contribuir a recopilar información para la investigación titulada "**LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO".** Es preciso señalar que el presente instrumento es anónimo.

I. GENERALIDADES: INFORMANTES

I.1. Cargo desempeñado

a) Gerente o dueño de empresa ( )
b) Responsable de nómina ( )
c) Otro _____

I.2. Tiempo de experiencia en el cargo

a) 1-5
b) 6-10
c) 10 a más

II. COMUNIDAD JURÍDICA

II.1. ¿En su empresa existen escalas remunerativas determinadas o la remuneración la decide el empleador al momento de la contratación?

a) Existen escalas remunerativas
b) Decisión del empleador
c) Otro_____

II.2. ¿En su empresa existen trabajadores que realizan la misma función y que perciben remuneraciones diferentes?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

Si su respuesta es no o no sabe, continúe con la pregunta 2.8

II.3. Si su respuesta anterior es Si, ¿Cuál es el motivo? (marcar máximo 3 opciones)

a) Criterios objetivos:

Mayor o menor experiencia laboral ( )
Mayor o menor Grado Académico ( )
Trabajador más o menos productivo ( )

b) Criterios Subjetivos

Negociación al momento de contratación ( )
Relación personal con el Jefe o Gerente de la empresa ( )

II.4. ¿En su empresa las diferencias remunerativas, se fundamentan y sustentan en documentos?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.5. ¿Los criterios para determinar una diferencia remunerativa a un trabajador son dados a conocer a los demás trabajadores que realizan la misma función?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.6. ¿En el caso que la diferencia se sustente en criterios objetivos; al momento que algún trabajador cumpla con dichos criterios también se le aplica una diferencia remunerativa positiva?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.7. ¿Considera que la desigualdad remunerativa existente en su empresa se fundamenta en una discriminación permitida o lesiona derechos fundamentales de algunos trabajadores?

_____

_____

II.8. ¿Ha enfrentado algún proceso judicial por homologación o nivelación de remuneraciones?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.9. Si su respuesta anterior es si ¿Cuál ha sido su resultado?

A favor de la empresa ( )
A favor del trabajador ( )

II.10. ¿Considera que formular un proceso de fiscalización donde se sustente las diferencias remunerativas ante la Autoridad Administrativa del Trabajo lesionaría la libertad contractual del empleador y la discrecionalidad de su poder de decisión?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

_____

_____

_____

II.11. ¿Consideraría viable formular un proceso de fiscalización donde se sustenten las diferencias remunerativas ante la Autoridad Administrativa del Trabajo?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

_____

_____

_____

¡Gracias por su participación!

CUESTIONARIO N° 03

DIRIGIDO TRABAJADORES ASALARIADOS DE EMPRESAS PRIVADAS DE LA CIUDAD DE CHICLAYO

Les agradecemos responder este breve cuestionario que tiene como propósito contribuir a recopilar información para la investigación titulada "**LA DISCRECIONALIDAD DEL EMPLEADOR EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES EN LA EMPRESA PRIVADA DE CHICLAYO".** Es preciso señalar que el presente instrumento es anónimo.

I. GENERALIDADES: INFORMANTES

I.1. Cargo desempeñado

a) Director o Jefe de Área ( )
b) Asistente de oficina ( )
c) Operario ( )
d) Otro _____

I.2. Tiempo de experiencia en el cargo

a) 1-5
b) 6-10
c) 10 a más

I.3. Jornada Laboral

a) Tiempo completo
b) Tiempo parcial

I.4. Nivel Remunerativo

a) Hasta S/ 850.00
b) De S/851.00 a S/1,000.00
c) De S/1,001.00 a S/2,500.00
d) De S/2,501.00 a S/5,000.00
e) Más de S/ 5,000.00

II. PÚBLICO EN GENERAL

II.1. ¿En su trabajo existen escalas remunerativas determinadas o la remuneración la decide el empleador al momento de la contratación?

a) Escalas remunerativas
b) Discrecionalidad del empleador
c) Otros

II.2. ¿La remuneración que Usted percibe es similar o igual a la que perciben sus pares que realizan a misma función?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.3. Si su respuesta anterior es No, responda: ¿Percibe más o percibe menos remuneración?

Más ( ) Menos ( )

II.4. Si su respuesta a la pregunta 2.2. es No ¿Cuál cree que sea la razón principal?

a) Su compañero tiene mayor experiencia en el trabajo/Usted tiene mayor experiencia en el trabajo

b) Su compañero tiene mayores grados académicos /Usted tiene mayores Grados Académicos

c) Su compañero o Usted es más productivo en la labor

d) Su compañero hizo una mejor negociación al momento de la contratación /Usted hizo una mejor negociación al momento de la contratación

e) Su compañero tiene mejor relación con el empleador/Usted tiene una mejor relación con el empleador

f) Otros

II.5. ¿Siente que su remuneración en comparación con la de sus compañeros es justa?

Justa ( ) Injusta ( ) No opina ( )

II.6. En general, ¿Considera que existe mucha diferenciación en la determinación de remuneraciones en su trabajo?

Si ( ) No ( )
¿Por qué?_____

II.7. ¿Los criterios para determinar una diferencia remunerativa a un trabajador son dados a conocer a los demás trabajadores que realizan la misma función?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

II.8. ¿Consideraría viable formular un proceso de fiscalización donde el empleador sustente las diferencias remunerativas ante la AAT y estas puedan ser conocidas por los demás trabajadores de la empresa?

Si ( ) No ( ) No sabe ( )

¿Qué opina al respecto?

_____

_____

_____

_____

¡Gracias por su participación!

9.4. ANEXO 4: Sentencia analizada

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20121-2016, LIMA

PROCESO ORDINARIO

Lima, veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete.

VISTA:

La causa número veinte mil ciento veintiuno, guion dos mil dieciséis, guion Lima, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, **Telefónica del Perú S.A.A.**, mediante escrito de fecha seis de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y siete a mil cuatrocientos sesenta y cinco, contra la sentencia de vista de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veintidós a mil trescientos treinta, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, que corre en fojas mil sesenta a mil setenta y cuatro, que declaró fundada la demanda; en el proceso seguido por el demandante, **Miguel Ángel Li Cruz Ku,** sobre **homologación de remuneraciones.**

CAUSALES DEL RECURSO:

La parte recurrente invocando los incisos c) y d) del artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N°27021, denuncia como causales de su recurso las siguientes:

i. Inaplicación del numeral i) del literal a) del artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ii. Inaplicación del numeral 1) del artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

iii. Contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema en procesos objetivamente similares, recaídas en las Casaciones Nos 8801-2014 Lima; 2080-2014 Lima; 601-2006 Del Santa; 16061-2013 Lima; 17623-2013 Lima; 11825-2014 Lima; 13598- 2013 Lima; 16927-2013 Lima; 12312-2013 Lima; 1277-2007 Lima.

iv. Infracción normativa por afectación al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva prevista en los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

CONSIDERANDO:

Primero. – En principio, resulta pertinente señalar que el recurso de casación es un medio impugnatorio eminentemente formal y que procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N.º 27021, las mismas que son:

a. La aplicación indebida de una norma de derecho material;

b. La interpretación errónea de una norma de derecho material;

c. La inaplicación de una norma de derecho material;

d. La contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales.

Segundo. – En el caso de autos, se aprecia que el recurso de casación reúne los requisitos de forma que para su admisibilidad contempla el artículo 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N°27021.

Tercero. – Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en su artículo 56°, y según el caso sustente:

a. Qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse;

b. Cuál es la correcta interpretación de la norma;

c. Cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse;

d. Cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo este Colegiado Casatorio calificar estos requisitos y, si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos lo declarará improcedente.

Cuarto.- Entrando al análisis de las causales invocadas tenemos que la inaplicación de una norma de derecho material es denominada por la doctrina como «error normativo de percepción», ocurre cuando el órgano jurisdiccional no logra identificar la norma pertinente para resolver el caso que está analizando, razón por la cual no la aplica; en efecto, esta causal está vinculada a la omisión por parte del juzgador en cuanto al empleo o utilización de un determinado enunciado normativo que de manera inequívoca regula el supuesto fáctico acaecido objeto del litigio, generando consecuencias jurídicas distintas a las atribuidas por el órgano jurisdiccional, por tanto, necesariamente reclama su aplicación dando lugar a la variación o modificación en el sentido de la decisión impugnada.

En tal sentido, el inciso c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, prevé que el recurso de casación deberá estar fundamentado con claridad y precisión señalando cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, de donde se desprende que no resulta suficiente con citar la norma, sino que, además, se debe fundamentar adecuadamente cómo su aplicación cambiaría el resultado del juzgamiento.

Respecto a la causal contenida en el acápite i) se advierte que la recurrente no ha cumplido con fundamentar con claridad y precisión por qué considera que la norma denunciada resultaría aplicable al caso de autos, pues, se limita a formular argumentaciones genéricas, incidiendo en cuestionamientos fácticos y pretendiendo que este Colegiado Supremo efectúe una nueva valoración de los medios probatorios aportados en el trámite del proceso; lo cual no constituye objeto de debate casatorio ni se condice con los fines de este recurso extraordinario, contraviniendo la exigencia prevista en el inciso c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N°27021; razón por la cual deviene en improcedente.

Quinto.- En cuanto a la causal contenida en el acápite ii) denunciada como inaplicación del numeral 1) del artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la impugnante al sustentarla refiere que «(…) la Sala omitido analizar la existencia de **discriminación** (…) a fin de determinar si efectivamente nos encontramos frente a un supuesto de **discriminación** o si por el contrario, nos encontramos ante una diferenciación basada en una justificación objetiva y razonable». De donde se advierte que ha cumplido con fundamentar adecuadamente la causal invocada, precisando el por qué considera que dicha norma resultaría determinante para la solución de la presente controversia; razón por la cual deviene en procedente.

Sexto.- En relación a la causal contenida en el acápite iii), referida a la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes

Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares prevista en el inciso d) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, tenemos que dicha causal requiere que el impugnante señale con claridad y precisión la similitud en los pronunciamientos invocados; así como que desarrolle en qué consiste la contradicción entre los mismos; además de que la alegada contradicción debe encontrarse referida a la aplicación indebida, interpretación errónea o inaplicación de normas de derecho material, conforme a lo dispuesto por el inciso d) del artículo 56°de la referida Ley Adjetiva.

En el caso de autos la recurrente sostiene que existiría contradicción con los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema en las Casaciones Nos. 2080-2014 Lima, 8801-2014 Lima, 601-2006 Del Santa, 16061-2013 Lima, 16927-2013 Lima y 12312-2013 Lima; sin embargo, no cumple con determinar sobre qué causal se encuentra referida la alegada contradicción; limitándose a señalar de forma genérica que se cumple con tal exigencia; razón por la cual la causal invocada deviene en improcedente.

Sétimo.- Respecto a la causal contenida en el acápite iv) denunciada como infracción normativa por afectación al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva prevista en los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, se advierte que no se encuentra prevista en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modifica do por el artículo 1° de la Ley N° 27021, el cual señala taxativamente como causales del recurso de casación la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material; no encontrándose contemplada la afectación a las normas de carácter adjetivo o procesal; razón por la cual deviene en improcedente.

Octavo.- Trámite del proceso

A. Demanda

Mediante escrito de demanda de fecha veintisiete de febrero de dos mil doce, que corre en fojas sesenta y tres a setenta y ocho, el accionante solicita el pago de ciento sesenta y seis mil diez con 89/100 nuevos soles (S/.166,010.89) por **homologación de remuneraciones** y beneficios sociales, que comprende la remuneración, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y participación en utilidades, por el período comprendido entre el uno de agosto de dos mil cinco hasta el veintinueve de febrero de dos mil ocho.

B. Pronunciamiento en primera instancia

La jueza del Décimo Sexto Juzgado Especializado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia contenida en la resolución de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, que corre en fojas mil sesenta a mil setenta y cuatro, declaró fundada la demanda, ordenando el pago de ciento cincuenta y dos mil ciento cuarenta y nueve con 44/100 nuevos soles (S/.152,149.44), más intereses legales y financieros, con costas y costos; tras considerar que la parte demandada no ha cumplido con acreditar cuáles son las circunstancias variables y características que objetivamente incidieron y determinaron el establecimiento de un menor o mayor sueldo de sus trabajadores dentro de cada una de las categorías. Por otra parte, la emplazada no ha demostrado cuáles son las circunstancias que conllevaron al **trato remunerativo diferenciado**, habiendo omitido adjuntar medios probatorios a efectos de acreditar sus alegaciones; por lo que al tener el demandante el cargo de supervisor le corresponde la misma remuneración básica que tienen los homólogos.

C. Pronunciamiento en segunda instancia

Por su parte, el Colegiado de la Sexta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veintidós a mil trescientos treinta, confirmó la sentencia apelada, que declaró fundada la demanda; sustentando básicamente

que de la revisión del informe revisorio se aprecia que el demandante desde el dos mil cinco, fecha desde la cual solicita la homologación, ostentaba el mismo cargo que el de los trabajadores propuestos, esto es la de supervisor en el grupo laboral de ejecutivo; asimismo tanto este como los homólogos provenían de Entel Perú S.A. Por otro lado, desde agosto de dos mil cinco hasta mayo de dos mil seis, tanto el actor como los homólogos se desempeñaron en la gerencia de operaciones y mantenimiento de redes, y desde junio de dos mil seis hasta febrero de dos mil ocho (fecha de cese del actor) en la Dirección Gestión de Red.

Noveno.- Causal objeto de pronunciamiento

Corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre la denuncia declarada procedente, referida a la inaplicación del numeral 1) del artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a efectos de determinar si en el caso concreto el Colegiado Superior ha incurrido en una inaplicación de dicho dispositivo legal.

Décimo.- El numeral 1) del artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone lo siguiente:

*«1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:*

***a.** Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

***b.** Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados».*

Décimo primero.- Consideraciones previas

En principio, debemos decir que el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el numeral 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú implica que todas las personas deben ser tratadas de forma igual ante el Estado; en consecuencia, todo trato o comportamiento tendiente a establecer una diferenciación se encuentra prohibido, puesto que se estaría incurriendo en un trato manifiestamente **discriminatorio**. La **discriminación**puede ser entendida como todo aquel proceder que implique una diferenciación entre personas que se encuentren en iguales condiciones, sin causa objetiva o razonable para ello, y que constituya una afectación al ejercicio de sus derechos fundamentales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes Nos. 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados) del veintinueve de agosto de dos mil siete, en su fundamento veinte, establece que:

*(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una **discriminación**, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.*

Décimo segundo.- Dentro del ámbito laboral, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por Resolución Legislativa N° 13282, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, prescribe que no pueden establecerse tratos desiguales entre trabajadores que se encuentren en idénticas condiciones laborales, por razones de

sexo, religión, raza, nacionalidad, edad, estado civil o por cualquier otro motivo de carácter reprochable.

Décimo tercero.- En relación a la causal por la cual se declaró procedente el recurso se tiene que el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre **discriminación** en materia de empleo y ocupación, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 17687 publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el siete de junio de mil novecientos sesenta y nueve, ratificado el diez de agosto de mil novecientos setenta, en su artículo 1° establece una definición amplia de **discriminación**, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación. No obstante, lo antes indicado, en su artículo 5° considera como no **discriminatorias** las medidas especiales que se dicten para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

Décimo cuarto.- Sobre este punto, Morgado nos hace las precisiones siguientes:

*(…) no toda diferenciación es **discriminatoria**: solo tienen tal carácter las que «colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto», siempre que ellas no tengan una razón válida o legítima. En consecuencia, hay diferenciaciones no**discriminatorias**, sea porque no colocan al trabajador en una posición inferior o más desfavorable, como es el caso de las llamadas **discriminaciones** o acciones positivas, o tienen una razón válida o legítima, como es el caso de las que se basan en criterios de idoneidad profesional, por ejemplo.*

*Teniendo presente estos criterios creo conveniente destacar que **discriminar** comprende dos conceptos cercanos, pero no sinónimos: de una parte significa reconocer la existencia de diferencias, y de otra parte equivale a constituir diferencias. En el primer caso se reconoce algo existente que permite ser distinguido como separado de lo general; en el segundo caso se crea una diferenciación que no existe, dividiendo lo que inicialmente es único. En otros términos, al **discriminar** se discierne reconociendo como separado o diferente lo que ya tiene esa naturaleza, o se separa y diferencia lo que en esencia no tiene tal carácter.*

En ambos casos se presenta un trato diferenciado de las situaciones preexistentes o creadas. Tal trato puede conducir al establecimiento de ventajas o desventajas que favorecen o perjudican a los sujetos de esas situaciones. En ocasiones ese trato puede obedecer a prejuicios en la constatación de los elementos que caracterizan a cada situación diferente.

Décimo quinto. – Al respecto, este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto **discriminatorio** y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no **discriminación** no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como **discriminatorio**, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por

el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello.

Décimo sexto.- Solución al caso concreto

La empresa impugnante refiere en su recurso de casación que la diferenciación existente entre el actor y el homólogo propuesto se encuentra sustentada en elementos objetivos y razonables, pues, ambos trabajadores han mantenido una trayectoria laboral distinta, lo que conlleva a la existencia de una **diferenciación remunerativa.**

Décimo séptimo.- En el caso de autos, del Informe Revisorio N° 051-2 013-PJ-6JTL-LRZ de fecha veinte de agosto de dos mil trece, que corre en fojas setecientos cincuenta y tres a setecientos sesenta y tres, figura la trayectoria laboral del demandante y de sus homólogos propuestos los señores Rubén Richarte Cortez y César Roberto Mercado Gálvez, donde se advierte que existe una diferenciación objetiva respecto de su progresión en la carrera dentro de la empresa emplazada; tal es así que los homólogos se han desempeñado desde mil novecientos noventa y nueve como Supervisores (fecha en que fueron nombrados en dicho cargo); sin embargo, el demandante fue nombrado como supervisor recién en el dos mil cinco; por lo que la diferencia laboral existente entre el actor y los homólogos propuestos se basan en la trayectoria laboral pues como se advierte los homólogos tienen mayor experiencia laboral en el cargo de supervisor que el demandante, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede considerarse **discriminatoria**, por estar basada en factores objetivos diferentes demostrados en el proceso y que no han sido desvirtuados por la parte actora.

Décimo octavo.- En ese sentido, el Colegiado Superior al emitir pronunciamiento disponiendo el pago de ciento cincuenta y dos mil ciento cuarenta y nueve con 44/100 nuevos soles (S/.152,149.44) por concepto de reintegro de remuneraciones, Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y utilidades en base a la existencia de una supuesta **discriminación salarial** no se encuentra arreglada a derecho,

pues, conforme se ha evidenciado en los considerandos precedentes existe una disimilitud en la trayectoria laboral del actor y de sus homólogos propuestos, la cual constituye una causa objetiva para la existencia de una **diferenciación remunerativa**; razón por la que la causal por la cual se declaró procedente el recurso deviene en fundada.

Por las consideraciones expuestas:

FALLO

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el abogado de la empresa demandada, **Telefónica del Perú S.A.A.**, mediante escrito de fecha seis de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y siete a mil cuatrocientos sesenta y cinco; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veintidós a mil trescientos treinta; y actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia emitida en primera instancia contenida en la resolución de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, que corre en fojas mil sesenta a mil setenta y cuatro, que declaró fundada la demanda; **REFORMÁNDOLA** la declararon **INFUNDADA**; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano» conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Miguel Ángel Li Cruz Ku,** sobre homologación de remuneraciones; interviniendo como ponente, el señor juez supremo **Yrivarren Fallaque**; y los devolvieron.

S.S.

AREVALO VELA
YRIVARREN FALLAQUE
RODAS RAMÍREZ
DE LA ROSA BEDRIÑANA
MALCA GUAYLUPO