

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
SALARY AND INEQUALITIES**

Coordinated by Andrés Camargo Rodríguez
PhD candidate, Pompeu Fabra University.

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 3/2018 of *IUSLabor* is dedicated to dismissal due to business reasons. We have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals from France, Italy, Portugal, Spain, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Uruguay and Canada.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 3/2018 de IUSLabor está dedicado al estudio del salario y las desigualdades relacionadas. Se ha contado con la participación de académicos y profesionales de prestigio de España, Francia, Italia, Portugal, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Canadá.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Dismissal due to business reasons.

Keywords: Wage, minimum wage, seniority, productivity, complements, discrimination, wage equality, work of equal value, compensation, absorption, gender discrimination, wage transparency, equal treatment, public tender offer, wage reduction.
Palabras clave: Salario, salario mínimo, antigüedad, productividad, complementos, discriminación, igualdad salarial, trabajo de igual valor, compensación, absorción, discriminación de género, transparencia salarial, igualdad de trato, oferta pública de contratación.

IUSLabor 3/2018, ISSN 1699-2938, pp 5-116
DOI 10.31009/IUSLabor.2018.i03.02

Summary

1. [Dismissal due to business reasons in France, by Francis Kessler](#)
2. [Dismissal due to business reasons in Italy, by Nicolò Rossi](#)
3. [Dismissal due to business reasons in Portugal, by Catarina de Oliveira Carvalho](#)
4. [Dismissal due to business reasons in Spain, by Juan Peña Moncho](#)
5. [Despidos por causas empresariales en Brasil, por Eduardo Pragmacio Filho and Rayane Araújo Castelo Branco Rayol](#)
6. [Despidos por causas empresariales en Chile, por Francisco J. Tapia Guerrero y Carmen Elena Domínguez S.](#)
7. [Despidos por causas empresariales en Colombia, por Juliana Morad A., Carlos Adolfo Prieto, y Juan Pablo López M-](#)
8. [Despidos por causas empresariales en Costa Rica, por Alexander Godinez e Isabell Cristina Jaramillo](#)
9. [Despidos por causas empresariales en Uruguay, por Mario Garmendia Arigón](#)
10. [Dismissal due to business reasons in Canada, by Eric Tucker and Isaac Handley](#)

SALARY AND INEQUALITIES IN FRANCE

Francis Kessler

Prof. Sorbonne Law School, University Paris 1
Attorney, Senior counsel, Gide Loyrette Nouel, Paris

Introduction

In France, the minimum wage is regulated and efforts are made to ensure equal treatment between employees. The current legal minimum wage is 9.88 euros per hour. The latter was revalued on 1 January 2018 by 1.2%. This increase concerned nearly 2 million employees in the private sector. 58.3% of the employees concerned by this revaluation were women.

1. Does your legal system legally regulate a minimum wage?

The French legal system regulates the minimum wage. This is the minimum growth wage. The first legislation for a minimum wage in France called the SMIG (*Salaires Moyen Interprofessionnel garanti, or guaranteed cross-sectoral minimum wage*), was passed in 1950. However, during the “Glorious 30” years after WWII, wages increased so rapidly they well surpassed the legislative minimum wage. In 1970, the French minimum wage became the SMIC (*Salaires Moyen Interprofessionnel Croissance, or growth cross-sectoral minimum wage*) which increases yearly to reflect the cost of living and economic growth in France. Yearly adjustments are made based on inflation and the average worker salaries for the previous year, and the government can approve additional increases if it chooses to.

An adult employee may not be remunerated below this remuneration, regardless of the form of remuneration. According to Article L. 3231-2 of the Labour Code¹, the SMIC ensures that the lowest wages have sufficient purchasing power and allows the nation's economic development. For the youngest employees under 18 years of age, the minimum wage is reduced by 20%, for employees under 17 years of age and by 10% for employees between 17 and 18 years of age. This is apparent from Article D. 3231-3² of the Labour Code.

¹<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=L EGIARTI000006902832&dateTexte=&categorieLien=cid>

²<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=L EGIARTI000018487181&dateTexte=&categorieLien=cid>

However, it should be noted that there is a legal minimum wage but also a conventional minimum wage. The amount of the legal minimum wage is set by decree. Currently the legal minimum wage is 1498.47€ per month. This amount was set by Decree No. 2017-1719 of 20 December 2017.

The minimum wage is set by the applicable collective agreement. The employer is obliged to pay its employees the conventional minimum wage, which is often more favourable to employees. If the conventional minimum is lower than the minimum wage, then the employer pays a supplement to reach the legal minimum. This is apparent from article D. 3231-³5 of the Labour Code.

In order to determine whether or not the minimum wage is reached, benefits in kind granted to the employee must be taken into account. It is also necessary to take into account bonuses related to employee productivity. Conversely, reimbursement of expenses, overtime increases or seniority bonuses, for example, should be excluded.

2. Is it frequent for collective agreements to recognize seniority bonuses? And complements or bonuses related with productivity?

With regard to the seniority bonus, there is no legal or regulatory requirement for employers to pay a seniority bonus. The obligation to pay a seniority bonus therefore most often arises from collective agreements. Since Order 2017-1385 of 22 September 2017, the company agreement has taken precedence over the branch agreement in all areas relating to remuneration (Article L. 2253-3 of the Labour Code⁴). Thus, the company agreement can now provide for a reduction or even the elimination of the activity bonus as provided for in the branch agreement.

Secondly, there may be bonuses for employee productivity. These bonuses can be set up collectively by a collective agreement of branch or company. However, these bonuses may also exist due to contractual obligations. Bonuses are often used by employers as part of employees' remuneration packages. They are particularly important in the financial services industry. Bonus and premiums can be included in the employment contract. In that case, any change or removal of the contractual remuneration affecting

³https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=B252A3657E38339F44969A99FA43E37F.tplgfr36s_2?idArticle=LEGIARTI000018533878&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20181204&categorieLien=id&oldAction=&nbResultRech=

⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901776&dateTexte=&categorieLien=cid>

the amount or the way it is calculated represents a modification of the employment contract and therefore requires the employee's prior express consent.

Bonus and premium can also be considered as a customary practice and therefore mandatory, even if it is not included in the employment contract. A customary practice can occur when the bonus is considered fixed, regular and constant *ie* if the employer pays it every year on a regular basis, according to fixed calculation and granted to a specific category of employees. In such cases, the employer can only stop paying the bonus after having followed a specific procedure (informing the Works council, notifying each employee concerned by the changes or the fact that it is being removed altogether and allowing a "sufficient" period of time to elapse before implementing the modification).

Voluntary bonuses are those granted by an employer on an entirely discretionary basis so that the employer can change the amount awarded or remove the bonus. However, the choice of the beneficiaries of this bonus cannot be discretionary and must be justified by objective and relevant criteria. In practice, in order to avoid that the bonus is a compulsory part of remuneration, it is advisable for employers to make sure the bonus allocated relies on a unilateral and sole discretionary basis, the variable remuneration should not be included in the employment contract and should be notified to the employee in a side unilateral information letter.

When implementing a bonus scheme, the rating of eligible employees must be made on objective and non discriminatory criteria. The criteria must be known by the employees and the purpose of the criteria must not be to deprive specific individuals of the benefit. In addition, an employer cannot deprive an employee of their bonus or reduce the amount because they have been guilty of misconduct since it would be considered as a prohibited pecuniary sanction.

Employees must be able to check that the calculation of their variable remuneration has been made in accordance with the methodology set out in the employment contract or the employer's unilateral undertaking. As a result, the employer must inform the employees about the targets to be met at the beginning of the reference period. Failure to do so, employees can claim for the payment of the total amount of the bonus.

3. Does your legal system allow, without existing a situation of discrimination, to establish a double wage scale by collective agreement (that is, different wage for work of equal value based on the date of entry into the company)? Is it allowed for the employer, without existing a situation of discrimination and without a collective agreement, to pay different wages to different employees for work of equal value?

However, the fact that employees were hired before or after the entry into force of a collective agreement is not sufficient to justify unequal treatment for employees working in the same position (Cass. Soc. 4 Feb. 2009, n°07-41.406⁵).

In any case, it will be up to the employer to establish “*that the disparity in the situation observed is justified by objective factors unrelated to any discrimination*” (Cass. Soc., 9 Apr. 2002, 05-42.587⁶).

Article L1132-1 of the Labour Code prohibits discrimination based on origin, sex, morals, sexual orientation and identify, age, family situation or pregnancy, genetic characteristics, membership or non-membership, real or supposed, of an ethnicity, a nation or a race, political opinions, union activities, religious convictions, physical appearance, family name, place of residence, state of health or disability. This list is regularly modified in order to add new prohibited grounds.

In civil cases the Court of Cassation⁷ has treated discrimination based on nationality as a source of apparent indirect discrimination that allows for justification on the part of the employer. In this case, since 1993 a collective agreement had stipulated that employees of foreign nationality received a yearly bonus, even after having been in post with the company in France for a number of years (in some cases 20 years). In this situation, the Court was faced with unequal financial benefits that could not be justified by the specifics of the work performed by the employee. First, the Court decided that article 12 of the EU Treaty did not cover this situation. In relation to the argument of indirect discrimination on the ground of origin, it further held that, in a high technology research installation, the business need to attract talented scientists from abroad, and the necessary compensation related to the expatriation of their families, were sufficient justifications of the adverse effect on the basis of origin to allow unequal remuneration based on nationality: attraction of workforce when proportionate is objectively justified.

⁵<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020223297&fastReqId=192809979&fastPos=1>

⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007528763>

⁷ COURT OF CASSATION, Social Chamber, ESRF v. M. X., No. 03-47720, 9 November 2005, confirmed in another matter against ESRF on 17 April 2008 (Soc. 819 FS-P+B).

On 21 September 2015, the Paris Employment Tribunal gave a decision regarding the liability of the SNCF (French National Railway Company) towards 832 migrant workers of Moroccan nationality, who were hired to fill lower execution jobs but were not hired under the same conditions as the French employees — the regulatory status of the SNCF imposed a requirement of French nationality to be hired under the permanent employee status. The claimants' specific employment conditions were less favourable than those applicable to French permanent employees. Although half of the 2000 Moroccan employees became French citizens, only 113 obtained the permanent employee status reserved to French citizens and all the other Moroccan employees hired in the 1970s kept the PS25 status. The Court held that jobs covered by employment status PS25 were comparable to those held by French employees, but were only designated otherwise in order to employ foreign employees under another employment status and meet the formal requirements of the two employment statuses. Therefore, the claimants' employment status was held to constitute direct discrimination on the ground of nationality and the criteria of nationality was the basis of indirect discrimination on the ground of the origin of these non-national migrant workers. Claims were admitted, except in a few cases, and the claimants were awarded damages ranging from EUR 150000 to EUR 250000. SNCF's subsequent appeal before the Paris Court of Appeal was dismissed⁸. The Court of Cassation considers that these differences in treatment are justified if they are objective, i.e. diplomas, attendance or working time. For example, a collective agreement in a bank may provide that the award of a bonus depends on the assessment by the operations manager of the assistance provided to the reception staff. In this case, all employees of the company, placed in the same situation, must be able to benefit from the advantage. The rules governing the granting of these rights must be "*previously defined and controllable*" (Cass. Soc. 27 March 2007, 05-42.587). The Court of Cassation considers that these differences in treatment are justified if they are objective, i.e. diplomas, attendance or working time. For example, a collective agreement in a bank may provide that the award of a bonus depends on the assessment by the operations manager of the assistance provided to the reception staff. In this case, all employees of the company, placed in the same situation, must be able to benefit from the advantage. The rules governing the granting of these rights must be "*previously defined and controllable*" (Cass. Soc. 27 March 2007, 05-42.587).

⁸ Paris Employment Tribunal, RG No.F 05/12309 and following, 21 September 2015, 832 Migrant workers v French National Railway Company (SNCF), appeal dismissed by the Paris Court of Appeal, Social Chamber, No. 15/11389, 31 January 2018.

4. What is the effect of increases on wages introduced by law or collective agreement on workers that already perceive a higher salary? Are such wage increases compensated or absorbed?

Increases in the statutory or contractual minimums do not apply to employees whose actual compensation is already higher than these minimums. When employees receive more than the minima and they are revalued, then in this case their salary does not have to be revalued. The Social Chamber of the Court of Cassation recalled this in a decision of 26 April 2017, No. 15-28,429⁹.

However, there may be an agreement between the employee and the employer that the salary will follow the increase in the minima. On the other hand, there is no vested right for the employee to maintain the existing proportion between his remuneration and the minimums.

5. What is the legal and case law treatment of wage discrimination on the grounds of sex?

Article L. 3221- 2 of the Labour Code provides for equal pay for men and women ‘*for the same job or a job of equal value*’. According to the Labour Code (Article L. 3221-3 of the Labour Code) pay means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his or her employment, from his or her employer.

Article L3221-6 of the Labour Code also states that a job classification system shall be based on rules allowing for the implementation of the equal pay principle.

Finally according to Article L3221-4 of the Labour Code, in order to establish the equal value of a job the parameters which could be taken into account are the following: a title, diploma, professional experience, responsibilities, physical or mental stress. This list is not exhaustive. But according to Article L.1142-2 the prohibition of discrimination does not apply when the sex of the worker constitutes a determining factor in employment and that the objective sought is proportionate and the exception is also proportionate. Article 1142-1 of the Labour Code has also defined the types of employment concerned: it only covers actors and models.

⁹<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034558628&fastReqId=1373151929&fastPos=1>

Finally, article 225-1¹⁰ of the Criminal Code expressly refers to gender discrimination.

But gender discrimination is also often considered under the principle of "equal pay for equal work" and it is on this basis that the employer is regularly required to pay reminders, which at the same time allows him to avoid being subject to sanctions, including criminal sanctions, for discrimination. The Court of Cassation applied this principle for the first time in 1996 (Cass. Soc. 29 Oct. 1996, Bull. 1996, V, n°359).

6. Which measures does your legal system include to promote wage equality? Does the company have the obligation to adopt wage transparency measures (external audit, publicity of wages, etc.)?

First of all, the employer must inform employees and candidates for employment of all texts relating to equal pay for women and men (article L1142-6¹¹ and R. 3221-2¹² of the Labour Code).

In addition, the employer is required during negotiations to address issues relating to professional equality between women and men. Thus, at least once every 4 years, it must negotiate on the reduction of the pay gap between women and men. An adaptation agreement may provide for a shorter periodicity. If these negotiations do not succeed, then it is obliged to propose an action plan to ensure gender equality. This action plan must determine the measures taken and the objectives implemented to achieve this professional equality. According to article L. 2232-3¹³ of the Labour Code, this action plan must be filed with the labour administration (DIRECCTE).

If these obligations are not met by the employer, financial penalties may be imposed. This sanction defined by the DIRECCTE may not exceed 1% of the total payroll (article L2242-8 Labour Code).

¹⁰<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417828>

¹¹<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000029144893>

¹²<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000018487162&dateTexte=&categorieLien=cid>

¹³<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901685&dateTexte=&categorieLien=cid>

7. What is the impact salary when calculating the compensation for termination of the employment contract? How is such compensation calculated? Briefly, what are the most frequent cases of termination of the labor contract?

Yes, the salary received by the employee is a variable in the calculation of severance pay. Whether the termination of the contract is of a contractual nature, or whether it is a dismissal, the salary received is taken into account in calculating the amount of the termination indemnity. In all cases, the contractual termination indemnity is at least equal to the legal termination indemnity. According to the formula, to calculate the legal indemnity, 1/4 of the monthly salary per year below 10 years of seniority must be taken into account, and 1/3 for years beyond 10 years of seniority.

It should be noted that the contractual provisions of collective agreements may provide for more favourable variables in favour of employees. It should be noted that since the entry into force of Order No. 2017-1387 of 23 September 2017, legal severance pay has been capped.

Regarding statistics, in 2018, according to DARES, the first cause of termination of the employment contract in France is dismissal. However, there were 39,000 conventional breaches that were registered.

8. Does the legal system establish a principle of equal treatment in wages in cases of outsourcing? And when hiring workers through Temporary Employment Agencies?

Yes, the principle of equal treatment applies in the case of outsourcing and hiring of temporary employees.

The principle of equal treatment applies in the case of outsourcing and hiring of a temporary employee. This is apparent from Articles L. 1251-18¹⁴ and L. 1251-43 6^o¹⁵ of the Labour Code.

It follows that the temporary employee cannot therefore receive a lower remuneration than that provided for in the secondment contract. The latter being determined according to the remuneration received by a permanent employee who holds the same or a similar position.

¹⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901269>

¹⁵<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006901299&dateTexte=&categorieLien=cid>

9. Is it possible to introduce a minimum wage in a public tender offer?

In French law there is no such provision.

However, the Court of Justice of the European Union has ruled on this issue. Indeed, it validated a clause imposing a minimum wage in a public procurement contract. This is the ECJ decision of 17 November 2015, case 115/14¹⁶.

10. Is it possible for the company to modify (by lowering) workers' salary established in the labor contract or the collective agreement? If so, in which cases? And what are the limits?

Contractual remuneration is an element of the employment contract between the employee and his employer. In fact, the employer can therefore only change the remuneration with the employee's agreement. This concerns both the basic salary and the variable part of the salary (Cass. Soc., 18 Oct. 2006, n°05-41.644¹⁷). Also, a clause in the employment contract according to which the employer would be able to unilaterally modify the employment contract is null and void (Cass. Soc., 15 May 2014, n° 12-28.442¹⁸).

It should be noted that the fact that the employee continues to work under the new conditions does not constitute consent on the part of the employee (Cass. Soc. 16 Nov. 2005, n°03-47.560¹⁹).

References and case law

FRENCH LABOUR CODE

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. decision of 17 November 2015, case 115/14

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION . 27 March 2007, No. 05-42.587

LABOUR DIVISION (CHAMBRE SOCIALE) OF THE COURT OF CASSATION. 18 Oct. 2006, n°05-41.644

¹⁶ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-115/14>

¹⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007491485>

¹⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028949269>

¹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007495746>

SALARY AND INEQUALITIES IN ITALY

Nicolò Rossi

PhD candidate, Catholic University of Milan

Introduction

The data given by the last statistical researches on wages in Italy reflects some traditional features of the most general national productive system.

According to a recent report published by the Italian Institute of Statistics²⁰, in the whole private sector, workers received an average hourly wage of 13.80 euros in 2014, 14.01 euros in 2015 and 13.97 euros in 2016. In the same period, hourly wages went from a minimum value of 8 euros or less, for 10% of the poorest workers, to the maximum value of 21 euros or more, corresponding, on the contrary, to 10% of the richest workers.

In 2016, the Regions with the highest average hourly wages were all located in the North of the Country: they were Lombardy (12.02 euros), Trentino-Alto Adige (11.96 euros) and Piedmont (11.80 euros). Conversely, the lowest levels were registered in some Regions of the South of Italy, such as Calabria (10.01 euros), Puglia (10.10 euros) and Campania (10.10 euros).

The available data also show that women receive a wage that is generally lower than the one earned by men. As a matter of fact, in 2016 only 17.8% of working women earned more than 15 euros per hour, compared to 26.2% of working men. Vice versa, an hourly wage lower than 8 euros was paid to 11.5% of the women and to 8.9% of the men.

1. Does your legal system legally regulate a minimum wage?

In the Italian legal system there is not an interprofessional minimum wage regulated at the legislative level. Thus, unlike many other European States, Italy has not a statutory minimum wage.

Nevertheless, in each productive sector, national collective bargaining agreements always set out different wage levels, which are usually referred to certain groups of tasks or professional qualifications. In absence of more specific binding rules, Italian courts generally state that these collective provisions must be complied with by all the

²⁰ ITALIAN INSTITUTE OF STATISTICS, *Differenziali retributivi nel settore privato. Anni 2014-2016. Report*, December 11th, 2018, available on the web site: <https://www.istat.it/it/archivio/224858>.

employers operating in the concerned sector, regardless of whether these latter are covered or not by the national agreement.

This solution is traditionally based on the interpretation of article 36, paragraph 1 of the Italian Constitution, pursuant to which “*the employee has the right to a remuneration proportionate to the quantity and to the quality of his work and, in any case, sufficient to ensure him and his family a free and decent existence*”. Instead of reading this provision as the expression of some generic principles, judges consider it a directly effective norm and ordinarily decide that it is fulfilled when the individual labour contract provides a pay at least equal to the amount fixed by the corresponding sector-level collective bargaining agreement. Hence, if an individual arrangement establishes a lower wage, it will probably be declared void by the labour Court, which will define the pay concretely due to the worker, in accordance with Article 2099, paragraph 2 of the Civil Code. In doing so, the Court will use the wage set by the national collective bargaining for the employees who perform the same tasks in the same sector, as a reference point for determining the “fair wage”. Therefore, even if collective bargaining agreements formally have not an *erga omnes* effect, in fact they become a parameter for assessing the lawfulness of the economic provisions of all the employment contracts.

2. Is it frequent for collective agreements to recognize seniority bonuses? And complements or bonuses related with productivity?

In Italy, it is not unusual for collective agreements to establish a seniority-based bonus. This type of supplement often increases automatically every two or three years and is exclusively linked to the employee’s seniority in the same company, regardless of his/her productivity.

On the other hand, collective agreements also provide bonuses that are variously connected to the economic production of the company or of specific groups of its employees. In most cases, these additional remunerations have been converted by company-level collective bargaining into a fixed annual wage supplement. However, in the last years, some attempts have been made to link productivity bonuses to the actual economic results of companies. Recently, these forms of remuneration have also been subjected to a particular (and more advantageous) tax and social security treatment.

3. Does your legal system allow, without existing a situation of discrimination, to establish a double wage scale by collective agreement (that is, different wage for work of equal value based on the date of entry into the company)? Is it allowed for the employer, without existing a situation of discrimination and without a collective agreement, to pay different wages to different employees for work of equal value?

Today it is generally agreed that in the Italian legal system there is no general principle of equal pay for work of equal value. However, the existence of such a principle had been discussed for a long time.

In the past, the Italian case law was traditionally impervious to the attempts of some authors to demonstrate that the employer should always pay the same remuneration to employees performing the same tasks. Nevertheless, something changed in the early Nineties, when some decisions of the Supreme Court did not confirm the most traditional opinion. Indeed, some rulings emphasized the words stated by the Constitutional Court in the decision n. 103 of 1989 and seemed to give a new importance to the principle of equal treatment (see, for example, Italian Supreme Court decisions n. 947 of February 9th, 1990; n. 1888 of March 8th, 1990). Anyway, in the last years, these decisions have not been followed by more recent case law and the Supreme Court itself has newly reiterated its first and traditional position (see, for instance, Joint Sections of the Italian Supreme Court decisions n. 6031 of May 29th, 1993; n. 4570 of May 17th, 1996; n. 17079 of August 8th, 2011; Italian Supreme Court decision n. 9643 of May 20th, 2004).

Accordingly, the employer can pay different wages for work of equal value, as long as there is no factor of discrimination and provided that collective bargaining rules are fulfilled (see answer n. 1). Similarly, neither social partners have to observe a general principle of equal treatment when defining collective provisions.

4. What is the effect of increases on wages introduced by law or collective agreement on workers that already perceive a higher salary? Are such wage increases compensated or absorbed?

The increase of the minimum wage provided by national collective agreements can have different impacts on employees who already received an individual extra pay (the so called “*superminimo*”).

Theoretically, the issue should be solved by verifying, case by case, what was the real will of the contracting parties, when they agreed on the higher wage.

Anyway, according to the Italian case law, a minimum wage increase is usually absorbed in the worker's already higher salary, unless otherwise provided in the collective agreement or in the individual contract. In this perspective, the absorption effect can be excluded if the worker is able to prove that the extra pay has been specifically granted in order to remunerate some peculiar merits or some special qualities of the tasks performed (see, for example, Italian Supreme Court decisions n. 12788 of July 9th, 2004 and n. 11139 of October 21st, 1991).

5. What is the legal and case law treatment of wage discrimination on the grounds of sex?

Pursuant to Article 37, paragraph 1 of the Italian Constitution, women and men should have *“equal rights and, for comparable jobs, equal wages”*. Moreover, *“working conditions must allow women to fulfil their essential role in the family and ensure appropriate protection for the mother and the child”*.

Regarding labour legislation, it should be pointed out that some specific rules aiming at preventing discriminations on the ground of sex had already been introduced in the Italian system by Act n. 903/1977. Today, such provisions are mainly set forth in the Equal Opportunities Code (Legislative Decree n. 198/2006), whose Article 28 specifically bans *“any direct or indirect discrimination as regard any aspect or condition of wages concerning a same work or works with equal value”*. The same article also clarifies that *“professional classification systems adopted for the purpose of determining wages must establish common criteria for men and women and must be developed in such a way as to eliminate discriminations”*.

In addition, it is important to note that, even for discriminations based on sex, there are some special procedural norms aiming at enforcing workers' protection, speeding up the litigation process and simplifying the demonstration of the existence of an unlawful behaviour (see Articles from 36 to 41 *bis* of Legislative Decree n. 198/2006).

By applying the aforementioned rules, Italian labour Courts have specified the meaning of the principle of equal treatment between men and women, with regard to the different aspects of labour relations. For instance, not considering the absences from work due to pregnancy, puerperium and parental leaves to calculate a productivity related bonus has been considered as discriminatory (Court of Turin decision of October 26th, 2016).

6. Which measures does your legal system include to promote wage equality? Does the company have the obligation to adopt wage transparency measures (external audit, publicity of wages, etc.)?

The Italian legal system sets out specific rules to create equal opportunities in the labour scope.

For example, referring to the positive actions, Article 42 of the aforementioned D.lgs. 198/2006 establishes that these measures have the purpose of promoting the equality of opportunities between women and men, by overcoming obstacles that produce disadvantages also with regard to the “*salary and the economic treatment*” (paragraph 2, let. d).

In addition, it is interesting to note that the following Article 46 obliges companies that employ more than 100 workers to adopt, at least every two years, a report on the staff situation, representing different aspects of the employed men and women working life, including the “*wage actually paid*”.

7. What is the impact salary when calculating the compensation for termination of the employment contract? How is such compensation calculated? Briefly, what are the most frequent cases of termination of the labor contract?

In Italy, wage is often used to calculate the amounts that should be paid to workers, in some cases of the employment contract’s termination.

First of all, it should be noted that, in any case of termination, both for permanent and temporary contracts, workers have the right to receive the employee severance indemnity (“*trattamento di fine rapporto – T.F.R.*”), which is the most important form of deferred remuneration in the Italian legal system. This indemnity is determined by reserving, for each year of service, a percentage (13.5%) of the annual wage, which must be then revaluated according to the consumer price index and to a fixed rate. To this end, any form of not occasional remuneration given to the worker during the year under the employment relationship shall be considered.

Another important example of amount that must be calculated with reference to the salary is the compensation due for lack of notice, which shall be paid by the employer when the employee is dismissed without notice and without a cause that justifies an immediate dismissal (“*giusta causa*”; see articles 2118 and 2119 of the Italian Civil Code). Pursuant to article 2121 of the Civil Code, every kind of permanent payment must be counted, excluding expense reimbursement.

Similarly, in case of dismissal of a fixed-term worker without a reason allowing the immediate termination of the contract, the employer has to pay damages, which are calculated referring to wages that the worker should have received until the original expiry date of the labour relationship.

On the other hand, it should be pointed out that the salary is the parameter for calculating unfair dismissal compensation even for permanent workers. Indeed, after the most recent reforms, the legislator has introduced a new regulation for unfair dismissals (Legislative Decree n. 23/2015), regarding workers hired with an indefinite term employment contract as from March 7th, 2015. For the latter, the economic compensation is the main form of protection against unfair dismissals, while the worker's right to be reinstated has now become a residual remedy, which is available only for the most serious cases (see Articles 2 and 3, paragraph 2 of D.lgs. 23/2015). Under this new regime, the amount of compensations is different depending on the type of infringement and, generally speaking, it must be calculated by a multiplication of the employee's years of service per a certain number of his/her last monthly salary, without exceeding or going below some fixed ranges.

This mechanism has recently been declared unconstitutional by the Italian Constitutional Court, with the decision n. 194/2018. In a nutshell, the Court stated that calculating the compensation due in case of unfair dismissal by considering only the worker's seniority is unreasonable and lead to apply the same treatment to substantially different situations. Therefore, it suggested that, in determining the amount of compensations, Labour Courts should evaluate also other additional criteria, such as the number of workers employed by the company, its economic size and the parties' behaviour. Although this decision concerns only a specific provision of the dismissals' regulation (precisely, Article 3, paragraph 1 of D.lgs. 23/2015), some authors believe that the principles stated by the Constitutional Court can now be referred also to other norms adopting the same calculation system.

8. Does the legal system establish a principle of equal treatment in wages in cases of outsourcing? And when hiring workers through Temporary Employment Agencies?

The Italian legal system does not establish a principle of equal treatment regarding wages, in case of outsourcing. More precisely, since the abrogation of Act n. 1369/1960, contractors are not obliged to recognize its workers the same labour conditions of the user company's employees. Therefore, nowadays, the economic convenience of this kind of outsourcing can peacefully consist in the lower labour cost

derived from the fact that contractor is subjected to a collective regulation less onerous than the one applied by the user firm.

However, things are different in the case of Temporary Agency Work. As a matter of fact, according to EU legal sources, Italian regulation provides an equal treatment principle between agency workers and user company's employees. Specifically, for all the duration of their assignment at a user company, agency workers must be given a labour treatment "*on the whole not inferior*" than the one that would apply if they had been hired directly by that company for the same position (see Article 35, paragraph 1 of Legislative Decree n. 81/2015). Furthermore, article 35, paragraph 3 of D.lgs. n. 81/2015 specifies that workers are entitled to benefit from the same social and welfare services of the user's permanent employees.

9. Is it possible to introduce a minimum wage in a public tender offer?

Pursuant to Article 36 of the Italian Workers' Statute, tender dossiers must contain a clause which binds contractors to apply or enforce labour conditions which are not lower than those established by the collective agreements of the sector and of the zone. Non-compliance with this norm may determine the revocation of the tender and, in the most serious cases, the exclusion from any procurement procedure up to five years.

Moreover, the recent Public Procurement Code (Legislative Decree n. 50/2016) provides specific rules to prevent an unfair competition only based on the labour costs' reduction. For instance, it should be highlighted that, pursuant to article 97 of the Code, contracting authorities must exclude from the procurement procedure the applicants' tenders that are abnormally low as a result of non-compliance with the minimum salary levels annually established by the Ministry of Labour. To this end, the latter must define labour costs by referring to the economic provisions of the national collective bargaining agreements, concluded by the "*comparatively most representative*" trade unions and employers' associations (see article 23, paragraph 16 of the Code).

10. Is it possible for the company to modify (by lowering) workers' salary established in the labor contract or the collective agreement? If so, in which cases? And what are the limits?

If the individual employment contract provides a wage higher than the minimum level defined by national collective agreements, in some cases, it could be possible to lower it with a new individual arrangement.

However, as explained above (see answer n. 1), in the Italian legal system normally the employer cannot lower wages below the minimum salary fixed, for each productive sector, by the national collective bargaining.

References and case law

FERRANTE, V. *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, in E.

GRAGNOLI - S. PALLADINI (eds.), *La retribuzione*, Utet, Torino, 2012, pp. 113-148.

MAGNANI, M. *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, pp. 769-795.

TOPO, A. *Le forme della retribuzione*, in E. GRAGNOLI - S. PALLADINI (eds.), *La retribuzione*, Utet, Torino, 2012, pp. 71-111.

TREU, T. *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968.

TREU, T. *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, pp. 637-692.

SALARY AND INEQUALITIES IN PORTUGAL

Catarina de Oliveira Carvalho

Universidade Católica Portuguesa, CEID-CRCFL – Católica Research Centre for the Future of Law, Faculdade de Direito – Escola do Porto

Introduction

Portugal is among the countries with the lowest minimum wage of either the EU or the Euro Area. Recent increases in the minimum wage were not sufficient to change its relative position, although the Government intends to continue to rise the minimum wage in the coming years.

Nevertheless, even with the minimum wage among the lowest in the EU28, the *Kaitz* index presents atypical figures in the Portuguese case, which is far above the European standard not because the minimum wage is too high, but because a large part of the employees earn very low wages²¹.

In fact, nearly 23% of the employees receive the minimum wage²². Women and young employees (under 25) are over-represented at the minimum wage level (about 53% and 30%, respectively)²³. Looking at the incidence of minimum wage by industry, a particularly large share of minimum wage workers can be found in agriculture, animal production, hunting, forestry and fishing (37%), hotels, restaurants and similar (35%) and construction (30%)²⁴.

In relation to Portugal's monthly median wage, it stands at less than EUR 900 per month²⁵. Concerning the incidence of median wages by industry, we can see that in accommodation and food service activities, agriculture, forestry and fishing,

²¹ [GABINETE DE ESTRATÉGIA E PLANEAMENTO \(GEP\), *Retribuição Mínima Mensal Garantida – novembro 2018. Acompanhamento do Acordo sobre a Retribuição Mínima Mensal Garantida. 10.º Relatório*, 64.](#)

²² [GEP, *op. cit.*, 67-68.](#)

²³ Young people account for about 30% of the workers covered by the minimum wage in 2016, 2017 and 2018, but only 7.0% of the total number of workers with declared remuneration. See [GEP, *op. cit.*, 75.](#)

²⁴ Second trimester 2018 data. See [GEP, *op. cit.*, 76.](#)

²⁵ “Converting Eurostat estimates of gross hourly wages into full-time equivalent figure (assuming 40 hours of work per week), Portugal's monthly median wage in enterprises with ten employees or more stands at less than €900 per month, compared to more than €2,000 for the EU as a whole” – ILO, *Decent work in Portugal 2008-18 – From crisis to recovery*, Geneva, 2018, 115.

administrative and support service activities, construction, human health and social work activities, employees earn lower wages²⁶. The Lisbon area has the highest wages.

Moreover, there is a considerable gap between the richest and poorest, since the top 20% of the population earn nearly six times as much as the bottom 20%²⁷.

Regarding wage and gender gaps, besides the fact that, as mentioned above, a large proportion of women receive the minimum wage, it can be seen that the average remuneration is higher in men. That is, men, on average, earn EUR 990.05 of base salary while women earn EUR 824.99, attesting a gender pay gap of 16.7%. If one considers the average monthly gain (which contains additional monetary attributions, such as compensation for overwork, bonuses and other benefits), the difference is even more visible: men earn an average of EUR 1 207.76 while women only earn EUR 966.85, increasing the gap to 19.9%²⁸. On the other hand, it can be seen that the wage differential between women and men is closely related to qualification levels: the higher the level of qualification, the greater the wage differential between men and women, which is particularly perceptible among senior management. At this level of qualification, the gap is 26.4% in base salary and 27.9% in earnings²⁹.

Eurostat presents different data for the wage gaps since different sources are used. The main difference between both figures results from the fact that Eurostat uses the hourly remuneration, rather than the monthly remuneration. Still, it is important to present the Eurostat data in order to facilitate the comparison between Portugal and other EU Member States. According to Eurostat, in 2016, women's gross hourly earnings were on average 16.2 % below those of men in the EU-28 and 16.3% in the Euro area. In Portugal, gender pay gap was 17.8% in 2015 and 17.5% in 2016. For the first time in several years, after the financial crisis, gender pay gap in Portugal exceeded the EU average.

1. Does your legal system legally regulate a minimum wage?

According to the Portuguese Constitution, the State must establish and update a national minimum wage “*which, among other factors, shall have regard to workers' needs, increases in the cost of living, the level of development of the forces of production, the*

²⁶ *Id., ibid.*, 120.

²⁷ See OECD – Better life index at <http://www.oecdbetterlifeindex.org/countries/portugal/>. Also ILO, *Decent work in Portugal 2008-18*, cit., 116-120, and *Global Wage Report 2016/2017*, 21 ff.

²⁸ 2015 data. Source: GEP's *Quadros de Pessoal*. See COMISSÃO PARA A CIDADANIA E A IGUALDADE DE GÉNERO (CIG), [Igualdade de Género em Portugal: boletim estatístico 2017](#).

²⁹ 2015 data – *Id., ibid.*

demands of economic and financial stability, and the accumulation of capital for development purposes” (Article 59/2).

Consequently, there is a national monthly minimum wage regulated at normative level applicable to all employees irrespective of their economic sector or occupation. The monthly minimum is paid for the standard hours an employee is expected to work (40 hours per week). For employees who work less than full-time, the minimum wage is paid *pro-rata*.

Article 271 of the Portuguese Labor Code (LC) establishes that the minimum wage must be regulated annually by specific legislation. The Standing Committee for Social Concertation (*Comissão Permanente de Concertação Social*) must be previously consulted. However, Article 275 LC allows for some reductions regarding trainees, apprentices and employees with reduced work ability.

For 2018, minimum wage in Portugal amounts to EUR 580 per month (14 months’ pay), according to Decree-Law No. 156/2017 of 28 December, while it is expected to be increased to EUR 600 in 2019.

2. Is it frequent for collective agreements to recognize seniority bonuses? And complements or bonuses related with productivity?

In Portugal, collective agreements often establish a seniority-based bonus. Still, a considerable proportion of collective agreements regulate wage bonuses exclusively based on the employee’s seniority in the company, regardless of their production or productivity.

Even though there are no specific studies concerning collective regulation of wage complements³⁰, the general perception is that it is not common for collective agreements to regulate bonuses or wage complements based on the worker’s individual productivity or the company’s production or productivity, although some examples can be found.

³⁰ In 2012, the Centre for Labor Relations (CENTRO DE RELAÇÕES LABORAIS – CRL) was created with the aim of supporting collective bargaining and monitoring employment and professional training developments, in order to achieve a comprehensive perspective of the labor market. However, its [annual reports](#) do not focus on this item.

3. Does your legal system allow, without existing a situation of discrimination, to establish a double wage scale by collective agreement (that is, different wage for work of equal value based on the date of entry into the company)? Is it allowed for the employer, without existing a situation of discrimination and without a collective agreement, to pay different wages to different employees for work of equal value?

According to Article 59 of the Portuguese Constitution, “1. *Regardless of age, sex, race, citizenship, place of origin, religion and political and ideological convictions, every worker has the right: a) To the remuneration of his work in accordance with its volume, nature and quality, with respect for the principle of equal pay for equal work*”.

The right to equal pay is then established in Article 273 LC, which determines equal pay for equal work or work of equal value, depending on the constitutional criteria mentioned above (nature, quantity and quality). This principle is binding to both collective agreements and employment contracts.

However, doubts are raised by case-law and legal literature regarding the scope of that principle. To be precise, some argue that the constitutional principle only allows for differentiations based on the nature, quantity and quality of the work *stricto sensu*. Consequently, seniority could justify different wages only when it implies that the experience level leads to diverse work quality ([decision of the Constitutional Court 277/99](#); [decision of Tribunal da Relação do Porto of 13 February 2017](#)). On the contrary, others feel that the equal pay for work of equal value principle only forbids differentiations without material grounds, namely the ones based on subjective categories, allowing for seniority differentiations established by collective agreement or employment contract (decisions of the Constitutional Court [No. 313/89](#) and [424/03](#); [decisions of the Supreme Court of Justice of 2 November 2005](#) and [14 December 2016](#)).

In any case, seniority payments (*diuturnidades*) as base salary complements are consensually admitted in both collective agreements and employment contracts. Article 262 LC even considers them, in addition to the base salary, as the basis for the calculation of supplementary and accessory payments.

Moreover, Article 31(3) LC, which specifically addresses wage discrimination on the grounds of sex, establishes that differences in pay are allowed when based on objective criteria, common to men and women, namely, productivity, lack of periods of absence, or seniority. *A fortiori*, the same criteria should be admissible in general when no subjective category is in question.

4. What is the effect of increases on wages introduced by law or collective agreement on workers that already perceive a higher salary? Are such wage increases compensated or absorbed?

In Portugal, salary increases recognized at normative level or by collective agreement do not have direct impact on employees that already earn a higher wage.

Even the so-called spillover effects of the minimum wage updating on the remaining remunerations is very small and occurs mainly in those that are around the new amount of the minimum wage³¹.

5. What is the legal and case law treatment of wage discrimination on the grounds of sex?

As mentioned above, in Portugal, a general right to equal pay for equal work is established both in the Constitution (Article 59(1)(a)) and in the LC (Article 270).

The same principle is stipulated for non-discrimination in general (Article 24(2)(c) LC) and for non-discrimination on the grounds of sex in particular (Article 31 LC), both in the private and in the public sector. The legal definition of equal work establishes that there is equal work when the work is of a “*similar nature, quantity and quality*” (Article 23 (1)(c) LC) and the legal definition of work of equal value considers that the work is to be considered equivalent “*taking into consideration the qualification or the experience needed, the level of responsibility involved, the physical and mental effort required and the working conditions in practice*” (Article 23(1)(d) LC).

Wages must be determined by criteria common to men and women (Article 31 (2) LC) and the same goes for job description/ job evaluation, in order to exclude all forms of sex discrimination (Article 31(5) LC).

As mentioned before, differences in pay are only allowed when based on objective criteria, common to men and women, such as productivity, absenteeism, seniority. Nevertheless, as regards the absenteeism criteria, article 31(4) LC explicitly points out that the exercise of maternity and paternity rights cannot justify different wages.

Moreover, Article 26 LC establishes that whenever a collective agreement or internal provision of company regulations restricts a certain type of remuneration to men or to women, these stipulations are automatically applicable to employees of both sexes, provided they perform equal work or work of the same value.

³¹ GEP, *op. cit.*, 78.

All the same, Article 31(2) LC is not clear about the scope of the remuneration concept and seems to adopt a narrower one when compared to the broad EU-law notion. Still, it is possible to interpret national law in conformity with EU law, since Article 24(2)(c) LC explicitly states that the equal pay principle applies not only to wages but also to other financial benefits granted to the employee under an employment contract. The recent Law No. 60/2018 of 21 August – approved to promote specifically equal pay for women and men for equal work or work of equal value – has a broader definition of remuneration in conformity with EU law, although it is applicable only for the purposes of this law.

On the other hand, under Article 25(5) LC, when invoking pay discrimination, employees must indicate the worker(s) in relation to whom they consider to be discriminated against, and it is not clear if the required comparator can be a hypothetical one.

Finally, case-law regarding sex-based discrimination is very limited, which contrasts with the gender gap data previously mentioned. Some controversial and conflicting case-law relates to the (non) payment of meal allowances in cases of absences or leaves justified by pregnancy or maternity (v.g., [decision of Tribunal da Relação de Lisboa of 23 February 2005](#); [decision of Tribunal da Relação de Lisboa of 20 November 2002](#)).

6. Which measures does your legal system include to promote wage equality? Does the company have the obligation to adopt wage transparency measures (external audit, publicity of wages, etc.)?

The main provisions established by Portuguese labor law to promote wage equality were referred in the previous point.

In addition, regarding collective bargaining, Article 492(2)(d) LC defines the measures intended to promote the real application of the equality and non-discrimination principles (including equal pay) as one of the mandatory topics of collective agreements.

Furthermore, Article 479 LC establishes the duty of the Commission for Equality in Labor and Employment (*Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego* – CITE) to examine all collective agreements just after their publication in order to see if they include discriminatory clauses. If this is the case, CITE can notify the social partners to voluntarily modify the collective agreement. If they refuse to do so, CITE shall present the case to the public attorney, who can take it to court in order to have these clauses declared null and void. In 2017, CITE notified social partners regarding 41

discriminatory clauses and 42 discriminatory provisions. In the vast majority of the situations, the parties made themselves available to change the content of the collective agreements³².

Moreover, Law No. 62/2017 of 1 August, adopting various measures on gender parity, obliges companies falling within its scope (public-sector entities and listed companies) to draw up annual equality plans to prevent any kind of discrimination between men and women (Article 7). However, it is still early to assess the impact of these measures.

On the topic of wage transparency measures, Article 32 LC imposes upon the employer the duty to keep sex-segregated records of recruitment forms and procedures, for a minimum period of 5 years. These records must also include information that allows for the research of wage discrimination.

More recently, Law No. 60/2018 of 21 August was approved to promote specifically equal pay for women and men for equal work or work of equal value. Article 4, demanding for wage transparency policies, recalls the provisions of the Article 31 LC previously mentioned imposing on the employer the definition of objective criteria, common to men and women to assess the work performed. Additionally, it evokes article 25(5) LC to reinforce that the employer has the burden of proof in relation to transparent wage policies, the need to point out a comparator being merely illustrative.

Amongst the measures provided for in this law, there is also an obligation for the relevant services of the ministry responsible for employment affairs to produce several statistics and indicators of gender remuneration differences annually, including at company level. The results are to be made available on the internet site and sent to the inspection services (Article 3). Consequently, the inspection service can notify the employer to present a 12-month plan to assess remuneration differences. All the non-justified distinctions (by the employer) shall be deemed discriminatory (Article 5).

What is more, the employee or union representatives can request a written opinion of the Commission for Equality in Labor and Employment (CITE) on the existence of wage discrimination on grounds of sex (Article 6). This opinion is binding on the employer. Legal protection is given to the employee who requested the opinion in order to avoid dismissals or other type of retaliation (Article 7).

Finally, the courts must notify CITE of all the convictions on grounds of sex-based wage discrimination to allow the elaboration of an institutional record (Article 9).

³² CENTRO DE RELAÇÕES LABORAIS (CRL), *Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2017*, 95-96, available at: <https://www.crlaborais.pt/outros>.

7. What is the impact salary when calculating the compensation for termination of the employment contract? How is such compensation calculated? Briefly, what are the most frequent cases of termination of the labor contract?

In the Portuguese legal system, the compensation for termination of the employment contract is calculated taking into account only the base salary and also seniority payments whenever applicable (they must be foreseen in collective agreements or employment contracts). This means that only the fixed part of the salary, which corresponds to the agreed working period, is considered for this purpose. The differentiation can seriously affect those employees who receive a variable or a mixed salary.

The most frequent cases in which a compensation is due as a result of the termination of the labor contract are:

- a) Termination for unlawful dismissal, in which the compensation will be established by the court within a legal frame of between 15 and 45 days of basic salary and seniority awards for each full year or fraction of service, although it cannot be less than three months (Article 391 LC);
- b) Termination due to a collective dismissal or an individual dismissal linked to the extinction of the work post (*despedimento por extinção do posto de trabalho*), where the compensation amounts to 12 days of base salary and seniority payments per full year of service (Articles 366 and 372 LC). In cases of year fractions, the employee will be entitled to the respective proportion. There are no minimum limits and an upper double cap is fixed by law: *i*) the value of the base salary and seniority payments cannot exceed 20 times the minimum monthly wage; and *ii*) the overall amount of severance payment cannot exceed 12 times the monthly base salary and seniority payments, with a limit of 240 times the value of the minimum monthly wage;
- c) Termination of fixed-term or “unfixed-term” (expires on completion of a specific task or by the occurrence of a specific event) contracts, which entitles employees to a compensation of 18 days of base salary and seniority payments per full year of service in the first three years of contract duration and of 12 days in the following years (Articles 344 and 345 LC).

8. Does the legal system establish a principle of equal treatment in wages in cases of outsourcing? And when hiring workers through Temporary Employment Agencies?

The Portuguese legal system does not establish a principle of equal treatment regarding wages in cases of outsourcing or production decentralization. That is, a company which is hired to perform services in another enterprise has to pay its workers the legal and conventional wage applicable to the company regardless of the salary in the principal company.

The situation is different concerning employees hired through a Temporary Employment Agency. In this case, according to Article 185(5) LC, the employee is entitled either to the wages: *i*) stated in the collective agreement of the Temporary Employment Agency; *ii*) or in the collective agreement of the user company itself, if higher; *iii*) or paid by the user company to their employees for equal work or work of equal value, if higher.

Without prejudice of the regime stated in the preceding paragraph, after a 60-day period of activity for the user company, the temporary worker, even if they are not affiliated in a union, will be entitled to invoke the collective agreement that binds the user company and is applicable to its employees performing the same job (Article 185(10) LC).

9. Is it possible to introduce a minimum wage in a public tender offer?

The Public Procurement Code (*Código dos Contratos Públicos*), approved by Decree-Law No. 18/2008 of 29 January, establishes that the contracting authorities shall ensure that economic operators comply with applicable social, labor and gender equality standards under international, European, national or regional law in both the formation and the implementation of public contracts (Article 1.A).

Furthermore, Article 42(6)(a) explains that the tender specifications may, when related to the execution of the contract, refer to social conditions that are intended to favor “*the implementation of measures to promote gender equality and equal pay at work*”.

Nevertheless, there is no reference to the possibility to introduce a minimum wage in a public tender offer. It could be considered admissible as long as it is compatible with EU law according to the European Court of Justice case-law, more precisely the *RegioPost* case (C-115/14).

10. Is it possible for the company to modify (by lowering) workers' salary established in the labor contract or the collective agreement? If so, in which cases? And what are the limits?

As a rule, the employer cannot reduce the amount of salary paid to an employee, except in the cases provided for in the LC or in a collective labor regulation instrument (Article 129(1)(d) LC).

The LC allows for a salary reduction in the following cases: *i*) situations where the employee returns to the occupation previously performed after a temporary work position modification (v.g., Articles 120 and 164 LC); *ii*) temporary reduction of the working time or suspension of the employment contract due to business crisis or other catastrophes or occurrences that seriously affect the normal operation of the company (Articles 298.º and 309 LC); *iii*) change to part-time work (Article 155 and 154(3) LC) or to an inferior job category (Article 119 LC).

Still, collective agreements may allow wage reduction.

In relation to salaries established in collective agreements, Article 476 LC establishes that the rules of the collective agreement can only be set aside by an employment contract when the latter establishes more favorable conditions for the employee, including wages.

11. Other relevant aspects regarding wages

1. Minimum wage

The economic and financial crisis led the Portuguese State to request financial assistance from the European Commission, the European Central Bank and the International Monetary Fund (the so-called “Troika”), which was granted on May 2011 under the terms of the European Financial Stabilization Mechanism. In exchange, this required a commitment to a three-year austerity plan laid out in the Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (MoU) with direct impact on wages.

The MoU established a “wage moderation” policy, aiming to develop both competitiveness and productivity and to reduce the unemployment rate. Accordingly, the Government undertook to link any increase in the minimum wage to economic and labor market developments and to an agreement in the context of a review of the financial assistance program.

As a result, the nominal minimum wage was frozen at EUR 485 from 2011 until 2014 and the targets established by the social partners in the Agreement on the Establishment and Evolution of the Minimum Monthly Wage of 2006³³ were not accomplished.

Only in October 2014, the year before parliamentary elections, was the minimum wage updated to EUR 505, following a tripartite agreement between the Government and the majority of the social partners concluded in September 2014³⁴.

The adjustment of the minimum wage continued through 2016 (EUR 530) and 2017 (EUR 557) by the hand of the new left-wing Government. These modifications were not endorsed by the EU. The Country Specific Recommendations under the European Semester stated that minimum wage developments should be consistent with the objectives of promoting employment and competitiveness across sectors, which meant aligning wages and productivity (2014, 2015 and 2016) and ensure that they did not harm the employment of the low-skilled (2017).

Nevertheless, this situation was not in conformity with other international and European conventions.

On the one hand, the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), in the [Observation adopted in 2012 regarding Convention No. 131 on Minimum Wage Fixing](#) (1970), recalled the importance of respecting Social Dialogue before taking any decisions, given that the above-mentioned Agreement on the Establishment and Evolution of the Minimum Monthly Wage of 2006 was not implemented. Furthermore, the CEACR urged the Government to “*take full account in its decision-making as much of the needs of workers and their families as of economic policy objectives*”. In fact, “*Article 3 of the Convention requires that the elements to be taken into consideration in determining the level of minimum wages must include not only economic factors, such as employment policy objectives, but also the needs of workers and their families, taking into account the general level of wages in the country, the cost of living, social security benefits, and the relative living standards of other social groups.*”

Moreover, the CEACR evoked the Global Jobs Pact – adopted by the ILO Conference in June 2009 in response to the global economic crisis – to underline “*the relevance of ILO instruments relating to wages, in order to prevent a downward spiral in labour*

³³ ACORDO SOBRE A FIXAÇÃO E EVOLUÇÃO DA REMUNERAÇÃO MÍNIMA MENSAL GARANTIDA, which established the minimum wage at EUR 500 in 2011.

³⁴ ACORDO RELATIVO À ATUALIZAÇÃO DA REMUNERAÇÃO MÍNIMA MENSAL GARANTIDA, COMPETITIVIDADE E PROMOÇÃO DO EMPREGO.

conditions and build the recovery”, as well as to suggest “*that governments should consider options such as minimum wages that can reduce poverty and inequity, increase demand and contribute to economic stability*” and assert that “*minimum wages should be regularly reviewed and adapted*” with the aim of avoiding deflationary wage spirals.

On the other hand, the Portuguese minimum wage policy was clearly infringing the Revised European Social Charter (RESC), since the European Committee of Social Rights (ECSR) had stated that it was not in conformity with Article 4§1 of the RESC on the grounds that it “*was manifestly unfair*”, since it did “*not ensure a decent standard of living*” (Conclusions 2010 and 2014). The ECSR pointed out that, in order to ensure a decent standard of living within the meaning of Article 4§1 of the RESC, “*wages must be no lower than the minimum threshold, set at 50% of the net average wage*”. However, according to EUROSTAT and Statistics Portugal (INE) figures, the minimum wage stayed below that threshold. This situation changed after the successive increases of the minimum wage.

2. Principle of equal pay and union affiliation

There has been very controversial and contradictory case-law regarding the articulation between equal pay and the trade union membership principles.

In Portugal, as a rule, collective agreements bind only the employers who subscribe them and those that belong to the employer’s association that subscribes them, as well as the employees who are affiliated in the trade unions parties to the agreement (Article 496 LC), a double affiliation requirement similar to the one that exists in Germany. So, there are no *erga omnes* collective agreements. As a consequence, the question that has been posed may times to the Portuguese courts regards the admissibility of a wage differentiation justified by the limited personal scope of collective agreements (depending on union affiliation). That is, can the minimum wages imposed by collective agreements benefit non-affiliated employees (excluded of its personal scope) invoking the equal pay principle?

During many years, the majority of case-law considered that the equal pay principle should prevail over the trade union affiliation principle (v.g., [decision of the Supreme Court of Justice of 20 January 1993](#)). However, more recent case-law considered that trade union membership is an objective reason to justify wage differentiation (v.g., [decision of the Supreme Court of Justice of 21 February 2009](#)).

References

AMADO, João Leal. *A proteção do salário*, Coimbra, 1993.

BOTELHO, Catarina Santos. “Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva”, in AAVV. *Liberdade e compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, 79-130.

MEDEIROS, Rui. *O direito fundamental à retribuição – Em especial, o princípio a trabalho igual salário igual*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

PARDAL, António Luz. *A compensação pela cessação do contrato de trabalho*, Editor NovaCausa, V.N. Famalicão, 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Ramalho, “Igualdade de tratamento entre tranalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/17/CE em Portugal”, *Revista de Ordem dos Advogados*, 1997, 159-181.

XAVIER, Bernardo Lobo. “A retribuição na Lei fundamental”, in AAVV., *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Bernardo da Gama Lobo Xavier/ Maria do Rosário Palma Ramalho/ José João Abrantes/ João Leal Amado/ David Falcão/ Sérgio Tenreiro Tomás (eds.), Editor NovaCausa, V. N. Famalicão, 2017, 212-251.

Case law

CONSTITUTIONAL COURT (available at <http://www.tribunalconstitucional.pt> & www.dre.pt)

- [Decision No. 313/89 of 9 March 1989](#)
- [Decision No. 277/99 of 5 May 1999](#)
- [Decision No. 424/03 of 24 September 2003](#)

SUPREME COURT OF JUSTICE (*Supremo Tribunal de Justiça*) - available at www.dgsi.pt

- [Decision of 20 January 1993, Process No. 003401](#)
- [Decision No. 16/96 of 22 October 1996 \(*Diário da República Série I-A, No. 280/1996, of 4 December 1996*\)](#) which determines the interpretation of the constitutional principle of “equal pay for equal work” on the understanding that it does not allow for differentiations based on “justified absenteeism” motivated by the employees’ sickness

- [Decision of 2 November 2005](#), Process No. 05S1589
 - [Decision of 21 February 2009, Process No. 838/05.2TTCBR.C1.S1](#)
 - Decision of [14 December 2016](#), Process No. 4521/13.7TTLSB.L1.S1
3. COURTS OF APPEAL (available at www.dgsi.pt)
- [Decision of Tribunal da Relação de Lisboa of 20 November 2002, Process No. 00102824](#)
 - [Decision of Tribunal da Relação de Lisboa of 23 February 2005, Process No. 4042/2004-4](#)
 - [Decision of Tribunal da Relação do Porto of 13 February 2017, Process No. 10879/15.6T8VNG.P1](#)

WAGES AND INEQUALITIES IN SPAIN

Juan Peña Moncho
Trainee in Ibáñez Labor Lawyers

Introduction

How much am I going to be paid for doing my new job? Is the company going to reduce our salaries? Which would be my new salary conditions? These could be some of the most repeated thoughts people could reflect on or express when applying for a job, when their company is in an economic bad situation or when they are being promoted to a higher position. The importance of the amount of salary is primary in a person's life. Depending on the compensation that is earned, the purchasing power of people and their family could be higher or lower. And this is directly related to the consumption capacity of a society, and therefore, to its economic power.

According to some recent studies³⁵, the purchasing power of the Spaniards has decreased a 2.5% in last two years. This means that Spanish citizens can spend 469€ less per year than two years before³⁶ even though the average salary has increased to 1.639€ per month³⁷. Additionally, the difference between the average salary in Spain and the average salary of the EU has increased a 2.6%³⁸.

Differences also concur in our country. The gender gap has become the talk of the town in the social sphere. According to the National Statistical Institute (INE, by its Spanish initials) in 2016, the average annual salary of women represented 77.7% of the average salary of men³⁹. Other studies highlight that women would have to work 52 days more per year to equalise the average salary of men and that a big percentage of this difference is directly or indirectly related to gender discrimination⁴⁰. Moreover, 17.8%

³⁵ VI Monitor Anual Adecco sobre Salarios. Primera parte. Available at: <https://adecco.es/wp-content/uploads/2018/04/NdP-VI-Monitor-Adecco-Salarios.-Parte-I.pdf>

³⁶ AA.VV. "Los asalariados españoles tienen 469 euros menos para gastar que hace dos años", *La Vanguardia*, 28/08/2018.

³⁷ VI Monitor Anual Adecco sobre salarios. Primera parte. Op. cit.

³⁸ VI Monitor Anual Adecco sobre salarios. Segunda parte. Available at: <https://adecco.es/wp-content/uploads/2018/05/NdP-VI-Monitor-Adecco-Salarios.-Parte-II.pdf>

³⁹ Encuesta Anual de Estructura Salarial año 2016 de 29 de mayo de 2018. Available in: https://www.ine.es/prensa/ees_2016.pdf

⁴⁰ "Voces contra la precariedad: mujeres y pobreza laboral en Europa". *Oxfam Intermón*, Septiembre 2018.

of women had wage incomes lower or equal to the Minimum Interprofessional Wage in 2016. In the case of men, the percentage was reduced to a 7.8%⁴¹.

In terms of sectors of activity, in 2016, the energy supply sector reported a 50,992.09€ average annual salary per employee. This amount was reduced to 42,684.65€ in the financial sector, the second highest. The flip side of the coin is shown by the health sector, whose average annual salary per employee was 14,125.34€⁴². Probably this is one of the reasons why 75.3 million of international tourists visited Spain in 2016⁴³.

Regarding the age gap, the average salary in employees between 25 to 29 years in 2016 was 15,876€ per year. Employees between 30 to 34 years do not reach 19,999€ per year. The highest sector of age is 55 to 59 years old employees who earn an average of 27,282€ whereas older workers (60 to 64) earn 24,624€ annually⁴⁴.

In relation to the type of working day, full time employees earned 15.55€ per hour in 2016 while part-time employees 10.67€. For women, who represented 73.3% of the total of part-time employees in 2016⁴⁵, the previous average salary amount was reduced to 10.16€ per hour⁴⁶.

In this context, many demonstrations and social and political movements have emerged in Spain in the last months. Women claiming for equality⁴⁷, negotiations and agreements regarding the minimum wage or negotiations (or impositions?) regarding wage equality in outsourcing. All these situations have put the target of the Spanish institutional debate in salary conditions, among other reasons. In this context, the aim of this paper is to present readers some basic Spanish regulation regarding the salary conditions, so they can compare with their own legal regimes and make their own conclusions.

⁴¹ Encuesta Anual de Estructura Salarial año 2016. Op. cit.

⁴² Ibid. All salary references of that paragraph.

⁴³ AA.VV. “España bate récord de turistas y de gasto en 2016”, *Confibus* (webpage), 12/01/2017. Available in: <http://www.confibus.org/publicaciones/ver/1558/espana-bate-record-de-turistas-y-de-gasto-en-2016>

⁴⁴ Encuesta Anual de Estructura Salarial año 2016. Op. cit. All salary references of that paragraph.

⁴⁵ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10896>

⁴⁶ Encuesta Anual de Estructura Salarial año 2016. Op. cit. All salary references of that paragraph.

⁴⁷ Gomez, Manuel V. “Movilización histórica por la igualdad de las mujeres”, *El País*, 9/03/2018. Available in: https://elpais.com/economia/2018/03/08/actualidad/1520545956_654616.html

1. Does your legal system legally regulate a minimum wage?

Yes. In Spain, the minimum interprofessional wage (hereinafter, MIW) is regulated by law. Article 27 of the Workers' Statute (hereinafter, WS) establishes that the Government, prior consultation to the most representative union organisations and business associations, shall determine each year a minimum interprofessional wage. Interprofessional means that this minimum salary is applicable to all sector and activities of the Spanish economy with no exceptions permitted.

In 2018, the MIW fixed by established article 27 WS is 735.9€ per month and 24.53€ per day (Royal Decree 1077/2017 of December 29th). In a context of crisis, the MIW was barely increased a 5% between 2009 and 2016 with respect to the MIW of 2009. However, in the last two years (2017 and 2018) the trend is to considerably increase the MIW in comparative terms: an increase of a 12.3% regarding the 2016 MIW. According to the predictions of the Spanish Government, the impact of this boost is limited since it only affects the 3.5% of Spanish employees⁴⁸. However, among these 3.5% are included many women, young and foreign employees⁴⁹. In short, disadvantaged collectives within the labour market.

The very same article 27.1 WS foresees that for the determination of the MIW has to be considered: a) the consumer price index; b) the reached average productivity; c) the working participation increasement in the national rent; and d) the general economic situation. Nevertheless, the Royal Decrees that determines the MIW only refer to these standards in a general and declarative way. In fact, practically all the Royal Decrees passed during the present century regarding MIW determine that “*the new amounts (...) are the result of considering all elements foreseen in the mentioned article 27.1 in its entirety*”. The very same Supreme Court has stated that these criteria, “*although legally fixed, have a political content*”⁵⁰. However, the annalistic memories of the normative impact of each Royal Decree realise a deep analysis of the elements of article 27.1 WS and the impacts the bill may generate within the Spanish economy.

The relevance of the MIW exceeds the labour market and affects other scopes not related with its payment. The clearest example is found in the second paragraph of article 27 WS, which establishes that the MIW cannot be seized. Thus, a minimum

⁴⁸ The annalistic memories of the normative impact of the Royal Decree fixing the MIW for 2018 determines that only the 3.5% of Spanish workers would be benefited that year for the MIW increase. This is, 533.978 employees Available in: http://www.mitramiss.gob.es/es/participacion/ficheros/historico/informacion-publica/2017/SE-EMPLEO_MAIN_SMI_2018_20171218.pdf

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Decision of the Supreme Court (administrative chamber) July 24th, 1991 (Rec. num. 151/1987).

subsistence amount is assured for people with an unstable economic situation. Furthermore, it is taken as a reference for other aspects. Among others, it is a privileged recovery debt in a bankruptcy proceeding⁵¹; it is used to establish the limits to the responsibility of the Salary Guarantee Fund⁵²; and, it is used for the recognition of pensions and subsidies⁵³.

For all these reasons, the determination of this amount generates many debates and frictions within the institutional sphere. Consequently, it is advisable to reach an agreement with the social agents. In 2017 the Government of the party *Partido Popular* reached a social agreement on the increasement of the MIW for the period 2018-2020 with the social agents⁵⁴. However, the budget national draft bill for 2019 adopted between the new socialist Government and the party *Podemos* foresaw a unilateral boost of the MIW to 900€ monthly amount⁵⁵. Such fact provoked discomfort among businessmen women⁵⁶. Finally, the Government announced that for 2019, the MIW will be 900€ per month⁵⁷. Despite everything, the Government is considering increasing the MIW to 1,000€ per month for 2020⁵⁸. Therefore, the debate is far from sealed.

Additionally, it has to be mentioned that the European Committee of Social Rights determined in 2015 that the Spanish minimum wage of that year did not guarantee a decent standard of living according to article 4.1 of the European Social Charter, signed

⁵¹ Article 32 WS.

⁵² Article 33 WS.

⁵³ Among others, common law partner widower's/widow's pension (article 221.1 Social Security General Law, hereinafter SSGL), orphan's pension (article 224.2 SSGL), unemployment subsidy (article 275.2 SSGL).

⁵⁴ The terms of the agreement determined a 4% raise for 2018 (736€ per month), a 5% raise for 2019 (773 per month), and a 10% raise for 2020 (850€ per month). However, these raises were double conditioned: a) a real GDP growth of 2.5% or higher of the economy; and, b) a superior Social Security average affiliation to 450.000 people. Both conditions in interannual terms. "Acuerdo Social para el Aumento del Salario Mínimo Interprofesional 2018 – 2020", *Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 26/12/2017. Available in: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/3198>.

⁵⁵ The Budget law of 2019 has not been passed yet and it is not expected to do so. In any case, article 27 permits the determination of the annual MIW using a Royal Decree.

⁵⁶ "CEOE denuncia que la subida del SMI a 900 euros << cuestiona el diálogo social >>", *Expansión*, 11/10/2018. (available at: <http://www.expansion.com/economia/2018/10/11/5bbf3c3222601ded378b4618.html>).

⁵⁷ AA.VV. "Aprobada la subida a 900 euros del salario mínimo interprofesional para 2019" 21/12/2018. Available in: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/211218-enlacesmi.aspx>

⁵⁸ "Montero no descarta subir el salario mínimo a 1.000 euros en 2020 como prometió Sánchez", *La Vanguardia*, 11/12/2018. Available in: <https://www.lavanguardia.com/economia/20181211/453510032561/salario-minimo-smi-1000-euros-subida-gobierno-hacienda.html>.

by Spain⁵⁹. In accordance with this entity and the European Parliament⁶⁰, a minimum wage complies with a decent standard of living when the amount is the 60 per cent of the average salary. With the latter Royal Decree, the Spanish minimum wage will be closer to assure a decent standard living to its employees, although it will not comply yet with the European Social Charter.

As explained before, the MIW affects all labour sectors in Spain. However, there is no legal impediment denying companies or organisational sectors the possibility to establish an alternative minimum wage as long as it is higher than the MIW. This minimum wage will only have salary effects. This means that through a collective bargaining agreement an alternative MW can be determined for the employees working in that scope of application and according to the conditions set in the bargaining agreement. For example, the national engineering companies and technical studies offices Collective Bargaining Agreement (hereinafter, CBA) determined that all the salaries foreseen in this provision will have a minimum nature⁶¹. Last summer an agreement was reached between the most representative business organisation and the most representatives trade unions to establish a 1,000€ monthly MW thought collective bargaining agreements for 2020⁶².

Finally, it is important to highlight that prior to 2004, the MIW was also used as a reference to social services and scholarship access. However, the Royal Decree-law 3/2004 substituted the MIW for the Multiple Effects Public Rent Indicator (IPREM, by its Spanish initials) for the application for some social services. The IPREM amount is below the MIW and, therefore, it permits access to these social services to more persons in need.

2. Is it frequent for collective agreements to recognize seniority bonuses? And complements or bonuses related with productivity?

Article 26.2 WS foresees that *“the salary structure shall be determined through collective bargaining negotiation, encompassing the basic salary (...) and, if proceeds, salary supplements (...) calculated in accordance to the criteria agreed on those effects”*. This means that the wage supplements will be determined by bargaining

⁵⁹ “Conclusiones sobre España del Comité Europeo de Derechos sociales año 2014”, 1/2015. Available in: <http://portal.ugt.org/actualidad/2015/abril/boletin21/001-europa.pdf>

⁶⁰ European Parliament Resolutions of October 20th, 2010 on the role of minimum income in combating poverty and promoting an inclusive society in Europe; and November 15th, 2011 on the European Platform against poverty and social exclusion.

⁶¹ Article 31 of the Collective Agreement.

⁶² Olías, Laura. “Los sindicatos y la patronal sellan el acuerdo de subida salarial con sueldos mínimos por convenio de 1.000 euros”, *El diario*, 05/07/2018.

agreements and that their regulation may depend on the terms foreseen in those regulations. Moreover, such provision states that salary bonus might be determined: (1) in accordance to the circumstances regarding employees' personal conditions; (2) characteristics of the workplace; or, (3) the results and economic situation of the company.

In Spain, one of the most common wage supplements is the seniority bonus. This is because article 25 of the Workers' Statute of 1980 established as mandatory the recognition of seniority bonuses⁶³. However, *“the writing of the Law 11/1995 of May 19th deregulated the employee's economic promotion, that has lost its consideration to mandatory, to be considered as «economic promotion right according to the terms and conditions fixed by a bargaining agreement or individual contract», which means (...) that only shall an employee have the right to earn the seniority supplement when this specific payment supplement is recognised within the collective bargaining agreement or the contract”*⁶⁴. In Spain, according to the provisional Statistic of the Collective Bargaining Agreement of 2017, almost the 60% of collective bargaining agreements in Spain foresee a seniority bonus in its regulation⁶⁵.

The seniority bonus is a payment supplement regarding the employee's personal conditions, whose aim is to *“compensate the employees' adscription to the company or the acquired experience during the time of services”*⁶⁶. Normally, it is calculated applying a percentage to the basic salary and the percentage would depend on the number of trienniums or quinquennium that the employee has rendered services for the company. However, it has to be pointed out that there are limits to the reception of this supplement. It cannot be forgotten that *“the seniority bonus is regulated by the collective bargaining agreement that created the same and specifies the requirement that must be proven to have the right to it”*⁶⁷. As a result, it will always depend on the terms and conditions stipulated in the bargaining agreements.

Logically, the more seniority an employee has in a company, the more basic wage this employee receives and, therefore, the seniority percentage applied to that basic salary will be higher. Consequently, the costs of recognising a seniority bonus in a company

⁶³ Article 25.2 Law 8/1980 of March 10th, Workers' Statute: “[t]he accumulation of the seniority increases shall not be, in any case, more than the ten per cent to the five years, the twenty per cent to the fifteen years, the forty per cent to the twenty years, and the sixty per cent, as maximum, to the twenty-five years or more. The increases shall be calculated over the basic salary”.

⁶⁴ Decision of the Supreme Court of April 1st, 2003 (Rec. num. 85/2002).

⁶⁵ Available in: <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>.

⁶⁶ Decision of the Supreme Court of January 16th, 2018 (Rec. num. 2886/2015).

⁶⁷ Decision of the Supreme Court June 5th, 2018 (Rec. num. 596/2018).

are very high. Moreover, these expenses are not linked to any kind of productivity. That is why business associations consider it an “*obsolete and unproductive*” supplement⁶⁸.

The previous reasoning generates that one of the objectives of businessmen is to reduce the importance of the seniority supplement using both double salary scales and the substitution for other supplements bound to employees’ position and the economic situation and results of the company related to the productivity at work⁶⁹. Quoting some examples:

- a) Supplement to avoid absence at work. The two main bonus regarding this option are the attendance bonus⁷⁰ and the punctuality bonus that in some cases are regulated together⁷¹.
- b) Ideal performance bonus⁷².
- c) Supplement for individual merits⁷³.
- d) Quantity or quality of work bonus⁷⁴.
- e) Personal training bonus⁷⁵.
- f) Supplement for the participation on profits⁷⁶.

Finally, it must be mentioned that, according to the Government information mentioned before, only 30% of collective bargaining agreements foresee wage supplements related to the quantity or quality of the job. This percentage drops to 14% when speaking about bonus regarding the situation and results of the company.

⁶⁸ AA.VV. “Circular para la Negociación Colectiva 2015”, *Departamento de Relaciones Laborales CEOE*, Julio 2015.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Article 18.2 of companies and employees of illness people and ambulances accidented of Cataluña Collective Bargaining Agreement.

⁷¹ Article 17 of the dry cleaners and laundries of Islas Baleares Collective Bargaining Agreement of the Islas Baleares.

⁷² Article 25 of t89071he treatment of wood, carpentry work, furniture and similar of the Comunidad Valenciana Collective Bargaining Agreement.

⁷³ Article 47.4 of the teacher and research personnel of Castilla y León Collective Bargaining Agreement.

⁷⁴ Article 35.3 of the travellers’ transport of the Comunidad de Madrid Collective Bargaining Agreement.

⁷⁵ Article 27.10 of the Collective Bargaining Agreement of Navarra regarding disabled charter schools.

⁷⁶ Article 47.2 of the Collective Bargaining Agreement regarding savings banks and savings financial entities.

3. Does your legal system allow, without existing a situation of discrimination, to establish a double wage scale by collective agreement (that is, different wage for work of equal value based on the date of entry into the company)? Is it allowed for the employer, without existing a situation of discrimination and without a collective agreement, to pay different wages to different employees for work of equal value?

Before answering these questions there is something that has to be highlighted. Article 14 of the Spanish Constitution (hereinafter, SC) foresees both the equality principle and the prohibition of discrimination principle. Yet these principles have *“a different scope, because whilst the equality principle – in the law and the application of the law – binds to public powers and, collective bargaining agreements in the proportion in which, in our legal system, the latter has a normative efficacy transcending the normal scope of private regulation, it does not occur the same within the anti-discriminatory protection, since due to the special intensity of its protection it is projected to private relationships”*⁷⁷.

In Spain, double salary scales regulated by a bargaining agreement regarding the date of entry in a company are admitted not only by the Supreme Court but by the Spanish Constitutional Court. However, they might violate the equality principle, foreseen in article 14 SC, if certain requirements are not met. Basically, *“the equality principle entails equal legal consequences to equal set of facts”*⁷⁸. This means that the equality principle is a comparative principle and, consequently, *“the subjective situations that might be compared shall be, effectively, homogeneous or comparable, that is, that the comparable term shall not result arbitrary or fickle”*. Therefore, a different salary treatment for employees doing the same job according to the regulation of a bargaining agreement shall infringe the equality principle.

As mentioned before, the double salary scales are often used to decrease the expenses of the seniority supplement. The Supreme Court has stated that *“from the perspective of the equality principle it is blameworthy the determination of a different valuation of the seniority bonus for two collectives of employees, concerning the date of entry in the company”*⁷⁹. Nevertheless, *“these differences of treatment among employees established in a bargaining agreement concerning the date of entry in the company might be lawful or unlawful, in accordance with the constitutional case law (STC 2/1998, of January 12th), depending on the grounds of an objective and reasonable justification. Following*

⁷⁷ Decision of the Supreme Court of July 14th, 2011 (Rec. num. 152/2010).

⁷⁸ Among others, Decisions of the Constitutional Court num. 19/1989 of January 31st; num. 138/2005 of May 26th; num. 155/2014 of September 25th.

⁷⁹ Decision of the Supreme Court of June 18th, 2010 (Rec. num. 152/2009).

this case law line, in the scope of working relationships the equality treatment principle concerning salaries shall be applied lightly, doing it compatible with other principles such as the individual autonomy (STC 34/1984, of March 9th) or the collective autonomy (STC 177/1988, October 10th). Thus, in order to respect the equality principle, all double salary scales have to offer and assert an objective and reasonable justification and pass the proportionality test.

Additionally, *“on the one hand, in order to respect the equality principle, the salary differentiation concerning the seniority supplement shall introduce some kind of managerial compromise entailing a «compensation to the affected in order to make potentially compatible the measure with article 14 SC»; and, on the other hand, «on the grounds of compensation or rebalance standards, these shall make this difference transitory, asserting the progressive extinction of the measure» (STC 27/2004, March 4th)”*⁸⁰. If one of those requirements is not fulfilled, then the double salary scale will be unlawful. The question that now arises is if all of these additional requirements shall be demanded for double salary scales non-related to the seniority supplement. As far as it is known, no decision of the Supreme Court has considered this decision of the Spanish Constitutional Court.

Regarding the second question and article 14 in its prohibition of discrimination version, consensus exists within the Spanish legal framework. *“Article 14 SC does not impose an equal treatment in an absolute sense within labour relationships, since the efficacy of the autonomy principle within this scope leaves some margin to the private agreement or the unilateral decision of the employer, in the use of its managerial organisational prerogatives, might freely dispose the employee’s payment, always respecting the minimum legal or conventional standards”*⁸¹. Therefore, companies are entitled to pay different salaries for doing the same job as long as no discriminatory reason has justified this difference in compensating.

4. What is the effect of increases on wages introduced by law or collective agreement on workers that already perceive a higher salary? Are such wage increases compensated or absorbed?

Compensation and absorption is a legal technique that denies the increase of the salary paid to an employee despite of the rise of the salary foreseen in a bargaining agreement or the minimum interprofessional salary. This institution is regulated in article 26.5 WS, which provides that *“compensation and absorption shall occur when real paid salaries (this is, the salary paid according to the contact), in its entirety and in annual count,*

⁸⁰ Decision of the Constitutional Court num. 112/2017 of October 16th.

⁸¹ Decisions of the Constitutional Court num. 34/1984, March 9th; and 2/1998, January 12th.

shall be more favourable for workers than the fixed in the reference regulations (minimum interprofessional salary) or bargaining agreements”.

First, it has to be clarified that despite they may look two different legal institutions, they are practically the same because both have *“the same legal substance and are submitted to the homogeneity of salary conditions necessity criterium in order to apply”*⁸².

Basically, it is the legal institution whose aim is to *“avoid the superposition of salary improvements provided in different regulatory provisions, so as to the salary concept foreseen in a regulation or collective agreement remains neutralised by any other increase originated in any other source of law”*⁸³. In other words, the contractual salary compensations have to be compared with the salary compensations determined in any law or trade agreement applicable to the employee. *“Once the comparison is done, the applicable amount shall be the most favourable to the employee: if it is the one of the contract, this one; if it is the one of the bargaining agreement, this other”*. The Supreme Court continues to argue that otherwise applied *“we will be infringing art 3.1.c) WS and violating the binding force of bargaining agreements provided in article 37.1 of the Spanish Constitution”*⁸⁴.

However, it is not that easy. As it has been seen in question number 2, salaries in Spain can include, among other concepts, the basic salary and some supplements of three different natures (personal, job position and pluses bound to the productive outcome of the company). Spanish tribunals demand for the compensation and absorption to apply *“in the framework of payments presenting the homogeneity required, at least in the nature of the payment functions”*⁸⁵. Homogeneity means that salary concepts (the one compensated and the other compensating) have to be included *“in the same group of salary supplements foreseen in article 26.3 WS, (...) so our requested “similar attributive cause” is limited to the mere belonging to the same group between the abovementioned”*⁸⁶.

To make it easier, an example will be presented. WoodStock is a company producing furniture. The labourers of the company earn per month 1,000€ of basic salary and those

⁸² Decision of the Spanish Supreme Court of November 26th, 2014 (Rec. num. 1982/2013).

⁸³ Decisions of the Spanish Supreme Court of November 10th, 1998 (Rec. num. 4629/1997); February 28th, 2000. (Rec. num. 1265/1999); July 6th, 2004 (Rec. num. 4562/2003); and January 21th, 2014 (Rec. num. 99/2013).

⁸⁴ Decision of the Spanish Supreme Court of November 26th, 2014. Op. cit.

⁸⁵ Decisions of the Spanish Supreme Court of October 15th, 1992 (Rec. num. 870/1992); July 6th, 2004 (Rec. num. 4562/2003), and February 9th, 2017 (Rec. num. 2718/2015).

⁸⁶ Decision of the Spanish Supreme Court of January 25th, 2017 (Rec. num. 2198/2015).

working at night receive a night bonus of 150€. In total, these employees receive 1.150€ monthly. The collective bargaining agreement for the sector of treatment of woods applies to the Company. This agreement has been recently renegotiated, and it recognises a basic salary of 900€ for labourers and an increase of 50€ in the night bonus, going from 150€ to 200€. In total, 1,100€ per month. WoodStock could think that, as the total remuneration it pays to its labourers (1,150€) is higher than the total remuneration foreseen in the bargaining agreement (1,100€), the total salary can absorb the 50€ difference of the night bonus. However, due to the homogeneity required by case law this argument will not be valid as the nature of the salary concepts is different (basic salary vs. job position bonus). Therefore, WoodStock will be forced to increase in 50€ the night bonus, being the total remuneration of its labourers 1,200€ (1,000€ of basic salary and 200€ of night bonus).

It has to be mentioned as well, that in case the increase of the collective agreement “*exceeds the effective payment received (by the employee), it shall be applicable the higher payment, but not in the integrity of the increasement established, just including solely the necessary difference to reach the new superior limit, being subject to compensation the remainder*”⁸⁷. Going back to the WoodStock example, imagine that a new bargaining agreement is reached, and it determines a 1,100€ basic salary for labourers. A boost of 200€ is produced regarding the previous bargaining agreement basic salary. However, WoodStock, who already pays 1.000€ to its labourers, will only increase the basic salary in 100€ to equalise the amount set in the contract and the amount set in the bargaining agreement. The other 100€ will be compensated with the former recognised basic salary.

Notwithstanding the previous, to avoid the homogeneity requirement requested by case law, some collective bargaining agreements foresee the possibility to apply specifically compensation and absorption to heterogeneous salary concepts⁸⁸. The Supreme Court considered that these provisions do not violate the inalienability principle stipulated in article 3.5 WS, since “*the homogeneity or heterogeneity rule of salary concepts has a dispositive nature, according to the possibility to except its application if expressly agreed*”⁸⁹.

⁸⁷ Decision of the Spanish Supreme Court of May 11th, 2009 (Rec. num. 52/2008).

⁸⁸ Art 6 of the sport facilities and gyms Collective Bargaining Agreement.

⁸⁹ Decision of the Supreme Court February 4th, 2013 (Rec. num. 33/2012). In a similar sense, Decision of the Supreme Court April 5th, 2017 (Rec. num. 622/2016).

5. What is the legal and case law treatment of wage discrimination on the grounds of sex?

Article 14 SC specifically prohibits the discrimination “*on the grounds of place of birth, race, sex, religion, opinion or any other condition or social or personal situation*”. Additionally, article 35 SC establishes that “*all the Spanish citizens have the duty and right to work, to the free choice of profession or work, to the promotion through work and to a proper compensation to satisfy their needs and their families, not being allowed any kind of discrimination on sex grounds*”. Within the Spanish labour legal regime, article 4.2.c) WS acknowledges the right of employees not to be discriminated, direct or indirectly, during the hiring procedure or once employed, being sex one of the prohibited reasons of discriminations. And specifically, in payment issues, article 28 WS foresees that the “*employer is obliged to pay for the provision of services of the same value the same compensation, satisfied direct or indirectly, and irrespective of the nature of the same, whether salary or items other than salary, with no kind of discrimination for sex reasons allowed in any elements or conditions*”. Therefore, legally any payment discrimination based on sex reasons is utterly prohibited by both the Spanish Constitution and the Spanish labour regulation.

As the Constitutional Court has stated, “*the specific prohibition of discrimination on the grounds of sex established in article 14 SC entails not only direct discrimination, that is, an unfavourable different legal treatment to an individual on sex grounds, but indirect too, this is, any treatment formally neutral or non-discriminatory from which derives, for a variety of factual conditions among workers of different sex, an adverse impact on the members of a concrete sex*”⁹⁰. Therefore, the Court, “*must analyse, concretely, if what appears to be a formally reasonable difference is not covering or permits to cover a discrimination contrary to article 14 SC*”⁹¹. Although already recognised by case law, the prohibition of indirect gender discrimination was introduced expressly by the Equality Act (LOI, hereinafter) in its article 6.2⁹². In order to know if there is an indirect cause of discrimination, statistics are a relevant lawful tool to discover these differences⁹³.

Once a difference in salary payment is proven, the burden of proof is reversed⁹⁴. And, in order to be lawful, it must be “*objectively justified by a legitimate aim, and the means of*

⁹⁰ Decisions of the Constitutional Court num. 145/1991 of July 1st; num. 147/1995 of October 16th; and, num. 198/1996 of December 3rd.

⁹¹ Decision of the Constitutional Court num.145/1991. Op. cit.

⁹² Organic Law 3/2007, March 22nd. Available in: http://www.mitramiss.gob.es/es/igualdad/Documentos/LEY_ORGANICA_3_2007.pdf

⁹³ Decisions of the Constitutional Court num. 128/1987, July 14th; num. 253/2004, December 22nd.

⁹⁴ Decisions of the Constitutional Court num. 81/1918 of December 21st; num. 3/2007 of January 15th.

achieving that aim are appropriate and necessary” according to both article 2.1.b) Directive 2006/54/CE, of July 5th, article 6.2 LOI and the Spanish Constitutional case law⁹⁵. Additionally, the Constitutional Court points out that “in order to evaluate the different salary treatment legitimacy, it cannot be taken into account any other element different from the effective service rendered, and the concurrence of proven objective circumstances not directly or indirectly bound to the individual gender”⁹⁶. Therefore, “neither tradition nor the collective agreed difference in treatment are invokable arguments against discrimination”⁹⁷.

The Decision of the Constitutional Court 145/1991, of July 1991, results of great relevance because: 1) it states that the physical effort valuation to the determination of the different professional categories mostly occupied by men entails an indirect discrimination on the grounds of gender if, regarding payment effects, other conditions or characteristics of mostly women occupied professional categories are not considered as well; and 2) it foresees that different jobs generating the same value have to be paid equal.

Moreover, despite there are not many precedents regarding salary discrimination on gender grounds, some decisions of the Supreme Court declare that: (1) having recognised the possibility to pay a voluntary supplement to employees, establishing a significative reduced amount for women mostly occupied positions than men mostly occupied positions, with no objective and reasonable justification, constitutes an indirect discriminatory infringement⁹⁸; (2) discounting the variable salary during maternity leave constitutes a gender discrimination business practice⁹⁹; and, (3) discounting the on-call supplement in case a change of position due to pregnancy risk would also entail a discriminatory behaviour on gender grounds¹⁰⁰.

6. Which measures does your legal system include to promote wage equality? Does the company have the obligation to adopt wage transparency measures (external audit, publicity of wages, etc.)?

The Spanish legal regime establishes several measures to promote equal treatment and opportunities between men and women within the labour regulation. The most renown are the following:

⁹⁵ Decision of the Constitutional Court num. 3/2007 of January 15th.

⁹⁶ Decision of the Constitutional Court num. 145/1991. Op. cit.

⁹⁷ Decision of the Constitutional Court 147/1995. Op. cit.

⁹⁸ Decision of the Supreme Court May 14th, 2014 (Rec. num. 2328/2013).

⁹⁹ Decision of the Supreme Court May 27th, 2015 (Rec. num. 103/2014).

¹⁰⁰ Decision of the Supreme Court of January 24th, 2017 (Rec. num. 1902/2015).

- 1) Article 85.1 WS determines a general obligation. It states that all CBA “*have the duty to negotiate measures focused on the promotion of equality treatment and equality of opportunities among women and men in the labour relationships*”.
- 2) Articles 45 and following of the Organic Law 3/2007 of March 22nd, on the effective equality between women and men, establishes the obligation to create an Equality Plan in companies employing more than 250 employees. Article 46 of this regulation indicates that equality plans “*are an ordered combination of measures, adopted after making a situation diagnosis, trying to reach equality treatment and equality of opportunities and eliminate gender discrimination within the company*”. Some scholars highlight that the access to these Equality Plans in order to measure their success is complicated due to the fact that there is no obligation to publish their content¹⁰¹.
- 3) Article 17.4 WS establishes that “*the collective bargaining negotiation shall be entitled to establish positive action measures in favour of the access of women to all professions.*” This means that in cases of equal suitability among different sex candidates, companies are entitled to contract with the candidate of the less represented gender within that professional group. The objective of these measure is to materialise the equality treatment principle and the equality of opportunities in the scope of the CBA¹⁰². However, some scholars point out that, in many cases, this obligation is translated into reality in vague and general definitions that are not materialised¹⁰³. And others highlight that, despite article 17.4, preferences in contracting with women within the bargaining agreements are not commonly established in Spain¹⁰⁴. Additionally, it needs to be mentioned that the Constitutional Court has considered lawful and not discriminatory those measures trying to benefit the access to work for women as they are “*a group in clear social inequality situation*”¹⁰⁵.

However, specifically regarding equal payment issues, the Spanish labour legal regime does not foresee any concrete measure. Therefore, there is no legal obligation for

¹⁰¹ Ballester Pastor, M. Amparo. “Igualdad, no discriminación y conciliación en España”, *Ius Labor*, 2/2016, p. 72.

¹⁰² Pérez Campos, Ana. “El tratamiento convencional”, “Derechos Fundamentales inespecíficos y negociación colectiva”, *Cuadernos de Aranzadi Social* núm. 40/2011 1 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ballester Pastor, M. Amparo. Op.cit. p. 64.

¹⁰⁵ Decisions of the Constitutional Court num. 128/1987 of July 16th; and, num. 109/1993 of March 25th.

companies to neither adopt payment transparency measures nor realisation of external auditing nor the publication of salaries, as it is the case of other countries.

7. What is the impact of salary when calculating the compensation for termination of the employment contract? How is such compensation calculated? Briefly, what are the most frequent cases of termination of the labor contract?

In Spain, the salary and the number of years rendering services for a company are the two elements to calculate the compensation for termination of employment contract.

Basically, there are four possibilities to terminate the relationship between companies and employees:

- 1) Termination due to a collective dismissal or objective reasons. In these cases, the employee has the right to a 20-day compensation per year of services, with a maximum of 12 monthly payments (articles 51 and 53 WS).
- 2) Termination of fixed-term contracts. It entitles workers to a compensation of 12 days of salary per year of service (article 49.1.c) WS). Regarding this kind of extinction there has been a lot of controversy within the Spanish labour regime due to the decision of the European Court of Justice (hereinafter ECJ) of September 14, 2016 (C-596/14, case Diego Porras). In this decision the ECJ considered contrary to the Directive 1999/70 on the grounds of discrimination the different compensation for the termination of fixed-term contracts (12 days salary) and the compensation of indefinite contracts as a result of a dismissal due to objective reasons (20 days salary). However, the ECJ issued two decisions on June 5th (C – 677/16, case Montero Mateos; and, C – 574/16, case Norte Facility) reversing its former position and stating that *“the fact that the respective compensation amounts provided for in Articles 49(1)(c) and 53(1)(b) of the Workers’ Statute, which are paid in fundamentally different context and have different purposes constituted an objective reason justifying different treatment at issue”*¹⁰⁶.
- 3) Disciplinary dismissal. When the employee has infringed the contractual obligations set in article 54 WS or in the respective provisions foreseen in the CBA applicable, the employer is entitled to dismiss the employee. In those cases, the employee will not receive any kind of compensation for dismissal.

¹⁰⁶ Decision of the ECJ of June 5th, 2018 (C – 574/16) case Norte Facility. Paragraph 60.

- 4) Termination for unfair dismissal. It entails the obligation to compensate the employee with an amount of 33 days of salary per year of service with a maximum of 24 monthly payments (article 56 WS). Basically, it may happen:
- a) When an employee is dismissed according to any of the previous causes, but the employer cannot prove the concurrence of the alleged cause (article 53 WS). This recognition may be done whether by the Tribunals or by the own employer.
 - b) When the formal requirements to proceed to the dismissal are not followed by the employer (article 53 WS).
 - c) When the employee files a lawsuit against the employer on the grounds of infringements by the employer (article 50 WS)

Additionally, it has to be mentioned that the 2012 Spanish Labor Law reform (Law 3/2012, July 6th) significantly modified the amount for unfair dismissal. Before the reform, unfair dismissals were compensated with 45 days of salary per year of service with a maximum of 42 monthly payments.

8. Does the legal system establish a principle of equal treatment in wages in cases of outsourcing? And when hiring workers through Temporary Employment Agencies?

The Spanish legal system does not establish a principle of equal treatment regarding salaries in cases of outsourcing or production decentralization. That is, a company which is hired to perform services in another enterprise has to pay its workers the legal and conventional wage applicable to the company, no matter what the salary in the principal company is.

However, there is a principle of equal treatment in the context of hiring of workers through Temporary Employment Agencies (hereinafter, TEA). Article 11 of the Temporary Employment Agencies Law (Law 14/1994) (hereinafter TEAL), establishes that *“workers hired to be transferred to user enterprises are entitled to the same essential work and employment conditions than those applicable if they would have been directly hired by the user enterprise for the same position during the time in which services are performed”*, including conditions such as wage, among others.

This is why in Spain, a lot of companies, instead of outsourcing their services using workers of TEA, prefer to outsource using multi-services companies (hereinafter, MSC), that are flourishing in the Spanish market. One of the most representative union associations in Spain, *Comisiones Obreras*, defines MSC as *“companies whose activity consists generally in rendering a plurality of services with permanent character to third*

parties”¹⁰⁷. They are not formally TEA and therefore, article 11 TEAL does not apply to them. However, as the National Audience Court has stated, all the TEA regulation “*is being occasionally altered by the market presence of the so-called multi-services companies, who rend external services (outsourcing) that escaping of the guarantees and controls foreseen for TEA compete in a borderline market*”¹⁰⁸. However, some scholars consider that according to the ECJ decision of November 17th, 2016 (C – 216/15) case *Ruhrlandklinik* the Directive 2008/104/CE on temporary agency work could be applicable to MSC¹⁰⁹

The issue regarding MSC is which sector-level collective agreement is applicable, given the vast number of services they provide. In general, Spanish courts have adopted the criteria of the most prominent activity to determine the applicable CBA. In this sense, the applicable sector-level collective agreement will be the one which the MSC dedicates more time to. For example, if a MSC dedicates 56% of its workforce to cleaning, 26% to security services and 18% to gardening, the CBA for cleaning services will be the one applicable to this MSC.

A hard opposition to these borderline companies is being undertaken by the most representative unions in Spain that are trying to challenge what they call an “*insufferable labour exploitation*”¹¹⁰. In fact, it has been recently announced that it allegedly exists a pre-agreement between Government and most representative union associations to oblige subcontracting companies to adopt the CBA applicable to the principal company¹¹¹, something that has not pleased business organisations¹¹².

9. Is it possible to introduce a minimum wage in a public tender offer?

The recent Public-Sector Contracts Act (Law 9/2017, November 8th) establishes that tender specifications have to include “*the winning enterprise’s duty of fulfilling the*

¹⁰⁷ “La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico”, 23/04/2018. Available in: <https://www.ccoo-servicios.es/multiservicios/>

¹⁰⁸ Decision of the National Audience Court num. 105/2014 of May 30th.

¹⁰⁹ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. “Directiva 2008/104 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal: ¿es aplicable a las multiservicios?”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (blog), 8/5/2017. Available in:

¹¹⁰ “Presentación de la campaña de UGT #noalasmultiservicios”, 03/04/2017. Available in: <http://www.ugt.es/presentacion-de-la-campana-de-ugt-noalasmultiservicios>

¹¹¹ AA.VV. “Gobierno y sindicatos pactan derogar partes de la reforma laboral sin acuerdo con CEOE”, *El Confidencial*, 12/12/2018. Available in: https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-13/gobierno-y-sindicatos-acuerdan-derogar-partes-de-la-reforma-laboral-sin-la-ceoe_1704234/

¹¹² AA.VV. “El enfado de Garamendi: <<El árbitro sale al campo de la mano del equipo contrario>>”. *El Confidencial*, 14/12/2018. Available in: https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-14/garamendi-el-arbitro-sale-al-campo-de-la-mano-del-equipo-contrario_1706422/

wage conditions pursuant to the applicable sector collective agreement” (article 122). That is, the company to which the contract is awarded has to pay its worker the remuneration established in the sector-level collective agreement and not according to its own company-level collective agreement.

Moreover, movements among City Governments, are taking place. These institutions, in the context of tender offers, are not only giving additional points to companies agreeing to pay a higher minimum wage to their employees working in the awarded service¹¹³, but only accepting those tender offers compromising to pay a minimum wage set by the City Government¹¹⁴. In fact, what City Governments try to demand are salaries according to the standard of living of its city¹¹⁵. The introduction of the minimum wage requirement in tender offers has been considered as legal by the ECJ in its decision of November 11th, 2018 (case C–115/14, RegioPost GmbH), when it states that “*Article 26 of Directive 2004/18 must be interpreted as not precluding legislation of a regional entity of a Member State (...) which requires tenderers and the subcontractors to undertake (...) to pay staff who are called upon to perform the services covered by the public contract in question a minimum wage laid down in that legislation*”. This ECJ decision also shows that requiring a minimum wage in tender offers is a good legal solution to avoid the so-called “labour-dumping” between member States of the European Union.

10. Is it possible for the company to modify (by lowering) workers’ salary established in the labor contract or the collective agreement? If so, in which cases? And what are the limits?

According to the Spanish system, there are two legal procedures to reduce employees’ wages. The use of one or another proceeding will depend on where those conditions are foreseen:

- If the employer wants to reduce salary conditions of employees recognised in their contracts, the employer has to follow the procedure of substantial modification of working conditions (hereinafter, MSCT by its Spanish initials) (article 41 WS).

¹¹³ Agreement of the Administrative Public Contracting Court of the Comunidad de Madrid of January 24th, 2018 (Rec. num. 11/2018).

¹¹⁴ “Barcelona Activa solo gestionará ofertas con salarios de más de 1.000 euros y contratos de 6 meses”, 28/09/2017. Available in: <http://www.barcelonactiva.cat/barcelonactiva/es/novedades-y-prensa/novetats/2017/09/29/pagina48360.jsp>

¹¹⁵ Ubieto, Gabriel. “Salarios vinculados al nivel de vida de cada ciudad: propuesta contra la exclusión social”, *El periódico*, 16/07/2018; and, Vargas Llamas, Victor. “El PSC impulsa un salario mínimo de 1.048€ en la Barcelona metropolitana”, *El periódico*, 08/05/2017.

- If the salary conditions that the employer wants to modify are established in a CBA, then the employer must follow the procedure of non-application of the collective bargaining (article 82.3 WS).

This is a primary distinction because if any company delivers a MSCT procedure when conditions were contemplated in a CBA, then the procedure shall be void¹¹⁶.

In order to proceed to both modification procedures, a cause is needed. This cause may be economic, technic, productive or organisational. However, there are two peculiarities distinguishing both proceedings.

On the one hand, the MSCT procedure may be individual or collective. According to article 41.2 WS “*it shall be deemed collective the modification that, in a 90-day period, affects at least to: a) ten workers, in companies employing less than 100 employees; b) the ten per cent of the number of employees of the company in those employing between one hundred and three hundred employees; c) thirty workers, in companies employing more than three hundred employees*”. If a collective MSCT exists, then the employer shall initiate a consultation period that “*shall deal with the causes motivating the decision of the company and the possibility to avoid or reduce its effects, and it shall also deal with the necessary measures to attenuate its consequences for the affected employees*”. On the other hand, article 82.3 WS expressly demands a consultation period. Therefore, whereas in MSCT procedure the consultation period is only mandatory if a collective measure wants to be taken, in the procedure for non-application of the collective agreement the consultation period is compulsory. This means that this procedure is always collective as it has been ratified by the Supreme Court¹¹⁷.

The MSCT consultation period may end up with no agreement between employer and employees’ representatives (article 41.5 WS) and, in this case, the employer can proceed with the modification unilaterally. However, in the procedure of non-application of the collective agreement, the employer cannot modify working conditions regulated in a CBA unilaterally. The only possibility is by reaching an agreement with workers’ representatives or through arbitration (article 82.3 second paragraph WS). This is the main distinction between both proceedings.

¹¹⁶ Decisions of the Supreme Court May 11th, 1999 (Rec. num. 3350/1998); and, February 7th, 2005 (Rec num. 1963/2004).

¹¹⁷ Decision of the Supreme Court June 30th, 2016 (Rec. num. 238/2015).

Relevant case law

Decision of the Supreme Court of July 14th, 2011 (Rec. num. 152/2010).

Decision of the Constitutional Court 145/1991, of July 1991.

Decision of the European Court of Justice of November 11th, 2018 (case C-115/14, RegioPost GmbH).

SALARIO Y DESIGUALDADES EN BRASIL

Eduardo Pragmácio Filho

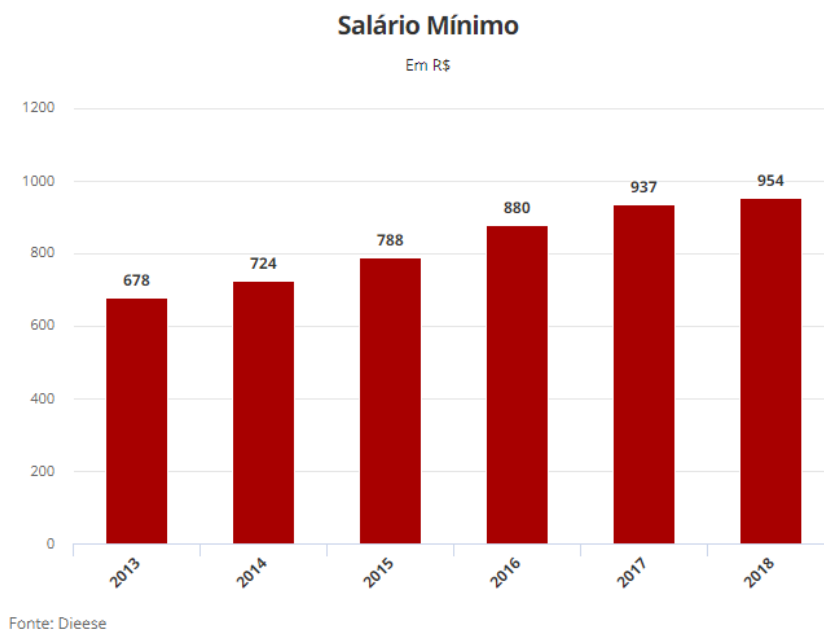
Doctor y Máster en Derecho del Trabajo por la PUC-SP,
Profesor de Derecho del Trabajo,
Centro Universitario Farias Brito
en Fortaleza, Brasil

Rayane Araújo Castelo Branco Rayol

Máster (en curso) en Derecho Constitucional en las Relaciones Privadas por la
Universidad de Fortaleza (UNIFOR)
Especialista en Derecho y Proceso del Trabajo por la Universidad de Fortaleza
(UNIFOR)

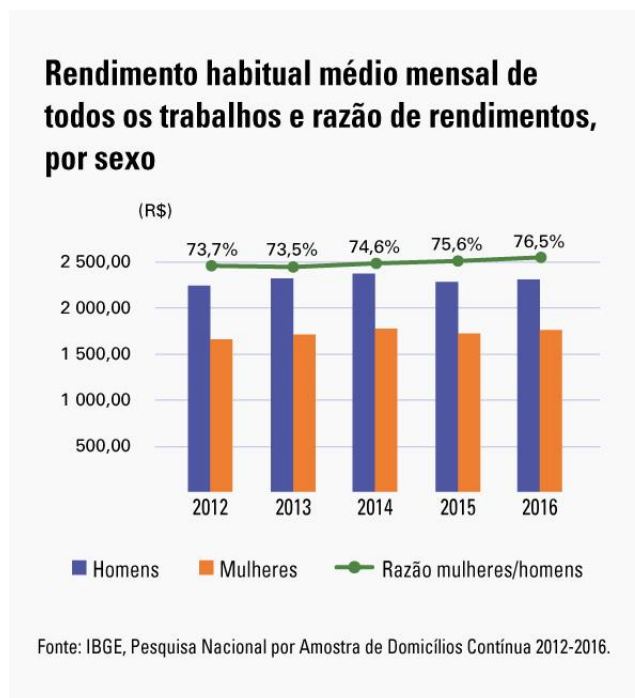
Introducción

El salario mínimo en Brasil sufre un reajuste anual, considerando el Producto Interno Bruto (PIB) del año retrasado al reajuste y la inflación del año inmediatamente anterior, medida por medio del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC). Abajo, se encuentra un grafico que retrata la variación del salario mínimo desde 2013 hasta 2018¹¹⁸:



¹¹⁸ Disponible en: <http://salariominimo2018.com.br/>

Con relación al género, hay una desigualdad de ganancias. Las mujeres trabajan en media 3 horas por semana más que los hombres, combinando trabajos remunerados, tareas de la casa y cuidados de personas, y, mismo con un nivel educacional más alto, ganan en media 76,5% del rendimiento de los hombres. El grafico abajo retrata la diferenciación¹¹⁹:



1. ¿Existe un salario mínimo interprofesional estipulado a nivel normativo?

En Brasil sí que existe un salario mínimo para todos los trabajadores, nacionalmente unificado, aplicable a todos los sectores y actividades económicas, regulado por la Constitución de la República brasileña¹²⁰ en su artículo 7º, inciso IV. Para el año 2018, el salario mínimo en Brasil se encuentra estipulado en R\$ 954,00 mensuales, lo que equivale a 218,01€. Ese valor sufre reajustes anuales para preservarle el poder adquisitivo, siendo prohibida su vinculación para cualquier fin. Para el cálculo del aumento del salario mínimo, es considerada la variación del Producto Interno Bruto (PIB) del año retrasado al reajuste. Después, se hace una suma con la inflación del año inmediatamente anterior, medida por medio del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC).

Los convenios colectivos o leyes específicas pueden establecer también un salario para categorías profesionales específicas, lo que se llama “piso salarial”, necesariamente superior al salario mínimo vigente. El piso puede variar de acuerdo con la ciudad o

¹¹⁹ INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA - IBGE. Estudio de Estadísticas de Género

¹²⁰ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

estado del país. La Constitución Federal trae en su artículo 7º, inciso V la posibilidad del piso salarial expresamente, estableciendo que este debe ser proporcional a la extensión y complejidad del trabajo.

2. ¿Es habitual que los convenios colectivos regulen un “plus de antigüedad”? ¿Y complementos vinculados a la productividad?

En Brasil no es habitual que los convenios colectivos regulen un plus por antigüedad o complementos salariales vinculados a la productividad individual del trabajador o a la productividad de la empresa. Lo que algunos convenios traen son adicionales por tiempo de servicio, que son valores extras dados a los trabajadores como forma de incentivo, al cumplir determinados requisitos. Ejemplos de tales adicionales son los “anuenios”, “trienios” y “quinquenios”, que son valores pagos a cada 1, 3 o 5 años, respectivamente a los empleados. Generalmente tales adicionales son pagos por medio de porcentuales, que varían de categoría para categoría. El empleador no está obligado al pago de estos adicionales, apenas si hay previsión colectiva. Además, con relación a la productividad, lo que hay también es el pago de una “participación en los lucros y resultados” de la empresa, garantido por la Constitución Federal en su artículo 7º, inciso XI, que es desvinculada de la remuneración y que debe ser estipulado por medio de negociación colectiva. Excepcionalmente, el mismo artículo trae que puede haber participación en la gestión da empresa, conforme definido en ley. Algunos convenios colectivos pueden también estipular premios o adicionales si el empleado no ha cometido ninguna falta.

Es importante resaltar que generalmente las empresas tienen planes de carrera, que regulan los niveles de los cargos y atribuye salarios diferentes para cada nivel, de acuerdo con el tiempo de empresa, producción, merecimiento, etc. En su mayoría, son hechos unilateralmente por el propio empleador, muy difícil de ser instituido por convenio colectivo. Sin embargo, después de la reforma laboral de 2017 (Ley 13.467/17¹²¹), hay un fomento para que se haga por negociación colectiva o reglamento empresarial.

¹²¹ Para acceso a esta Ley: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm

3. ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación, el convenio colectivo establezca una doble escala salarial (es decir, un salario diferente por un trabajo de igual valor en función de la fecha de ingreso en la empresa)? ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación y sin que el convenio colectivo diga nada al respecto, un empresario pueda pagar diferente a dos trabajadores por un trabajo de igual valor?

En Brasil, las dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso en la empresa reguladas en convenio colectivo no son admitidas, constituyendo discriminación. En verdad, la Constitución Federal prohíbe la diferenciación de salarios, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por razones de sexo, edad, color o estado civil y también la distinción entre trabajo manual, técnico o intelectual. Además, la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)¹²² trae, en su artículo 5º e 461, respectivamente, que a todo trabajo de igual valor corresponderá salario igual, sin distinción de sexo, y siendo idéntica la función, a todo trabajo de igual valor, prestado al mismo empleador, en el mismo establecimiento empresarial, corresponderá igual salario, sin distinción de sexo, etnia, nacionalidad o edad. Cuando así no se proceda, el empleado podrá discutir la equiparación salarial con otro empleado, llamada “paradigma”, desde que no haya una diferencia de tiempo en la función superior a 2 años y también 4 años de tiempo de trabajo total en la empresa. Todavía, si la empresa tiene plan de carrera, no puede hablarse de equiparación. El plan puede establecer salarios diferentes por criterios de tiempo de empresa, producción, merecimiento, etc. Ese plan no necesita ser homologado en ningún órgano del gobierno, pero debe ser hecho por reglamento empresarial o negociación colectiva.

Existen también reajustes salariales de los convenios colectivos para las categorías profesionales en la “*data base*” de la categoría¹²³, que puede ser porcentualmente diferentes para los empleados de acuerdo con su remuneración. Por ejemplo, se puede instituir en un convenio colectivo un reajuste de 2,3% para empleados que reciben entre R\$ 2.000,01 a R\$ 5.000,00 y 2% para salario superior a R\$ 5.000,00, sin que haya discriminación.

¹²² Para aces a la CLT: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

¹²³ “Data-base” es la fecha anual destinada a la corrección salarial y la discusión y revisión de las condiciones de trabajo fijadas en acuerdo o convenio colectivo. En esa ocasión, los trabajadores, por medio de sus sindicatos, buscan el reajuste salarial anual, la manutención de beneficios y/o la obtención de otros.

4. ¿Cuál es el efecto de incrementos salariales introducidos por ley o convenio colectivo sobre trabajadores que perciben un salario superior? ¿Estos incrementos salariales son compensados o absorbidos?

En Brasil, los incrementos salariales que se reconozcan a nivel normativo o convencional pueden tener o no naturaleza salarial, pero en ambos los casos, si el incremento es mayor que el salario del trabajador, éste recibirá los dos valores, es decir, el valor mayor no engloba el menor. La diferencia es que algunos incrementos, por tener naturaleza salarial, repercuten en los demás pagos del contrato de trabajo para fines de cálculo, como ferias proporcionales y 13° salario.

El artículo 457 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo afirma que se comprenden en la remuneración del empleado, para todos los efectos legales, además del salario pago directamente por el empleador por el servicio prestado, las propinas que recibir. El párrafo primero del mismo artículo afirma que integran el salario no solamente la importancia fija estipulada, pero también las gratificaciones legales y las comisiones pagas por el empleador.

El artículo 458 establece también que, además del pago en dinero, se comprende en el salario la alimentación, habitación, vestuario u otras prestaciones “*in natura*” que la empresa, por fuerza del contrato o de la costumbre, reconoce habitualmente al empleado como un beneficio, un regalo.

Estos incrementos anteriores tienen naturaleza salarial, y así inciden para el pago de todas las dotaciones debidas a la rescisión del contrato de trabajo, como feriados proporcionales, 13° salario y otros derechos.

Ya otros no tienen naturaleza salarial, no integrando la remuneración y no incidiendo para el pago de las dotaciones de la rescisión. Es el caso de la participación en los lucros y resultados, que la propia Constitución así afirma, la ayuda de costo, asistencia alimentaria, diarias para viaje, premios y abonos, así como algunas utilidades como vestuarios y equipamientos utilizados para ejecutar el trabajo, educación en establecimiento de enseñanza, transporte destinado al dislocamiento para el trabajo y retorno, asistencia médica, hospitalizar y odontológica y seguro de vida.

5. ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial recibe la discriminación por razón de sexo en materia salarial?

La Constitución Federal prohíbe la diferenciación de salarios, de ejercicio de funciones y de criterios de admisión por razones de sexo. Además, la Consolidación de las Leyes

del Trabajo trae, en su artículo 5º e 461, respectivamente, que a todo trabajo de igual valor corresponderá salario igual, sin distinción de sexo, y siendo idéntica la función, a todo trabajo de igual valor, prestado al mismo empleador, en el mismo establecimiento empresarial, corresponderá igual salario, sin distinción de sexo, etnia, nacionalidad o edad. Cuando así no se proceda, el empleado podrá discutir la equiparación salarial con otro empleado, desde que no haya una diferencia de tiempo en la función superior a 2 años y también 4 años de tiempo de trabajo total en la empresa.

La reforma laboral también ha traído una multa cuando comprobada la discriminación salarial debido al sexo o etnia, en el valor de 50% del límite máximo de los beneficios del Régimen General de la Previdencia Social¹²⁴.

Hay una ley específica que regula la prohibición de prácticas discriminatorias en la admisión o permanencia de la relación de trabajo, especialmente debido a sexo, origen, situación familiar, edad, etc. (Ley 9.029/1995¹²⁵).

Cuando acontece una situación de discriminación salarial debido al sexo, se puede también pedir daños morales, además de las diferencias salariales debido a la equiparación.

No hay muchas decisiones acerca del tema. Hay diversos juzgados reconociendo la equiparación salarial, pero no por discriminación debido al sexo.

6. ¿Qué medidas de fomento de la igualdad retributiva se prevén en su ordenamiento jurídico? En concreto, ¿existe en su país la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial (auditoria externa, publicación salarios, etc.)?

El ordenamiento jurídico-laboral brasileño no contiene medidas de fomento de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, habiendo un atraso legislativo en cuanto a ello. La empresa no tiene la obligación legal de adoptar medidas de transparencia salarial. Algunas empresas lo hacen, pero porque quieren. No es una obligación legal. Las que lo hacen, instituyen auditorias, comités de mujeres, portal de la transparencia o medidas de *compliance* empresarial, como código de conducta. Todavía, son pocas las empresas que así proceden.

¹²⁴ Régimen General de la Previdencia Social es el régimen de seguro social general en Brasil, constante en las disposiciones enumeradas en la Ley 8.213/1991, que trae beneficios como jubilación y ayuda de la enfermedad. Tiene carácter contributivo y de afiliación obligatoria. En 2018, el techo de los beneficios de este régimen es R\$ 5.645,80, lo que equivale a 1.288,82€.

¹²⁵ Para acceso a esta Ley: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM

7. ¿Qué impacto tiene el salario en la determinación de la indemnización por finalización del contrato de trabajo? ¿Cómo se calcula dicha indemnización y, de manera breve, cuáles son los supuestos de extinción más habituales?

En Brasil, el salario es utilizado para el cálculo de la indemnización por finalización del contrato de trabajo. Esa indemnización es de acuerdo con el tiempo de servicio y consiste en una multa de 40% del saldo de la cuenta del FGTS¹²⁶. Además, el empleado recibe otros derechos, como el proporcional de las ferias y del 13º salario.

Importante destacar que el despido es un derecho potestativo del empleador en Brasil y es clasificado de acuerdo con la existencia de falta (conducta grave) del trabajador. Así, puede ser: (i) sin justa causa, cuando no hay razón específica para hacerlo y el trabajador no da causa al despido, o (ii) por justa causa, cuando el trabajador comete alguna conducta grave, como actos de improbidad, debiendo el empleador decir específicamente cuál (artículo 482, CLT).

Los supuestos de extinción indemnizada del contrato más habituales en la práctica en Brasil son los siguientes: (i) extinción sin justa causa, (ii) extinción por pedido de dimisión y (iii) la rescisión por mutuo acuerdo. En la extinción sin justa causa, el empleado recibe la multa de 40% del valor depositado en la cuenta vinculada del FGTS y, además, puede sacar todo el valor que hay en el fondo, referente a los depósitos hechos por el empleador. En el pedido de dimisión, el empleado no recibe dicha multa y no puede sacar el valor depositado en la cuenta vinculada. En la rescisión por mutuo acuerdo, que es cuando los dos quieren cerrar la relación, modalidad incorporada por la reforma laboral, la multa es de 20% del FGTS y el empleado puede sacar 80% del fondo.

8. ¿Existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva? ¿Y en la contratación de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal?

En el ordenamiento jurídico-laboral brasileño, no existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva. Es decir, el empleado de la empresa contratada para prestar servicios en otra empresa no necesariamente percibe el

¹²⁶ El FGTS – Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio es un derecho de todos los empleados, garantizado por el artículo 7º, inciso III de la Constitución Federal de Brasil y reglamentado por la Ley 8.036/1990. Corresponde a 8% de la remuneración del mes del empleado y será pago por el empleador en un depósito en una cuenta bancaria vinculada al gobierno, y solamente será sacado por el trabajador, regla general, por ocasión del despido por iniciativa del empleador. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm)

mismo salario que aquellos no externalizados, pero la empresa debe abonar a sus trabajadores la retribución derivada de la normativa legal y convencional aplicable a su categoría, respectado el piso salarial. Sin embargo, el Tribunal Superior del Trabajo brasileño tiende a aplicar el principio de la igualdad en la externalización productiva, cuando hay identidad de tareas y trabajo de igual valor. Además, la ley que regula la externalización productiva (Ley 6.019/74¹²⁷), que es la misma que regula el trabajo temporal, asegura a los empleados de la empresa prestadora de servicios, cuando y mientras los servicios fueren ejecutados en la tomadora, las mismas condiciones garantizadas a los empleados de la contratante relativas a alimentación, cuando ofrecida en refectorios, el derecho de utilizar los servicios de transporte, atención médica o ambulatoria existente en las dependencias de la contratante o local por ella designado, formación adecuada cuando la actividad lo exigir, sanitarias, medidas de protección a la salud y seguridad en el trabajo no trabajo y de instalaciones adecuadas a la prestación del servicio (artículo 4º-C). Asimismo, la contratante y la contratada podrán establecer, si así lo entendieren, que los empleados de la contratada tendrán salario equivalente al pago a los empleados, además de otros derechos (§ 1º del mismo artículo).

En el trabajo temporal, hay la obligación legal del salario ser el mismo de los empleados de la misma categoría de la contratante calculados a base horaria (artículo 12), como también jornada laboral de 8 horas, ferias proporcionales, reposo semanal remunerado, dentro otros.

9. ¿Es posible introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación?

No se aplica en Brasil.

10 ¿Es posible que la empresa modifique (disminuyendo) el salario previsto en contrato de trabajo y/o convenio colectivo? ¿En qué casos y respetando qué límites?

En Brasil, rige el principio de la irreductibilidad salarial, o sea, una vez establecido, el salario no puede ser disminuido. Eso es garantizado por la Constitución Federal, en el artículo 7º, inciso VI. Tal principio visa asegurar estabilidad económica para el trabajador. Además, el artículo 468 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo afirma que solo pueden ocurrir alteraciones contractuales con el consentimiento del trabajador y desde que no haya, directa o indirectamente, prejuicios al empleado.

Sin embargo, es viable una reducción en caso de grave crisis financiera, en que las opciones son disminuir el salario o dispensar el trabajador en forma concordante.

¹²⁷ Para acceso a esta Ley: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm

La Constitución Federal permite, excepcionalmente, la reducción salarial por medio de negociación colectiva por algún motivo relevante, como fuerza mayor.

También se puede ocurrir la reducción salarial en los casos de empresas en recuperación judicial. La Ley 11.101/2005¹²⁸ estipula que constituyen medios de recuperación judicial, entre otros, la reducción salarial, compensación de horarios e reducción de la jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo.

Existe también el “*Programa Seguro Emprego*” (PSE), que es un programa del gobierno que tiene por finalidad ayudar los trabajadores en la preservación del empleo en momentos de retracción de la actividad económica, favorecer la recuperación económico-financiera de las empresas, sustentar la demanda agregada durante momentos de adversidad, facilitando la recuperación de la economía y estimular la productividad del trabajo. Si adhirieron a este programa, las empresas pueden reducir el salario y la jornada en hasta 30%, temporalmente.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

- BARROS, ALICE MONTEIRO DE. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr.
BONFIM, VÓLIA. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus.
DELGADO, GODINHO, MAURÍCIO. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr.
MARTINEZ, LUCIANO. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva.

¹²⁸ Para acceso a esta Ley: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm

SALARIO Y DESIGUALDADES EN CHILE

Francisco Tapia Guerrero – Carmen Elena Domínguez S.
Profesores Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

De acuerdo al Informe Global sobre la brecha de género del Foro Económico Mundial, Chile se encuentra en el puesto 54 de un total de 149 países en las cuatro dimensiones medidas: Participación y oportunidad económica, logro educativo, salud y supervivencia y empoderamiento político.¹²⁹ Dentro del primer ítem, se mide la igualdad salarial para trabajos similares, ocupando Chile el puesto 128 del mismo número total.

En cifras internas, Chile presenta cifras de brecha salarial entre hombres y mujeres que en el periodo comprendido entre el 2010 y 2016 promediaron un -32,3% en el ingreso real medio y un -25,1% en el ingreso real mediano¹³⁰. Además, estas brechas son mayores mientras mayor es el rango etario y de nivel de educación.

El año 2009, mediante la Ley núm. 20.348, Chile incorporó a su regulación el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor, acotando el mismo, a cargos o funciones y previendo herramientas de tutela ante la empresa y los tribunales de justicia que presentan debilidades para el aseguramiento del principio.

1. ¿Existe un salario mínimo interprofesional estipulado a nivel normativo?

En Chile existe un ingreso mínimo mensual, aplicable a todos los trabajadores asalariados del país, mayores de 18 y menores de 65 años y determinado legalmente. Este ingreso mínimo es el piso correspondiente al sueldo base, componente mínimo y obligatorio de la remuneración, que recibe todo trabajador asalariado por una jornada ordinaria de 45 horas semanales. Es determinado legalmente y le antecede, por regla general, una consulta a organizaciones sindicales y empresariales, sin que esta modalidad esté determinada en la ley.

¹²⁹ Informe Global Global Gender Gap Report 2018, en <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/data-explorer/#economy=CHL>

¹³⁰ Instituto Nacional de Estadísticas (2016). género e ingresos 2016. En <http://www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/publicaciones/enfoque-estad%C3%ADstico-g%C3%A9nero-e-ingresos---esi-2016.pdf?sfvrsn=5>

El año 2018, al igual que en periodos anteriores, se ha legislado fijando el ingreso mínimo mensual por tres periodos consecutivos (año 2018, 2019 y 2020)¹³¹, incorporándose como novedad para el periodo comprendido entre marzo y julio de 2020, su determinación en razón de un algoritmo que considere la proyección de crecimiento del Producto Interno Bruto. El ingreso mínimo mensual, vigente al año 2018, asciende de \$288.000¹³², y a \$214.999 para los trabajadores mayores de 65 años de edad y menores de 18 años de edad.

2. ¿Es habitual que los convenios colectivos regulen un “plus de antigüedad”? ¿Y complementos vinculados a la productividad?

En Chile, la negociación colectiva es por empresa, y en tal sentido, los efectos de los instrumentos colectivos son limitados a los trabajadores afiliados a la organización sindical que llevó a cabo el proceso de negociación colectiva en dicha empresa (eficacia personal que se incrementa tras la reforma legal del año 2017, Ley núm. 20.940), aunque el sindicato puede pactar con el empleador, su extensión.

Son habituales, en estos instrumentos, la incorporación de beneficios o requisitos de acceso a ciertos beneficios salariales y no salariales, que usen como criterio la antigüedad del trabajador, como, asimismo, aquellas bonificaciones en directa relación a la productividad de la empresa, de cierta sección, negocio o del trabajador. También son habituales los acuerdos de productividad, especialmente en áreas como la minería, en que se retribuye adicionalmente el logro de las metas que en cada caso se estipulen.

3. ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación, el convenio colectivo establezca una doble escala salarial (es decir, un salario diferente por un trabajo de igual valor en función de la fecha de ingreso en la empresa)? ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación y sin que el convenio colectivo diga nada al respecto, un empresario pueda pagar diferente a dos trabajadores por un trabajo de igual valor?

La Constitución Política de la República, reconoce en su artículo 19 numeral 16, el derecho de toda persona a la libre contratación, la libre elección del trabajo con una justa retribución. Esta justa retribución es determinada por criterios de justicia y de igualdad, dentro de los cuales es determinante el principio de no discriminación arbitraria en materia salarial.

¹³¹ Ley núm. 21.112, reajusta el monto del ingreso mínimo mensual, así como la asignación familiar y maternal, y el subsidio familiar.

¹³² Unos U\$D 414 y U\$D 309 respectivamente.

En Chile se recogió el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, prohibiendo las discriminaciones arbitrarias en razón del sexo. Es decir, se prohibió pagar remuneraciones distintas a trabajadores hombres y mujeres que “*presten un mismo trabajo*”, entendiéndose que no son justa causa de distinción, aquellas diferencias que no se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Si bien la antigüedad no es explicitada en la norma legal como una justa causa de distinción, su empleo es habitual y aceptada en cuanto criterio objetivo de diferenciación.

4. ¿Cuál es el efecto de incrementos salariales introducidos por ley o convenio colectivo sobre trabajadores que perciben un salario superior? ¿Estos incrementos salariales son compensados o absorbidos?

Los incrementos en el ingreso mínimo mensual determinados legalmente son absorbidos por el sueldo base, en el caso en que este haya sido mayor al anterior, y sólo en su proporción. En lo restante, incrementan el sueldo base, no pudiendo compensarse con otros estípidios remuneratorios obligatorios como la gratificación legal, o pactados como las horas extraordinarias, o no remuneratorios, como la movilización, la colación, etc.

Se exceptúa de lo anterior el ajuste del sueldo base promovido por la Ley núm. 20.281 del año 2008, el que le asigna la naturaleza de estípidio obligatorio al sueldo. Esta ley, permite en su artículo transitorio, ajustar la diferencia entre sueldo base e ingreso mínimo con cargo a los emolumentos remuneratorios variables.

En todo caso, por ley sólo se reajusta el ingreso mínimo y los salarios del sector público;

no se reajustan por ley las remuneraciones de los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado.

5. ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial recibe la discriminación por razón de sexo en materia salarial?

El artículo 62 bis del Código del Trabajo (CT), resguarda el derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. La norma, incorporada el año 2009, prohíbe las discriminaciones por sexo en materia remuneracional, salvo que las mismas obedezcan a razones de capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, entre otras razones. Es decir,

el empleador podrá establecer remuneraciones diferenciadas entre trabajadores que presten un mismo trabajo y aunque sean de distinto sexo, con tal que las mismas se fundamenten en criterios objetivos como los señalados. En el caso de su infracción, prevé un procedimiento de reclamo interno (artículo 154 núm. 13 CT) como requisito previo a la acción judicial de tutela de derechos fundamentales que conocen los juzgados laborales, para perseguir aquellos casos en que las diferencias no resulten razonables.

Para favorecer la pesquisa de este imperativo, la ley obliga a incorporar en los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad de las empresas de 200 o más trabajadores, un registro con los diversos cargos o funciones presentes en la empresa y sus características técnicas esenciales¹³³. Pese a lo anterior, el cumplimiento de la norma es bajo.

Las principales críticas apuntan a la restricción de la igualdad prevista en el ordenamiento chileno, que compara “funciones” y no trabajos de igual valor, como la norma internacional lo establece¹³⁴; además, la acción de tutela de derechos fundamentales a través de la cual puede perseguirse la discriminación, prevé como requisito procesal previo, la debida denuncia ante el empleador, lo que desmotivaría la reclamación. También, el hecho de que la información sobre los cargos y funciones sólo se exija a las grandes empresas (200 o más trabajadores), representando éstas un número menor de empleadores en el país, y finalmente, la vaguedad y amplitud de las hipótesis que permiten justificar la discriminación, hacen compleja la detección de las discriminaciones arbitrarias en razón de sexo que se ocultan bajo una apariencia de objetividad.

Es escasa la jurisprudencia sobre la materia, resaltando la aplicación el principio de igualdad de remuneraciones por igual función dispuesto en el artículo 62 bis del CT prescindiendo del criterio sexo¹³⁵ (a diferencia de lo sostenido por la interpretación administrativa¹³⁶) y, en general, desechando las acciones judiciales, justificando la aplicación de criterios como la antigüedad o la trayectoria laboral para aceptar diferencias salariales entre trabajadores que desempeñan iguales funciones.

¹³³ La Dirección del Trabajo, entendió por características técnicas esenciales aquellos “distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo o función a realizar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda ejecutar en la empresa”. Dictamen ORD. n° 1187/018 de 10 de marzo de 2010.

¹³⁴ Convenio 100 OIT.

¹³⁵ A modo de ejemplo, sentencias 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT T-285-2018 del 11 de julio de 2018, y RIT O-2974-2018 del 8 de octubre de 2010.

¹³⁶ Dictamen ORD. n°1187/018.

En tendencia contraria, destaca la sentencia RIT T-16-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo del 16 de agosto de 2017¹³⁷, la que iniciada por una denuncia del órgano administrativo, impetrada por una organización sindical, acoge la denuncia por tutela de derechos fundamentales en razón de discriminación salarial en razón de sexo, y aceptando la metodología del fiscalizador que compara duplas de trabajadores de igual función pero distinto sexo¹³⁸, declara la existencia de indicios de discriminación salarial y la insuficiencia de justificaciones que funden esta discriminación en criterios objetivos. En palabras de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rechazando el recurso de nulidad en esta causa: *“si bien el legislador no excluye que el sueldo base pueda ser diferenciado utilizando para ello entre otros parámetros los que se han mencionado (antigüedad y experiencia), en esta caso, al parecer un mismo trabajador ejecutando las mismas labores tendría un sueldo base calculado por múltiples factores, distinción que no se reconoce en los anexos de contrato ni en la liquidación de remuneraciones, por lo que el juez concluye razonablemente que son razones para encubrir que el verdadero factor de distinción es el género”*¹³⁹.

6. ¿Qué medidas de fomento de la igualdad retributiva se prevén en su ordenamiento jurídico? En concreto, ¿existe en su país la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial (auditoria externa, publicación salarios, etc.)?

Como se indicó anteriormente, el artículo 62 bis del CT declara el derecho de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, prohibiendo las discriminaciones por sexo en materia remuneracional, salvo que las mismas obedezcan a razones de capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad, entre otras razones.

Sin perjuicio de lo anterior, no existen medidas que fomenten la igualdad retributiva, lo que en gran parte lleva a que la norma precitada sea principalmente una declaración de buenas intenciones. Las empresas no están especialmente obligadas a dar información sobre las remuneraciones de los distintos trabajadores de la empresa, salvo para el caso de la negociación colectiva, según se dirá, pues la norma antes citada sólo prevé la obligación para las grandes empresas de incorporar una descripción de cargos y funciones al Reglamento Interno.

¹³⁷ Recurrida ante la Corte de Apelaciones de San Miguel quien rechaza el recurso.

¹³⁸ En otras oportunidades esta metodología ha sido rechazada por entender que es necesario hacer una comparación con todos los trabajadores de la empresa o del establecimiento que detentan el mismo cargo o función. Ver Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT T-103-2016, 28 de julio de 2016.

¹³⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol n° 367-2017, 23 de octubre de 2017.

Actualmente existen dos proyectos de ley que buscan incorporar modificaciones a la norma que consagra la igualdad salarial por trabajo de igual valor¹⁴⁰, uno de los cuales, incorpora normas de igualdad retributiva imponiendo al empleador la obligación de entregar a la trabajadora que lo solicite “*toda la información que requiera respecto las remuneraciones de los demás trabajadores de la empresa, y en particular aquella relativa a los puestos de trabajo equivalentes al que la trabajadora detente, o de aquellos trabajadores con similares capacidades, calificaciones, experiencia, idoneidad, responsabilidades o productividad, para efectos de determinar si las diferencias en las remuneraciones se fundan en razones objetivas y poder acompañarlas a la denuncia que la trabajadora efectúe de ser necesario*”. Cabe señalar, que este proyecto de ley fue presentado por moción parlamentario en marzo de 2018 y se encuentra en primer trámite constitucional.

Finalmente, es interesante mencionar, que una reciente reforma al sistema de relaciones colectivas de trabajo, explicitó como materias de la negociación colectiva el acuerdo de planes de igualdad de oportunidades y equidad de género y de acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad. Lo anterior, unido al establecimiento de una obligación para el empleador de entregarle a las organizaciones sindicales que lo soliciten información sobre las remuneraciones asignadas a los trabajadores de los diversos cargos y funciones, puede ser en la práctica utilizado como una herramienta de igualdad retributiva. Cabe señalar que esta obligación sólo es exigible a las grandes¹⁴¹ y medianas empresas¹⁴², no aplicándosele a las pequeñas y medianas¹⁴³.

7. ¿Qué impacto tiene el salario en la determinación de la indemnización por finalización del contrato de trabajo? ¿Cómo se calcula dicha indemnización y, de manera breve, cuáles son los supuestos de extinción más habituales?

Dentro de las herramientas de protección del empleo, el ordenamiento jurídico laboral chileno prevé indemnizaciones legales en caso de término del contrato de trabajo por las causales de “necesidades de la empresa”, “desahucio escrito del empleador” y “término por procedimiento concursal” (artículos 161 y 163 bis respectivamente del CT). Las indemnizaciones legales procedentes en dicho casos son la indemnización sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual, con tope de 90 UF¹⁴⁴; y la indemnización por años de servicios, que corresponde a un mes de remuneración por

¹⁴⁰ Boletines n°s 11181-18 y 11629-13.

¹⁴¹ 200 o más trabajadores

¹⁴² Entre 50 y 199 trabajadores.

¹⁴³ 10 a 49 y 1 a 10 trabajadores, respectivamente.

¹⁴⁴ Unos U\$3.680 dólares americanos.

cada año de servicios o fracción superior de 6 meses trabajado por el trabajador, con tope de 11 meses y tope de 90 UF en la base de cálculo de la remuneración mensual.

El concepto de “última remuneración mensual” utilizado para el cálculo de las indemnizaciones, se encuentra previsto en el artículo 172 del CT y comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato de trabajo, por lo tanto, el sueldo más los demás estipendios remuneratorios y no remuneratorios incluidas las cotizaciones seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, excluyendo la asignación familiar legal, los pagos por horas extraordinarias y los beneficios que se otorguen de forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.

Además de lo anterior, el ordenamiento laboral concibe el pago de las indemnizaciones legales cuando el juez acoja la impugnación de un despido y declare el mismo como injustificado, indebido, improcedente y abusivo, aumentada la indemnización por años de servicios con un recargo legal del 30%, 50%, 80% y 100%, dependiendo de la causal invocada.

Finalmente, la acción de tutela de derechos fundamentales, prevé el pago adicional de una indemnización fijada jurisprudencialmente entre 6 y 11 remuneraciones mensuales. Para fijar esta indemnización, no se utiliza el concepto de “última remuneración mensual”, en cuanto no se le aplica el tope de 90 UF en la base de cálculo, sino que se considera la última remuneración mensual o el promedio de las últimas remuneraciones como base de cálculo.

8. ¿Existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva? ¿Y en la contratación de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal?

En el ordenamiento laboral chileno no existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva. Tanto en la subcontratación como en el suministro de personas, no existe norma que obligue a la empresa principal o a la empresa usuaria a extender la obligación de igualdad salarial entre hombres y mujeres que llevan a cabo iguales funciones hacia los trabajadores de sus empresas contratistas, subcontratistas y empresas de servicios temporales (EST).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia en general ha hecho aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales a las empresas principales o usuarias, el que reconoce dentro de sus causales, las discriminaciones arbitrarias, en términos amplios.

Así en el caso de la subcontratación, la jurisprudencia ha permitido la extensión de la responsabilidad a la empresa principal por denuncias de tutela de derechos fundamentales, entendiendo que ésta responde por incumplimiento del deber de protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores, impuesto a la misma en el artículo 183 E del CT. Por otra parte, en materia de suministro, en el cual la judicialización es escasa, existe una norma que impone directamente a la empresa usuaria, el deber de respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores suministrados bajo el entendido que quedan sometidos a su poder de dirección, por lo que de forma más directa podrían ser sujetos activos de la acción de tutela de derechos fundamentales (artículo 183 Y del CT).

9. ¿Es posible introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación?

La Ley núm. 19.886 regula las bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, estableciendo en su artículo 6 varias reglas que imponen ciertos requisitos de contenido laboral que deben ser incluidas en las bases de licitación de un contrato público. Entre ellas, se relacionan al tema remuneracional las siguientes:

a) La ley dispone que cuando la contratación pública se refiera a servicios habituales que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, las bases deberán asignar mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que presenten mejores condiciones de empleo y remuneraciones, dando prioridad a quien oferte mayores sueldos por sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones de mayor valor, tales como las gratificaciones legales, la duración indefinida de los contratos y condiciones laborales que resulten más ventajosas en atención a la naturaleza de los servicios contratados.

b) Asimismo, cuando el objeto del contrato sea el servicio de recolección, transporte o disposición final de residuos sólidos domiciliarios, barridos y mantención de áreas verdes para municipalidades, la ley impone un criterio de ponderación del ítem anterior, el que no podrá ser inferior al 15% de la ponderación total de la evaluación. En este mismo caso, la ley añade que la remuneración íntegra que se ofrezca pagar a cada trabajador no podrá ser inferior al promedio de las remuneraciones devengadas a los trabajadores que cumplan igual función en los tres últimos meses, previos al inicio del proceso licitatorio.

c) El municipio deberá indicar en las bases de licitación el referido promedio de remuneraciones de cada función.

En consecuencia, si bien la ley no le permite a la administración introducir un salario mínimo en las bases de licitación, en la práctica, favorecen a aquellos licitantes que pagan mejores remuneraciones y otorgan mejores condiciones de contratación a sus trabajadores a través de la asignación de mayor puntuación.

Sin perjuicio de lo anterior, en el rubro de la Minería se ha desarrollado una experiencia de negociación colectiva ramal que no reconoce su fuente en la restrictiva regulación nacional que sitúa la negociación colectiva a nivel de empresa principalmente. En este contexto, se han desarrollado los “Acuerdos marco” entre organizaciones sindicales de grado superior de trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas de la minería y las empresas principales, en los cuales se han fijado reajustes remuneracionales a aplicar a los trabajadores externalizados, como asimismo, una serie de otros beneficios remuneracionales y no remuneracionales que pasan a determinar las condiciones de contratación laboral de las empresas contratistas y subcontratistas que quieren trabajar con estas empresas principales. A modo de ejemplo, la Corporación Nacional del Cobre (Codelco), empresa del Estado, ha celebrado desde hace más de 12 años acuerdos marco que han permitido incorporar a las bases de licitación de las obras y servicios condiciones de remuneración y de contratación laboral de estándares superiores a los previstos por la normativa general.

10. ¿Es posible que la empresa modifique (disminuyendo) el salario previsto en contrato de trabajo y/o convenio colectivo? ¿En qué casos y respetando qué límites?

No existe norma que permita a la empresa modificar el salario unilateralmente, ni el fijado en los contratos individuales de trabajo ni en los colectivos. Estos cambios requieren del acuerdo de las partes, el que deberá plasmarse en un anexo al contrato individual o una modificación del contrato colectivo de trabajo.

Cabe señalar, que la ley prevé dentro del procedimiento de negociación colectiva, y una vez presentada la respuesta del empleador, que las partes puedan acordar rebajar el piso de negociación determinado a partir de lo pactado en el instrumento anterior¹⁴⁵ o el conjunto de beneficios entregados regularmente a los trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva, en caso de no haber instrumento vigente. En consecuencia, dentro del proceso de negociación colectiva, las partes podrían acordar

¹⁴⁵ El artículo 336 del CT señala que el piso estará compuesto, respecto a las organizaciones sindicales con instrumento colectivo vigente, por las estipulaciones a las establecidas en él con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato, excluyendo la reajustabilidad y los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo.

una baja salarial, sin embargo, este acuerdo deberá fundarse en condiciones económicas de la empresa que así lo justifiquen (artículo 341 del CT).

La ley prohíbe, en cambio, la negociación individual in pejus de lo acordado colectivamente (artículo 311 del CT).

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

Informes y estadísticas

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2016). Género e ingresos 2016. En <http://www.ine.cl/docs/default-source/ingresos-y-gastos/esi/publicaciones/enfoque-estad%C3%ADstico-g%C3%A9nero-e-ingresos---esi-2016.pdf?sfvrsn=5>

FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2018). Participación y Oportunidad Económica, Logro Educativo, Salud y Supervivencia, y Empoderamiento Político. Informe Global Gender Gap Report 2018, en <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/data-explorer/#economy=CHL>

Normas y proyectos de ley

Boletín n° 11181-18, Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de establecer medidas en materia de educación y trabajo que garanticen la igualdad de género

Boletín n° 11629-13. Modifica el Código del Trabajo para perfeccionar la regulación relativa al ejercicio y respeto del principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres

Convenio 100 OIT. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951.

DFL n° 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.

LEY N° 19.886, 2003, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

LEY N° 21.112, reajusta el monto del ingreso mínimo mensual, así como la asignación familiar y maternal, y el subsidio familiar.

Jurisprudencia y doctrina administrativa

Dictamen Ord. n°1187/018, 10 de marzo de 2010.

Sentencia Rol n° 367-2017, Corte de Apelaciones de San Miguel, 23 de octubre de 2017.

Sentencia RIT T-285-2018, 2° JLT de Santiago, 11 de julio de 2018

Sentencia RIT T-103-2016, JLT de Valparaíso 28 de julio de 2016.

Sentencia RIT O-2974-2018, 2° JLT de Santiago, 8 de octubre de 2010.

SALARIO Y DESIGUALDADES EN COLOMBIA

Juliana Patricia Morad Acero
Profesora Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá.

Carlos Adolfo Prieto Monroy
Profesor Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá.

Juan Pablo López Moreno
Profesor Pontificia Universidad Javeriana - Bogotá

Introducción

El salario, como elemento esencial de la relación laboral, constituye un derecho mínimo, cierto e indiscutible para el trabajador subordinado, a la vez que una obligación del empleador asociada como costo a su esquema productivo. Ahora bien, superado el ámbito de la relación laboral individual, el salario constituye un elemento esencial en la dinámica económica de una sociedad, en la medida en que constituye en ingreso esencial de la gran mayoría de la población ocupada, con el que alimentan las dinámicas de consumo, con lo que, necesariamente, se constituye como una variable económica fundamental a efectos del mantenimiento de índices de inflación, de inversión y de políticas fiscales y económicas.

Así pues, se trata de un instituto complejo en cuanto a su causación, su fijación y su impacto en la economía y en la sociedad en la que deviene. Por consiguiente, para los Estados es importante contar con un régimen legal que sirva para establecer su dinámica.

Una de esas complejidades tiene que ver con la justicia de la remuneración, entendida de manera estricta como aquella retribución que le corresponde al trabajador, como contraprestación de su actividad personal. Al efecto, los ordenamientos jurídicos establecen reglas en orden a evitar las diferencias salariales injustificadas, por una parte, y por otra a determinar mecanismos objetivos y razonables para su fijación y reajuste.

A continuación, se expone, a título ilustrativo, el modo como el ordenamiento jurídico colombiano aborda esta problemática, en los términos de la convocatoria propia del Law Review.

1. ¿Existe un salario mínimo interprofesional estipulado a nivel normativo?

El ordenamiento jurídico laboral colombiano contempla la figura del salario mínimo legal, de manera general para todos los trabajadores dependientes, en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo (CST en adelante). Este salario mínimo tiene un carácter general, de tal manera que se constituye como la unidad básica de remuneración en las relaciones laborales subordinadas, a través de la cual se realiza, a su vez, el principio constitucional consistente en el reconocimiento de una remuneración mínima, vital y móvil, establecido por el artículo 53 de la Constitución. El salario mínimo, como base para la determinación del piso de remuneración, se desagrega en relación con el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, de tal manera que la remuneración sea proporcional a la jornada laboral; en ese orden de ideas, el salario mínimo se establece por un monto mensual, mas puede desagregarse en salario mínimo diario y en salario mínimo por horas.

Esta modalidad de remuneración constituye, como ya se dijo, la unidad básica de remuneración, a la vez que sirve de medida de magnitud económica para la determinación de valores que deben ajustarse, habida cuenta de que, por el mandato constitucional ya referido, y por aplicación del criterio de la movilidad, debe reajustarse anualmente, a efectos de permitir la conservación de su poder adquisitivo.

El reajuste del salario mínimo se lleva a cabo una vez al año, al final de cada anualidad, como resultado del procedimiento establecido en el artículo 147 CST, y con fundamento en los criterios establecidos en el artículo 146 CST. El procedimiento de fijación se sustenta en la base de la concertación entre empleadores y trabajadores, teniendo como árbitro al Ministerio del Trabajo, y parte de los criterios de mantenimiento del poder adquisitivo de la remuneración y de la capacidad del sector real para asumir su monto y los costos derivados del mismo. En el evento en el que no sea posible establecer el porcentaje de reajuste por vía de concertación, el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio del Trabajo, establece el porcentaje de reajuste mediante un Decreto.

La fijación del salario mínimo es un asunto sensible para la sociedad colombiana en su conjunto, puesto que, como ya se dijo, esta modalidad salarial no es solamente un parámetro de remuneración, sino que también se constituye como una unidad de medida de otras magnitudes económicas, tales como las bases para la causación de obligaciones tributarias, la imposición de multas y sanciones económicas, la fijación de la competencia judicial en función de la cuantía, entre otras.

En adición a lo anterior, la fijación del salario mínimo es particularmente relevante, en la medida en que uno de los criterios preponderantes para su reajuste es el análisis

macroeconómico del impacto que pueda tener en relación con las metas de inflación que establezca el Banco de la República, como autoridad monetaria, con base en los análisis y perspectivas de crecimiento económico que la entidad elabora y establece.

Para el año 2018, el Salario Mínimo Legal vigente en Colombia corresponde a \$781.242 mensuales, a \$26.041 diarios, y a \$3.255 por hora. (Decreto 2269 del 30 de diciembre de 2017)

2. ¿Es habitual que los convenios colectivos regulen un “plus de antigüedad”? ¿Y complementos vinculados a la productividad?

El ámbito propio del ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva permite el establecimiento de pagos extralegales a favor de los trabajadores dependientes beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo, sin que exista limitación en cuanto a su reconocimiento, más allá de la voluntad de las partes en la negociación, asociada a la capacidad económica del empleador para asumir dichos compromisos.

Como parte de tales reconocimientos, es común que se establezcan pagos derivados de la antigüedad de los trabajadores, habitualmente reconocidos por periodos de permanencia no menores a cinco años – y consecuentemente denominados “quinquenios” – los cuales, al establecerse por vía convencional, suelen concederse por el hecho objetivo del paso del tiempo, sin que constituyan una remuneración directa de la prestación del servicio y, en consecuencia, no cuentan con naturaleza salarial.

Parejo con lo anterior, ha hecho carrera la práctica empresarial de establecer beneficios económicos flexibles para sus trabajadores, aún en los eventos en los que no medie una Convención Colectiva de Trabajo, con el propósito de incentivar la gestión de su capital humano, así como el de evitar las rotaciones de personal. Estos beneficios económicos flexibles, que pueden contener pagos derivados de la antigüedad del trabajador, se sustentan en lo previsto por el artículo 128 CST, en la medida en que se trata de pagos no constitutivos de salario reconocidos por mera liberalidad del empleador.

3. ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación, el convenio colectivo establezca una doble escala salarial (es decir, un salario diferente por un trabajo de igual valor en función de la fecha de ingreso en la empresa)? ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación y sin que el convenio colectivo diga nada al respecto, un empresario pueda pagar diferente a dos trabajadores por un trabajo de igual valor?

El ordenamiento jurídico laboral colombiano, con fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, proscribire el tratamiento salarial discriminatorio, a partir de la consagración del principio de igualdad entre los trabajadores. Parejo con esto, el artículo 143 CST establece la regla de igualdad en la remuneración en función del tipo y naturaleza del trabajo, sin que sea posible establecer diferencias salariales que no tengan sustento material demostrable en circunstancias objetivas que justifiquen tal tratamiento, a partir de la cláusula “a trabajo igual, salario igual”.

En ese sentido, no se permiten las escalas salariales diferenciadas para labores idénticas; lo que si se permite es el establecimiento de beneficios no salariales distintos, que eventualmente pueden basarse en la antigüedad, siempre que tengan un sustento objetivo demostrable.

Al punto, también es de aplicación el principio conforme con el cual la remuneración ha de ser mínima, vital y móvil, en relación con el tipo de trabajo y la labor realizada, establecido por el artículo 53 de la Constitución.

4. ¿Cuál es el efecto de incrementos salariales introducidos por ley o convenio colectivo sobre trabajadores que perciben un salario superior? ¿Estos incrementos salariales son compensados o absorbidos?

A partir del establecimiento del principio constitucional consistente en la remuneración mínima, vital y móvil, el ordenamiento jurídico laboral colombiano establece una regla conforme con la cual todos los salarios deben ajustarse anualmente, en la medida en que el salario, como fuente de ingresos esencial del trabajador dependiente, entraña una obligación de valor y, en consecuencia, debe mantener su poder adquisitivo.

En ese sentido el reajuste anual del salario mínimo implica el reajuste automático de la remuneración salarial que corresponda a tal valor, así como a aquella que se exprese o determine utilizando el salario mínimo como unidad de medida. Así las cosas, el salario equivalente en su valor al salario mínimo, se reajustará por ministerio de la ley, con el reajuste anual y de conformidad con lo previsto por el artículo 148 CST; del mismo modo, el salario Integral, en el evento de corresponder a su valor mínimo conforme con

el artículo 132 CST, también se reajustará en la misma proporción del salario mínimo puro y simple. Sea del caso poner de presente que el salario integral es una modalidad salarial que reúne en un único pago mensual un factor salarial, correspondiente a la remuneración en sí misma, y un factor prestacional, correspondiente a las prestaciones sociales no constitutivas de salario tales como prima de servicios, auxilio de cesantía, intereses a la cesantía, trabajo suplementario y recargos; esta modalidad salarial debe pactarse por escrito, y solo es procedente en el caso en el que la remuneración salarial mensual del trabajador corresponda, como mínimo, al equivalente a diez (10) salarios mínimos. Así pues, lo que se expresa en salarios mínimos como unidad de medida, se reajusta automáticamente, en el porcentaje establecido para el salario mínimo de base.

Ahora bien, todos los salarios se deben reajustar, mas no todos en la misma proporción, y el reajuste se efectuará en función del monto del salario, de tal suerte que los salarios bajos se reajustarán anualmente en un porcentaje superior al de los salarios más altos. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia C – 911 de 2012, dispuso lo siguiente:

“No tiene que ser igual, ni fáctica ni jurídicamente, el tratamiento de quienes reciben el salario mínimo de aquél previsto para quienes reciben salarios superiores al mínimo. El mantener el poder adquisitivo de los salarios bajos, ha dicho esta Corporación, tiene el carácter de intangible, en razón a la protección constitucional reforzada que la Constitución les dispensa. Por el contrario, quienes ganan salarios más altos no son necesariamente sujetos de una protección salarial reforzada y su derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario puede recibir distinto tratamiento, siempre que sea razonable.”

Así las cosas, la regla aplicable en materia de reajustes no contempla la compensación del aumento del salario en razón de su monto, ni establece mecanismos de absorción del aumento para los salarios más altos; contempla un reajuste necesario, en aplicación del componente de movilidad del principio de remuneración mínima, vital y móvil, establecido en función del monto del salario, conforme con el cual los salarios bajos, sin poder ser inferiores al salario mínimo, se reajustan en un porcentaje mayor que los salarios más altos.

5. ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial recibe la discriminación por razón de sexo en materia salarial?

En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 53 de la Constitución Política prevé igualdad de oportunidades para los trabajadores, una remuneración mínima vital y

móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y la especial protección de la mujer.

Por su parte, el artículo 10° del CST establece la igualdad entre todos los trabajadores y trabajadoras, gozando de la misma protección y garantías, quedando abolido en consecuencia cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley.

Y el artículo 143 del mismo Código contempla el ya mencionado principio “a trabajo igual, salario igual”. Al respecto señala que siempre que el trabajo igual sea desempeñado en el mismo puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. Y por ello no pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

En este sentido, de acuerdo a las normas transcritas se puede indicar que la igualdad de oportunidades y la dependencia del monto salarial a criterios proporcionales que atiendan especialmente la cantidad y calidad del trabajo, tiene relevancia constitucional. De igual manera, un trato no discriminatorio, que por supuesto integra el reconocimiento salarial, está previsto en diferentes normas dentro de un mandato constitucional de igualdad de trato.

Y con todo, hay una previsión expresa de la no discriminación salarial, en donde el sexo del trabajador o trabajadora se entiende como una razón que por sí misma generaría una diferencia salarial discriminatoria. La diferencia salarial por razón del sexo, vale señalar, está contemplada dentro de un artículo dedicado a la discriminación salarial en general, sin que exista norma que se refiera específicamente a esta clase de discriminación.

La jurisprudencia en esta misma línea, examina la discriminación salarial por razón del sexo, dentro de un análisis general sobre la discriminación salarial. Al respecto ha establecido una serie de criterios para justificar la diferencia salarial: criterios objetivos de evaluación y desempeño; diferencias de la estructura institucional en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y distinta clasificación de los empleos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.

Sobre este tema, la Corte se ha pronunciado en diferentes sentencias. En sentencia de tutela 097 del año 2006, indicó que: “*la existencia de una diferencia salarial entre trabajadores que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en*

una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad. Ahora, esa diferencia no puede sustentarse en argumentos meramente formales como la fecha de vinculación a un cargo”.

Posteriormente, en la Sentencia T-545A de 2007 la Sala señaló que:

“[...] no toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente”.

En la sentencia T-833 de 2012 la Sala Novena, sobre el principio “a trabajo igual, salario igual”, señaló que éste:

“[...] se centra en la necesidad que la remuneración asignada responda a criterios objetivos y razonables, que a su vez sean variables dependientes de la cantidad y calidad de trabajo, al igual que a los requisitos de capacitación exigidos y otros factores que compartan esa naturaleza objetiva. En ese sentido, son inadmisibles de la perspectiva constitucional aquellos tratamientos discriminados que carezcan de sustento en las condiciones anotadas, bien porque se fundan en el capricho o la arbitrariedad del empleador, o bien porque son utilizados con el fin de evitar el ejercicio de libertades ajenas a la relación laboral, como sucede con la libertad sindical”.

En resumen, nuestro ordenamiento jurídico proscribe la discriminación salarial a través del principio “A trabajo igual, salario igual” que prevé la posibilidad de diferencias salariales por razones objetivas, pero concluye una discriminación cuando se funda en ciertas razones como el sexo. La jurisprudencia por su parte, en esta línea, construyó una serie de criterios cuya observancia permite concluir una diferencia salarial no discriminatoria.

6. ¿Qué medidas de fomento de la igualdad retributiva se prevén en su ordenamiento jurídico? En concreto, ¿existe en su país la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial (auditoría externa, publicación salarios, etc.)?

Más allá del principio descrito en el punto anterior, el ordenamiento jurídico colombiano no contempla medidas positivas que fomenten la igualdad retributiva y tampoco la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial.

7. ¿Qué impacto tiene el salario en la determinación de la indemnización por finalización del contrato de trabajo? ¿Cómo se calcula dicha indemnización y, de manera breve, cuáles son los supuestos de extinción más habituales?

En el ordenamiento jurídico colombiano la indemnización por despido sin justa causa dependerá enteramente de la falta de estructuración de una justa causa de despido y se calculará atendiendo el tipo de contrato que se haya celebrado.

En los contratos por obra o labor el artículo 64 del CST dispone que el valor de la indemnización por parte del empleador, corresponderá a los salarios debidos durante el tiempo que falte para la finalización de la obra o labor a la que haya sujetado el contrato, sin que el monto de dicha indemnización pueda ser inferior a quince (15) días de salario. En los contratos de trabajo a término fijo (aquellos que están sujetos a un plazo) el mismo artículo señala que el valor de la indemnización por despido sin justa causa a cargo del empleador, será la correspondiente al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato de trabajo.

Y en los contratos de trabajo a término indefinido (no están sujetos a plazo ni condición) el artículo 28 de la ley 789 de 2002 consagra la indemnización en atención al monto del salario del trabajador, así: Para los trabajadores que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes: treinta (30) días de salario por año laborado. Sin embargo, cuando lleve más de un año de trabajo se reconocerá como indemnización veinte (20) días de salario por cada año de trabajo y proporcionales por fracción si no alcanza el año, adicionales a los treinta (30) días por el primer año laborado. Para los trabajadores que devenguen diez (10) o más salarios mínimos legales mensuales vigentes: veinte (20) días de salario por el primer año laborado, y quince (15) días de salario por cada año adicional al primer año laborado y proporcionalmente por fracción.

Vale indicar que en ambas situaciones si lleva menos de un año deberá reconocerse no proporcional sino treinta (30) y veinte (20) días de salario dependiendo del monto del salario.

Dicho esto, el monto salarial es fundamental a la hora de calcular el monto de la indemnización por despido sin justa causa. Se indica además que esta indemnización sólo tiene lugar cuando el vínculo laboral termina sin fundarse en alguna de las justas causas taxativamente previstas en la legislación laboral. Así las cosas, no es posible indicar los supuestos de terminación más habituales, ya que para nuestro ordenamiento sólo resulta relevante la falta de estructuración de una justa causa junto a la naturaleza del contrato laboral, más allá de la razón real, a efectos de determinar el monto indemnizatorio.

8. ¿Existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva? ¿Y en la contratación de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal?

De acuerdo a lo indicado por el artículo 79 de la Ley 50 del año 1990, los trabajadores en misión de las Empresas de Servicios Temporales tienen derecho a recibir un salario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando las escalas de antigüedad.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral en Sentencia SL 16404 del 5 de noviembre del año 2014, indicó que este artículo pretende eliminar abusos frente a la contratación de personal a través de Empresas de Servicios Temporales a un menor costo, atendiendo el mandato constitucional del artículo 53 de la Constitución Política y lo preceptuado en los artículos 10 y 143 del CST.

Según esta corporación, la igualdad de trato salarial se predica de todo tipo de salario y con todo señala es posible una diferencia salarial siempre y cuando obedezca a factores objetivos relacionados con la igualdad de cargo y labor, la eficiencia y jornada.

9. ¿Es posible introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación?

En el ordenamiento jurídico colombiano el pliego de condiciones es el acto administrativo por medio del cual una entidad del Estado establece las reglas a las cuales debe sujetarse aquel que desee participar en un determinado proceso de contratación estatal.

En virtud del principio de planeación, previsto en diversos artículos del Estatuto General de la Contratación Estatal, la entidad pública debe diseñar un pliego de condiciones dentro de los límites legales y constitucionales, en el cual se debe determinar las condiciones, características y requisitos objetivos que regularán el proceso de selección y contratación.

Así las cosas, si la entidad considera que para garantizar las calidades, por ejemplo, del personal que va a participar en la ejecución del contrato estatal debe establecer remuneraciones, dicho requisito no resulta contrario a nuestro ordenamiento.

10. ¿Es posible que la empresa modifique (disminuyendo) el salario previsto en contrato de trabajo y/o convenio colectivo? ¿En qué casos y respetando qué límites?

Por aplicación de la regla del *ius variandi*, como manifestación del atributo de la subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo conforme con lo previsto por el artículo 23 CST, el empleador está facultado para modificar las condiciones de prestación del servicio, siempre que tal cambio no implique una desmejora económica para el trabajador, ni afecte negativamente su dignidad.

A partir de esta premisa, el empleador no puede disminuir unilateralmente el monto del salario establecido contractual o convencionalmente, y no puede hacerlo, porque además de encontrar una limitante en el *ius variandi* ya referido, tal modificación implica, necesariamente, la afectación de sendos actos jurídicos bilaterales, como lo son el contrato de trabajo, por una parte, y la convención colectiva, por otra. Al respecto, es procedente el postulado fundacional del derecho de contratos, continente de la autonomía de la voluntad privada, conforme con el cual el contrato es ley para las partes, y solo puede ser invalidado por su común voluntad, o por mandato legal, que en Colombia se encuentra consagrado en el artículo 1602 del Código Civil.

Ahora bien, estado proscrita la facultad unilateral para disminuir el salario, a partir de su origen convencional, si se permite la modificación, tanto en aumento como en disminución, a través de una reforma bilateral al contrato o a la convención colectiva. En tratándose del contrato, tal modificación se materializará en un otrosí; respecto de la convención, ésta deberá efectuarse mediante los procedimientos propios de la negociación colectiva.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-911 de 2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-833 de 2012.

SALARIO Y DESIGUALDADES EN COSTA RICA

Dr. Alexander Godínez Vargas
Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica y
Coordinador del Doctorado en Derecho
Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica

Dra. Isabel C. Jaramillo Arango
Consultora en Derecho del Trabajo y Recursos Humanos

Introducción

Sin duda alguna el trabajo, se ha transformado vertiginosamente en los últimos años, y con ello también el tema de los salarios donde pese a los esfuerzos del Estado por tratar de lograr por medio de ellos y de otras políticas públicas, una mayor inclusión social y con ello una mayor igualdad, se continúa sin alcanzar esos objetivos. Adicionalmente, el flagelo de la discriminación por sexo, tanto en el ingreso al empleo como en materia de salarios, persiste. Existen estudios periódicos y entre ellos, el elaborado por el Estado de la Nación, donde se estimó que la discriminación salarial puede atribuirse la magnitud de la brecha de ingresos y que en consecuencia, *“el principal resultado es que, en ausencia de ese fenómeno, las mujeres deberían percibir remuneraciones por hora superiores a las de los hombres, dada su mejor calificación. Sin embargo, la presencia del componente de discriminación reduce esa “ventaja” y ocasiona que los ingresos promedio de ellas sean similares y hasta inferiores a los de ellos”*¹⁴⁶.

Por otra parte, según el resumen de indicadores sociales, para el período 1990-2017, se puede apreciar como el índice de salarios mínimos reales, promedio del año (base 1984=100) para el 2017 fue de 136,6 y el ingreso promedio real mensual de los ocupados/(junio 2015=100), para ese mismo año fue de ¢474.246 colones¹⁴⁷¹⁴⁸.

A pesar del crecimiento que ha tenido el país y la baja inflación, *“el buen desempeño de estos indicadores no ha generado progreso en el balance social: la desigualdad aumenta, la pobreza por ingresos se mantiene estancada, el ingreso real de los ocupados no crece en los sectores más vulnerables, ni en las clases sociales que perciben menores salarios, y las oportunidades de empleo son limitadas. Esta desconexión ha sido una característica de la economía costarricense en lo que va del*

¹⁴⁶ ESTADO DE LA NACIÓN. Programa de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2018, p.86

¹⁴⁷ La tasa de cambio actual es aproximadamente de 600 colones por un dólar estadounidense.

¹⁴⁸ Estado de la Nación. Programa de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, op.cit., p.48

*siglo XXI*¹⁴⁹. Por ello se hace necesario crear políticas públicas que permitan mejorar las capacidades de fomento e innovación en el sector productivo e invitar a participar de las mismas a los encadenamientos productivos con el fin de lograr un mayor equilibrio económico y social.

2. ¿Existe un salario mínimo interprofesional estipulado a nivel normativo?

El Consejo Nacional de Salarios es la instancia tripartita más antigua en el país y su creación se encuentra prevista en la misma Constitución Política (artículo 57).

La organización y competencias de este órgano técnico fueron desarrolladas por medio del Decreto-Ley No. 832 del 4 de noviembre de 1949 y tiene como competencia exclusiva la fijación de salarios mínimos en el sector privado (artículo 2).

Se trata de un órgano de desconcentración máxima del MTSS y goza de plena autonomía y de personalidad y capacidad jurídicas instrumentales (Ibídem).

El Consejo lo integran 9 miembros directores por partes iguales: 3 en representación del Estado, 3 de los patronos y 3 de los trabajadores (artículo 4).

Para el nombramiento de los representantes de los actores sociales, corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con un mes de antelación, publicar un aviso en el diario oficial -La Gaceta-, solicitando a las organizaciones interesadas para que propongan una lista con el nombre de diez personas. Una vez recibida esta información, el Poder Ejecutivo, por medio de Decreto, hará el nombramiento, “*para lo cual gozará de libre facultad de elección*” (artículo 6).

El mandato de los miembros directores es de 4 años, siendo reelegibles indefinidamente; aunque podrán ser removidos de sus cargos “en cualquier tiempo”, si quien le propuso le “negare su confianza” (artículo 8).

Aunque el Consejo se ha venido reuniendo con regularidad para dar cumplimiento a su labor más importante, que es la fijación de salarios mínimos, en un número significativo de ocasiones, según sea la política monetaria del Gobierno, a falta de acuerdo entre las partes, el Poder Ejecutivo ha terminado imponiendo por Decreto Ejecutivo, los aumentos semestrales, que regían a partir del 1° de enero para todo el primer semestre y a partir del 1° de julio para el segundo semestre.

A partir del Acuerdo adoptado en la sesión del N° 5414 del 31 de octubre 2016, las

¹⁴⁹ Ibid, p.96

fijaciones de salarios mínimos para el año 2017 y siguientes se hace una vez al año, en el segundo semestre con fecha de rige para el 1° de enero siguiente y por todo el año.

No existe un único salario interprofesional, sino múltiples salarios, que se aplican a nivel nacional, sin distinción de la región geográfica del país en la que se encuentre el centro de trabajo. Los datos que se consignan son los vigentes en el 2017 y aprobados mediante Decreto N°40743-MTSS del 13 de noviembre del 2017.

Existen salarios específicos para ciertas actividades económicas, como es el caso de los trabajadores de los sectores de Agricultura (incluyendo los subsectores: Agrícola, Ganadero, Silvícola, Pesquero, Acuícola), Explotación de Minas y Canteras, Industrias Manufactureras, Construcción, Electricidad, Comercio, Turismo, Servicios, Transportes y Almacенamientos, en las que se fija un salario diario por jornada ordinaria de acuerdo a 4 categorías de empleados: a) Trabajadores no Calificados (¢ 10,060.75), b) Trabajadores Semicalificados (¢10,940.34), c) Trabajadores Calificados (¢11,141.73) y d) Trabajadores Especializados (¢13,141.39).

Estas categorías fueron definidas en los perfiles ocupacionales, que fueron aprobados por el Consejo Nacional de Salarios y publicados en el periódico oficial La Gaceta N° 233 de 5 de diciembre 2000. Los perfiles cada vez son de más difícil utilización dado que no son revisados periódicamente y han perdido utilidad práctica.

Si estos mismos trabajadores realizan labores ya reconocidas como pesadas, insalubres o peligrosas – en caso de duda sobre la existencia de esta condición, la determinación la hace el Consejo de Salud Ocupacional adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, el salario mínimo es mayor, al disponerse qué valor por hora es equivalente a la sexta parte del salario fijado por jornada diaria para el trabajador no calificado, cuyo valor por hora se calcula sobre ocho horas.

Luego, existe un salario mínimo para todas las demás actividades económicas, llamado “genérico”, de acuerdo a varios criterios.

De un lado, se utilizan las mismas 4 categorías de empleados ya indicadas, con el único dato de que el salario se fija en un monto mensual: a) Trabajadores no Calificados (¢300,255.79), b) Trabajadores Semicalificados (¢339,028.23), c) Trabajadores Calificados (¢339,572.06) y d) Trabajadores Especializados (¢381,335.61).

De otro, se dispone un salario mínimo mensual de aplicación incluso para las actividades específicas, según el nivel de formación académica que se exija al ser contratado de acuerdo al perfil ocupacional: a) Técnicos Medios de Educación

Diversificada: ¢355,847.32, b) Técnicos de Educación Superior: ¢438,542.68,, c) Diplomados de Educación Superior: ¢473,642.47, d) Bachilleres Universitarios: ¢537,222.66 y e) Licenciados Universitarios: ¢644,689.30.

Finalmente, hay salarios mínimos para ocupaciones específicas, la mayor parte de oficios y alguna profesión: a) Recolectores de café (por “cajuela”, una medida propia en la recolección del café): b) Recolectores de coyol (por kilo), c) Estibadores por caja de banano, d) Estibadores por tonelada, e) Estibadores por movimiento, f) Servicio doméstico, g) Trabajadores de especialización superior h) Periodistas (incluyendo el 23% en razón de disponibilidad), i) Taxistas en participación, el 30% de las entradas brutas del vehículo o ¢11.897.51 por jornada diaria ordinaria, j) Agentes vendedores de cerveza, el 2.45% sobre la venta, considerando únicamente el valor neto del líquido, k) Circuladores de periódicos, el 15% del valor de los periódicos de edición diaria que distribuyan o vendan y l) servicio doméstico: 183,046.00 (mensual) –tradicionalmente el menor de todos –el “*minimo minimorum*”.

Finalmente, para cualquier otro trabajador no cubierto por ninguna de las anteriores indicaciones, el salario mínimo no podrá ser inferior al del Trabajador no Calificado fijado para las actividades económicas específicas, es decir, de ¢ 9.822,07 diarios en jornada diurna.

Otros detalles adicionales relevantes, para determinar la cuantía mínima que deberá respetarse, son los siguientes: a) los montos ya indicados, salvo que se disponga otra medida, están referidos a la jornada ordinaria; b) si el salario se paga por semana, el salario mínimo semanal se calcula por 6 días, es decir, el salario mensual debe dividirse entre 26 y multiplicarse por los días efectivamente trabajados, excepto en comercio en que siempre se deben pagar 7 días; c) si el salario se paga por quincena comprende el pago de 15 días, o si es mensual cubre 30 días, independientemente de la cantidad de días que tenga el mes.

2. ¿Es habitual que los convenios colectivos regulen un “plus de antigüedad”? ¿Y complementos vinculados a la productividad?

No es común que mediante la negociación colectiva se regulen en general, “pluses” por productividad. Son muy pocas las negociaciones que los incorporan.

En el sector privado, sí es más frecuente la aprobación de “bonos” o “incentivos” por productividad, vinculada a variables tanto individuales como grupales. Estos bonos y o incentivos se regulan mediante políticas internas aprobadas por las propias empresas y

escasamente negociadas con los trabajadores, salvo si trata del personal de alta dirección.

El criterio de antigüedad por sí solo, se utiliza con frecuencia en el sector público, sea por ley o por medio de la convención colectiva de trabajo, para crear “pluses” salariales, denominados “anualidades” o “quinquenios”, los cuales se fijan en un determinado porcentaje sobre el salario base. Estos pluses suelen estar condicionados a un límite máximo de anualidades o quinquenios que pueden otorgarse.

3. ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación, el convenio colectivo establezca una doble escala salarial (es decir, un salario diferente por un trabajo de igual valor en función de la fecha de ingreso en la empresa)? ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación y sin que el convenio colectivo diga nada al respecto, un empresario pueda pagar diferente a dos trabajadores por un trabajo de igual valor?

Tres normas constitucionales regulan, en lo que nos interesa, el principio de igualdad y la prohibición de actos discriminatorios en el empleo u ocupación; los artículos 33, 57 y 68.

El primero establece una regla de aplicación genérica, porque no sólo prohíbe las discriminaciones originadas en relaciones de empleo u ocupación, sino también, cualquier otra en la que una persona reciba de otra, un trato desigual: *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*.

El segundo se refiere al mismo principio, sólo que de modo específico su ámbito de aplicación se centra en el mundo del trabajo y dentro de éste, al salario; si bien, se limita a prohibir la discriminación salarial por género: *“El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”*.

El tercero, se asemeja al segundo, aunque difiere respecto de éste, en el factor o motivo de discriminación cuya utilización se prohíbe, que en este caso es la nacionalidad: *“No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores. En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense”*.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de examinar la constitucionalidad y posible violación del principio de igualdad,

específicamente salarial, cuando coexisten en una misma institución pública dos o más escalas salariales que se aplican a personas que se desempeñan en el mismo puesto.

En el caso de la política salarial del Banco Central de Costa Rica y desde la primera sentencia dictada (Voto 2000-02927 de las 9 horas 38 minutos del 31 de marzo del 2000), la Sala Constitucional reconoció que la existencia de dos escalas salariales (la nueva y la anterior), no es por sí misma motivo de desigualdad si existen criterios objetivos que fundamentaron la aplicación de cada una de ellas, por lo que pueden seguir coexistiendo.

"V.- Por otra parte, alegan los recurrentes que en el Banco Central de Costa Rica existen diferentes escalas salariales y que ellos pertenecen a una escala salarial que les perjudica pues realizan las mismas funciones y tienen iguales categorías profesionales que otros servidores, pero reciben un salario inferior... El recurrido afirma que la vigencia de estas escalas salariales integradas por salarios básicos y pluses salariales, permiten respetar eventuales derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas de sus servidores, siendo que para cada una de ellas existen reglas de contratación y condiciones salariales ligadas a esas reglas que son distintas entre los distintos funcionarios que las integran. Lo anterior implica, como se informa, que no existe una igualdad plena de circunstancias por tratarse de funcionarios contratados y ubicados en momentos diferentes cuando regían escalas distintas de modo que existen diferencias entre unos y otros como por ejemplo en cuanto a vacaciones, auxilio de cesantía, pero sobre todo la diferencia radica en la aplicación del régimen de prohibición. A partir de lo dicho se tiene entonces que las condiciones de los recurrentes frente a otros trabajadores del Banco Central es diferente, pero no por una arbitrariedad del recurrido, sino por cuanto existen elementos objetivos que así lo han motivado, por lo que no estima la Sala que existan motivos de discriminación o criterios de desigualdad que merezcan ser amparables".

Esta misma regla se aplicaría para el caso de que en una convención colectiva y con motivo de una renegociación de la misma, se creara una escala salarial distinta, para quienes a partir de una determinada fecha, fueran contratados en la empresa.

4. ¿Cuál es el efecto de incrementos salariales introducidos por ley o convenio colectivo sobre trabajadores que perciben un salario superior? ¿Estos incrementos salariales son compensados o absorbidos?

La negociación colectiva, si bien puede ser empresarial o de ámbito supra empresarial, tradicionalmente solo ha sido desarrollada en el primer ámbito, con lo que no se ha presentado ningún caso en el que se apliquen al mismo tiempo dos o más convenios.

Por medio de la negociación colectiva o bien, por políticas internas de la empresa, puede fijarse el criterio por el cual son revisados los salarios, que bien puede estar indexado al índice de precios al consumidor, o regirse por los incrementos nominales o relativos que disponga el Consejo Nacional de Salarios.

En ausencia de una regulación que implemente estos criterios de revisión de salarios, los aumentos que disponga el Consejo Nacional de Salarios sobre los salarios mínimos, no son vinculantes para los empleadores, si el salario que recibe el trabajador sigue siendo superior al salario mínimo de ley

Por otra parte, el convenio colectivo de trabajo solo es aplicable en tanto favorezca las condiciones de trabajo fijadas para el trabajador.

5. ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial recibe la discriminación por razón de sexo en materia salarial?

Ya señalábamos que el artículo 57 de la Constitución Política señala que: *“El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”*.

Este principio es desarrollado en los artículos 404 y 405 del Código de Trabajo que disponen, en su orden, que *“se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de... sexo”* y que *“todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a... remuneración, sin discriminación alguna”*.

Un caso concreto, en procura de evitar un trato discriminatorio, es la regla legal por medio de la cual, durante la maternidad, se hace la excepción de que lo percibido por la trabajadora sea considerado como un “subsidio” –definido jurisprudencialmente como el monto entregado por el empleador en casos en los que el trabajador no presta sus servicios- y por ello, de naturaleza no salarial, y por el contrario, para que no se afecten otros derechos que se calculan sobre el salario percibido, la remuneración que se le entrega recibe el tratamiento legal de salario, tal y como seña el artículo 95 del Código de Trabajo.

Aunque no existe una sentencia exacta que trate el caso de la prohibición de la discriminación salarial por sexo, a este supuesto le es aplicable la construcción doctrinal de la Sala Constitucional, en relación a la proyección del principio de igualdad.

"... la Sala considera que no ha existido violación al principio de igualdad ante la ley, porque no puede entenderse que la igualdad significa que todos han de ser tratados por igual, con independencia de las posibles diferencias entre los individuos. El principio de igualdad significa que no se pueden introducir desigualdades discriminatorias, aunque sí desigualdades razonables, justificadas por cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; porque dar un tratamiento similar a situaciones desiguales, conllevaría una mayor desigualdad. Dar un tratamiento diverso a situaciones distintas es compatible con un Estado democrático y social de Derecho, por los valores que éste consagra: Justicia, Libertad, Igualdad, Seguridad Jurídica y Solidaridad." (Voto N.º 1266-95 de las quince horas treinta y nueve minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco).

6. ¿Qué medidas de fomento de la igualdad retributiva se prevén en su ordenamiento jurídico? En concreto, ¿existe en su país la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial (auditoria externa, publicación salarios, etc.)?

En adición a las normas constitucionales y legales que prohíben la discriminación, no hay normas legales orientadas a la promoción de la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Sin embargo, existen los medios para ejercer un control, de manera indirecta, si se tiene en cuenta que los salarios reportados a la Caja Costarricense del Seguro Social y al Instituto Nacional de Seguros –ente administrador del seguro de riesgos del trabajo–, están en la obligación de facilitar la información que se les requiera en materia salarial.

En el sector público, los montos percibidos por salarios y el desglose de los mismos, también se ha considerado información de acceso público. Incluso, algunas instituciones promueven políticas de transparencia salarial.

7. ¿Qué impacto tiene el salario en la determinación de la indemnización por finalización del contrato de trabajo? ¿Cómo se calcula dicha indemnización y, de manera breve, cuáles son los supuestos de extinción más habituales?

En el denominado “contrato por tiempo indefinido”, con motivo del “despido con justa causa” o “despido justificado”, deberá entregarse al trabajador dos indemnizaciones: a) preaviso (artículo 28 del Código de Trabajo) y b) auxilio de cesantía (artículo 29 del Código de Trabajo).

El valor de ambas indemnizaciones dependerá de la antigüedad del trabajador, siempre que la misma sobrepase los 3 meses y para calcularlo se toma como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término (artículo 30 del Código de Trabajo). No se excluyen del cómputo de antigüedad, pero sí de los salarios, los períodos de suspensión del contrato, especialmente por incapacidad.

En cuanto al preaviso, su valor oscila entre 7 y 15 días antes del año y a partir del año, es de un mes. En cuanto al auxilio de cesantía, su valor oscila entre 7 y 14 días antes del año y a partir del año, se cancela un máximo de 8 períodos anuales, con un valor cada uno, según una escala por antigüedad, que oscila entre 19.5 y 22 días.

En los denominados “contratos a tiempo fijo y para obra determinada” (artículo 31 del Código de Trabajo), el “despido sin justa causa”, antes del advenimiento del plazo o de la conclusión de la obra, obliga al empleador al pago de dos indemnizaciones. La primera, de “daños y perjuicios”, que deberá valorar el juez, según la prueba presentada por el trabajador, quien deberá demostrar los daños y perjuicios concretos que sufrió, en relación con tres criterios que la ley señala: el tiempo de duración del contrato resuelto, la importancia de la función desempeñada y la dificultad que el trabajador tenga para procurarse cargo o empleo equivalente. Jurisprudencialmente, lo único cierto es que no equivale al 100% de los salarios dejados de percibir, pero no existe una regla clara y precisa que permita determinar a priori su monto, que queda al acuerdo de las partes y en caso de disputa a la solución judicial.

La segunda indemnización, comúnmente denominada como “fija”, es un monto equivalente a un día de salario por cada siete días de trabajo continuo ejecutado o fracción de tiempo menor; pero en ningún caso esta suma podrá ser inferior a tres días de salario, y si el contrato se había estipulado por seis meses o más “o la ejecución de la obra, por su naturaleza o importancia, deba durar este plazo u otro mayor, la referida indemnización adicional nunca podrá ser inferior a veintidós días de salario”. En cuanto a los salarios que se computaran, se utiliza la misma regla que para el pago de preaviso y el auxilio de cesantía.

El salario, en cualquier caso, es el salario total, incluyendo los salarios ordinarios y extraordinarios, en efectivo y en especie, así como las bonificaciones o incentivos recibidos.

8. ¿Existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva? ¿Y en la contratación de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal?

No existe una norma legal o un principio que determine la igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva. Tampoco lo existe en el caso de la contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal. Tampoco se ha aplicado este principio ni siquiera cuando existe en la empresa principal en la que laboran las otras personas subcontratadas, una convención colectiva de trabajo.

9. ¿Es posible introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación?

No existe norma legal que exija introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación, ni siquiera cuando existe una convención colectiva de trabajo.

Tampoco la exigencia de retribuir de una forma distinta a la legal, más favorable a los trabajadores, existe como criterio para asignar un puntaje adicional a quien participa en un contrato público.

10. ¿Es posible que la empresa modifique (disminuyendo) el salario previsto en contrato de trabajo y/o convenio colectivo? ¿En qué casos y respetando qué límites?

Los beneficios convencionales, incluyendo los salariales, mientras esté vigente el convenio, solo pueden reducirse mediante acuerdo posterior. Una vez denunciado el convenio y concluido el plazo, el convenio puede negociarse “a la baja”. No existe un procedimiento legal que permita a una de las partes pedir su revisión antes de su vencimiento, ni tampoco una acción de tal naturaleza ha sido examinada judicialmente.

Las condiciones salariales previstas en un contrato de trabajo pueden ser modificadas únicamente de común acuerdo. Si se realiza de manera unilateral el trabajador puede dar por rescindido su contrato de trabajo con responsabilidad patronal (artículo 83 del Código de Trabajo), alegando un “ius variandi abusivo”.

Si la modificación se hace de común acuerdo, el daño causado debe ser indemnizado, lo que suele hacerse mediante el pago de una liquidación parcial de prestaciones, cuyo cálculo se hace como si se fuera a realizar un despido con responsabilidad patronal, solo que el cálculo de la suma a cancelar se fundamenta en el monto del perjuicio.

Estos acuerdos pueden ser revisados judicialmente en tanto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, que siendo el salario un derecho irrenunciable (artículo 11 del Código de Trabajo y 74 de la Constitución Política), el acuerdo no impide el derecho del trabajador de acceso a la justicia.

La otra alternativa a la que suele recurrirse es el despido del trabajador con pago de prestaciones laborales, lo que la ley permite incluso por voluntad del patrono (artículo 85 inciso d del Código de Trabajo) y que los tribunales de justicia y el Ministerio de Trabajo han sugerido como solución para cambios en condiciones esenciales del contrato de trabajo.

“VI.- Nuestra legislación establece y permite, en el sector privado, el régimen de libre despido; conforme al cual, el patrono, puede despedir a sus trabajadores, sin que medie justa causa de despido, siempre que les pague las indemnizaciones previstas para un despido incausado. Entonces, en un régimen como este, existe plena libertad del patrono de prescindir de sus trabajadores, siempre y cuando, con ello no pretenda burlar o defraudar la legislación social. En el caso que se analiza, el trabajador pretende que se anule el contrato de trabajo, firmado el 2 de mayo de 1996, porque le disminuyó su salario.... No se estima que exista algún factor que legítimamente lleve a declarar la nulidad del finiquito; pues, con independencia de la firma del mismo, por parte del trabajador, la relación laboral se entendía concluida con responsabilidad patronal; pagándosele, como se hizo, los extremos laborales correspondientes. Tampoco se deriva nulidad alguna del nuevo contrato de trabajo, firmado por el trabajador, por vicio en el consentimiento; dado que, el actor, estaba en absoluta libertad de aceptar o no los términos de la nueva contratación; sin que aquí se hayan presentado algunos de los elementos capaces de viciar la voluntad; tales como la falsedad, el error, la violencia física o moral, el dolo, el miedo grave, entre otros. No puede estimarse que, la natural y normal necesidad de laborar, por parte del trabajador, sea motivo suficiente para declarar una nulidad, menos cuando de ese contrato no se desprenden violaciones a los derechos mínimos de los trabajadores...”
(Res: 00178-99. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y nueve).

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

ESTADO DE LA NACIÓN. Programa de de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible/PEN-CONARE. San José, C.R.: Servicios Gráficos AC. 2018. En: <https://www.estadonacion.or.cr>

SALA CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto 2000-02927 de las 9 horas 38 minutos del 31 de marzo del 2000.

SALA CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N.º 1266-95 de las quince horas treinta y nueve minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

SALA SEGUNDA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 00178-99. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y nueve.

SALARIO Y DESIGUALDADES EN URUGUAY

Mario Garmendia Arigón

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho, Universidad CLAEH, Punta del Este, Uruguay), Magíster en Derecho del Trabajo

Introducción

En Uruguay, el Poder Ejecutivo fija anualmente el valor del “salario mínimo nacional”, concepto que se encuentra definido en el Decreto n° 1534/1969, de fecha 28 de noviembre de 1969, como el “piso por debajo del cual no puede estar ninguna remuneración”.

El valor actual de dicho salario mínimo nacional (vigente desde el 1° de enero de 2018) es de \$ 13.430 (pesos uruguayos). Traducida a euros, esa suma equivale a aproximadamente € 361. El Poder Ejecutivo ya ha anunciado que el importe del salario mínimo nacional pasará a ser de \$ 15.000 a partir del 1° de enero de 2019 (€ 411, aproximadamente).

El ingreso medio salarial per cápita (según datos del Instituto Nacional de Estadísticas- www.ine.gub.uy) en el tercer trimestre de 2018, ha sido de \$ 31.388 (€ 858, aproximadamente). Para ese mismo periodo, se estima que el ingreso medio salarial por hora ha sido de \$ 194 para los hombres y de \$ 191 para las mujeres (€ 5,34 y € 5,26, respectivamente). Diversos estudios dan cuenta de que la brecha salarial por género es del entorno del 23,9% en perjuicio de los salarios de las mujeres y que la misma ha tenido una tendencia decreciente en los últimos años (<https://www.elpais.com.uy/informacion/brecha-salarial-mujeres-dias-gratis-ano.html>).

Existe además en Uruguay un mecanismo de negociación colectiva tripartito (con participación de representantes del Poder Ejecutivo) para la fijación de los salarios mínimos y ajustes salariales por ramas de actividad y por categorías laborales (Consejos de Salarios). Dicho mecanismo se encuentra consagrado en la Ley n° 10.449, del 12 de noviembre de 1943, en cuyo artículo 1° se define el “salario mínimo” (a los efectos de esta ley) como “...*aquel que se considera necesario, en relación a las condiciones económicas que imperan en un lugar, para*

asegurar al trabajador un nivel de vida suficiente, a fin de proveer a la satisfacción de sus necesidades físicas, intelectuales y morales". El referido instrumento legal ha tenido a lo largo de la historia una aplicación irregular, habiendo existido periodos (1968-1985 y 1991-2005) en los que no fueron convocados los Consejos de Salarios. Desde 2005 hasta la fecha éstos han funcionado con regularidad, lo que ha tenido como resultado un importante incremento del salario real en el periodo (estimado entre un 40% y un 50% aproximadamente).

1. ¿Existe un salario mínimo interprofesional estipulado a nivel normativo?

Existe en Uruguay un salario mínimo nacional estipulado a nivel normativo y aplicable a todas las actividades y sectores profesionales. Dicho salario mínimo nacional es fijado anualmente por el Poder Ejecutivo y se encuentra definido por el decreto n° 1534/1969, del 28 de noviembre de 1969, como el "piso por debajo del cual no puede estar ninguna remuneración". El valor actual de dicho salario mínimo nacional (vigente desde el 1° de enero de 2018) es de \$ 13.430 (pesos uruguayos). Traducida a euros, esa suma equivale a aproximadamente € 361. El Poder Ejecutivo ya ha anunciado que el importe del salario mínimo nacional pasará a ser de \$ 15.000 a partir del 1° de enero de 2019 (€ 411, aproximadamente).

Previo a la determinación del importe del salario mínimo nacional, es preceptiva para el Poder Ejecutivo la consulta al Consejo Superior Tripartito (órgano creado por la ley n° 18.566, del 11 de septiembre de 2009, que se integra con delegados del Poder Ejecutivo y de las organizaciones profesionales de trabajadores y de empleadores más representativas).

2. ¿Es habitual que los convenios colectivos regulen un "plus de antigüedad"? ¿Y complementos vinculados a la productividad?

Sí, en Uruguay es habitual que en los convenios colectivos y acuerdos de Consejos de Salarios contemplen beneficios o adicionales (pluses) por antigüedad. Una porción importante de dichos instrumentos establece ese tipo de beneficios por antigüedad; es decir, un plus salarial calculado en atención a la antigüedad del trabajador en la empresa, independientemente de otras variables de productividad. Por el contrario, en Uruguay, si bien existen ejemplos, es bastante infrecuente que los

convenios colectivos regulen pluses o complementos salariales vinculados a la productividad individual del trabajador o a la productividad de la empresa.

3. ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación, el convenio colectivo establezca una doble escala salarial (es decir, un salario diferente por un trabajo de igual valor en función de la fecha de ingreso en la empresa)? ¿Se permite que, sin que haya una situación de discriminación y sin que el convenio colectivo diga nada al respecto, un empresario pueda pagar diferente a dos trabajadores por un trabajo de igual valor?

En Uruguay no existen antecedentes de establecimiento mediante convenio colectivo de una “doble escala salarial” en función de la fecha de ingreso en la empresa. La legitimidad de un convenio de ese tipo sería muy cuestionable, por contravenir el principio de igualdad salarial. Lo antedicho es sin perjuicio de lo señalado en la respuesta anterior en cuanto a la frecuencia de acuerdos que contemplan los pluses por antigüedad.

Con respecto a la viabilidad jurídica de que el empleador pague salarios diferentes a dos trabajadores que realizan la misma tarea, la respuesta es negativa si el valor del trabajo de ambos fuera igual. Sin embargo, se admite la diferenciación salarial cuando ésta no está relacionada en factores discriminatorios.

En esta línea, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que no todas las diferencias salariales deben considerarse contrarias a derecho, sino solamente aquellas que poseen un sentido discriminatorio. La equiparación salarial absoluta -dice la SCJ- no ha sido recogida por el ordenamiento jurídico uruguayo y, por ende, sólo resulta ilícita la diferenciación salarial basada en “...causales prohibidas por el ordenamiento positivo”. En el criterio de la Corte, no aparece como una contradicción con el principio de igualdad, constitucionalmente tutelado (artículo 8° de la Constitución de la República), que el empleador incentive a los trabajadores “que así lo merezcan”, dotándolos de un salario superior al de otros que se desempeñan en la misma categoría laboral. Pero la posibilidad de proceder en este sentido, sólo queda habilitada cuando se sustenta en “...*circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas*” (Sentencia N° 84/1991, del 17.07.1991 y en términos similares

Sentencias N° 68/1997 –del 02.04.1997-; N° 28/1999, del 24.02.1999; N° 89/1999, del 21.04.1999; N° 68/2001, del 28.05.2001; N° 68/2003, del 19.03.2003; N° 399/2003 –del 10.12.2003-; N° 20/2004, del 09.02.2004, etc.).

En definitiva, entonces, la Suprema Corte de Justicia reconoce que la correcta inteligencia del principio de igualdad, habilita la posibilidad de considerar lícitas las distinciones salariales entre trabajadores de la misma categoría, siempre que las mismas encuentren su base en pautas objetivas y no discriminatorias.

4. ¿Cuál es el efecto de incrementos salariales introducidos por ley o convenio colectivo sobre trabajadores que perciben un salario superior? ¿Estos incrementos salariales son compensados o absorbidos?

Los incrementos salariales aplican con carácter general a todos los trabajadores, es decir, incluso beneficiando a aquellos que perciben salarios superiores a los establecidos como mínimos para sus correspondientes categorías.

5. ¿Qué tratamiento legal y jurisprudencial recibe la discriminación por razón de sexo en materia salarial?

El artículo 8 de la Constitución de la República consagra el principio de igualdad (“*Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes*”). Prohíbe toda discriminación que viole principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral (Decreto Reglamentario 37/997).

A su vez, la Ley n° 16.045, del 2 de junio de 1989, prohíbe “*toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral*” (artículo 1°). La norma también aclara expresamente que dicha prohibición se proyecta en materia de llamados para provisión de cargos, criterios de selección, reclutamiento y contratación, criterios de evaluación de rendimiento, derecho a la promoción y ascenso, estabilidad laboral, beneficios sociales, suspensión y despido, posibilidades de formación o reconversión profesionales y técnica, capacitación y actualización y criterio de remuneración.

A pesar de lo antes señalado, se verifica una brecha salarial en perjuicio de las mujeres, que se estima en un 23,9%, con una tendencia decreciente en los últimos años.

El tema raramente se plantea a nivel judicial, lo que determina que no exista jurisprudencia citable en la materia.

6. ¿Qué medidas de fomento de la igualdad retributiva se prevén en su ordenamiento jurídico? En concreto, ¿existe en su país la obligación empresarial de adoptar medidas de transparencia salarial (auditoría externa, publicación salarios, etc.)?

Los salarios mínimos que aplican a cada sector o rama de actividad y, dentro de éstas, a cada categoría laboral, son uniformes para hombres y mujeres. La brecha que se produce (mencionada en la respuesta anterior) se verifica en los importes de salarios acordados por encima de dichos mínimos.

Los salarios que abonan las empresas deben reflejarse en la denominada "Planilla de Trabajo Unificada" (Decreto n° 278/2017, del 2 de octubre de 2017), cuyos datos deben ser accesibles para los trabajadores.

A su vez, la Ley n° 18.381, del 17 de octubre de 2008, dispone que los organismos públicos, estatales y no estatales (denominados "personas de derecho público no estatal"), deben difundir en forma permanente, a través de sus sitios web u otros medios que se determinen, una serie de datos e informaciones, entre las que se encuentra "*La estructura de remuneraciones por categoría escalafonaria, funciones de los cargos y sistema de compensación*".

7. ¿Qué impacto tiene el salario en la determinación de la indemnización por finalización del contrato de trabajo? ¿Cómo se calcula dicha indemnización y, de manera breve, cuáles son los supuestos de extinción más habituales?

El importe del salario nominal vigente al momento en que configura el despido es tomado como base para el cálculo de la indemnización por despido, tanto en el caso de los trabajadores que perciben una remuneración mensual, como en el caso de los trabajadores jornaleros. Ese importe se multiplica por la antigüedad que el trabajador tiene en la

empresa, a razón de una mensualidad (o 25 jornales, en el caso de los jornaleros) por cada año o fracción de antigüedad del trabajador; con un tope de seis mensualidades para el trabajador mensual o de 150 jornales para el trabajador jornalero.

La indemnización se hace exigible en caso de despido (excepto cuando el mismo encuentra su causa en la notoria mala conducta del trabajador). En caso de renuncia no está prevista una indemnización, salvo para el caso de los *vendedores de plaza y viajantes*, que se benefician con un régimen especial, que prevé una *indemnización por clientela* que se hace exigible incluso en caso de renuncia, cuando el trabajador tiene una antigüedad de al menos cinco años. Dicha *indemnización por clientela*, es equivalente al 25% de la indemnización por despido.

8. ¿Existe un principio de igualdad de trato en materia retributiva en la externalización productiva? ¿Y en la contratación de trabajadores a través de una Empresa de Trabajo Temporal?

La legislación que regula la responsabilidad de la empresa usuaria en casos de *subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra* (Ley n° 18.099, del 24 de enero de 2007 y Ley n° 18.251, del 6 de enero de 2008), contempla el principio de igualdad de trato en materia retributiva exclusivamente para el caso de la última figura mencionada (*suministro de mano de obra*). En tal sentido, el artículo 5° de la ley n° 18.099 dispone lo siguiente: “*Los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los Consejos de Salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios*”.

La norma le reconoce al trabajador que realiza la *misión*, el derecho a recibir los beneficios laborales que se establecen como mínimos obligatorios para la categoría laboral que desempeñe, de acuerdo al giro de la empresa a la que sea destinado.

9. ¿Es posible introducir un salario mínimo en una oferta pública de contratación?

Las empresas que se presentan a llamados públicos de contratación deben abonar a sus trabajadores los salarios estipulados para su sector de actividad y categoría laboral.

10. ¿Es posible que la empresa modifique (disminuyendo) el salario previsto en contrato de trabajo y/o convenio colectivo? ¿En qué casos y respetando qué límites?

En materia salarial rige el concepto de la intangibilidad y el principio de irrenunciabilidad, que determina la imposibilidad jurídica de disminuir los beneficios en perjuicio del trabajador. Esta circunstancia aplica inequívocamente en el sentido de proscribir la disminución salarial dispuesta en forma unilateral por el empleador y, asimismo, la que pudiera ser resultado de un acuerdo con el trabajador (en este último caso, sólo sería admisible si, por ejemplo, va acompañada por una rebaja proporcional de la jornada de trabajo). Tampoco está permitido disminuir los salarios mínimos acordados colectivamente, circunstancia que está vedada a texto expreso por el artículo 16 de la Ley n° 18.566, del 11 de setiembre de 2009 (“*Los convenios colectivos no podrán ser modificados por contrato individual o acuerdos plurisubjetivos en perjuicio de los trabajadores*”).

Bibliografía

GARMENDIA ARIGÓN, M., “Igualdad salarial”, en *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 5, 2014, p. 205.

GARMENDIA ARIGÓN, M., “Reflexiones en torno al principio de igualdad aplicado a la materia salarial”, *Revista Derecho Laboral*, n° 194.

PLÁ RODRÍGUEZ, A, *El Salario en el Uruguay*, Publicaciones de la FDCS, Montevideo, 1956.

Pronunciamientos judiciales

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO de 4° Turno, sent. 0511-000100, del 6 de abril de 2016, Anuario de Jurisprudencia Laboral 2016, caso 690).

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO de 4° Turno, sent. 0511-000253, del 24 de agosto de 2016. En: *Anuario de Jurisprudencia Laboral* 2016, caso 688.

SALARY AND INEQUALITIES IN CANADA

Eric Tucker

Professor, Osgoode Hall Law School, York University

Isaac Handley

3rd Year Student, Osgoode Hall Law School, York University

Introduction

Canada is a federal state and, pursuant to its constitution, labour and employment law is principally a matter of provincial jurisdiction. The federal government's powers in this field are limited to the federal public service and federally regulated businesses, which is estimated to cover about 10% of the labour force. Therefore, there are no nationally applicable laws governing the minimum wage or employment discrimination. In the discussion that follows, we refer to the common features that can be found in all or most Canadian jurisdictions, but draw principally upon the Province of Ontario, Canada's most populous province, for specific examples.

As of October, 2018, the average hourly wage in Canada for all workers 15 years and over was \$27.04. Hidden within that figure, however, are significant disparities. For example, younger workers aged 15 to 24 years make \$16.59 or about 58% of what workers 25 years and over earn, while women make about 87 cents for every dollar a man earns. Workers with union coverage earn about 20% more than those without union coverage and permanent employees make about 24% more than temporary workers. There are also enormous occupational differences. Managers, the highest paid category, earn on average \$43.40 an hour while sales and service workers, the lowest paid category, earn on average \$17.77 an hour, or about 41% of what managers earn.¹⁵⁰

We can more fully appreciate the scope of income inequality if we consider annual median before tax incomes. In 2015, the annual median income was \$34,204. However, the median income of the top 10% of income earners was \$93,739 and the median income of the top 1% was \$234,130. Moreover, income inequality has been increasing. In 2015 the top 1% earned 6.8 times as much as the median, up from 5.8 times the median in 1995.¹⁵¹

¹⁵⁰ Statistics Canada, <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/en/tv.action?pid=1410032002>.

¹⁵¹ Calculated from data provided in Andrew Jackson, "Census Data Shows Income Inequality Remains a Major Challenge" (Globe and Mail, 8 October 2017), online at <https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/census-shows-income-inequality-is-on-the-rise/article36524022/>.

1. Does your legal system legally regulate a minimum wage?

The minimum wage in Canada varies by province.¹⁵² In Ontario, the *Employment Standards Act [ESA]* sets a minimum wage of \$14 per hour.¹⁵³ There are exemptions to the minimum wage that allow certain groups to be paid less, including students and some tipped workers. Under the current law, the minimum wage will remain \$14 per hour until October of 2020, after which it will be subject to an annual inflation adjustment. The minimum wage is highly contested in Ontario, with the current Conservative provincial government eliminating a planned increase to a \$15 per hour minimum wage that would have begun in 2019.

2. Is it frequent for collective agreements to recognize seniority bonuses? And complements or bonuses related with productivity?

Neither Canadian collective bargaining law nor Canadian human rights law prohibit pay differentials on the basis of seniority or productivity. Indeed, pay equity statutes typically provide that differences in wages based on a formal seniority system or a merit compensation plan based on formal performance ratings are permissible.¹⁵⁴ It is common for more senior workers to earn more than less senior workers doing the same job, although often the wage scale stipulates a maximum that employees will reach within a set number of years. Merit pay is less common in the collective bargaining context because unions are typically reluctant to provide employers with the power to make discretionary judgments related to pay.

3. Does your legal system allow, without existing a situation of discrimination, to establish a double wage scale by collective agreement (that is, different wage for work of equal value based on the date of entry into the company)? Is it allowed for the employer, without existing a situation of discrimination and without a collective agreement, to pay different wages to different employees for work of equal value?

As mentioned in answer to question 2, the law in Ontario unambiguously allows for seniority-based compensation. This is true in both unionized and non-unionized contexts.

¹⁵² For current Canadian minimum wages, see <http://srv116.services.gc.ca/dimt-wid/sm-mw/rpt1.aspx>.

¹⁵³ *Employment Standards Act*, 2000, S.O. 2000, c. 41, s. 23.

¹⁵⁴ For example, see Ontario's *Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7, s. 8(1)(a)(c).

While Ontario has legislation mandating equal pay for work of equal value, it only guards against pay inequality on the basis of sex. Ontario also has legislation requiring equal pay for equal work, but it similarly only applies to pay inequality between sexes.

There have been recent initiatives in Canada to prohibit employers from having different pay rates for full-time, part-time and temporary agency employees performing substantially the same kind of work under similar working conditions. For more detail, see the answer to question 8.

4. What is the effect of increases on wages introduced by law or collective agreement on workers that already perceive a higher salary? Are such wage increases compensated or absorbed?

When minimum wages are increased, no adjustment is required to increase the wages of those who were earning above the minimum wage. Therefore, it is quite common to find that in the immediate aftermath of a minimum wage increase, the percentage of workers paid the minimum wage increases and the composition of minimum wage earners changes.¹⁵⁵ However, it is common for differentials to re-assert themselves as employers will often face wage pressure from workers who were working near the old minimum wage to raise their wages above the level of the new minimum wage.

5. What is the legal and case law treatment of wage discrimination on the grounds of sex?

There are several pieces of legislation that impact gender-based wage inequality in Canada.

Pay Equality and Pay Equity Legislation

There is legislation in Ontario mandating equal pay for equal work (*ESA*, s. 42) as well as separate legislation requiring equal pay for work of equal value (*Pay Equity Act*). The key distinction between these two regimes is that equal pay for equal work is about the *work itself* being the same, whereas equal pay for work of equal value is about the *value* of the work being the same. Under both approaches, pay inequality stemming from formalized seniority or merit systems is permissible.

¹⁵⁵ René Morissette and Dominique Dionne-Simard, *Recent Changes in the Composition of Minimum Wage Workers* (Statistics Canada, 13 June 2018) online at <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-006-x/2018001/article/54974-eng.htm>.

Ontario's equal pay for equal work model requires that men and women receive the same pay in circumstances where they are doing substantially the same work, requiring substantially the same skill, effort and responsibility, and performed under similar working conditions.¹⁵⁶ It is primarily enforced through investigation by the Ministry of Labour, although there is also a mechanism for employees to complain directly to their employer.

Ontario's equal pay for work of equal value model seeks to address the undervaluation of work done predominantly by women.¹⁵⁷ Ontario has adopted a proactive approach. It requires all private employers with 10 or more employees (and all government employers) to perform a comparative evaluation of the wage rates of male and female job classes with similar value, which is determined by a gender neutral job evaluation process. If pay inequity is revealed, the employer is required to raise the wage rate for the female job class to match that of the male job class performing work of equal value. This is a complex process, often marked by disputes about what constitutes a gender neutral system of job evaluation. Once pay equity is established, employers are required to maintain it – a requirement that has been the focus of both administrators and critics of the system.¹⁵⁸

Anti-Discrimination Legislation

Section 15 of Canada's *Charter of Rights and Freedoms* [*Charter*] constitutionally entrenches a prohibition on discrimination on the basis of several grounds, including "sex".¹⁵⁹ However, the *Charter* only applies to government employers. Private sector workers are instead covered by provincial and federal human rights legislation. In Ontario, the *Human Rights Code* protects against discrimination on the basis of "sex", "sexual orientation", "gender identity", "gender expression", "marital status" and "family status",¹⁶⁰ as does the federal *Canadian Human Rights Act*.¹⁶¹ The inclusion of sexual orientation, gender identity, and gender expression means that these provisions can be used to challenge wage inequality on the basis of gender broadly, instead of solely as between men and women.

¹⁵⁶ *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 42.

¹⁵⁷ *Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7, preamble.

¹⁵⁸ Emanuela Heyninck, "Gender Pay Equity in Ontario," (2017) *Policy Options*, online <http://policyoptions.irpp.org/magazines/june-2017/gender-pay-equity-in-ontario/>

¹⁵⁹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, s. 15.

¹⁶⁰ *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.

¹⁶¹ *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 3.

An employee that wants to use either the *Charter* to remedy perceived gender-based wage discrimination could sue in court, while an employee seeking recourse under human rights legislation could bring a complaint at the appropriate human rights tribunal in their jurisdiction.

6. Which measures does your legal system include to promote wage equality? Does the company have the obligation to adopt wage transparency measures (external audit, publicity of wages, etc.)?

In addition to the measures discussed in response to Question 5, some provinces have adopted wage transparency legislation. For example, in 2018 the former Liberal government of Ontario enacted the *Pay Transparency Act*.¹⁶² The Act prohibits employers from seeking compensation history from a job applicant and requires the employer to post a salary range for an advertised position. It prohibits employers from retaliating against employees for making inquiries about their compensation or disclosing their compensation to another employee. It also requires employers with 100 or more employees to prepare pay transparency reports that include information about the workforce composition and differences in compensation with respect to gender and other prescribed characteristics.¹⁶³

7. What is the impact salary when calculating the compensation for termination of the employment contract? How is such compensation calculated? Briefly, what are the most frequent cases of termination of the labor contract?

There are two parallel regimes governing entitlements to compensation when employment is terminated without grounds for summary dismissal, the common law and minimum standards legislation. Under the common law, contracts of employment can be terminated by providing notice or pay in lieu of notice. If appropriate notice or pay in lieu of notice has not been provided prior to the termination, the employee can sue for wrongful dismissal and the court will determine the length of notice that was required using four factors: length of service, character of employment, age of employee, and availability of similar employment.¹⁶⁴ Courts have adamantly rejected the view that there is a fixed formula for determining notice, and insist that it will depend on the facts of each case. Once the number of months of notice is calculated, the employee is entitled to the amount of money they would have earned during the notice period based on their salary and benefits at the time of termination.

¹⁶² S.O. 2018, c. 5.

¹⁶³ At the time of writing, no other characteristics had been prescribed.

¹⁶⁴ *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (ON HC).

The minimum standards regime provides terminated employees with an entitlement to notice and severance pay. Notice is based on years of service. For example, in Ontario, after three months of employment, employees are entitled to one week's notice. The length of notice increases for each year of service, up to a maximum of eight weeks. Employers have the option of providing notice or pay in lieu of notice. There are also special notice requirements in the case of mass terminations.¹⁶⁵

Some employees may also be entitled to severance pay. To be eligible in Ontario, an employee must have been employed for five or more years and either have an employer with a payroll of \$2.5 million or be terminated in a group of 50 or more employees. The amount of pay is based on the number of years of employment. For each year of employment, the employee is entitled to a week of severance pay, up to a maximum of 26 weeks.¹⁶⁶

Because termination and severance pay in both the common law and the minimum standards regimes are calculated in terms of weeks of notice or pay, other things being equal, higher salary workers will get more compensation than workers with lower salaries.

The most common reason given by employers for terminating the contract of employment is the end of temporary or casual employment, followed closely by business reasons and seasonal employment.¹⁶⁷

8. Does the legal system establish a principle of equal treatment in wages in cases of outsourcing? And when hiring workers through Temporary Employment Agencies?

The law in Ontario does not mandate equal pay for outsourced work or for work performed by temporary employment agency workers. In both cases, the law generally does not recognize workers who perform outsourced work as employees of the firm to whom they are providing service, whether they are providing the service as independent contractors or as employees of a subcontractor. Similarly, for the purposes of minimum standards laws, temporary agency workers are usually considered the employees of the

¹⁶⁵ *Employment Standards Act* 2000, R.S.O. 2000, c. 41, ss. 54-62.

¹⁶⁶ *Ibid.*, s. 63-67.

¹⁶⁷ Statistics Canada (2017). Labour force survey [public-use microdata]. Ottawa, ON: Statistics Canada. Accessed via UT/DLS Microdata Analysis and Subsetting with SDA. Retrieved from: <http://sda.chass.utoronto.ca/cgi-bin/sda/hsda?harsda4+1fs2017v6>. Thanks to Professor Andrea Noack for running the data.

agency, not the client. This feature of Ontario law is one of the key motivations for companies to outsource work.

As mentioned in the answer to question 3, the former Liberal government of Ontario enacted a version of equal pay for equal work that expanded protection to cover unequal pay on the basis of different employment status.¹⁶⁸ The provision, now repealed by the current Conservative government, mandated equal pay for work of equal value regardless of whether the employee was permanent or temporary, full-time or part-time, or working through a temporary employment agency. As it stands today, equal pay for equal work in Ontario only applies to sex.

9. Is it possible to introduce a minimum wage in a public tender offer?

Yes. There is a long history of legislation and regulation requiring employers on public works projects to pay at least a stipulated rate. The most recent example of a measure of this sort is the *Government Contract Wages Act*, enacted by the former Liberal government of Ontario.¹⁶⁹ The Act provides for the establishment of minimum government contract wages for building cleaning and security services work in buildings owned and occupied by (or, in some cases, leased by) government entities – and also for construction work provided under contracts with government entities. However, not all Canadian jurisdictions have such statutes and, indeed, in some jurisdictions legislation of this kind has been repealed, as is the case of the Federal jurisdiction, which repealed its *Fair Wages and Hours of Work Act*, effective January 1, 2014.¹⁷⁰

10. Is it possible for the company to modify (by lowering) workers' salary established in the labor contract or the collective agreement? If so, in which cases? And what are the limits?

In a unionized environment, the employer cannot unilaterally modify the collective agreement for any reason, including for the purpose of lowering employee compensation. If the employer wants to make changes, it can seek the union's agreement to alter the collective agreement. The union may agree to the changes, particularly in a context in which the employer is in dire financial circumstances, but the bottom line is that the employer cannot unilaterally modify the agreement without the consent of the union.

¹⁶⁸ *Employment Standards Act 2000, R.S.O. 2000, c. 41, s. 42.1.*

¹⁶⁹ 2018, S.O. 2018, c. 9.

¹⁷⁰ Repealed, S.C. 2012, c. 19, s. 441.

In a non-unionized environment, the consent of both parties is also required. Any unilateral modification of compensation that may result in reduced pay or benefits can be treated by the affected employees as a constructive dismissal.¹⁷¹ If the employee chose to pursue this option, they could sue for wrongful dismissal and be entitled to notice and termination pay as damages.

References and case law

See footnotes to text.

¹⁷¹ *Farber v Royal Trust*, [1997] 1 SCR 846.