



Lima, 21 de agosto de 2012

**INFORME N° 028 -2012-MTPE/2/14**



**De:** CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES

**Para:** SOFÍA ESTHER RUIZ BURNEO  
SOCIEDAD NACIONAL DE INDUSTRIAS

**Asunto:** CONSULTA ACERCA DE CRITERIOS APLICABLES EN MATERIA DE  
PAGO DE ASIGNACIÓN FAMILIAR

**Referencia:** CARTA N° DL-SIN/063-2012

Tengo el agrado de dirigirme a usted para poner en su conocimiento el criterio recogido por la Oficina General de Asesoría Jurídica N° 385-2011-MTPE/4/8 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de fecha 15 de abril de 2011, en lo referido a la determinación del ámbito subjetivo, el monto y la posibilidad de aplicar descuentos al concepto de Asignación Familiar por ocasión de una suspensión o inasistencia del trabajador.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 06 de diciembre de 1989 se promulgó la ley N° 25129 que indica que aquellos trabajadores de la actividad privada que no regulen sus remuneraciones por vía de negociación colectiva, percibirán el 10% de la remuneración mínima vital por todo concepto de Asignación Familiar.

Posteriormente, el 07 de junio de 1990, se reglamentó la ley antes referida; precisándose que la Asignación Familiar tiene carácter remunerativo y que se determina en función de la remuneración mínima vigente al momento en que le corresponda recibir el beneficio al trabajador.

En atención a la consulta remitida por la Sociedad Nacional de Industrias —debe precisarse si, conforme al criterio recogido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo— pueden aplicarse descuentos sobre este concepto en los casos que el trabajador ha sido suspendido o ha inasistido a su centro de trabajo.



## ANÁLISIS

### ***La asignación familiar, su ámbito subjetivo y ¿su monto mínimo?***

La Ley No. 25129 establece en su primer artículo que "los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, percibirán el equivalente al 10% del ingreso mínimo legal por todo concepto de Asignación Familiar".

Consecuentemente, se puede apreciar que el ámbito subjetivo de la Asignación Familiar redundaría en favor de los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva; por otro lado, se aprecia que el monto del beneficio sería el equivalente al 10% de la remuneración mínima vital (a la fecha setenta y cinco nuevos soles).

El texto del artículo 1° de la Ley No. 25129 antes desglosado admite los siguientes cuestionamientos: ¿sólo los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva gozan de la Asignación Familiar? ¿Basta que exista una negociación colectiva [lo correcto sería hablar de convención colectiva, en tanto que este es el producto negocial con carácter normativo y no la negociación colectiva que es más bien su procedimiento] que regule conceptos remunerativos para excluir a los trabajadores irradiados con ella de la Asignación Familiar o aquella debe contemplar un concepto sustitutorio? ¿Los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones se regulan por negociación colectiva tienen derecho a la Asignación Familiar, pero su monto depende de lo pactado en dicha fuente?, en buena cuenta ¿la referencia a la regulación de los conceptos remunerativos vía negociación colectiva busca determinar el ámbito subjetivo del beneficio o su monto?, sobre esto último ¿el monto por Asignación Familiar equivalente al 10% del ingreso mínimo legal señalado por la Ley No. 25129 representa un piso mínimo que incluso debería ser respetado por la convención colectiva?

Sobre estos cuestionamientos, la Corte Suprema con motivo de la Casación No. 2630-2009 HUAURA sostuvo [en su considerando octavo] que *"una interpretación acorde con el principio de igualdad implica que el derecho de Asignación Familiar corresponde a todos los trabajadores del régimen privado, independientemente de si regulan sus remuneraciones por negociación colectiva, siempre que acrediten tener a su cargo uno o más hijos menores de dieciocho años, salvo se encuentre (sic) efectuando estudios superiores o universitarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley*



Nº 25129, ya que no se explica cómo es que ante un mismo supuesto de hecho, trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente sólo para un grupo de ellos, sin que exista una causa razonable que justifique dicha diferencia de trato.

Siendo así, debe concluirse en reconocer el derecho de Asignación Familiar como un mínimo necesario legal de carácter imperativo, en tanto es otorgado por fuente legal para todos los trabajadores del régimen laboral privado con carga familiar, y que por tanto su no percepción y/o desconocimiento unilateral en perjuicio del trabajador afecta el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral previsto en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución".

Entonces, al parecer de la Corte Suprema, la Asignación Familiar, a consecuencia del principio de igualdad, tiene como ámbito subjetivo la totalidad de trabajadores de la actividad privada sea que regulen o no sus remuneraciones por "negociación colectiva". Inclusive, la Corte estipula que el desconocimiento unilateral de este beneficio que afecte al trabajador es lesivo del principio de irrenunciabilidad.

La aplicación que hace la Corte del principio de irrenunciabilidad no es correcta. Nos explicamos, el Considerando Noveno de la Casación citada indica que la empresa demandada venía otorgando a sus trabajadores el beneficio en cuestión aun cuando existía una convención colectiva que regulaba sus remuneraciones "hasta que de manera unilateral dejó de hacerlo", es decir, el desconocimiento unilateral es de parte del empleador y no del trabajador.

El principio de irrenunciabilidad "prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho rcaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta regla."<sup>1</sup> Por lo tanto, es menester determinar quién es el titular del derecho; luego, si este dispuso de ese derecho; finalmente, si la fuente de este era una norma de carácter imperativa. Si no se presentasen los elementos antes descritos, entonces no resultará de aplicación del principio de irrenunciabilidad.

No cabe duda que la Asignación Familiar es derecho de los trabajadores de la actividad privada que cumplan con los requisitos señalados en la Ley No. 25129, no es pues un derecho del empleador. Por ende, son titulares de este los primeros y no el segundo.

<sup>1</sup> NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. Lima. p. 127



De ese modo, la disposición del empleador no posibilita la aplicación del principio tratado. De allí el yerro de la Corte Suprema. Esta conclusión nuestra no significa la aprobación del actuar del empleador en este caso, sino únicamente que ella no deviene en inválida por acción del principio de irrenunciabilidad.

Pero la Corte aplica al caso un principio más: el de igualdad. Sostiene entonces que no es permisible que ante un mismo supuesto de hecho, trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente sólo para un grupo de ellos [los que no regulan sus remuneraciones mediante negociación colectiva], sin que exista una causa razonable que justifique dicha diferencia de trato.

Como es conocido, nuestro ordenamiento, consecuencia del principio de igualdad, pregona el trato igual de aquellos que fueren iguales como el desigual de los que no lo fueren. Deviene en trascendente sobre ello, discernir entre diferenciación y discriminación. La primera es una categoría permitida por el orden jurídico, pues apuntala el trato desigual de los desiguales; la segunda, por el contrario, se encuentra vedada, pues introduce una dosis de irracionalidad y discrecionalidad en el trato desigual que tiene como consecuencia un "trato constitucionalmente intolerable"<sup>2</sup>.

Por consiguiente, no todo trato diferenciado es discriminatorio, pues allí donde hay elementos objetivos y razonables (diferencias) para distinguir o tratar de manera distinta no hay discriminación.

Según Ferrajoli "(...) las diferencias -sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades -sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas"<sup>3</sup>.

De este modo, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios y como tales merecen una especial atención de parte del legislador para relevirlas; por otro lado, las

<sup>2</sup> Expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento 62.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 82



desigualdades deberían ser removidas o al menos reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales.

En definitiva, cuando nos encontremos frente a diferencias, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque formal) debe garantizar su valoración y respeto, relevando dichas diferencias e introduciendo tratos diferenciados razonables y proporcionados; cuando nos encontramos frente a desigualdades, en cambio, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque sustancial) debe apuntar a reducirlas o compensarlas, buscando eliminar las referidas desigualdades.

La pregunta que subyace a la develación de la existencia o no de un supuesto lesivo del principio de igualdad en la regulación del beneficio tratado es la siguiente: ¿es irrazonable y desproporcionado excluir del ámbito subjetivo de goce de la Asignación Familiar a los trabajadores del sector privado que regulen sus remuneraciones por negociación colectiva?

Consideramos que la respuesta a dicha interrogante es negativa, en tanto que la norma nacida del artículo 1° de la Ley No. 25129 no otorga favores a unos en perjuicio de otros, provocando una desigualdad formal o material; se trata, en efecto, de una norma de derecho necesario relativo que establece un piso mínimo por debajo del cual no puede actuar la autonomía de la voluntad.

Tal afirmación es consecuencia de la lectura conjunta de los preceptos contenidos en los artículos 1° y 3° de la Ley No. 25129. De estos se desprenden dos reglas: i) los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, percibirán el equivalente al 10% del ingreso mínimo legal por todo concepto de Asignación Familiar; y ii) en caso de que el trabajador perciba beneficio igual o superior por el concepto de Asignación Familiar, se optará por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo.

De esta manera, no existe trabajador de la actividad privada que teniendo a su cargo hijos menores de 18 años pueda percibir por concepto de Asignación Familiar un monto menor al 10% del ingreso mínimo legal, pues esta regulación —contenida en el artículo 1° de la Ley— sólo puede abdicar ante una mejora del mismo, dejando de lado toda posibilidad de su supresión total.





Sin embargo, debe quedar claro que esta determinación no tiene como antecedentes la aplicación de los principios de irrenunciabilidad ni de igualdad, sino la lectura concordada de la Ley tratada o la interpretación de su *ratio legis* que como bien sostiene la Corte es la de que "éstos [los trabajadores del sector privado] no perciban un doble beneficio por este derecho de asignación familiar otorgado de forma general, se encuentren o no sindicalizados, como consecuencia del que perciban a raíz del convenio colectivo o del previsto por la ley (derecho mínimo), caso en el cual los trabajadores percibirán el que le otorgue mayor beneficio en efectivo."

Llegados a este punto, podemos concluir que el ámbito subjetivo del beneficio de Asignación Familiar abarca a todo trabajador de la actividad privada; mientras que el monto de tal beneficio es equivalente al menos al 10% del ingreso mínimo vital, quedando latente la posibilidad de su mejora a través de la convención colectiva.

Finalmente, debe precisarse que en vía judicial la práctica común es mantener una línea decisoria acorde a los razonamientos derivados de los pronunciamientos casatorios, aun cuando no fueren vinculantes. Por tal motivo, el criterio sostenido en la Casación No. 2630-2009-HUAURA podría ser aplicado en casos similares por parte de las distintas instancias del Poder Judicial.

***Del criterio administrativo que determina que la Asignación Familiar no está sometida a descuento alguno***

Sobre esta interrogante —si la Asignación Familiar se encuentra sujeta a descuentos motivados por inasistencias o suspensión del trabajador— la Oficina General de Asesoría Jurídica, mediante el Informe No. 385-2011-MTPE/4/8 de fecha 14 de abril de 2011, sostuvo que el beneficio otorgado por la ley No. 25129 tiene la finalidad de proteger a los hijos de los trabajadores —menores de edad o que sigan estudios superiores— sin guardar relación con el tiempo laborado por estos.

De ese modo, el concepto de Asignación Familiar responde a una situación de orden social antes que a una consecuencia contraprestativa; resultando por ende innecesaria la existencia de un determinado tiempo laborado para ser asistido por este derecho. A raíz de ello, se afirma que la Asignación Familiar no se encuentra sujeta a ningún descuento.



Entonces, bastará al trabajador acreditar la titularidad del derecho, lo que se logra poniendo en conocimiento del empleador el hecho de encontrarse al cargo de hijos menores o mayores que cursen estudios superiores, a fin de que este le sea otorgado íntegramente y se tome en consideración para el cálculo de beneficios sociales y el pago de las aportaciones correspondientes.

Nos adherimos a todo lo antes señalado y complementamos aquello en lo siguiente:

El artículo 6° del Decreto Supremo No. 003-97-TR<sup>4</sup> no tiñe con un carácter remunerativo a todo concepto percibido por el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, es decir, no fundamenta un sinalagma contractual totalizador; sino que por el contrario, tipifica a la remuneración en función de un conjunto de matices basados principalmente en la contraprestatividad.

En efecto, conforme a la norma citada constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.

De esa manera, en principio, todos los conceptos que el empleador otorga al trabajador a raíz de una razón distinta a la prestación de sus servicios no serían considerados como remunerativos, puesto que se encontrarían en una esfera externa a la que circunscribe a los elementos que conjugan la remuneración, salvo —como en efecto ocurre— en aquellos supuestos en que el legislador les otorga esta cualidad aun cuando su naturaleza no coincida con la del tipo legal.

Arribados a este punto de la exposición, debe traerse a colación al artículo 3° del Decreto Supremo No. 035-90-TR que reglamenta la Ley No. 25129. El contenido de este es el siguiente: "la Asignación Familiar establecida por la ley tiene el carácter y naturaleza remunerativa".

<sup>4</sup> Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.



La norma precitada se encuentra recogida en un reglamento de tipo ejecutivo, cuyo fin es el de facilitar la ejecución de las leyes y de las finalidades que se hubiere propuesto el legislador, teniendo —como toda norma de este rango— un carácter secundario respecto de la ley.<sup>5</sup>

Siendo que la Ley No. 25129 no brinda una naturaleza contraprestativa a la Asignación Familiar, el artículo 3° de su reglamento, en tanto ejecutivo, no podría contradecir su *ratio legis* al otorgar carácter remunerativo a este.

Por lo tanto, sólo cabe una interpretación del carácter remunerativo que brinda el Decreto Supremo No. 035-90-TR a la Asignación Familiar, el cual se explica en el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico diferencia entre remuneración en sentido estricto y remuneración en sentido social, acorde al artículo 24° de la Constitución Política del Perú, cuyo texto señala: "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

En ese sentido, se ha dicho que "cuando el legislador [constituyente] introduce el término "beneficio social" se está refiriendo a la llamada "dimensión social de la remuneración". Obsérvese que en todos estos casos [Asignación Familiar, Seguro Vida Ley, Utilidades Legales y Compensación por Tiempo de Servicios] no existe un título contraprestativo, es decir, no se retribuye directamente la prestación de un servicio, sino que son percepciones económicas que apoyan la inclusión social del trabajador y su familia."<sup>6</sup> [Agregado nuestro]

En efecto, se trata de ventajas patrimoniales que la ley reconoce al trabajador al margen del sinalagma contractual; específicamente, en el supuesto de la Asignación Familiar, en beneficio del hijo o hijos que el trabajador tiene a su cargo; siendo computable para el cálculo de los demás beneficios sociales porque el propio artículo 3° del Decreto Supremo No. 035-90-TR así lo determina al otorgarle carácter remunerativo, no siéndolo [computable] cuando esa voluntad no se ha expresado como en el caso de las utilidades.

<sup>5</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo – Tomo I. Lima, Palestra Editores, 2010. pp.204-205.

<sup>6</sup> ARCE ORTIZ, Élmer. Derecho Individual de Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias. Lima, Palestra Editores. p. 327





## CONCLUSIONES

1. El ámbito subjetivo del beneficio de Asignación Familiar abarca a todo trabajador de la actividad privada; mientras que el monto de tal beneficio es equivalente al menos al 10% del ingreso mínimo vital, quedando latente la posibilidad de su mejora a través de la convención colectiva.
2. Al revestir la Asignación Familiar un carácter social y estando su entrega vinculada al favorecimiento de los hijos del trabajador, no presenta un tinte contraprestativo que conlleve la posibilidad de sujetarla a ningún tipo de descuento, encontrándose el empleador obligado a otorgarlo en su integridad a todo aquel trabajador que acredite tener a su cargo hijos menores o mayores que cursando estudios superiores hasta seis años después de haber cumplido la edad mayor; siendo además base de cálculo de otros beneficios sociales por disposición expresa del legislador.



  
**CHRISTIAN SANCHEZ REYES**  
Director General de Trabajo  
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo