

**EL SALARIO INTEGRAL UNA ACTIVIDAD DISCRIMINATORIA Y DE
DESIGUALDAD EN EL CAMPO LABORAL**

KATHERINE ISABELLA RESTREPO RUANO

TUTOR: JUAN PABLO ORJUELA VEGA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2015

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPITULO I NUEVA MODALIDAD DEL SALARIO

1.1 Estipulación del salario integral

1.2 Consecuencias de la estipulación del salario integral

1.3 Conceptos comprendidos en el salario integral

1.4 Análisis jurisprudencial en torno al salario integral

1.4.1 Derechos fundamentales

CAPITULO II EL SALARIO Y EL PRINCIPIO IGUALDAD EN OTROS PAISES

2.1 Argentina

2.2 Principio en igualdad en Argentina

2.3 La doctrina en materia de igualdad laboral

2.4 México

2.5 Fundamento Constitucional del principio de igualdad en México

2.6 El principio de igualdad en el derecho laboral

CAPITULO III CONSTITUCIONALIDAD DEL SALARIO INTEGRAL

3.1 Principio de igualdad

3.2 Test de razonabilidad en abstracto

3.3 El principio de proporcionalidad

3.4 Aplicación del test de razonabilidad al salario integral.

BIBLIOGRAFIA

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Son muchos los filósofos y economistas que han hablado del salario y de sus teorías relativas las cuales reflejan una inclinación hacia un concreto factor determinante de los mismos. La primer teoría relevante sobre los salarios es la del filósofo San Tomas que empezó a estudiar la economía aun en la Edad Media, en una época donde aún se buscaba explicar todas las acciones con una mirada religiosa, Santo Tomas ya buscaba entender la mecánica de las acciones humanas, y en medio de sus investigaciones también encontró temas económicos que llamaron su atención pero el análisis desde el punto de vista de la ética, que es la doctrina del salario justo, que es una visión normativa, es decir marca cual debe ser el nivel salarial, y una visión positiva que se define por reflejar el valor real de los salarios. El definía el salario justo como aquel que permitía al receptor una vida adecuada a su posición social, esta teoría fue más tarde desarrollada por Adam Smith que consideraba que existe un mínimo, para los salarios nominales del cual no se puede pasar, puesto que de lo contrario, la raza trabajadora se extinguiría.

Para David Ricardo los salarios de los empleados tendían a ser los necesarios para sobrevivir y reproducirse y el valor de trabajo se determinaría por el número de horas que necesitaría hacer un empleado para mantener un sueldo que les permitiera mantenerse él y a su familia.

Karl Marx, sostiene que en un sistema capitalista la fuerza laboral rara vez percibe una remuneración superior a la del nivel de subsistencia. Y esta figura del salario hablada desde hace siglos por filósofos, economistas, ha tenido una variación, ya que en Colombia y en muchos países no se tienen en cuenta muchos factores que encierran el salario y que debería ser un tema de mayor preocupación, para no tener que hablar de una desigualdad y discriminación en pleno siglo XXI. El salario debe ser digno como uno de los derechos humanos; la remuneración salarial y su incremento en unos de los aspectos de las condiciones de trabajo que más directamente ha sido reivindicado por los trabajadores. Por eso la OIT ha luchado constantemente por establecer normas que garanticen y protejan el derecho de los trabajadores a percibir un salario justo.

Dentro esta investigación destaco, el salario y salario integral los cuales están regulados por normas legales en especial contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y en la ley 50 de 1990.

Pues bien, debido a la importancia, que abarca este tema la ley laboral contempla una serie de normas protectoras, con la finalidad de que no haya ninguna discriminación con el pago del salario a los trabajadores.

Por esta razón, los diferentes Estados (modernos) se organizaron de diferentes maneras, pero siempre teniendo en cuenta su fin ulterior: el bien común. Estos Estados, siempre se basaron en pilares fundamentales como la igualdad, la libertad, la dignidad humana, el derecho al trabajo entre otros.

Estos principios y derechos fundamentales son recogidos en la Constitución Nacional de Colombia (CN) de 1991, tanto en el preámbulo, como en los artículos 2, 13, 25. Los cuales tendré en cuenta en toda la realización de esta investigación. Con este trabajo me propondré a demostrar si el salario integral constituye una afectación directa a los derechos fundamentales, especialmente al derecho a la igualdad estipulado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, y que haciendo el análisis correspondiente de la norma, se verificara si cumple con los requisitos de razonabilidad. Para demostrar todo lo anterior el trabajo se dividirá en capítulos y en donde me concentrare como primera medida al estudio del salario integral vs principio de igualdad, y como segunda medida verificare si el salario integral vulnera el principio de igualdad, para poder dar una respuesta a todo lo anterior se debe demostrar y tener en cuenta los siguientes aspectos los cuales serán analizados en esta monografía. 1) Que sea adecuado para el logro de un fin constitucionalmente valido; 2) Necesario, es decir que no existe un medio oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y 3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Todo lo descrito anteriormente, me lleva a plantearme si el salario integral constituye una afectación a la igualdad de los trabajadores. A plantarme también si dicho salario integral cumple o no con los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad planteados en el párrafo anterior, pregonados por la Corte Constitucional, y por lo tanto debe declararse inconstitucional o constitucional. La respuesta de estos interrogantes será el objeto del presente trabajo de investigación.

CAPITULO PRIMERO

NUEVA MODALIDAD DEL SALARIO

La Constitución Nacional de Colombia de 1991 nos muestra como el trabajo representa un valor esencial que se erige en el pilar fundamental del Estado social de Derecho, que introdujo en su preámbulo y en los artículos 1, 2, 25, 39, 48, 53, 56 y 64, en cuanto las personas tienen derecho a pretender y a obtener un trabajo en condiciones dignas y justas. Lo cual también la constitución compromete al Estado el deber de protegerlo, promoviendo así ofertas laborales para todas las personas, limitando los abusos que pueden presentarse y generando una buena calidad de vida a los trabajadores. Como se refiere la Sentencia de la Corte Constitucional.¹

“La Constitución constituye el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. En efecto, la variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad”.

¹ Corte Constitucional, 1995, C-521.

Para todo esto el Estado debe crear un sistema de protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el Legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales sin crear alguna discriminación y desigualdad alguna. Dejando así estipulado desde antes de la Constitución Nacional y todo lo que traía la norma de norma, que no podía haber desigualdad ni discriminación alguna, la Ley 50 de 1990 había adoptado para los trabajadores el modelo de salario integral lo cual está estipulado en el artículo 18 lo cual cita lo siguiente y que va hacer analizado en el transcurso de esta monografía. “ *Cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, y las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie, y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones. En ningún caso el salario integral puede ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedara exento del pago de retención en la fuente y de impuesto. Este salario no está exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al Sena, I.C.B.F y Cajas de Compensación Familiar, pero en caso de esas últimas tres entidades, los aportes se disminuyan en un treinta por ciento (30%). El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva*

de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ellos se entienda terminado su contrato de trabajo”.

Colombia fue uno de los primeros países que acogió esta modalidad, que ha tenido un crecimiento y un auge en el mundo. Que no gusto mucho a los empleadores por los altos costos laborales y prestacionales, y se presentó una propuesta con el proyecto de ley 106 de 2010, que regulaba las reglas en materia de salario integral enfocándose en el monto de 10 salarios mínimos mensuales a 5 salarios mínimos mensuales, pero no se llevó a cabo y sigue vigente el artículo 18 de la ley 50 de 1990.

Esta modalidad de salario integral venía siendo una propuesta desde los inicios de la década de los 80, como una forma de remuneración única por la labor de los trabajadores y derribar así la carga profesional sobre el salario. El mencionado artículo quedo agregado al artículo 132 del código sustantivo del trabajo. En efecto, el salario integral limita la aplicabilidad para trabajadores cuyos salarios ordinarios superan los diez salarios mínimos legales vigentes, cifra que para 1990 únicamente el 5% de la población asalariada accedía a ese monto salarial, lo cual limito los efectos de esta modalidad remunerada.

Antes de hacer un estudio minucioso y crítico de la inclusión de la “Flexibilización laboral” en Colombia, se debe tener en cuenta que el derecho laboral se estructura a partir del reconocimiento, que las relaciones de trabajo son desiguales, regidas por la subordinación, y desequilibradas desde el momento de vinculación. Lo anterior se entiende como es de importante para las empresas, el trabajo como un factor de producción, y como para los trabajadores el salario se constituye en el medio de subsistencia personal y familiar.

Por eso es tan importante el punto de vista constitucional que el trabajo se concibe como un derecho fundamental que materializa el respeto de la dignidad humana, encaminado a evitar tratamientos discriminatorios y circunstancias de debilidad económica.

La Legislación laboral en Colombia se encuentra contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, aprobado el 5 de agosto de 1959 y reformado en varias ocasiones. Las últimas realizadas en el marco de la internacionalización de la economía o globalización lo transformaron sustancialmente.

Es de tener en cuenta en esta investigación que la Ley 50 de 1990, que ha modificado las relaciones contractuales de la clase trabajadora y que para su implementación se justificaron, sobre la base de generar más empleo y adaptarse a los tiempos dentro del marco de una economía competitiva y globalizada.

Todo esto el Legislador no lo debía olvidar y fue lo que motivo en su momento al Senador Alvaro Uribe uno de cuyos ponentes a realizar un revólucón con la modificaciones expuestas con la ley 50 de 1990, y que han acompañado, desde entonces, los sucesivos aportes de cada gobierno es el proceso de “flexibilización” del mercado laboral, que es de resaltar que hace referencia a la fijación de un modelo regulador de los derechos laborales que pretendía eliminar trabas y regulaciones para contratar y despedir a trabajadores por parte de las empresas. Y se pretendía con esta figura permitir mayores oportunidades a las empresas como a las personas en un mundo globalizado, donde estábamos acostumbrados a unas normas rígidas, absolutas y completas y que resultarían como un impedimento para una población económicamente activa.

Esta ley tiene como propósito general realizar modificaciones sustanciales al Código Sustantivo del Trabajo, al contrato de trabajo y a las relaciones laborales, al derecho colectivo en general, regula las empresas de empleos temporales, así como otras modificaciones en metería laboral, dejando claro que su objetivo principal es adaptar la legislación en materia laboral a las exigencias de una economía altamente competitiva.

El gobierno y el ponente para la fecha, establecieron como motivos sustanciales, para la aprobación de la reforma, la necesidad de adoptar la legislación laboral a las exigencias de una economía competitiva, globalizada, que no era compatible con la rigidez de la legislación laboral Colombiana. A este factor se le agregaba como argumento los altos costos de contratación y la ausencia de legislación novedosa para tipos de contratación. Otro argumento que es importante es y que se trajo a colación fue la inversión extranjera, que exigía cambios en esta materia.

Con la Ley 50 del 90 se generalizaron los contratos a término fijo, se eliminó la retroactividad de las cesantías y se redujeron las indemnizaciones por despido.

El testigo de todo es revolcón en materia laboral y en el momento de arrancar las reformas, es Cesar Gaviria, quien en su discurso de posesión, cuando apenas entraba en vigencia la Ley 50 de 90, informó que la “ventaja comparativa” de nuestro país estaba precisamente en la baratura de nuestra mano de obra. La recesión económica posterior dejó en claro que los beneficiarios de esta “ventaja comparativa” no eran precisamente los productos nacionales.

Pero no se debe olvidar que detrás de las justificaciones de orden interno dadas por los últimos mandatarios y sus respectivos ministros del trabajo, está la consabida exigencia de las agencias internacionales de crédito y del gobierno norteamericano. La flexibilización laboral es una estrategia orbital, y que esta de la mano con las aperturas económicas y las privatizaciones. El propósito no es otro que rebajar los costos de producción a los monopolios, como mecanismo para mejorar sus decaídas tasas de ganancia. El mecanismo es construir un libre mercado y un ejército de reserva laboral de dimensiones orbitales. De lo que se trata es de poner a competir a los trabajadores del mundo entero sí y crear un exceso de oferta de mano de obra, con el fin de rebajar los salarios en todas partes. Las pruebas de tal propósito y de su correspondiente éxito para los monopolios internacionales y las potencias del capital abundan y demuestran que el proceso empezó un poco de que se iniciarán oficialmente las políticas globalizantes.

Ahora bien, no es de olvidar y de tener claro que las disipaciones más importantes en materia de flexibilización laboral se encuentran las tendientes a la “flexibilización de los contratos temporales, la facilitación del despido del trabajador después de diez años de antigüedad, la adopción de un sistema de salario que integrará todas las remuneraciones para los trabajadores de mayores ingresos (10 salarios mínimos)...Estas disposiciones se encuentran en los artículos 6 y 18 de la Ley 50 de 1990 y además los artículos 71 y siguientes, en los cuales se introdujo y reguló el tema de las empresas de servicios temporales.

Todos los motivos relacionados para modificar el Código sustantivo del Trabajo con la Ley 50 de 90 apuntan a una flexibilización de la relación laboral, ya que estas:

- Facilitaron el despido de los trabajadores, toda vez que por un lado disminuyó el monto de las indemnizaciones, y por lo otro, eliminó el reintegro como sanción al empleador en los casos de darse un despido sin justa causa de un trabajador con diez o más años de antigüedad al servicio del empleador.
- Se introdujo la regulación de las empresas temporales, facilitando la “contratación” de personal extra para ciertos casos en que sea requerido.
- Eliminaron el sobrecosto respecto a las cesantías al simplificar su régimen.
- Permitieron la adaptación de un sistema de salario integral, mediante el cual el empleador puede llegar a acordar con su trabajador cuando el salario de este sea mayor a 10 salarios mínimos, acuerdo que consiste en pactar la integridad de este salario esto es, “que además de retribuir el salario ordinario, contenga el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie.

Ahora, si bien puede considerarse a la Ley 50 de 1990 como el primer acercamiento hacia una flexibilización de las relaciones laborales, pero cabe citar a Isaza Castro, quien trae a colación “autores como Ocampo y a Lopez y que han señalado que los avances en materia de flexibilización laboral logrados por la Ley 50 de 1990 fueron opacados por la reforma posterior a la seguridad social de 1993 (Ley 100 de 1993). Si bien, los cambios introducidos en 1990 facilitaron enormemente la contratación de personal temporal y redujeron los costos asociados al régimen anterior de cesantías, los costos no salariales, como porcentaje del salario básico, aumentaron de 47% antes de la Ley 100 de 1993 a 53% una vez introducida la norma.

Me es claro que la Ley 50 de 1990 fue un primer acercamiento al tema de la flexibilización laboral, ésta se quedó corta al no haber podido lograr los objetivos propuestos, entre los que se encuentra la creación de nuevas plazas de empleo, esto en parte y como se mencionó, por las disposiciones introducidas por la Ley 100 de 1993.

La Ley 50 de 1990 fue expedida a la luz de la Constitución de 1886, la cual, por decirlo así, permitía la flexibilización en materia laboral sin mayor reparo, toda vez que bajo esta Constitución no se encontraban consagrados los derechos económicos ni sociales, lo que resultaba en una desprotección de los mismos.

1.1 ESTIPULACIÓN DEL SALARIO INTEGRAL

Si bien es cierto, a través de los anteriores preceptos se brinda garantía a los derechos mínimos salariales y prestacionales del trabajador y se limita seriamente el alcance de la autonomía contractual de las partes vinculadas al contrato de trabajo, mediante la consagración de los principios y reglas laborales como de orden público y carácter irrenunciable, también lo es que autoriza a trabajadores y patronos para que bajo los supuestos normativos que tipifican la figura, convengan la modalidad del salario integral, a efecto de facilitar los acuerdos sobre reconocimiento y pago de los distintos factores integrantes del salario, y la compensación anticipada de prestaciones sociales eventuales y causadas, cualquiera sea su origen.

Es pues necesario a la luz de la legislación laboral, la introducción de una norma que permitiera a empleador y trabajador los arreglos salariales y prestacionales necesarios para la estipulación del salario integral. El régimen jurídico de salarios y prestaciones sociales estructurado sobre la base de una regulación precisa que consagra los presupuestos, condiciones, causación y consecuencias acerca de cada elemento configurante del salario en dinero y en especie y de las prestaciones sociales y auxilios legales y extralegales, no podía quedar expuesto al desconocimiento de las partes al momento de celebrar los acuerdos sobre la forma de pagar los salarios, prestaciones y auxilios aludidos.

Cualquiera sea el pacto que las partes celebren al adoptar el salario integral, debe tenerse presente que las prestaciones sociales son irrenunciables, dado su carácter de orden público y que carece de todo efecto jurídico el convenio que desconozca el mínimo de derechos y garantías consagradas en el código para beneficio de los trabajadores. En el contrato de trabajo con salario integral, trabajador y empleador, libremente, pueden pactar un salario integral, un salario que además de retribuir el trabajo ordinario compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y en general, todas aquellas que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

El salario integral no se puede imponer al trabajador, ni este lo puede exigir al empleador, por cuanto se trata de un acuerdo o convenio libre que pueden celebrar las partes. Se considera como una facultad, no una obligación legal. Así pues, se tiene en cuenta que el trabajador es libre de pactar al salario integral en cuanto a los conceptos laborales que compensa y a la fijación del monto adicional, pero siempre de acuerdo con el factor prestacional, propio de la respectiva empresa, que no podrá ser inferior al 30% del salario ordinario y sin que ello represente renuncia abierta o en cubierta a ningún derecho establecido o que se establezca.

El salario integral es un sistema que se usa frecuentemente en algunos países de Europa y en Estados Unidos, porque el mismo hace menos complicado la relación entre empresarios y trabajadores. Además brinda la oportunidad de contratar personal altamente calificado, a su vez el trabajador puede administrar su dinero, sin que sus ingresos de cesantías, primas, etc., estén “guardados” y “manejados” en cierta forma por la empresa.

1.2 CONSECUENCIAS DE LA ESTIPULACIÓN DEL SALARIO INTEGRAL

La estipulación del salario integral trae como consecuencia lo siguiente:

1. La liquidación del auxilio de cesantía. Dicha liquidación es definitiva, ya que en lo sucesivo no vuelve a causarse bajo las directrices de la legislación laboral sobre la materia.
2. El reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales legales, convencionales o extralegales, causadas hasta la fecha de corte, y 3. El contrato de trabajo continua, con lo cual se entiende que la antigüedad en el servicio se mantiene y sigue incrementándose para todos los efectos jurídicos en que ella es determinante.

1.3 CONCEPTOS COMPRENDIDOS EN EL SALARIO INTEGRAL

El salario integral está compuesto de dos conceptos complementarios, a saber:

1. El factor salarial y 2. El factor prestacional.

1. Factor salarial: Está compuesto por todos los elementos constitutivos de salarios, donde se tiene que no solo lo integran la remuneración ordinaria que se recibe por laboral la jornada ordinaria, sea en dinero o en especie, alimentación, la remuneración extraordinaria, por trabajo ejecutado en domingos, festivos, o de descanso obligatorio, jornadas nocturnas suplementarias u horas extras, entre otros.

2. Factor prestacional: Este se encuentra conformado por todas las prestaciones sociales de origen legal, convencional, fallo arbitral, colectivo o de mera liberalidad, que correspondan a la empresa o establecimiento, a excepción de las vacaciones. Con la inclusión en este factor, de todos los subsidios y suministros en especie que se reconozcan a los trabajadores por parte del empleador respectivo, a esta última categoría y, solo a vía de ejemplo, corresponden los subsidios de alimentación, educación, salud, planes o programas vacacionales, transporte, etc. El factor prestacional a tener en cuenta para establecer el salario integral, es el correspondiente a la “empresa”, taller o establecimiento que obre como empleador, y no el individual que cierto y determinado trabajador efectivamente perciba en ejecución de su contrato de trabajo, así las cosas, el ipso “prestacional” para efectos laborales no es otro que él, porcentaje obtenido de dividir el valor de las prestaciones sociales de la empresa o establecimiento entre el monto salarial pagado por el empleador en el ejercicio contable del periodo inmediatamente anterior.

1.4 ANALISIS JUSPRUDENCIAL EN TORNO AL SALARIO INTEGRAL

El salario integral ha sido objeto de estudio en muy pocas ocasiones por parte de la Corte Constitucional Colombiana. La dinámica de esta modalidad de salario ha hecho que este órgano jurisdiccional haya considerado la naturaleza, su núcleo esencial.

El interrogante que se ha presentado para el estudio jurídico del salario integral ha consistido en conocer si esta modalidad viola algún derecho fundamental. Lo cual será el estudio de esta monografía.

1.4.1 DERECHOS FUNDAMENTALES. Los derechos fundamentales, como categoría especial de los derechos constitucionales, a partir de la Constitución Nacional de 1991 se ha tenido en cuenta la protección del ciudadano para no presentarse ninguna clase de discriminación y por esto la Constitución Política de 1991 se le impuso la difícil tarea de proteger el orden constitucional y en especial proteger los derechos fundamentales. Por esta razón ha sido esta Corporación la que ha hecho el mayor aporte para el desarrollo dogmático de los derechos fundamentales, definiendo, ponderando sus conceptos y sus límites a la luz del ordenamiento jurídico y de la realidad nacional. De acuerdo con las consideraciones de la Corte Constitucional, para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. De otro lado, para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y el derecho fundamental mismo. Estos dos aspectos son: a) que exista una conexión directa con los principios constitucionales; b) que tenga eficacia directa. Los principios constitucionales son la base sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución puede estar en contradicción con lo estipulado como derechos fundamentales en la Constitución Nacional.

CAPITULO SEGUNDO

EL SALARIO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN OTROS PAISES

2.1 ARGENTINA

Respecto de la igualdad, fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación quien a través de sus digestos estableció que ella *“radica en consagrar un trato igualitario a quienes se hallan en igualdad de circunstancias” en tanto “la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al Legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas”*²

No se trata de igualdad por igualdad misma, sino de igual trato entre iguales en similares pautas comparativas y cuya garantía constitucional en el contrato de trabajo significa: *igual remuneración por igual tarea de acuerdo lo establece el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.*

² Fallos 315:839; 322:2346.

2.2 Principio de igualdad en Argentina

En 1994 la Constitución de Argentina introdujo un nuevo ideal que puede inferirse de las siguientes fuentes:

Primero, el artículo 37: “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos colectivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral”

Segundo, el artículo 75 inciso 2: “La distribución de la recaudación impositiva entre la Nación y las provincias será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

Tercero, el artículo 75 inciso 19: “Que corresponde al Congreso sancionar leyes que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal”.

Cuarto, el artículo 75 inciso 23: “El Congreso debe promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el goce pleno de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos”.

Como se puede analizar estas cuatro normas hacen alusión a una noción particular de igualdad. Pretendiendo la Constitución de Argentina la igualdad real de oportunidades y no pretendiendo garantizar la mera igualdad, como si lo trata nuestro artículo 13 de la Constitución Política.

Dejando claro así que para la Constitución Argentina la igualdad de oportunidades es un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa, y del modo de distribuir la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada del principio de igualdad relacionada con la antidiscriminación. Y todo lo anterior, por su parte, son remedios estructurales contra la desigualdad.

Concluyendo que para la Constitución Argentina, y para mi punto de vista es de gran importancia los factores socioestructurales, que se presentan en un país para que la igualdad de oportunidades se dé. “Quienes no logran ser competitivos no aspiran a ser compensados, sino a tener la oportunidad de generar sus propios recursos. No envidian a los ricos por sus talentos superiores, sino que creen que no es el talento, sino la estructura social, lo que marca la diferencia”.³

No me parece, en definitiva, que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio de igualdad como derecho fundamental que ha prevalecido en nuestro país. Y no posean una disposición constitucional específicamente destinada al trato injusto.

³ La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución, Lucas Sebastián Grosman.

2.3 La doctrina en materia de igualdad laboral.

Las diferentes doctrinas que han evolucionado para mantener una igualdad en materia laboral, me hace empezar mencionando el fallo 265:248 de CSJN del 26/08/66 donde se empezó hablar un poco de la igualdad laboral, y que poco después en 1974 el art. 81 LCT (Ley de contrato de trabajo) estipulo lo siguiente:

“La igualdad de trato es obligatoria”, así mismo lo establece el art 14 bis de la CN, aunque sea en materia de remuneraciones; y la desigualdad prohibida es la que se funde en razones discriminatorias (por ejemplo el sexo, religión, o raza), pero no en mayores, méritos del trabajador (por ejemplo laboriosidad o contratación a las tareas).⁴

La doctrina de la CSJN, y el articulo 18 LCT, trae como consecuencia la siguiente pregunta ¿Qué es lo que pasa cuando la distinción entre el trato a dos trabajadores no responde ni una ni a otra razón?, de modo no es ni de las prohibidas ni de las autorizadas porque en si responda a la discrecionalidad del empleador, y también surge la pregunta ¿hasta qué nivel llega la exigencia de un trato igual? En cualquier tema propio del derecho del trabajo.

⁴ La igualdad en materia laboral y la jurisprudencia de la CSJN, Luis Ramírez Bosco.

El fallo antes mencionado (F265:248), hizo mención a los planteamientos antes mencionados de la siguiente manera, (i). *“Que el empleador cumple con el mandato constitucional pagando a cada categoría de trabajadores lo que estipula el convenio colectivo, (porque el requerimiento de igualdad no es sino una expresión de la regla mas general de que la remuneración debe ser justa). Y (ii) que por encima de esto, se pueden hacer las referidas distinciones según el mérito de cada trabajador, y que el derecho que tiene el empleador para hacerlo así, pero para mí es muy difícil en la práctica saber si estos méritos existen tan claros como una prueba.*

Concluyendo así que la igualdad solo llega hasta el nivel de las remuneraciones garantizadas por normas y que las que se salen de las normas son discrecionales para el empleador, mientras no respondan a causas discriminatorias. En otro fallo de la CSJN del 15 de abril de 1988, del caso “Fernández Estrella c/ Sanatorio Güemes” (F. 311:1602) hizo lugar a lo siguiente: *“La demanda de una trabajadora jerarquizada, sobre la base de que si cobraba menos que los trabajadores a su cargo, se estaba frente a una discriminación injustificada, contraria al art. 81 LCT y al 14 bis CN”.* No se dijo nada en este fallo, sobre que si estuviere por encima de normas imperativas (lo cual parecería que si era así), ni sobre cargas de prueba. Y la CSJN dijo que si hay prueba sobre la discriminación debe estarse a ella, y parece, según el fallo, que se había agregado una buena hoja de antecedentes laborales de la actora, para mi existe una prueba de discriminación notoria hacia el trabajador. Pero este juicio no pudo llevarse a la CSJN.

Recapitulemos; el derecho del trabajo solo protege derechos elementales sobre los que se requiere socialmente asegurar su vigencia efectiva (que es lo más próximo a la doctrina de la CSJN), y el derecho al trabajo debe concentrarse por lo más favorable que le corresponda al trabajador. Y se le debe dar más importancia y darle soluciones más de fondo al problema de la igualdad de los trabajadores en Argentina.

2.4 MÉXICO

La igualdad como principio ha tenido en el devenir histórico distintas interpretaciones y alcances. Y la idea de igualdad frecuentemente va impregnada de una importante carga emotiva propia de los valores e ideales; sin embargo, implica demandas muy específicas que paulatinamente se han ido reconociendo en los distintos ordenamientos jurídicos.

2.5. Fundamento Constitucional del principio de igualdad en México

El principio de igualdad está consagrado en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que cita lo siguiente:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

(...)

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como se puede analizar en el artículo el principio de igualdad ha pasado de ser una mera declaración filosófica moral, a ser una obligación jurídica de tratar a todas las personas con las mismas leyes sin distinción alguna. Y se puede observar que este artículo está encaminado hacia el mismo horizonte de no discriminación por ningún motivo como está estipulado en el artículo 13 de nuestra Constitución. Sin dejar a atrás otros artículos que hacen alusión al principio de igualdad tales como; *“artículo 3° que garantiza a “todo individuo el derecho a recibir educación”. El artículo 4° contiene varias disposiciones refiriéndose a “toda persona” para asignar el derecho a la protección de la salud y a un medio ambiente sano, entre otros. Así también pueden citarse los artículos 5°, 11, 13, 16, 24 y 123, entre otros que como estos, disciplinan el ordenamiento jurídico secundario.”*⁵ Con todo esto el ordenamiento mexicano refuerza el principio de igualdad.

2.6 El principio de igualdad en el derecho laboral.

En el derecho laboral, por ejemplo, se prohíbe la distinción entre hombre y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. Este derecho de igualdad está previsto en el artículo 123 constitucional, fracción VII: *“Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”*.

⁵ Principio de igualdad: Alcances y perspectivas, Karla Pérez Portilla.

Y toca tener en cuenta que en un país donde el desempleo es característica de una gran parte de la población y en donde el trabajo “informal” es una constante, el desamparo de muchas personas es un resultado ineludible cuando los derechos a prestaciones se subordinan a la garantía de los derechos laborales.⁶

Cabe anotar que la protección de los derechos sociales se subordinan en gran medida a la garantía de los derechos laborales excluyendo así un núcleo de población mayoritario, en situación de vulnerabilidad.

Pisarello hace anotar; *“que son derechos que en última instancia se dirigen a la protección de la esfera pública, de trabajo remunerado dejando prácticamente intacta la esfera privada, o bien, los derechos de todos aquellos sectores que directamente no consiguen ingresar en el mercado formal de trabajo”*.

Pero volviendo a nuestra investigación se puede decir que en México fuera de los casos ya hablados anteriormente que se encuentran fuera de un trabajo formal hay una igualdad en tema laboral, ya que de conformidad con el artículo 1° y 4° de la Constitución, las mujeres y los hombres son iguales ante la ley y toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, o cualquier otro tipo de discriminación que viola la dignidad humana y tiene el objetivo de restringir o menoscabar los derechos y libertades de las personas está prohibida. La Ley Federal del Trabajo.

⁶ Teoría constitucional y derechos fundamentales, Gerardo Pisarello.

CAPITULO TERCERO

CONSTITUCIONALIDAD DEL SALARIO INTEGRAL

La Constitución Política de un Estado es la norma de normas. Todas las reglamentaciones de menor rango (leyes, decretos, resoluciones) deben ser acordes a sus principios, mandatos y prohibiciones. Así lo establece el artículo 4 CN, cuando estipula que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La Corte Constitucional, es por mandato superior (art. 241 CN), la encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Por tal motivo es ella la encargada de efectuar el control de constitucionalidad de las normas jurídicas y verificar que estas se adecuen a la Carta Magna.

La aplicación del principio de igualdad es revisado por la Corte en múltiples decisiones, debido a que es uno de los que más se ven afectados con las normas jurídicas. Por ello, la Corte ha diseñado un mecanismo. El test de razonabilidad, para verificar si una norma viola este principio constitucional. Lo estudiare a continuación y lo aplicaremos al caso del salario integral.

3.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. Sin embargo, la simple enunciación de este mandato carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables, ya que “la igualdad carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”.⁷

Es por ello que, en palabras de la Corte Constitucional, “de la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional, lo que acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual”.⁸ Así las cosas, la fórmula aristotélica requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. “Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio el concepto de igualdad es relativo, por los menos en tres aspectos: los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes; los bienes o gravámenes a repartir; el criterio para repartirlos”.⁹

⁷ Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-624.

⁸ Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-624.

⁹ Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-022)

El artículo 13 de la Constitución Política, establece que todas las personas nacen iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

La mencionada norma establece igualmente, que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas a favor de grupos discriminados o marginados, protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ella se cometan. Del artículo 13 CN se deduce, que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que solo por excepción puede dárseles un trato desigual, “por lo cual cuando la ley o la autoridad política les dispensa un trato igual no tienen carga alguna de argumentación y, por el contrario, cuando les otorga un trato desigual debe sustentar su decisión en una justificación objetiva y razonable”.¹⁰ Por ello, si no existe tal justificación, el trato no sería legítimo a la luz de la Constitución, y se configuraría entonces una discriminación a todas luces inconstitucional.

Esta disposición implica para el Estado un deber, que se concreta en cuatro mandatos, que en Sentencia C-624 de 2008 la Corte Constitucional estableció de la siguiente manera:

¹⁰ Corte Constitucional, 2004, Sentencia C-575.

“Los contenidos del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado e destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”.

Para determinar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas que se establece en una determinada norma jurídica, trasgrede el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional estimó necesario establecer un criterio de comparación, en atención a la finalidad que persigue el trato normativo que se analiza. Junto con ello, la Corte ha diseñado un test o juicio de igualdad, a efectos de analizar si una norma trasgrede o no el principio de igualdad.

3.2 Test de razonabilidad en abstracto

El test de razonabilidad es una guía metodológica elaborada por la Corte Constitucional, para dar respuesta a la pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: “¿Cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual?”¹¹

¹¹ Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-022.

La Corte Constitucional ha establecido y ha tenido en cuenta para su aplicación diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Según Bernal¹² han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado “test” o juicio de igualdad: un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad. Como dice Bernal lo cual fue tomado de la sentencia T-629 de 2010, en torno al test de proporcionalidad europeo, expresaron lo siguiente: *“En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales (juicio de igualdad de origen europeo), (...). Por esta razón, la Corte ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su “idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad”.*

¹² Carlos Bernal Pulido, EL juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

De acuerdo a lo anterior puedo afirmar, que este test de razonabilidad se lleva a cabo en tres etapas: a) se debe verificar la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; b) verificar la validez del objetivo a la luz de la Constitución; d) establecer la proporcionalidad es decir la relación entre ese trato y el fin perseguido.

Ante la diversidad de materias sobre las que puede recaer la actuación del Estado, la Corte Constitucional encontró oportuno incluir en el estudio de la igualdad por parte del juez constitucional, herramientas hermenéuticas de origen estadounidense, que hacen posible realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad. En la Sentencia T-629 de 2010, y haciendo referencia a las Sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, la Corte manifestó que *“el test de igualdad norteamericano se caracteriza porque el examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad”*, un control débil o flexible, un juicio intermedio y un juicio estricto. El escrutinio débil, llamado también *“rational basis-Test”*, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano. Respecto al este primer nivel de intensidad, la Corte ha manifestado que con referencia particular a la ley, *“por regla general se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el Legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-629). El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: primera, que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y segunda, que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.

El juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). *“En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-629).

Este juicio se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos (sexo, raza, religión), pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real.

El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento dos exigencias que han sido expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-445 de 1995, así: *“es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”*.

Esto implica que el objetivo del trato diferente debe ser importante y que entre dicho trato y el objetivo debe existir una relación de idoneidad “sustantiva”, es decir, *“que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial”*¹³

¹³ Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-673.

Finalmente, el examen estricto se efectúa cuando el Legislador, *“al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el Legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo”* (Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-629). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, estos criterios sospechosos, son aquellos que aparecen incluidos en el mandato genérico (art. 13 CN) y los mandatos específicos (art. 19, 42, 43 y 53 CN) de igualdad tipificados por la Constitución; aquellos que restringen derechos fundamentales, y aquellos que afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”, cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los artículos 7 y 13 de la Constitución Nacional (Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-445).

Con la aplicación conjunta de los dos modelos anteriormente descritos, la Corte Constitucional ha constituido un test integrado de razonabilidad, con el carácter diferencial del test de igualdad, *“con el cual se propone mantener una relación inversamente proporcional entre la facultad de configuración del Legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger al máximo el principio democrático”*.¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional, 2010, Sentencia T-629.

3.3 El principio de proporcionalidad

La utilización de este principio es dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad que afectan los derechos fundamentales, y comprende tres conceptos: *“la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin”*.¹⁵

Primero, que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser idónea y alcanzar un fin legítimo; segunda, debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido, y que pueda alcanzar el objetivo perseguido; tercero, que las ventajas que se obtengan mediante la intervención deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Como lo cita el doctor Carlos Bernal Pulido en su libro El derecho de los derechos y que es de tener en cuenta para el análisis que se está realizando.

¹⁵ Corte Constitucional 1996, Sentencia C-022.

“La aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita prima facie a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido”. Por todo lo anterior es de tener en cuenta en mi análisis si la medida supera el test de los subprincipio de proporcionalidad que son (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), tal medida será válida. En caso contrario, la norma no supera el test la norma debe ser declarada inconstitucional.

3.4 APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD AL SALARIO INTEGRAL

Como se dijo en el tercer capítulo de esta investigación, el art. 13 CN establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que “en repetidas oportunidades esta corporación se ha pronunciado frente al derecho fundamental a la igualdad diciendo que, todos los ciudadanos están en igualdad de condiciones frente a la ley, el cual se traduce en igualdad de trato e igualdad de oportunidades para todos. Del respeto al derecho a la igualdad depende la dignidad y la realización de la persona humana, por eso las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a las personas en forma injustificada, contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado implica la violación del derecho a la igualdad.

Respecto de cómo evaluar la razonabilidad y la proporcionalidad de una medida que puede violar un derecho fundamental como lo es la igualdad en el salario integral la Corte Constitucional ha indicado que el Legislador debe examinar la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido para que nos lleve a verificar la existencia o no de una inconstitucionalidad, con lo estipulado en el artículo 18 de la 50 de 1990.

Es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-565 de 1998, que dice lo siguiente:

Es en esta demanda el actor considera que el artículo 18 de la ley 50 de 1990 la expresión impugnada (en ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos), vulnera los artículos 13, 14 y 16 de la Constitución Política.

“A su juicio, la posibilidad que tienen algunos trabajadores de pactar con su empleador esta forma de pago –aquella conocida como salario integral- excluye y discrimina a la gran mayoría de empleados que no alcanzan a percibir el valor del ingreso fijado como límite para ella (10 salarios mínimos). De esta manera –sostiene el impugnante- son unos pocos empleados los que se ven favorecidos con la regla a cuyo amparo su remuneración cubra anticipadamente las prestaciones sociales consagradas en el inciso primero del numeral segundo del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, siendo los únicos que tienen certeza acerca de la cancelación que de su monto haga el empleador”

La Corte en relación con la inconstitucionalidad manifiesta:

“La Corte no considerará el cargo relativo a la posible violación del derecho a la igualdad, que el actor hace consistir en una discriminación entre trabajadores provocada por la disposición según la cual el salario mínimo integral solo puede ser pactado por los patronos con empleados que devenguen un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, requisito éste que, al tenor del numeral 2 del artículo 132 de la Ley 50 de 1990, resulta indispensable para la validez de la estipulación correspondiente”.

Y después de haber analizado la sentencia y todas las intervenciones en esta investigación descarto, cualquier violación de los derechos fundamentales, especialmente el de la igualdad ya que el artículo 18 de la ley 50 de 1990 en el momento de hacer la diferenciación del monto no está vulnerando la facultad que tienen los ciudadanos de escoger como serán remunerados por su trabajo, y no se presenta una discriminación a los trabajadores que no ganan más de 10 salarios mínimos legales ya que solo está relacionado a nada distinto que a un tope que simplemente se refiere a la proporcionalidad respecto de los servicios prestados por cada uno de los trabajadores y que se consideran parte de una relación laboral. Y todo lo anterior está especialmente protegido por el artículo 25 de la Constitución Política.

Dejando claro que el salario integral cumple con las reglas de proporcionalidad que son idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como se habló anteriormente se debe tener en cuenta, que para que un trato diferenciado limite el salario, con otro tipo de remuneraciones similares, pero que se diferencien exclusivamente de la forma de pago, y esto sea válido a la luz de la Constitución debe tener un propósito constitucionalmente legítimo.

En este caso, como primera medida importante del análisis, podría decir que el fin perseguido por la norma, es proteger al trabajador que haya estipulado por escrito en el contrato la modalidad del salario integral, la cual se introdujo en la legislación colombiana pensando esencialmente en reducir a términos salariales, conceptos percibidos por el trabajador en atención al salario ordinario o de descanso, según lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990. Y según la normatividad debe cumplir con las condiciones ya dispuestas en el artículo. Dejando claro que la figura de salario integral no puede afectar en absoluto la condición del empleado como tal, es decir, que el vínculo laboral se sigue presentando, con todas las obligaciones y deberes establecidos en la norma. Y después de lo anterior se puede establecer que el Legislador nunca se salió del equilibrio que debe haber entre trabajador y empleador, sin dejar a un lado que Todo esto es en virtud en el artículo 25 CN. Que cita lo siguiente: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

En este orden de ideas, el contenido total del artículo tiene una fundamentación correcta, y el Legislador no olvido ningún aspecto que esté relacionado con las relaciones laborales más concretamente hablando de la remuneración, y en general que no se salga del ordenamiento jurídico. Por todo esto el fin perseguido con la norma constituye un propósito constitucionalmente legítimo.

Como segunda medida, la norma debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad entonces se determina, mediante, un análisis de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Debemos entonces establecer la idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido, es decir el fin constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente.

La idoneidad de la medida se puede interpretar de la siguiente manera, que el salario integral es de origen legal y que efectivamente cumple con el fin constitucionalmente esgrimido.

Como lo cita la sentencia C 565 -98 de la Corte Constitucional.

“La Constitución Política no lo contempla y, por tanto, no establece reglas acerca de sus contenido y monto, los cuales corresponde al Legislador y este se limita en el tema considerado, como lo puede hacer por expreso mandato de la Carta (art. 150 numeral 2), a modificar uno de los códigos en este caso el Sustantivo del Trabajo, que contiene las disposiciones básicas en materia salarial” Haciendo énfasis en lo relacionado anteriormente el Legislador actuó dentro de sus facultades y la norma establecida en el artículo 18 de la ley 50 de 1990 no contempla ninguna contrariedad con el artículo 13 de la CN, ya que este artículo “no proscribe los tratamientos legales diferentes a situaciones de hechos distintos; lo que prohíbe la norma son los actos de discriminación, entendidos como la diferencia de tratamiento sin justificación o razonabilidad alguna”¹⁶ y que siempre protegió al trabajador, la parte más débil en una relación laboral. Cuando se hace una simple revisión de los elementos, se encuentra que la modalidad de salario integral puede ser protegida de diferentes maneras ya que es una remuneración por un trabajo realizado estipulado por escrito que debe cumplir tanto como trabajador como empleador no solo con su trabajo si no con los pagos correspondientes a las prestaciones sociales las cuales tenemos que realizar todos los que tienen una relación laboral, y que reuniendo todos los factores no afecta la igualdad entre trabajadores ni hay discriminación alguna de los que no ganan 10 salarios mínimos legales vigentes. Sin olvidar que después del análisis se puede observar que el Legislador en el momento de la modificación del artículo que abarca el salario integral nunca olvido que el fin perseguido debía ser constitucionalmente legítimo y que la opción que tomo de introducir esta

¹⁶ Corte Constitucional, 1999, Sentencia C-988.

modalidad no estaba fuera de la Constitución y que no trae con ella consecuencias gravosas que perjudiquen a los trabajadores. Respecto a lo anterior y revisando la norma no se considera un cargo relativo a la posible violación del derecho a la igualdad, en conclusión, la medida es idónea.

Respecto de la necesidad de la medida, no debe existir medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin. En este caso el artículo 18 de la ley 50 de 1990 estipulo una nueva modalidad que se llamó **salario integral** que fue expuesto por el Legislador de una forma clara para los empleadores y trabajadores, que las reglas de orden público no fueran desconocidas entre ellos.

Dejando claro que el salario integral, no significa nada distinto a un tope, de obligatorio cumplimiento. Y que el Legislador en desarrollo de sus atribuciones y competencias denominó el salario integral sin olvidar en su configuración elementos esenciales, naturaleza, y las consecuencias jurídicas que se producen para aquellos trabajadores que devenguen más de 10 salarios mínimos y que voluntariamente se acogen a esta modalidad. En conclusión, la medida es necesaria.

Finalmente, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad, podemos afirmar que la medida si es proporcional.

No existe en el salario integral un trato desigual a los trabajadores ya que se busca una proporcionalidad respecto del salario con los servicios prestados.

De allí, que el salario integral está compuesto y guarda proporción con el fin perseguido y que no deja nada por fuera de este artículo para no crear una violación al derecho de la igualdad, y para no haber sido declarada inconstitucional. Recapitulemos: primero el salario integral es la adopción de un sistema de salario que integrará todas las remuneraciones para los trabajadores de mayores ingresos. Siempre el trabajador debe acordar con su empleador el salario integral. Acuerdo que consiste en pactar la integridad del salario esto es que además de retribuir el salario ordinario, contenga el valor de las prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o el dominical, primas, cesantías, etc. Para saber si la norma es inconstitucional es importante hacer el test de razonabilidad que determina si el trato diferencial se justifica en términos constitucionales. Es importante tener en cuenta el objetivo principal de la ley 50 de 1990; que era adoptar la legislación en materia laboral a las exigencias de una economía altamente competitiva. Y que necesitaba estas modificaciones sustanciales. Ahora bien, para que la aplicación del test sea adecuado corresponde utilizar los 3 principios que lo integran. 1. Fin válido o idóneo, 2. Necesidad y 3. Proporcionalidad. 1. El fin perseguido con esta norma era generar más empleo y adaptarse a los tiempos dentro del marco de una economía competitiva y globalizada. También se pretendía con esta figura permitir mayor oportunidades a las empresas como a las personas en un mundo globalizado, donde estábamos acostumbrados a unas normas rígidas, absolutas y completas y que resultarían como impedimento para una población económicamente activa. 2. En este caso es adoptar la legislación laboral a las exigencias de una economía competitiva y globalizada que no era compatible con

la rigidez de la legislación laboral colombiana. 3. Estamos frente a dos derechos: Derecho al trabajo digno y justo y el derecho a la igualdad. En este sentido ninguno de los derechos pasa por encima del otro, y las razones del legislador siempre tuvieron un equilibrio entre los fines perseguidos y el respeto a los derechos fundamentales. En conclusión no viola el derecho a la igualdad y cumple con los requisitos para pasar el test de razonabilidad, lo cual es exequible la norma.

CONCLUSIONES

Luego de haber culminado con el presente trabajo he llegado a las siguientes conclusiones:

- La Ley 50 de 1990 fue el primer acercamiento que tuvo la legislación colombiana a un ejemplo concreto de flexibilización en materia de derechos laborales, toda vez que esta introdujo cambios en la indemnización por despido injusto, la definición de salario y en el modo de contratación, logrando así una desmejora respecto a la ley anterior. Una vez realizado el análisis del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, el cual implanto una modalidad de salario el cual fue llamado salario integral, que en si consiste en disminuir a cifras salariales la suma del salario ordinario con o sin carácter prestacional. Sin olvidar que los trabajadores que estipulan con su empleador esta clase de remuneración deberán pagar las cotizaciones al SENA, ICBF y a las cajas de compensación. Para que no haya ninguna clase de desigualdad con los otros trabajadores que no devengan los 10 salarios mínimos legales vigentes, y no se viole el derecho a la igualdad con la creación de esta norma.

- Puedo observar que el Legislador en el momento de incluir este artículo que habla sobre el salario integral, tuvo en cuenta las diversas situaciones que se podían presentar y no olvido ningún aspecto importante de la remuneración que se da cuando hay una relación laboral. No hizo discriminaciones ya que la norma está dirigida directamente a los trabajadores que se encuentran en una situación idéntica por este motivo no encuentro una afectación a la igualdad.
- Para llegar a concluir que la norma es constitucional y no viola el principio a la igualdad se debe hacer el análisis correspondiente a los principios que integran el test de razonabilidad los cuales se realizaron en la investigación y se concluye en lo siguiente. 1) Fin válido e idoneidad. Que es la relación de un medio que debe tener alguna finalidad. En este caso el Legislador tuvo como objetivo introducir en la ley una modalidad de salario lo cual es legítimo, siguiendo los parámetros de la Constitución, y el Legislador se debe concentrar que la norma cuando se revise en conjunto no viole el derecho a la igualdad. Lo cual observo que el objetivo es legítimo y que la idoneidad de esta medida tiene relación con el objetivo. Porque contribuye con la protección de otro derecho. Es decir, a la protección que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Por todo lo anterior concluyo que la medida es idónea.

2) Necesidad. Que la medida cuestionada sea necesaria y que no existe ningún otro medio alternativo que exista, para alcanzar el objetivo propuesto. Observó que el Legislador encuentra la necesidad de introducir esta reforma al Código Sustantivo del Trabajo la cual queda estipulada en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 como una nueva modalidad de salario. Así mismo, el Legislador solo estipula un monto relacionado con lo que se entenderá como salario integral y sus respectivos ajustes para el pago de prestaciones sociales. En el momento que quede estipulado por escrito es de obligatorio cumplimiento por parte del empleador como del trabajador. 3) Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Consiste en una comparación entre el grado de optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Es decir, si alguna norma de derecho fundamental entra en colisión con un principio contrapuesto, se puede concluir que la norma no es proporcional. Pero para el caso concreto del salario integral no encuentro que haya una afectación a la igualdad que en este caso sería el principio fundamental ya que la norma está dirigida exclusivamente a los trabajadores que devenguen más de 10 salarios mínimos legales vigentes y a todos los trabajadores en general por este motivo no se puede generalizar lo que estipula el artículo 13 que “todos somos iguales” ya que en este caso se está hablando de un grupo en particular. Considerando así que el Legislador le dio la importancia a este principio en la norma, tratando de buscar una armonización que optimizara su realización. Por lo cual concluyo que la norma es proporcional.

- En conclusión la norma persigue un fin legítimo, la medida es idónea, es necesaria, es proporcional. Por lo tanto la norma es constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- **Doctrinales**

- BERNAL PULIDO, Carlos. EL juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos
- CAVAZOS FLORES, Baltasar, Síntesis de Derecho Laboral Comparado
- CUEVA, Mario de la. Derecho Mexicano del trabajo, t.I, México, 1961.
- GALEANO, Fernando. Test de igualdad en la jurisprudencia constitucional. Universidad de los Andes. 2011.
- ISAZA DACAVID, Jaime. La discriminación y el derecho a la igualdad.
- LOPEZ BASANTA, Justo. EL salario. Buenos Aires. 1988.
- LÓPEZ MEDINA, D.E. (2008). *Interpretación constitucional* (2ª ed.). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- MELGAREJO, Rodrigo Brito. El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Comparado.

- MONROY CABRA, Marco Gerardo. La interpretación constitucional 2 Edición. Librería del Profesional. Bogotá. 2005.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. De la Autonomía de la Voluntad y de sus Límites.
- RABOSSO, Eduardo, Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación, Centro de Estudios Institucionales Argentina.
- SACHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional General. 4 Edición. Editorial Temis. 2004.
- SANCHEZ SANCHEZ, Abraham. Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.2005.
- TOBO RODRÍGUEZ, J. (2004). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia* (3ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Legales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada 2013.

- Estatuto de los trabajadores, España. Última modificación 1994.
- Estatuto de los trabajadores, España. Última modificación 1994.
- La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Conferencia Internacional del Trabajo, 96 reunión, Oficina Internacional del trabajo, Ginebra, 2007.
- Ley 50 de 1990 (diciembre 28), por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Ley de contrato del trabajo. Argentina.
- Ley Federal del Trabajo. 1995.

Jurisprudenciales

- Colombia, Corte Constitucional, Tutela T-338 (1993)
- Colombia, Corte Constitucional, Tutela T-230 (1994)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-521 (1995)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022 (1996)
- Colombia, Corte Constitucional, Tutela T-590 (1996)

- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-565 (1998)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-673 (2001)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-983 (2002)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-862 (2008)
- Colombia, Corte Constitucional, Tutela T-629 (2010)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 629 (2010)
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-470 (2011)
- Colombia, Corte Constitucional, Tutela T-141 (2013)
- Argentina, Fallo 265:248
- Argentina, Fallo 311:1602

