

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

TÍTULO: LA DESIGUALDAD REMUNERATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE ESCALAS SALARIALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en derecho del trabajo y de la seguridad social

Autor: Renán Pavel Flores Buendía

Asesor: Mónica Pizarro Díaz

Código del alumno: 20082594

2017

RESUMEN

El presente trabajo académico analiza el alcance del derecho constitucional a la igualdad remunerativa en la elaboración, aprobación y posterior aplicación de escalas salariales en el empleo público, a fin de identificar aquellos factores de diferenciación salarial que vulneran dicho derecho, esto al basarse en un criterio de carencia de una justificación objetiva o razonable. Específicamente, se estudia dos regímenes laborales, el régimen de la actividad privada regulada por el Decreto Legislativo N° 728, y el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, pues en éstos no existe un sistema único homologado de remuneraciones. Para tal efecto, se realiza una revisión de la doctrina especializada que nos permita identificar los criterios de diferenciación salarial que resultan válidos constitucionalmente, y luego se examina la casuística recaída en los fallos de tribunales peruanos. El trabajo concluye que no existe una regulación que establezca lineamientos claros y objetivos para la elaboración de escalas salariales en el empleo público, pues la legislación solo se limita a normar el piso mínimo y el tope máximo de remuneración que puede percibir un servidor público, ello ocasiona que las escalas varíen sustancialmente de una Entidad a otra, e incluso dentro de una misma organización, lo cual trasgrede el derecho a la igualdad remunerativa. Así también, se apuntala que se vulnera el derecho a la igualdad remunerativa cuando la organización estatal aprueba una escala remunerativa que establece mayores salarios solo para un régimen laboral, aun cuando coexistan, dentro de aquella, dos o más regímenes laborales. De igual manera, se contraviene el derecho a la igualdad salarial cuando se aplica una nueva escala salarial a los nuevos trabajadores y no a los antiguos, tal y como se encuentra regulado en la actual legislación sobre régimen CAS.

La Desigualdad Remunerativa en el Establecimiento de Escalas Salariales en el Sector Público

CONTENIDO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO Y DERECHO DE IGUALDAD. 3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD REMUNERATIVA. 4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD REMUNERATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. 5. LA DESIGUALDAD REMUNERATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE ESCALAS SALARIALES EN EL EMPLEO PÚBLICO. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUCCIÓN

En el Estado peruano es común encontrar servidores públicos que perciben remuneraciones diferenciadas aun cuando desempeñan una igual o similar función. Esto se debe a la existencia de diversos factores que intervienen en la determinación de las remuneraciones en el empleo público. El factor de diferenciación salarial más importante es, sin duda, el régimen jurídico laboral al que pertenecen los servidores públicos. Así, dentro de los regímenes laborales generales, el régimen laboral favorecido es el régimen de la actividad privada –Decreto Legislativo N° 728–, en comparación a los otros dos regímenes, el de la carrera administrativa –Decreto Legislativo N° 276– y el de contratación administrativa de servicios –Decreto Legislativo N° 1057–, pues paga una remuneración significativamente mejor en todos los grupos ocupacionales (Cieza, 2011: 124). La distinción salarial no sólo se observa en la mayor remuneración mensual que perciben los servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada, sino también en los beneficios colaterales que reciben (gratificaciones por fiestas patrias y navidad, compensación por tiempo de servicios, etc.).

Pero, además del criterio de diferenciación salarial más evidente que se expresa en el distinto régimen jurídico laboral al que pertenecen los servidores públicos, existen otros factores que igualmente intervienen en la determinación de la remuneración en el empleo público. Entre éstos podemos mencionar al tipo de entidad pública, así los servidores públicos mejores pagados son aquellos que laboran en organismos reguladores y en organismos ejecutores, seguidos de aquellos que prestan servicios en órganos técnicos especializados y en organismos constitucionalmente autónomos (Cieza, 2011: 124). Así también, el acceso al empleo constituye un factor de diferenciación aplicado en el régimen de la carrera administrativa, que diferencia la remuneración

los servidores públicos por la forma en que éstos accedieron al empleo, percibiendo una mayor remuneración los que ingresaron al régimen a través de un concurso público de nombramiento, en comparación con aquellos que accedieron mediante contratados de servicios personales, aun cuando realicen labores de naturaleza permanente. Dentro de este último grupo se encuentran aquellos que han sido repuestos judicialmente en aplicación de la Ley N° 24041, al haberse desnaturalizado sus contratos de locación de servicios. Factores de diferenciación salarial cuya constitucionalidad debe ser evaluada a la luz del derecho constitucional a la igualdad remunerativa.

El presente artículo se enfoca al estudio de los factores de diferenciación salarial existentes al momento de elaborar, aprobar y aplicar escalas remunerativas en el sector público. Para tal efecto, se considera la legislación y jurisprudencia sobre escalas salariales en el régimen laboral de la actividad privada y en el de contratación administrativa de servicios, en adelante CAS, pues en dichos regímenes no se ha regulado un sistema único de remuneraciones, como si lo hace el régimen laboral de la carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276).

Consideramos que el estudio de los factores de diferenciación remunerativa en el establecimiento de escalas remunerativas es importante, pues aun cuando en el Estado se encuentra implementando el nuevo régimen del servicio civil, creado por la Ley N° 30057, el cual busca ser un régimen general, único y exclusivo para las personas que prestan servicios al Estado, los servidores públicos sólo accederán a este régimen previo concurso público de méritos, teniendo éstos la opción de permanecer en su régimen, manteniendo, de ser el caso, su situación de desventaja remunerativa.

En esa medida, buscamos responder las siguientes interrogantes, ¿cuáles son los criterios establecidos por el legislador para la elaboración, aprobación y aplicación de escalas remunerativas en el sector público? ¿cuáles de éstos son contrarios al derecho a la igualdad remunerativa? ¿la fijación de una nueva escala remunerativa dentro de una entidad pública sólo para el personal de un determinado régimen laboral es contraria al derecho a la igualdad remunerativa del personal del régimen laboral excluido? ¿la aplicación de una nueva escala remunerativa, en el régimen CAS, únicamente a los trabajadores nuevos vulnera el derecho a la igualdad remunerativa de los antiguos?

A fin de dar una respuesta coherente a las cuestiones planteadas, el artículo parte por conceptualizar el derecho a la igualdad remunerativa desde la doctrina y la jurisprudencia

constitucional laboral. Luego analiza la aplicación del citado derecho a los servidores públicos en el marco del empleo público. Posteriormente, evalúa los factores de diferenciación remunerativa en la elaboración, aprobación y aplicación de escalas remunerativas en los regímenes de los Decretos Legislativos N° 728 y 1057. Finalmente, se presentan las conclusiones a las que arriba nuestro estudio.

2. EL PRINCIPIO Y EL DERECHO DE IGUALDAD

En relación al principio de igualdad, Neves señala que aquel “(...) supone comparar dos situaciones y conferir el trato correspondiente: igual trato a situaciones iguales y desigual trato a situaciones desiguales.” (2006: 339). En virtud de este principio, tanto el Estado como los particulares, se obligan a conferir un trato igualitario a las personas que se encuentran en una situación similar, a fin de no afectar la dignidad que como seres humanos nos es inherente.

En esa línea, Plá afirma que al ser la dignidad de los seres humanos la misma para todos, éstos deben ser tratados en forma igualitaria, siempre que se encuentren en situaciones semejantes, pero no cuando estén en posiciones diferentes, pues es tan injusto tratar diferente las situaciones iguales como tratar iguales dos situaciones diferentes (citado en García 2010: 224). La dignidad de la persona humana se constituye pues como el fundamento ético de la igualdad de trato entre las personas.

En relación a la noción de igualdad, el Tribunal Constitucional, en adelante TC, señaló, en su STC N° 0261-2003-AA/TC, de fecha 26 de marzo de 2003, que ésta debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primer plano, la igualdad aparece como un principio orientador de la organización y actuación del Estado; y, en el segundo, la igualdad se presenta como un derecho fundamental de la persona. Por lo que la igualdad es, a su vez, principio y derecho.

Debemos anotar, además, que el motivo primigenio que fundamentó la formulación del principio de igualdad fue el de impedir discriminaciones arbitrarias que se fundan en razones de sexo, raza, nacionalidad, etc. (López 1988: 61). En la actualidad, este principio amplió su protección, al prohibir cualquier diferencia de trato entre las personas que carezca de una justificación objetiva y razonable, y no sólo aquellos fundados en motivos prohibidos.

El derecho a la igualdad se encuentra consagrado en el artículo 2°, numeral 2), de la Constitución Política del Perú, al estipular que toda persona tiene derecho: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” Al respecto, la Constitución Política sólo hace mención a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: (i) el derecho a la igualdad ante la ley, y; (ii) la prohibición de discriminación. En esa medida, no hace un reconocimiento general del derecho a la igualdad, ni tampoco una mención expresa sobre la obligación del Estado de adoptar medidas para lograr una igualdad material a favor de las personas que se encuentren en una situación de desigualdad (Huertas, 2003: 61). Pese a ello, no puede negarse la vigencia de ambos aspectos del derecho a la igualdad, por encontrarse íntimamente ligadas a la dignidad de la persona humana, en esa medida se encuentran implícitas en nuestra Constitución.

Asimismo, debemos precisar que la prohibición de no discriminación tiene un contenido específico, pues únicamente procura evitar o suprimir diferencias de trato socialmente existente basados en motivos prohibidos, por su carácter odioso, al ser inherentes a la persona humana debido a su circunstancia personal (raza, sexo) o social (idioma, religión, condición económica) (Mejía, 2008:126). Sin embargo, pese a que dicha definición es aceptada por la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia peruana ha optado por relacionar el término “discriminación” con el de “igualdad”, considerando la primera como la fórmula negativa de la segunda.

Sobre el particular, Blume señala que la jurisprudencia peruana flexibiliza la cláusula “cualquier otra índole” contenida en el artículo 2°, numeral 2) de la Constitución, la cual posibilita incorporar otros motivos discriminatorios distintos de los listados, cobijando de este modo todos los supuestos contrarios al principio de igualdad, por suponer un trato diferenciado que no se encuentra justificado objetiva ni razonablemente (2010: 24-25).

En ese sentido, se puede advertir en la STC N° 2510-2002-AA/TC, de fecha 31 de marzo de 2004, que para el TC “(...) igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratado de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.” Dando al término “discriminación” un sentido amplio, entendiéndolo como toda distinción que resulta contraria al principio de igualdad.

En el presente artículo utilizamos el término “desigualdad” para referirnos a la diferencia de trato que es contraria al derecho fundamental de igualdad, evitando así la confusión conceptual con el de término “discriminación”, con el que nos referiremos a la desigualdad más grave, la fundada en motivos prohibidos (sexo, raza, religión, etc.).

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD REMUNERATIVA

En el ámbito de las relaciones laborales, el principio de igualdad se manifiesta, entre otros, a través del reconocimiento del derecho a la igualdad remunerativa de los trabajadores. Pues, tal y como afirma Krotoschin, la base del principio de igualdad remunerativa está en las ideas generales de igualdad de trato (citado por Mascaro, 1997: 38)

El derecho a la igualdad remunerativa supone la obligación del empleador de dar un trato igualitario en materia remunerativa a sus trabajadores, esto es, que el ejercicio de poder de dirección del empleador, al momento de determinar la remuneración de sus trabajadores, sea ejercido en forma apropiada, justificando las diferencias remunerativas en base a criterios objetivos y razonables, a fin de no menoscabar la dignidad de los trabajadores que reciben el peor trato remunerativo.

En ese sentido, la desigualdad remunerativa se configura cuando el empleador confiere un tratamiento remunerativo distinto a sus trabajadores, siempre que éste no se encuentre justificado de modo objetivo y razonable. Así, no toda diferenciación de trato en materia remunerativa constituye una desigualdad remunerativa. Al respecto, el TC, en la STC N° 04993-2007-AA/TC, de fecha 13 de enero de 2009, señaló que “(...) 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.” En esa línea, Castro afirma que “(...) no se admiten diferencias salariales cuando el elemento diferenciador fuese arbitrario por no estar fundado en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.” (2007: 62).

El constituyente ha consagrado el derecho a la igualdad remunerativa en el artículo 24° de la Constitución Política, al disponer que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa

(...)”. Aquí, el término equidad se utiliza como sinónimo de igualdad. Al respecto, Sarzo anota que, desde el punto de vista semántico, la palabra “equidad” proviene del latín *aequitas* que significa igualdad (2012: 215).

De igual manera, el TC ha asimilado el derecho a la remuneración equitativa con el derecho a la igualdad remunerativa. Esto al indicar, en la STC N° 0020-2012-PI/TC, de fecha 16 de abril de 2014, “Caso Ley de Reforma Magisterial”, y en la STC N° 00018-2013-PI/TC Lima, de fecha 21 de mayo de 2014, “Caso Ley del Servicio Civil”, que la “equidad” como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, impide la desigualdad salarial, esto:

“(…) 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 en base a 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 del a Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.” (Subrayado es nuestro)

Debemos precisar que, en el fundamento 8 de la STC 4922-2007-PA/TC, el TC estableció que la remuneración: “(…) no debe ser sometido a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana.” (Subrayado es nuestro). En consecuencia, la equidad procura impedir o eliminar la desigualdad salarial, la cual no se restringe a evitar la diferencia remunerativa basada en motivos prohibidos (sexo, raza, religión, etc.), sino que está dirigida a combatir toda diferencia remunerativa carente de justificación objetiva y razonable.

La equidad al formar parte del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, es absolutamente intangible para el legislador, el cual se encuentra impedido de otorgar un trato discriminatorio o desigual al momento de regular en materia remunerativa. De este modo, toda

norma que tenga un contenido contrario al derecho constitucional a la igualdad remunerativa de los trabajadores será inconstitucional. Al respecto, el artículo 103° de la Constitución Política autoriza al legislador a expedir leyes especiales, solo cuando “(...) así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.” En materia salarial, el tratamiento diferenciado que confiera el legislador solo podrá justificarse en las características particulares o singulares que tenga la prestación del servicio, no así las características personales del trabajador.

Sobre el alcance personal de la desigualdad remunerativa, López (1988, pp. 61-62) señaló que si un empleador eleva la remuneración de un trabajador por encima del que reciben otros trabajadores de la misma categoría no estaría obligado a conceder el mismo aumento a los demás, sin embargo si el empleador unilateralmente establece un aumento general de remuneraciones para la empresa, establecimiento o categoría del personal, debe aplicar el principio de igualdad de trato, no pudiendo hacer discriminaciones arbitrarias. De igual forma, Conflitti manifestó que: “(...) lo que interesa no es que haya algún trabajador más beneficiado que otro, sino que alguno resulte perjudicado respecto a la generalidad.” (1988: 71).

Pese a ello, nosotros consideramos que el alcance personal de la medida diferenciadora no condiciona la aplicación del derecho constitucional a la igualdad remunerativa, pues será suficiente comparar la situación en la que se encuentran dos trabajadores, para determinar si éstos reciben un trato salarial equitativo. En esa medida, resulta irrelevante evaluar si el acto de diferenciación salarial perjudica a la minoría o a la mayoría de trabajadores dentro de una organización empresarial.

Por otro lado, Castro afirma que, si bien el contrato de trabajo está sometido al principio de igualdad, en el ámbito de las relaciones laborales privadas este principio no es absoluto, pues sufre matizaciones importantes como consecuencia del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa y de organización, y del principio de autonomía individual (2007:61). Sin embargo, consideramos que, en un Estado constitucional de derecho, el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa no podría dar carta libre al empleador para fijar remuneraciones desiguales entre sus trabajadores, pues para nosotros el derecho a la igualdad remunerativa tiene mayor ponderación, y por ende debe primar, frente al derecho a la libertad de empresa, debido a su estrecha vinculación con el respeto de la dignidad de la persona humana.

Pese a lo anterior, en algún momento la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 601-2006-DEL SANTA, estableció que: “(...) ante igual labor asiste el derecho de un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas – evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos entre otros – e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador.” Sobre el particular, consideramos que dicha interpretación no es acorde con el derecho constitucional a la igualdad remunerativa, pues la admisión de circunstancias subjetivas favorece la arbitrariedad y discrecionalidad del empleador al momento de establecer la remuneración de sus trabajadores.

Siguiendo con nuestro análisis, a continuación, estudiaremos el derecho a la igualdad remunerativa a partir de su contenido constitucionalmente protegido.

3.1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad remunerativa

El contenido constitucionalmente protegido de un derecho posibilita su protección a través del proceso constitucional de amparo. Para Sarzo, el contenido constitucional de la igualdad remunerativa alcanza a proteger a todo trabajador de cualquier trato de diferenciación remunerativa simplemente arbitrario, como pagar, sin justificación objetiva y razonable, un salario distinto a dos trabajadores que realizan una misma labor (2012: 215). De igual modo, Cermeño señala que el otorgar remuneraciones diferenciadas por estimar que dos o más trabajos no son iguales en función de criterios no razonables y, por ende, arbitrarios, lesiona el derecho a la igualdad remunerativa (2013: 104).

La exigencia del derecho constitucional a la igualdad remunerativa requiere previamente delimitar el alcance del término “remuneración”. Así, la definición de remuneración que se debe tener en cuenta es la señalada en el artículo 1° del Convenio N° 100 de la OIT, convenio sobre igualdad de remuneración de 1951, según el cual, la remuneración “(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.” De este modo, la remuneración no solo comprende la remuneración básica que habitualmente percibe el trabajador, sino que incluye todos los conceptos que el empleador entrega con ocasión al empleo, teniendo por ende un alcance totalizador, no restrictivo.

En esa misma línea, Rendón afirma que la igualdad se debe aplicar a aquellas sumas o bienes que se entregan al trabajador referidos a la fuerza de trabajo que suministra, esto es, a la remuneración básica y cualquier complemento de ella; sin embargo, aclara que ésta no se aplica a los conceptos remunerativos referidos a hechos distintos del trabajo en sí, como las bonificaciones por familia o por antigüedad (2007: 100). Sobre el particular, Puntriano define estos complementos o suplementos remunerativos son definidos como “(...) aquellos montos que percibe el trabajador por los servicios prestados o con ocasión de los mismos, cuya naturaleza es remunerativa, cuya fuente radica en las condiciones personales del trabajador, circunstancias externas al trabajo o el resultado del negocio.” (2008:15).

En tal sentido, los complementos que compensan condiciones personales (asignación familiar, asignación por cumpleaños, asignación por hijos) o los que responden a situaciones ajenas a la prestación del servicio (gratificaciones extraordinarias) serán conceptos excluidos del análisis del juicio de igualdad salarial, por ser montos que entrega el empleador por razones ajenas a la prestación del servicio, en cambio los complementos que se relacionan con la prestación del servicio, y que están orientados a compensar labores extraordinarias (bonificación por productividad, por trabajo en sobretiempo, por trabajo en altura, por ocupar cargo de responsabilidad directiva, etc.) si lo están.

El contenido constitucional del derecho a la igualdad remunerativa tiene dos manifestaciones: la igualdad remunerativa por un trabajo igual y por un trabajo de igual valor. Las cuáles serán abordados a continuación.

a. Derecho a igual remuneración por igual trabajo

La primera manifestación del derecho a la igualdad remunerativa lo encontramos en el derecho a igual remuneración por igual trabajo, lo cual significa que si dos trabajadores realizan un igual trabajo deben percibir una igual remuneración.

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 23°, numeral 2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, al establecer que: “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.” De igual manera, en el artículo 7° del Protocolo Adicional

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativo N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.

a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”², se dispone que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.”

El derecho de igual remuneración por trabajo igual ha sido ratificado por nuestra jurisprudencia. Así, el TC, en la STC N° 04922-2007/TC, de fecha 18 de octubre de 2007, indicó que de los tratados de Derechos Humanos se infiere que “(...) la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo.”

Pero, ¿qué es el trabajo igual? Esta es una cuestión importante, pues el alcance de la definición de “trabajo igual” nos permitirá establecer qué trabajadores podrán exigir el derecho a la igualdad remunerativa. La adopción de una definición en sentido amplio favorecerá a más trabajadores, en cambio una definición restringida no.

En un sentido amplio, el trabajo igual está referido a una determinada categoría o grupo de empleo, la cual difiere de otra, porque requiere diferentes niveles de educación, formación, experiencia, responsabilidades, etc., de tal forma que las personas que se encuentren dentro de éstos, podrán exigir igualdad remunerativa. (Martínez 1987: 62). Esto supone que el empleador defina previamente los grupos ocupacionales existentes en su organización y que establezca para cada grupo una determinada remuneración, lo cual no siempre sucede. Sobre el particular, Rendón señala que el trabajo igual lo es en atención a su duración, intensidad y a la clase de tareas realmente cumplidas (2007: 100). Así, el trabajo igual debe atender a las características propias de los puestos de trabajo que se comparan.

Acoger la noción amplia de trabajo igual permitiría otorgar el derecho a la igualdad remunerativa a aquellos trabajadores que realizan igual o similar tarea, evaluando para ello las características de cada puesto de trabajo, lo cual no sería necesario si previamente el empleador ha establecido categorías de empleo, agrupando los puestos de trabajo según el nivel remunerativo que otorga.

² El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido suscrito por el Perú el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, publicada el 17 de mayo de 1955.

En cambio, en un sentido restringido, el trabajo igual supone evaluar no sólo las características del puesto de trabajo, sino también las particularidades del trabajador o trabajadores que se usan como términos de comparación. En ese sentido, Marcenaro señala que se justifica el trato remunerativo desigual si la diferencia se realiza en mérito a las características especiales del trabajador, tales como su capacidad, esfuerzo, dedicación, especialidad u otras (2009: 43). Este alcance de la definición de trabajo igual encuentra su fundamento en que el contrato de trabajo reviste una prestación personal de parte del trabajador. Esto es, que: “(...) el trabajador no es un elemento fungible, sino una persona y ninguna persona es perfectamente igual a otra.” (Deveali citado por Martínez, 1987: 63).

Sin embargo, también se debe tener en cuenta que, la igualdad remunerativa está destinado a la protección de los trabajadores como una entidad abstracta, sin perjuicio de ciertas consideraciones de orden personal, pues es imposible verificar concretamente las condiciones de trabajo de dos trabajadores de forma absoluta, para una declaración categórica de identidad de trabajo, en términos de misma productividad y perfección técnica (Mascaro, 1997:40-41).

El derecho a la igualdad remunerativa no busca una igualdad absoluta, porque sería inalcanzable, en ese sentido, basta una observación de la condición aproximada de dos trabajadores que presten servicios para el mismo empleador para concluir si la situación de diferenciación remunerativa es injusta o no, para determinar las correcciones necesarias. (Mascaro, 1997:41).

En esa medida, consideramos que el derecho a la igualdad remunerativa no debe ser entendido en un sentido rígido, pues la prestación del servicio en la relación laboral es de carácter personal, situación que posibilita al empleador diferenciar la remuneración que paga en virtud a las características particulares o especiales de cada trabajador, aun cuando ocupen un mismo puesto de trabajo.

Sobre el particular, la jurisprudencia peruana adopta la definición restringida de trabajo igual, estableciendo la necesidad de evaluar las particulares de cada trabajador a fin de conferir el derecho a la igualdad remunerativa. Así, la Corte Suprema, en la Casación Laboral N° 1880-2012-TUMBES, de fecha 06 de noviembre de 2012, señaló que, para postular discriminación salarial, además de la situación de paridad jerárquica y funcional, se debe acreditar “(...) situaciones

objetivas (antigüedad en el cargo, rendimiento, capacitación, etcétera) que fundamenten o justifiquen una igualdad remunerativa.”

De esta manera, la jurisprudencia peruana admite la presencia de remuneraciones diferenciadas en el caso de trabajadores que ocupan una misma o similar posición, o que realizan una misma o similar labor, siempre que dicha diferenciación se base en causas como la antigüedad, experiencia, productividad, evaluación del desempeño y rendimiento del trabajador, etc. (Castro 2009: 276).

Sobre el particular, debemos establecer que el trabajo igual lo es por las características del puesto de trabajo y, además, por las características especiales de cada trabajador. Asimismo, las consideraciones de orden personal solo pueden justificar la diferenciación remunerativa si son objetivas y por ende demostrables, a fin de eliminar cualquier rasgo de arbitrariedad en la decisión del empleador de otorgar remuneraciones diferenciadas.

b. Derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor

El derecho a la igualdad remunerativa también se manifiesta en el derecho a una igual remuneración por trabajo de igual valor. Esto es que cuando dos trabajadores realizan trabajos que agregan el mismo valor a la organización deben recibir igual remuneración. De ahí que, como anota Castro, “(...) lo decisivo para aplicar el principio de igualdad no es la realización de funciones en la misma categoría profesional sino el trabajo en sí mismo considerado” (2007: 68). De esta forma, la amplitud del derecho a la igualdad remunerativa permite proscribir la desigualdad remunerativa entre puestos de trabajo que si bien no son iguales ostentan un mismo valor para el empleador (Cermeño 2013: 104).

El derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor está consagrado en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, que reconoce el derecho a: “Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie”, y en el artículo 2° del Convenio N° 100 de la OIT, convenio sobre igualdad de remuneración⁴, el cual

³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978.

⁴ El Convenio N° 100, convenio sobre igualdad de remuneración, ha sido aprobado por Resolución Legislativa N° 13284 el 9 de diciembre de 1959. Instrumento de ratificación depositado el 1 de febrero de 1960.

obliga al Estado peruano a “garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.” Estos instrumentos internacionales dan especial énfasis a la prohibición de discriminación remunerativa fundada en motivo de sexo.

En ese sentido, es importante resaltar que el derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor está dirigido a combatir la discriminación que se funda en motivos prohibidos, como el sexo, raza, religión, etc. Al respecto, Blume afirma que el derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor va mucho más allá de la prohibición de desigualdad remunerativa más evidente que se presenta en trabajos iguales, pues replantea el concepto de igualdad remunerativa, a fin de hacer frente a la desigualdad vedada por ser discriminatoria, pretendiendo con ello erradicar fenómenos sociales de segregación ocupacional (2010: 63).

Entonces, ¿qué es el trabajo de igual valor? Pues bien, los trabajos serán de igual valor cuando producto de una evaluación corresponda a éstos un conjunto similar de exigencias, relativas a la aptitud, esfuerzo, responsabilidades y condiciones de trabajo (Blume, 2010: 78). Para la valoración de los puestos de trabajo se pueden utilizar distintos métodos. El método que es más utilizado es el sistema de puntos, que consiste en atribuir un valor en puntos a los diferentes elementos de los puestos de trabajo (habilidad, responsabilidad, condiciones de trabajo, etc.), de tal forma que la suma total equivale al valor del puesto de trabajo.

Así, podemos concluir preliminarmente que en principio todo trabajador que realice un trabajo igual o de igual valor, en los términos antes señalados, tendrá derecho a la igualdad remunerativa. Excepcionalmente, la legislación puede dar prioridad sobre el trabajo igual o de igual valor a algún otro criterio de diferenciación remunerativa, el cual debe estar justificado objetiva y razonablemente.

3.2. Determinación de la desigualdad remunerativa

La determinación de la existencia de desigualdad remunerativa requiere de la comparación de supuestos de hechos concretos, esto es, resulta necesario un punto de referencia desde el cual hacer la comparación, un término de comparación o *tertium comparationis*. Es necesaria, por tanto, la existencia de dos trabajadores o dos grupos de trabajadores que reciban un trato remunerativo diferenciado contrario al derecho a la igualdad remunerativa.

En el caso de la comparación de la situación de dos trabajadores, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 208-2005-PASCO, de fecha 08 de abril de 2013, afirmó que los criterios mínimos a ser tomados en cuenta son: “a) la procedencia del homólogo con el cual se realizan las comparaciones; b) la categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y el demandante; c) la antigüedad laboral en la empresa, las labores realizadas de ser el caso, diferenciar en forma disgregada los conceptos remunerativos que se perciban en ambos casos, entre otros que se consideren necesarios.” Esto es, analizar las características del puesto de trabajo que ocupa el trabajador que es usado como término de comparación, así como las particularidades objetivas del trabajador (antigüedad, rendimiento, capacitación, etc.).

En cambio, para determinar si el trato remunerativo diferenciado establecido por una disposición legislativa comporta un trato desigual, contrario al principio de la igualdad ante la ley, el TC aplica el test de igualdad (proporcionalidad o razonabilidad). En la STC N° 0004-2006-PI/TC, de fecha 29 de marzo de 2006, el TC estableció que los pasos del test de igualdad son los siguientes: “a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación. b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad. c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin). d) Examen de idoneidad. e) Examen de necesidad. f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”

De igual manera, en la STC N° 0004-2006-PI/TC, de fecha 29 de marzo de 2006, el TC precisó que, al verificar la diferenciación legislativa, en primer lugar, se debe analizar si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación. En esa medida, si resulta igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferenciado es contraria al principio-derecho de igualdad, por tratar diferente dos supuestos de hechos similares. Si resulta diferente, se debe proseguir con los pasos del test de igualdad, pues el hecho de que se dé un tratamiento legislativo diferente a dos situaciones jurídicas distintas no implica que dicha medida sea acorde al principio y derecho de igualdad. Pues, tal y como afirma Marcenaro, un trato será desigual no solo cuando se otorga un trato diferente frente a supuestos semejantes, sino también, cuando tratándose de supuestos diferentes tal diferencia se realiza en condiciones desproporcionadas (2009: 43).

En esa medida, cuando una norma jurídica realice un trato diferenciado en materia remunerativa, el juicio de igualdad requerirá relacionar la situación con un término de comparación que resulte

idóneo, y verificar que la diferencia tenga una justificación objetiva y razonable, para lo cual deberá ser sometido al test de igualdad, que supone evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la norma diferenciadora.

4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD REMUNERATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En relación a la remuneración de los servidores públicos, se debe anotar que nuestra Constitución Política vigente no contiene ninguna previsión normativa que establezca una regulación especial. Según Pasco, esto no es una simple omisión del legislador constitucional, sino un acto deliberado, pues la Constitución de 1979 instituía un “régimen único homologado” de fisonomía salarial absoluta, el cual ha sido más veces incumplido que aplicado, y que resultaba incompatible con el reconocimiento de derechos colectivos (1999: 222). Para Danós dicha omisión del constituyente ha sido contraproducente en la realidad, pues “Si bien la Constitución de 1993 no repitió el precepto de homologación de remuneraciones, las evaluaciones realizadas hasta la fecha demuestran que desde entonces se ha generada una mayor dispersión, generándose un verdadero caos en la Administración, con una gran variedad de conceptos remunerativos y de montos y la existencia de múltiples sistemas de pago al personal” (2002: 219). Pero, además, de la omisión constitucional, la dispersión salarial ha sido provocada por las normas de austeridad, que al establecer rigurosas restricciones a los incrementos remunerativos incentivaron que las entidades públicas busquen otras formas, remunerativas o no, de pagar a sus empleados una remuneración que se encuentre acorde con la realidad del mercado.

Esta situación de dispersión salarial en el empleo público se verifica en la existencia de distintos sistemas de pagos del personal, así como diversos conceptos remunerativos y no remunerativos, lo cual ocasiona que en numerosos casos dos servidores públicos no perciban iguales remuneraciones aun cuando desempeñan la misma o similar función. Esta situación hace que surjan las siguientes preguntas, ¿un servidor público tiene derecho a la igualdad remunerativa?, y de ser así, ¿cuál es el alcance de la protección que otorga dicho derecho? Interrogantes que serán absueltas el a continuación.

En el empleo público, la relación jurídica que vincula al Estado con el servidor público es una de naturaleza laboral, pues en aquella concurren los tres elementos típicos de la relación laboral, esto es: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración. La legislación peruana reconoce dicha naturaleza laboral en el artículo 1° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (LMEP), aún vigente⁵, al definir la relación entre el Estado y el empleado como una que vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación.⁶

La diferencia entre empleo público y privado se origina de la figura del empleador y no del trabajador, pues las labores que realiza un servidor público no se diferencian de las que realiza cualquier otro trabajador. En sentido material, la prestación del servicio es idéntica, pues tanta dependencia hay en el trabajador común como en el servidor público, “(...) ambos trabajan por cuenta de otro sujeto, ambos prestan sus servicios voluntariamente y a cambio de una retribución” (Quintanilla, 2014: 45).

La figura del empleador es pues la que distingue al empleo público, aquí el Estado-empleador no ejerce su poder de dirección con autonomía privada, sino que sus facultades se encuentran regladas. El Estado-empleador no se rige por el principio de autonomía de la voluntad, sino por el de igualdad ante la ley.

En ese sentido, Palomeque anota que existe una importante diferencia entre los casos de desigualdad remunerativa que se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares y aquellos otros en que el empleador es el Estado, pues este se sujeta a las exigencias de la igualdad ante la ley, y no a las de autonomía de la voluntad (2010: 25). Esto se debe a que, la naturaleza pública del Estado-empleador le imprime un matiz particular a la remuneración que perciben los servidores públicos, al encontrarse sujetos a límites presupuestales, los cuales restringen severamente los incrementos remunerativos, así como el otorgamiento de incentivos económicos, a favor de los servidores públicos. En esa medida, Vergara sostiene que no existen diferencias sustanciales entre la remuneración en el empleo público y la remuneración en ámbito privado,

⁵ La LMEP quedará derogado por el literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30057, el cual entrará en vigencia una vez que esta última Ley se implemente.

⁶ La LMEP incluye en la relación Estado-empleado a las relaciones de confianza política originaria, quedando excluido el funcionario público.

aparte de la restricción presupuestal que en el primer caso le imprime un carácter especialmente reglado (2014: 183). La influencia del derecho administrativo sobre el derecho del trabajo se pone de manifiesto en la aplicación del principio de limitación retributiva al personal laboral de la Administración Pública (Quitaniña, 2014: 46).

Pese a lo señalado, en el ordenamiento jurídico peruano, el carácter reglado de la remuneración no es absoluto, pues existen algunos supuestos que posibilitan al empleador público a fijar una remuneración diferenciada de forma discrecional, por ejemplo, cuando se fija la remuneración de un servidor público bajo régimen CAS, en el caso que la entidad no tenga aprobado una escala salarial al interior de su organización. Empero, lo anterior no puede negar el derecho constitucional a la igualdad remunerativa del servidor público, cualquiera sea el régimen laboral en que se encuentre.

Así, el servidor público debe tener la misma protección que la Constitución y los Tratados Internacionales confieren a todo trabajador, pues dichas normas tienen como finalidad establecer pautas de carácter general que deben inspirar y regir las relaciones laborales, sin importar la naturaleza de los sujetos que intervengan en los mismos (León, Bonilla y Cruz 2016: 105). La protección que otorga el derecho del trabajo también debe proyectarse al empleo público, pues:

“(…) si lo que pretende el derecho del trabajo es corregir desigualdades, resulta notorio que su aplicación debe ser especialmente dedicada a la relación que se traba con el empleador más poderoso que es el Estado, de forma tal que el principio protectorio alcance sus diversas modalidades de trabajo y los tribunales lo tengan en cuenta en las causas contenciosas que lo tienen a él como parte empleadora.” (Fernández citado por Vergara, 2014: 180).

El derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos ha sido ratificado por el TC en la STC N° 5652-2007-PA/TC, de fecha 06 de noviembre de 2008, al señalar que: “(…) la protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca (...) la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor”.

En el ámbito del empleo público la protección que otorga el derecho a la igualdad remunerativa tiene características especiales. Así, en relación al trabajo igual para invocar el pago de igual remuneración, tal y como afirma Danós, lo normal en las entidades públicas es que las

remuneraciones aparezcan prefiguradas en la legislación, siendo idénticas para aquellos que alcancen un nivel y desempeñen un cargo que se ajuste a dicho nivel, cualquiera sea su desempeño (2002: 229). Por lo que en principio quienes desempeñen un mismo cargo podrán exigir igual remuneración.

Sin embargo, la jurisprudencia peruana señala que no procede la homologación remunerativa por la sola denominación del cargo, sino que además se deben evaluar otros elementos. Al respecto, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 1790-2012-La Libertad, de fecha 19 de noviembre de 2012, en el caso de un registrador público que demandó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, el reintegro de remuneraciones y beneficios sociales, alegando el trato salarial desigual, señaló que “(...) no es suficiente considerar que por el solo hecho de tener el actor con la supuesta homóloga el cargo de Registrador, le asistiría la homologación de la remuneración, sino requiere un mayor análisis comparativo, toda vez que la demandada alega que han desarrollado trabajos distintos.” Agrega luego que “(...) no puede homologarse a dos trabajadores simplemente porque tienen una misma denominación de cargo.” De este modo, la jurisprudencia aplica los criterios del empleo privado al empleo público, denegando el acceso al derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos.

Debemos considerar, sin embargo, que el hecho que dos servidores públicos pertenezcan a la misma categoría y tengan además el mismo cargo, es un argumento poderoso para exigir la igualdad remunerativa, aunque ello no obsta a que se evalúe también las características particulares de estos servidores (antigüedad, rendimiento, capacitación, etc.), siempre que éstos criterios hayan sido considerados como parte de la política remunerativa de la entidad. Esta última situación en el empleo público es excepcional, debido a las restricciones presupuestales que prohíben el otorgamiento de bonificaciones e incentivos económicos de cualquier índole.

En el empleo público peruano existen diversos criterios de diferenciación salarial que priman sobre el trabajo igual o de igual valor, tales como el régimen laboral a la que pertenece el servidor público, el tipo de entidad pública, la forma de acceso al empleo público, etc. Los cuales deben ser analizados a la luz del principio de igualdad. En el siguiente acápite se evaluará los criterios de diferenciación remunerativa que se presentan en la elaboración, aprobación y aplicación de escalas remunerativas en el sector público.

5. LA DESIGUALDAD REMUNERATIVA EN EL ESTABLECIMIENTO DE ESCALAS SALARIALES EN EL EMPLEO PÚBLICO

Habiéndose reconocido el derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos que realicen un trabajo igual o de igual valor, resulta relevante ahora analizar los factores de diferenciación en materia remunerativa en el establecimiento de escalas remunerativas en el sector público.

5.1. El derecho a la igualdad remunerativa en la aprobación de escalas salariales en el empleo público

La escala remunerativa puede ser definida como aquel diseño que al interior de una entidad pública relaciona los puestos de trabajo con determinados niveles de remuneración. Las escalas remunerativas son aprobadas principalmente por las entidades públicas que se encuentran habilitadas para contratar a su personal mediante el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728) o el régimen laboral especial CAS (Decreto Legislativo N° 1057), pues dichos regímenes no están sujetas a un sistema único de remuneraciones. De esta forma, cada entidad aprueba los grupos ocupacionales y los niveles de remuneración que otorga a los servidores que se encuentren en dichos grupos, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal con la que cuenta, pudiendo establecer un tope mínimo y máximo de remuneración para cada grupo ocupacional, o en su defecto, un monto remunerativo único.

La aprobación de escalas remunerativas en las entidades públicas surge por la necesidad de homologar las remuneraciones de los servidores públicos que realizan igual o similares funciones, pero también, cuando éstos ya existen, para aprobar incrementos en las remuneraciones de los puestos de trabajo. Sin embargo, nada impide que se apruebe una escala remunerativa con montos menores a los existentes.

No existe pues una norma legal que obligue a las entidades públicas a aprobar sus escalas remunerativas para el personal que se encuentre contratado en alguno de los regímenes laborales antes señalados, menos aún que regule los criterios o lineamientos que deben seguir las entidades para aprobar dichas escalas. Esto, a nuestro parecer, constituye una severa omisión legislativa, pues ello posibilita, en el primer caso, que las remuneraciones se fijen a nivel de cada contrato, en base a criterios arbitrarios y discrecionales, y en el segundo, que los criterios que se adopten no se

justifiquen objetiva ni razonablemente, resultando contrario al derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos.

Dentro de la escasa regulación existente en materia de escalas remunerativas encontramos el numeral 1) de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 304-2012-EF, TUO de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, el cual establece que las escalas remunerativas se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector. De esta forma, se prohíbe que las entidades públicas aprueben escalas remunerativas mediante instrumentos de gestión interna.

Asimismo, la aprobación de las escalas salariales se sujeta a la normatividad general en materia de remuneraciones en el sector público. La escala debe respetar el derecho a la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2016-TR, cuyo monto asciende a S/. 850.00; regulación que se extiende al régimen laboral especial CAS, de acuerdo al artículo 6°, literal a), del Decreto Legislativo N° 1057; de igual forma, no deben sobrepasar el tope máximo de ingresos en el sector público establecidos en el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 038-2006, que modifica la Ley N° 28212, según el cual, ningún funcionario o servidor público que preste servicios al Estado bajo cualquier régimen laboral, con excepción del presidente de la República, percibirá ingresos mensuales superiores a seis Unidades de Ingreso del Sector Público (UISP)⁷, cuyo monto asciende a S/. 15,600.00.

Sobre el particular, mediante Informe Técnico N° 648-2015-SERVIR/GPGSC, de fecha 16 de julio de 2015, el Servir señaló que: “(...) la retribución del personal, bajo el régimen CAS, no puede ser menor a la remuneración mínima vital ni superior a las seis (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, siendo que la entidad cuenta con total autonomía para fijar el monto de dicha retribución, pero dentro de los límites señalados y de acuerdo a su disponibilidad presupuestal.” (subrayado es nuestro)

En relación a los criterios para la elaboración de las escalas salariales la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), en el Informe Legal N° 441-2010-SERVIR/GG-OAJ, de fecha 18 de

⁷ El artículo 1° del Decreto Supremo N° 056-2015-PCM, publicado el 27 de agosto de 2015, fija el monto de la Unidad de Ingreso del Sector Público para el año 2016 en un monto de S/. 2,600.00, monto que ha sido el mismo en los últimos años.

noviembre de 2010, el cual tiene carácter vinculante, sugirió los siguientes criterios o factores en el diseño de escalas remunerativas:

- “a) responsabilidad del puesto, entendida como la magnitud y complejidad de las tareas a realizar;
- b) nivel jerárquico, el cual tendrá como finalidad valorar la ubicación que tendrá el servidor o funcionario dentro de la estructura organizacional; c) nivel académico que se requiere para ocupar el puesto; y, d) experiencia que se requiere para el desempeño del puesto.”

En esa medida, entre los factores que se deben considerar para la elaboración y posterior aprobación de toda escala salarial en el empleo público se encuentran: la responsabilidad y el nivel jerárquico del puesto de trabajo, así como el nivel académico y la experiencia que se requiere para ocupar dicho puesto. Dichos factores se encuentran acordes con el derecho a la igualdad remunerativa, pues permiten distinguir la remuneración de los servidores públicos en base a criterios objetivos y razonables. Cabe precisar, además, que nada impide que la entidad pública pueda establecer otros factores de diferenciación remunerativa, siempre que éstos se encuentren debidamente justificados.

La falta de regulación sobre los criterios para la elaboración de escalas salariales en el sector público posibilita que la remuneración que el empleador público establezca para cada grupo ocupacional se determine discrecionalmente. Esto puede generar la aprobación de remuneraciones contrarias al derecho a la igualdad remunerativa, cuando exista desproporción entre la remuneración que percibe un grupo ocupacional en comparación con otro. En esa medida, resulta necesario que el Estado regule con mayor precisión los criterios de diferenciación remunerativa para la elaboración de escalas remunerativas.

5.2. La desigualdad remunerativa en el establecimiento de escalas salariales diferenciadas por régimen laboral

En la mayoría de entidades públicas coexisten dos o más regímenes laborales. La cuestión que se plantea a este respecto es si, ¿la aprobación de una escala remunerativa que incrementa remuneraciones en uno de los regímenes laborales vulnera el derecho a la igualdad remunerativa de los trabajadores de los otros regímenes? O es que, ¿el régimen laboral es un factor de diferenciación remunerativa válida en la aprobación de escalas remunerativas?

Al respecto, debemos recordar que el régimen jurídico laboral al que pertenece un servidor público se configura como uno de los principales criterios de diferenciación remunerativa en el empleo público. La diferencia se evidencia no solo en la remuneración mensual que perciben los servidores públicos, sino también en los beneficios colaterales que otorga cada régimen. Para García, la diferencia de régimen se considera como una causa razonable y objetiva que justifica la desigualdad remunerativa, pues en esta prima la dificultad en el acceso al empleo público que el valor del trabajo prestado (1994: 29). Entonces, ¿la diferencia de régimen podría justificar un trato diferenciado al momento de aprobar escalas remunerativas?

La jurisprudencia del TC aborda dicha problemática en la STC N° 01390-2013-PA/TC, de fecha 14 de marzo de 2014, aquí el máximo intérprete de la Constitución desestimó la demanda de amparo sobre discriminación salarial formulada por un servidor público bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, al no haberse considerado al personal de su régimen laboral en la nueva escala remunerativa que incrementó las remuneraciones del personal del Poder Judicial sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728. El TC señala respecto a los dos regímenes laborales mencionados que: “El acceso, características, derechos y obligaciones, finalización de la relación laboral, etc., están regulados en cada caso de manera específica y expresa, lo que a su vez ha dado lugar a que los mecanismos de protección de tales regímenes sean diferentes y específicos”, concluyendo que: “La situación laboral de un trabajador del régimen laboral privado (...) no es un término de comparación válido para apreciar un trato desigual respecto a la situación del demandante, porque sus regulaciones y formas de determinar la remuneración son sustancialmente distintas.” Sobre el particular, se debe anotar que la sola mención a la diferencia de régimen laboral no justifica el trato remunerativo diferenciado, aquí la justificación se encuentra en la forma como se encuentra regulada la determinación de la remuneración, pues como se ha señalado, en el régimen del Decreto Legislativo N° 276, se tiene un sistema único de remuneraciones, en cambio en el Decreto Legislativo N° 728, la remuneración es fijada por cada entidad, a través de la aprobación de sus respectivas escalas salariales.

Esto es confirmado por el TC en la STC N° 02466-2012-AA/TC, de fecha 22 de octubre de 2012, en la que estimó la demanda de amparo presentada por el Sindicato de Trabajadores Sujetos a Contrato Administrativo de Servicios del proyecto especial Chavimochic contra el Gobierno Regional de la Libertad, al considerar como discriminación salarial, el acto del gobierno regional

de reajustar la escala salarial solo para los trabajadores de Chavimochic regulados por el régimen del Decreto Legislativo N° 728, y no para aquellos regulados por el régimen del Decreto Legislativo N° 1057. En esa oportunidad el TC señaló que:

“(…) lo que justifica un trato diferente del régimen laboral del contrato administrativo de servicios es que posee una naturaleza y características distintas de los regímenes laborales públicos y privado y por ende no constituye un sistema de contratación laboral independiente. Lo expresado no puede tomarse como excusa para otorgar un trato diferente a este régimen donde la ley no lo ha hecho.”

De este modo, el TC concluyó que el reajuste de la escala salarial solo a los trabajadores del régimen de la actividad privada afectaba el derecho de igualdad ante la ley y a la no discriminación de los trabajadores sujetos al régimen laboral CAS.

En consecuencia, el factor del régimen laboral no justifica la aprobación de escalas salariales que establezcan incrementos remunerativos privilegiando solo a un régimen, pues esto vulnera el derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos del régimen laboral excluido. Como resulta obvio, esto sólo se aplica en el caso que en la entidad coexistan el régimen de la actividad privada, con el régimen CAS, pues sólo en éstas es posible la aplicación de escalas salariales.

5.3. La desigualdad en la aplicación de escalas salariales en el régimen laboral CAS

La aplicación de escalas salariales no tiene mayor dificultad en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, pues en dicho régimen una nueva escala remunerativa que establezca mayores remuneraciones se aplica de manera inmediata a las relaciones jurídicas existentes como a las nuevas, siempre que la entidad pública se encuentre excluida de la prohibición de incremento remunerativo contenido en el artículo 6° de la Ley anual de presupuesto del sector público.

En cambio, en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, la aplicación de una nueva escala salarial que aprueba mayores remuneraciones encuentra una limitación normativa en su aplicación. Así pues, el artículo 7° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, estipula que la modificación del modo de la prestación del servicio en un contrato administrativo de servicios no incluye el monto de la remuneración originalmente pactada, lo cual finalmente impide la aplicación inmediata de la nueva escala a los trabajadores con contratos vigentes.

Al respecto, el Servir, en el Informe Legal N° 41-2012-SERVIR/GPGRH, de fecha 22 de junio de 2012, ha concluido que: “El contrato administrativo de servicios no puede ser modificado en cuanto a la remuneración originalmente pactada, puesto que en dicho contrato sólo pueden ser modificados los aspectos no esenciales; y no así los aspectos esenciales, como la remuneración.” En esa medida, se niega la aplicación de la escala salarial aprobada a los trabajadores con contratos vigentes, pues éstos tendrán que volver a concursar a fin de poder celebrar los nuevos contratos con la remuneración actualizada.

La no aplicación inmediata de una nueva escala remunerativa que establece mayores remuneraciones a los servidores con contrato vigente, sino sólo a aquellos que son contratados con posterioridad, ocasiona una evidente desigualdad remunerativa, pues aquí el factor de fecha de contratación no justifica razonablemente dicha distinción.

Al respecto, Palomeque anota que son contrarias al derecho de igualdad las diferencias remunerativas derivadas únicamente de la fecha de contratación de los trabajadores, salvo cuando responde convencionalmente a una justificación consistente de carácter objetivo y razonable (2010:22). Sin embargo, en el caso de la diferenciación remunerativa por la fecha de contratación, derivada de la aplicación de distintas escalas remunerativas, en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, no tiene una justificación objetiva y razonable. Tampoco resultaría válido justificar la desigualdad remunerativa en la existencia de límites presupuestales, pues la entidad antes de adoptar la decisión de modificar una escala salarial, a fin de incrementar la remuneración de su personal, debería evaluar que el presupuesto resulte suficiente de aplicarse la nueva escala a todos los puestos de la entidad.

Una situación especial se presenta en el caso de los servidores públicos que sustituyeron sus contratos de servicios no personales por contratos administrativos de servicios, en virtud del numeral 2) de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, y que conservan en la actualidad dicha situación laboral, pues muchos de estos servidores mantienen sus remuneraciones originalmente pactadas, los cuales no se han visto incrementadas, pese a haberse aprobado distintas escalas salariales, percibiendo, por tanto, remuneraciones diminutas en comparación con sus homólogos, situación que sin duda atenta contra su derecho a la igualdad remunerativa.

En consecuencia, la fecha de contratación de un servidor público bajo régimen CAS, cuando se aprueba una nueva escala salarial que establece incrementos remunerativos, es un factor de diferenciación remunerativa contrario al derecho a la igualdad remunerativa, al favorecer únicamente a los servidores contratados con posterioridad a su vigencia, excluyendo al resto de servidores públicos.

6. CONCLUSIONES

Luego de realizado el presente estudio, se arribó a las siguientes conclusiones:

- La igualdad como principio y derecho procura que el Estado y los particulares confieran un trato igual a las personas que se encuentran en una situación igual, y un trato desigual a aquéllos que se hallan en una situación distinta. La igualdad se sustenta en el respeto de la dignidad de la persona humana.
- La conducta del empleador de otorgar una remuneración diferenciada a sus trabajadores debe estar justificada de forma objetiva y razonable, queda proscrita la arbitrariedad en la determinación de la remuneración de los trabajadores.
- La igualdad remunerativa tiene reconocimiento constitucional a través del derecho a la remuneración equitativa, cuyo contenido constitucionalmente protegido se manifiesta a través del derecho a igual remuneración por trabajo igual y por trabajo de igual valor.
- La protección que otorga el derecho a la igualdad remunerativa alcanza a todo trabajador, sin considerar el carácter público o privado del empleador. Los servidores públicos pueden demandar la igualdad remunerativa del Estado empleador, cuando el trato diferenciado no se encuentre justificado objetiva ni razonablemente.
- En el empleo público, lo normal es que la remuneración se encuentre previamente definida en los documentos de gestión, existiendo un monto remunerativo para cada puesto de trabajo. La remuneración excepcionalmente considera las características especiales de los servidores públicos. En tal caso, esta situación debe estar contenida en la política remunerativa de la entidad.

- Existe escasa regulación sobre los criterios para la elaboración de escalas remunerativas en el sector público, lo cual posibilita que el empleador público establezca criterios discrecionales, los cuales pueden resultar contrarios al derecho a la igualdad remunerativa.
- El factor del régimen laboral, no justifica la diferenciación remunerativa que surge al aprobar una escala remunerativa que establezca incrementos remunerativos solo para un régimen laboral, pues esto vulnera el derecho a la igualdad remunerativa de los servidores públicos del régimen laboral excluido.
- El factor de fecha de contrato no justifica la distinción remunerativa derivada de la aplicación de una escala salarial que establezca incrementos remunerativos bajo el régimen CAS solo a los servidores contratados con posterioridad a su vigencia, pues vulnera el derecho a la igualdad remunerativa de los servidores que tienen contrato administrativo de servicio vigente.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

2012 El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma. Recuperado de <http://goo.gl/aBQn4W>.

BLUME, Iván

2010 Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú. De la construcción teórica a la aplicación práctica. Lima: PUCP.

CASTRO, José

2009 “La igualdad de remuneración”. En Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Grijley, pp. 259-276.

CASTRO, Macarena

2007 El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario. Madrid: Dykinson.

CERMEÑO, Claudia

2013 La homogeneización de condiciones salariales en procesos de fusión y adquisición de empresas. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Recuperado de <http://goo.gl/MXhx0g>.

CIEZA, Nancy

2011 Análisis de las remuneraciones de las personas que prestan servicios al Estado peruano. Recuperado de <https://goo.gl/Hcwhx6>.

DANÓS, Jorge

2002 Regulación jurídica de la función pública en el Perú. En La profesionalización de la función pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

GARCÍA, Álvaro

2010 ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica.

GARCÍA, Jesús

1994 Las desigualdades salariales. Valencia: Tirant lo Blanch.

HUERTA, Luis

2003 “El derecho a la igualdad: su desarrollo en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En MOSQUERA, Susana (coordinador). El derecho fundamental de igualdad. Lima: Palestra.

LEÓN, Adriana, Claudia BONILLA y Maritza CRUZ.

2016 “Hacia un régimen salarial objetivo entre empleados públicos del orden nacional y territorial”. Revista de Derecho, Universidad del Norte, número 45, pp. 85-110.

LLOMPART, Magdalena

2007 El salario: concepto, estructura y cuantía. Madrid: La Ley.

LÓPEZ, Justo

1988 El salario. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

MARCENARO, Ricardo

2009 Los derechos laborales de rango constitucional. Tesis de maestría en derecho constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados. Recuperado de <http://goo.gl/emt5ks>.

MARTÍNEZ, Julio

1987 “Los principios de igual remuneración por igual tarea y por trabajo de igual valor”. Lecciones y ensayos, número 47. Recuperado de <http://goo.gl/iQ1LQ5>.

MASCARO, Amauri

1997 Teoria jurídica do Salário. Segunda edición. Sao Paulo: LTR.

MEJÍA, Renato

2008 “La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. Ius et veritas, número 37.

NEVES, Javier

2006 “Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima: Palestra.

NEVES, Javier

2009 Introducción al derecho del trabajo. Segunda edición. Lima: Fondo editorial PUCP.

PALOMEQUE, Manuel

2010 “El derecho constitucional a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo”. En MORGADO, Purificación (coordinadora). Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el derecho del trabajo. Navarra: Aranzadi.

PASCO, Mario

1999 “Perú”. En ACKERMAN, Mario (Coordinador). Trabajadores del Estado en Iberoamérica. México D. F.: Porrúa.

PUNTRIANO, Cesar

2008 “Implicancias jurídicas de la remuneración. Comentarios a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional”. JUS jurisprudencia. Grijley. pp. 11-19.

QUINTANILLA, Raquel

2014. “La flexibilidad interna en el empleo público laboral”. España Aranzadi.

RENDÓN, Jorge

2007 Derecho del trabajo. Teoría General I. Segunda edición. Lima: Grijley.

SARZO, Víctor Renato

2012 La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Recuperado de <https://goo.gl/ybDmmN>

VERGARA, Hernán Darío

2014 “¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa”. Opinión jurídica, volumen 14, número 27, pp.175-192.