



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LA PERCEPCIÓN DE LA ASIGNACIÓN FAMILIAR
POR LOS TRABAJADORES QUE TENGAN A SU
CARGO HERMANOS HUÉRFANOS”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Roger Cristian Quevedo Huaman

Asesor:

Mg. Henry Eduardo Silva Trujillo

Cajamarca - Perú

2022

DEDICATORIA

Esta investigación está dedicada a mi familia,
quienes me brindan su apoyo y amor.

A Dios, por apoyarme siempre.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a Dios por no desampararme en los momentos difíciles.

A mi familia por su apoyo infinito e incondicional.

Tabla de contenidos

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
RESUMEN.....	5
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. Realidad problemática.....	6
1.2. Antecedentes.....	10
1.3. Formulación del problema de investigación.....	10
1.4. Objetivos.....	11
1.4.1. Objetivo .general.....	11
1.4.1. Objetivos específicos.....	11
1.5. Hipótesis.....	11
1.6. Justificación.....	11
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	13
2.1. Tipo de investigación	13
2.2. Población y muestra	13
2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	14
2.4. Procedimiento.....	14
2.5. Aspectos éticos.....	14
CAPÍTULO III: RESULTADOS.....	16
3.1. La Asignación Familiar.....	16
3.2. Naturaleza jurídica del termino Hermano Huérfano.....	22
3.3. Concepto de Igualdad.....	24
3.4. Presupuestos de Igualdad entre Trabajadores con Hijo Menor o Mayor Dependiente y Trabajadores a cargo de Hermano Huérfano.....	28
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.....	35
REFERENCIAS.....	46

RESUMEN

La investigación tiene como interrogante: ¿Cuál es el principal fundamento jurídico para la percepción de la asignación familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano? Ante lo cual se plantea como objetivo general determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de la asignación familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano; siendo imprescindible analizar la figura de la asignación familiar a fin de encontrar y comprender su naturaleza, y, así analizar el fundamento que da sustento a su modificación, para determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de la asignación familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano.

La investigación se realizó bajo el enfoque cualitativo, el alcance es descriptivo, propositivo.

Palabras clave: asignación familiar, carga familiar

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Actualmente, dentro del régimen laboral privado, se otorga una serie de beneficios sociales a los trabajadores, que se abonan durante la relación laboral, al respecto, se puede advertir una omisión referida a la percepción de la asignación familiar, regulada en la ley N° 25129 (vigente desde el 22 de diciembre de 1989) y asimismo en el Decreto Supremo N° 035-90-TR (reglamento).

Es así, que al hablar sobre la Asignación Familiar, debemos entenderla como aquel beneficio laboral que se otorga a los trabajadores del régimen laboral privado, que cuenten con carga familiar (Toyama, 2015).

La norma establece que la Asignación Familiar asciende al 10 % de la remuneración mínima vital que se encuentre vigente al momento de que el trabajador de la actividad privada perciba dicho beneficio, pues su finalidad es ayudar a los trabajadores que tienen carga familiar, y así contribuir con la manutención (Toyama, 2015).

La ley N° 25129 establece ciertos requisitos para que el trabajador pueda acceder a dicho beneficio: en primer lugar, menciona que el trabajador debe tener vínculo laboral vigente, en segundo lugar, indica que este beneficio sólo se otorgará a los trabajadores del régimen privado, asimismo; establece como excepción a aquellos trabajadores de la actividad privada que participen en negociaciones colectivas para regular sus remuneraciones. Sin embargo, existe sentencia contradictoria sobre este tema, así mediante Cas. N° 2630-2009-Huaura, la sala de derecho constitucional y social de la corte suprema de justicia, ha precisado el sentido del artículo 1 de la ley N°25129 respecto del derecho de los trabajadores al pago de una Asignación Familiar, en los siguientes términos:

La interpretación correcta del presente artículo, acorde con los derechos y principios constitucionales, es que la restricción establecida en la misma respecto a "los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva", es que éstos no perciban un doble beneficio por este derecho de asignación familiar otorgado de forma general e imperativa a favor de los trabajadores del sector privado, 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. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2009, f.j. 12°)

Por consiguiente, el formar un sindicato no debe implicar la pérdida de la Asignación Familiar, tampoco, el celebrar un convenio colectivo; pues, en el caso que el convenio colectivo no regulase el beneficio, debe ser de aplicación el beneficio establecido en la Ley N° 25129. Teniendo en cuenta, que en concordancia al principio constitucional de igualdad, se concluye que el derecho de la asignación familiar debe ser otorgado a todo trabajador, independiente de si regulan sus remuneraciones por negociación colectiva y sólo en la medida en que se acredite carga familiar, sin mayor distinción (Toyama, 2017).

En tercer lugar, es necesario que el trabajador cuente con hijo, la norma establece que sea menor de 18 años, el número de hijos no es relevante para acceder a dicho beneficio pues el monto asignado será el mismo, en este requisito se establece una excepción, la cual indica que podrán acceder a dicho beneficio los padres que cuenten con hijo mayor de 18 años que se encuentre cursando estudios superiores hasta un plazo de 6 años.

No obstante, la norma no precisa si el trabajador perderá el derecho a percibir la Asignación Familiar en el supuesto de que el hijo no esté cursando estudios superiores al momento de cumplir la mayoría de edad; así, mediante la Casación Laboral N° 5385-2020-La Libertad, la Corte Suprema estableció:

Los trabajadores que tienen a su cargo uno o más hijos mayores de 18 años, siempre que se encuentren efectuando estudios superiores o universitarios, tendrán derecho a percibir una asignación familiar, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad, es decir hasta cumplidos los veinticuatro años, sin que sea necesario que dichos estudios se realicen de manera continua o inmediata al cumplimiento de la mayoría de edad. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, f.j. 7°)

En cuarto lugar, para acreditar este derecho la ley N° 25129 no señala como realizar este proceso, Por lo que se entiende que la empresa podrá establecer los criterios que considere convenientes. Entre los documentos que pueden probar este derecho tenemos la partida de nacimiento y/o la partida de bautizo. Al respecto, el artículo 11 del Decreto Supremo N° 035-90-TR establece para la percepción de la Asignación Familiar, que el trabajador acredite la existencia del hijo o hijos que tuviere a su cargo. Sin embargo, mediante Casación 14443-2015, Junín, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema se estableció que no “es necesario la comunicación al empleador de la existencia del hijo o hijos que tuviere para percibir el derecho” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, f.j. 6°).

Agregando a lo anterior, existen manifestaciones evidentes de que un trabajador tiene un hijo, no siendo necesario la acreditación formal, por ejemplo, en las actividades por Navidad organizadas por el empleador, a las cuales asiste el personal precisamente con sus hijos. En consecuencia, el empleador toma conocimiento que el trabajador tiene un hijo; por tanto, no tendría por qué exigir luego una comunicación sobre la existencia del menor para otorgar la asignación familiar (Toyama, 2017).

Asimismo; el reglamento de la ley N° 25129 menciona que la Asignación Familiar tiene naturaleza remunerativa, debiendo entender este beneficio no como una contraprestación por un trabajo realizado, es decir, mediante la Asignación Familiar el

empleador no remunera el trabajo realizado sino que compensa la carga familiar que tiene su trabajador, en concordancia con la finalidad de este beneficio (Fernández, 2015).

Ahora bien, entendiendo la naturaleza social de este beneficio, resulta ilógico que la norma no haya contemplado el supuesto de que el trabajador no cuente con hijos a su cargo, pero sí con otra clase de carga familiar, como es el caso de hermanos huérfanos, que estarán a su cargo, y requieren de ayuda para su manutención.

En tal caso, debería producirse la incorporación del artículo 2-A a la ley N°25129, con el siguiente texto:

Artículo 2-A: también tienen derecho a percibir la asignación familiar los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano menor de 18 años. En el caso de que el hermano al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad.

Los trabajadores que pretendan acceder a este beneficio deberán acreditar, estar a cargo del hermano huérfano, pudiendo acreditar en primer lugar, la orfandad, mediante el acta de defunción de los padres y en segundo lugar, la manutención, mediante la sucesión intestada haciendo notar que es el único que puede hacerse responsable de su hermano, también mediante resolución judicial que acredite una pensión por alimentos o un acta de conciliación sobre el mismo tema. Esto en conformidad con el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que a falta de los padres y demás ascendientes, los llamados a prestar alimentos son los hermanos.

1.2. Antecedentes

El estudio de Marcenaro Frers, bajo el título “Los Derechos Laborales de Rango Constitucional”, el año 2009, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar por el grado académico de magíster en derecho constitucional. Concluye que los derechos sociales buscan satisfacer las necesidades básicas de todos los seres humanos que lo requieran, en el presente, sería de los trabajadores que cuentan con carga familiar, y por ende al ser la asignación familiar un beneficio social (legal), la finalidad de su otorgamiento está dirigida a ayudar en la manutención de los hijos.

Por otro lado, Altamirano Llovera, en su tesis titulada: “El Reconocimiento del beneficio de asignación familiar a las familias reconstituidas, como mecanismo de desarrollo de este tipo de familia en el Perú”, el año 2017, presentada en la Universidad Cesar Vallejo, para optar el título de abogado. Concluye que el reconocimiento de la asignación familiar a estos trabajadores permitirá ayudar al sostenimiento de sus familias.

Asimismo, Huamán Torres, en su tesis titulada: “Proponer ampliar la asignación familiar para contribuir a la manutención del hijo y cónyuge con discapacidad de un trabajador en la legislación laboral”, el año 2021, presentada en la Universidad Señor de Sipán, para optar por el título de abogada. Concluyo que el trabajador tendrá derecho a percibir la asignación familiar sin límite de edad, siempre y cuando el hijo o esposa con discapacidad sigan dependiendo de él.

1.3. Formulación del problema

¿Cuál es el principal fundamento jurídico para la percepción de la Asignación Familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de la Asignación Familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano.

1.4.2. Objetivos específicos

- a) Analizar el contenido de la Asignación Familiar
- b) Desarrollar la naturaleza jurídica del término hermano huérfano
- c) Describir el concepto de igualdad
- d) Identificar los presupuestos de igualdad entre los trabajadores con hijo menor o mayor dependiente y trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano.

1.5. Hipótesis

El principal fundamento jurídico para la percepción de la Asignación Familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano, es: la observancia del principio de igualdad.

1.6. Justificación

Siendo la familia el núcleo de la sociedad, se otorga un beneficio que sirva de sustento al trabajador para la manutención de esta, regulándolo en la Ley N° 25129 Ley de Asignación Familiar.

La presente investigación se realizó para evidenciar y su vez plantear una propuesta de modificación que subsane la omisión en la ley N°25129 respecto a la percepción de la Asignación Familiar, que es un beneficio de carácter social.

La investigación busca poder determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de este beneficio, y a su vez permitirá formular una propuesta de modificación al artículo 2 de la Ley N° 25129, para que se extienda su otorgamiento a trabajadores a cargo de sus hermanos huérfanos.

Generando así un contenido más amplio respecto a la concepción de la Asignación Familiar.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

2.1.1. De acuerdo al fin que se persigue

La presente investigación es básica, se realiza para determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de la Asignación Familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano; para ello discurre sobre “la obtención de conocimiento que coadyuve el conocimiento científico sin generar contrastación alguna con aspectos prácticos” (Muntané, 2010, p. 221).

2.1.2. De acuerdo al diseño de investigación

La investigación es descriptivo-propositivo porque se trabaja sobre la realidad de los hechos, comprendiendo la descripción, análisis e interpretación del fenómeno de estudio, y se va proponer una modificación a la legislación existente sobre el tema (Tantaleán, 2016).

2.1.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La investigación es cualitativa, pues no se analizaran datos ni estadísticas, al contrario se trabajará con características y cualidades referidas a la Asignación Familiar.

En la presente investigación se utilizara el método dogmático, en el cual “Se labora con el derecho objetivo “puro” (no aplicado), por lo que su estudio es meramente teórico y se hace a base de abstracciones” (Tantaleán, 2016, P. 5).

2.2. Población y muestra

Por tratarse de una investigación dogmática - teórica no se cuenta con población ni muestra.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

La investigación se desarrolló en el marco del Método Dogmático, consistente en “el estudio y análisis de lo estipulado, desde la doctrina, la legislación y la propia norma” (Gascón & García, 2015, p. 203).

En la presente investigación se utilizó las técnicas de fichaje y análisis documental que permitió la recopilación de información de libros, artículos, ya sean físicos como virtuales, de diversos autores en relación a la Asignación Familiar, la Igualdad y demás. Asimismo, se utilizó como instrumentos las hojas de recojo de datos, fichas y libretas de apuntes para organizar y sistematizar la información.

2.4. Procedimiento

Una vez recabada la información necesaria, se ha procedido a organizar y sistematizar la información, utilizando las técnicas de análisis documental y fichaje, por medio de los instrumentos, como son las hojas de recojo de datos, fichas y libretas de apuntes según los objetivos específicos planteados.

A partir de ello, se analizará la información conforme a los objetivos planteados.

Posteriormente, contrastando los objetivos específicos de la investigación con la información recopilada se logrará establecer la respuesta a la pregunta de investigación determinando el objetivo general, y con ello examinar si se cumple la hipótesis planteada.

2.5. Aspectos éticos

En la presente investigación se ha procedido con las formalidades contempladas en el protocolo de la Universidad Privada del Norte, además del protocolo establecido por el “Manual APA Sexta edición”. Ante lo cual se recalca la originalidad de este trabajo; es así, que en la presente investigación se respeta los Derechos de Autor, por lo

cual se ha citado y parafraseado respectivamente sin haber hecho ninguna distorsión de la idea principal.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

La presente investigación, como se ha establecido previamente, se encuentra referida a determinar el principal fundamento jurídico para la percepción de la asignación familiar por los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano, por lo que es de carácter Dogmático y no se vincula con estadísticas.

3.1. La Asignación Familiar

3.1.1. Origen

En el año de 1984 un grupo de trabajadores que pertenecían al sindicato de trabajadores de ENAPU S.A, impulso el surgimiento de la Asignación Familiar como un derecho reconocido a través de convenciones colectivas de trabajo, al acordar con su empresa, que se debía abonar por concepto de cónyuge s/20.000 mensuales y por hijo s/10.000 mensuales; otorgando este beneficio si el trabajador cuenta con hijo menor de edad y cuando cursen estudios superiores hasta la edad máxima de 25 años, de igual forma se le otorgará si cuentan con hijo con alguna incapacidad que dependan económicamente del trabajador.

El 17 de noviembre de 1984 se promulgó la Ley 23945 que delega facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo, para que en el plazo de 90 días regule el sistema de asignaciones familiares para los trabajadores con familia numerosa. Por entonces, nueve países de la región lo tenían regulado; pero, sobre todo, debía tenerse en cuenta que el Convenio OIT N° 102 (1952) había sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284 del 09 de diciembre de 1959.

Es así que por Ley 22404, este derecho fue reconocido para los trabajadores públicos en su sistema de remuneraciones mediante una bonificación para la cónyuge e hijos; finalmente este derecho fue otorgado a los trabajadores

de la actividad privada en 1990, al dictarse la Ley 25129; indicando como excepción a este beneficio a los trabajadores que regulasen sus remuneraciones a través de negociaciones colectivas.

La norma decretó que fueran los empleadores y no la Seguridad Social la llamada a abonar este beneficio; en contra del empresariado nacional que en Ginebra estuvo en desacuerdo por aprobar el Convenio 102; aquí, en cambio, propuso variando su discurso y en contra de su natural posición, que sea la Seguridad Social y no ellos los que debían abonar este beneficio a los trabajadores, indicando entonces, que de aprobarse el Proyecto representarían sobrecostos laborales aceptar la propuesta legal. De igual forma se indicó: el monto a pagar al respecto, siendo el 10% de la RMV el tope; tomando como base la edad de los beneficiarios se dirigió solo a normar la parte educativa (Aparicio, 1984).

De lo anterior, se puede advertir que el beneficio de asignación familiar tiene su origen en las negociaciones de un grupo de trabajadores sindicalizados y su empresa, a raíz de las cargas familiares que asumían en su vida diaria.

Dicha carga asumida por el trabajador podía comprender a los hijos o al cónyuge, pues estaba en relación a los integrantes de su familia. Sin embargo al ser regulado este beneficio a través de la ley N° 25129 únicamente brinda ayuda en el caso de contar con hijos dependientes hasta la edad máxima de 24 años, no contemplando otros supuestos de carga familiar que puedan asumir los trabajadores, siendo el caso de los hermanos dependientes, que también merecen protección.

Según Cabanellas (1963) la asignación familiar son prestaciones económicas otorgadas por el Estado como parte de sus políticas de seguridad social.

Por otro lado, Colajanni (1968) refiere que:

En la actualidad la opinión unánime de la doctrina encuadra al subsidio o asignación familiar, dentro de la esfera de la seguridad social ya que, por obra del legislador fue modificada la situación de hecho que lo incluía en el derecho laboral cuando constituían una concesión voluntaria de los patronos o emanaban de los convenios colectivos. (pág. 65)

La asignación familiar también es comprendida como aquel beneficio económico que se otorga al trabajador que cuenta con carga familiar, para ayudarlo en la manutención. (Toyama, 2017)

Por tanto, la asignación familiar debe ser comprendida como una ayuda económica, otorgada mensualmente a los trabajadores, a raíz de la necesidad que tienen por cubrir un gasto determinado, como es el caso de la manutención de los miembros de su familia que dependen de él.

3.1.3. Naturaleza

De acuerdo al Art, 3° del D.S. N° 035-90-TR la Asignación Familiar, tiene carácter social y naturaleza remunerativa. En consecuencia, su pago debe ser realizado por el empleador de la misma forma que se realiza el pago de la remuneración.

La Asignación Familiar tiene una naturaleza remunerativa y social que no se origina en la relación laboral, sino que “mediante la asignación Familiar el empleador no remunera el trabajo realizado, sino compensa la carga familiar que tiene el trabajador” (Fernández, 2015, p.VI-5).

El carácter social de la asignación familiar se ve reflejado en el hecho de que no está sujeto a ningún tipo de descuento, así lo establece la Resolución 232-2021-Sunafil/ILM, en el fundamento vigésimo primero:

El pago de la asignación familiar ostenta un carácter social y su entrega está vinculado únicamente al favorecimiento de los hijos del trabajador (manutención), no siendo una contraprestación que conlleve la posibilidad de sujetarla a ningún tipo de descuento; más aún, si la Ley N° 25129, que regula el pago del 10% de la asignación familiar, no establece la posibilidad de realizar pagos proporcionales a favor de los trabajadores con derecho al beneficio; por lo tanto, si el trabajador acredita tener derecho a dicho pago, el empleador se encuentra en la estricta obligación de cumplir con el pago íntegro del beneficio materia de análisis. (2021)

El carácter social también se ve reflejado en el supuesto de que la Asignación Familiar, se debe pagar de forma íntegra y no por los días laborados, así lo establece la Resolución 305-2022-Sunafil/TFL-primera sala, precisando que ni la ley ni el reglamento hacen mención que el beneficio debe otorgarse en proporción a los días laborados.

3.1.4. Requisitos

De acuerdo con Hurtado y Dávila (2018), el trabajador podrá percibir la Asignación Familiar bajo los siguientes requisitos:

El primer requisito, es tener vínculo laboral vigente, para efectos de percibir la Asignación Familiar, resulta irrelevante si el trabajador se encuentra vinculado por un contrato de trabajo a plazo indeterminado o sujeto a modalidad, tampoco importa su antigüedad en el cargo o cumplir con una jornada mínima de labores; basta con que la relación laboral se encuentre vigente (D.S. N° 035-90-TR, 1990, art. 5).

Al respecto la corte suprema estableció, a través de la Casación laboral N° 4802-2012-la libertad, que es posible acreditar el derecho a la Asignación Familiar

incluso luego de terminado el vínculo laboral, en tanto se trata de un beneficio irrenunciable.

En segundo lugar indica que este beneficio sólo se otorgará a los trabajadores del régimen privado, asimismo; establece como excepción a aquellos trabajadores de la actividad privada que participen en negociaciones colectivas para regular sus remuneraciones (Ley N°25129, 1989, art. 1).

Sin embargo, existe sentencia contradictoria sobre este tema, así mediante Cas. N° 2630-2009-Huaura, la sala de derecho constitucional y social de la corte suprema de justicia, ha precisado el sentido del artículo 1 de la ley N° 25129 respecto del derecho de los trabajadores al pago de una asignación familiar, en los siguientes términos:

La interpretación correcta del presente artículo, acorde con los derechos y principios constitucionales, es que la restricción establecida en la misma respecto a "los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva", es que éstos no perciban un doble beneficio por este derecho de asignación familiar otorgado de forma general e imperativa a favor de los trabajadores del sector privado, 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. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2009, f.j. 12°)

Por consiguiente, el formar un sindicato no debe implicar la pérdida de la Asignación Familiar, así como tampoco el celebrar un convenio colectivo; pues, en el caso que el convenio colectivo no regulase el beneficio, debe ser de aplicación el beneficio establecido en la Ley N° 25129. Teniendo en cuenta, que en concordancia al principio constitucional de igualdad, se concluye que el derecho de la asignación familiar debe ser otorgado a todo trabajador, independiente de si regulan sus remuneraciones por negociación colectiva y solo en la medida en que se acredite carga familiar, sin mayor distinción (Toyama, 2017).

En tercer lugar, el trabajador para percibir la Asignación Familiar debe tener carga familiar, esto es, hijo(s) a cargo ya sean menores o mayores de edad que cursen estudios superiores, hasta la edad de 24 años (Ley N° 25129, 1989, art. 2).

No obstante, la norma no precisa si el trabajador perderá el derecho a percibir la asignación familiar en el supuesto de que el hijo no esté cursando estudios superiores al momento de cumplir la mayoría de edad; así, mediante la Casación Laboral N° 5385-2020-La Libertad, la Corte Suprema estableció:

Los trabajadores que tienen a su cargo uno o más hijos mayores de 18 años, siempre que se encuentren efectuando estudios superiores o universitarios, tendrán derecho a percibir una asignación familiar, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad, es decir hasta cumplidos los veinticuatro años, sin que sea necesario que dichos estudios se realicen de manera continua o inmediata al cumplimiento de la mayoría de edad. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, f.j. 7°)

En cuarto lugar, el trabajador para percibir este beneficio debe acreditar la carga familiar; contrariamente, no se señala como realizar este proceso, por lo que se entiende que la empresa podrá establecer los criterios que considere convenientes. Entre los documentos que pueden probar este derecho tenemos la partida de nacimiento y/o la partida de bautizo (D.S. N° 035-90-TR, 1990, art. 11).

Sin embargo, existe sentencia contradictoria, mediante Casación 14443-2015, Junín, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema se estableció que no “es necesario la comunicación al empleador de la existencia del hijo o hijos que tuviere para percibir el derecho” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, f.j. 6°).

Agregando a lo anterior, existen manifestaciones evidentes de que un trabajador tiene un hijo, no siendo necesario la acreditación formal, por ejemplo, en

las actividades por Navidad organizadas por el empleador, a las cuales acude el personal precisamente con sus hijos. En consecuencia, el empleador toma conocimiento que el trabajador tiene un hijo; por tanto, no tendría por qué exigir luego una comunicación sobre la existencia del menor para otorgar la Asignación Familiar (Toyama, 2017).

Entonces, al ser la Asignación Familiar una ayuda económica, otorgada mensualmente a los trabajadores, a raíz de la necesidad que tienen por cubrir un gasto determinado, como es el caso de la manutención de los miembros de su familia que dependen de él. Dicha ayuda debe darse en relación a la carga familiar con la que cuenta el trabajador, siendo concordante con la finalidad de su otorgamiento, la cual es brindar algún medio de auxilio al trabajador.

Por tanto, su otorgamiento debe darse a todo trabajador a raíz de la carga familiar que asume, sin hacer mayor distinción, en observancia al principio de igualdad.

3.2. Naturaleza jurídica del término hermano huérfano

A modo de comprender este término, es necesario analizar los elementos referenciales que permitirán identificar su naturaleza jurídica.

En ese sentido hemos identificado como punto de partida la familia, debiéndola entender como “el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración” (Varsi, 2011).

Por tanto se podría decir que la familia es la encargada de establecer la estructura social a través de sus miembros, quienes a razón de los valores inculcados les resultarán más sencillo hacer frente al compromiso social y así

cumplir con su función, que es la convivencia de sus miembros por medio de la permanencia y estabilidad de sus relaciones, permitiendo satisfacer las necesidades de subsistencia y defensa.

En la familia se presentan los hijos, quienes se encuentran emparentados en un mismo seno, generando relaciones que dan lugar a exigir entre ellos comprensión, sacrificio, capacidad de perdonar, solidaridad, tolerancia, afección, amparo y asistencia mutua.

Estos integrantes son conocidos como hermanos a razón del parentesco, debiendo entender esta última, como aquella institución que genera vínculos jurídicos entre los miembros que forman parte de una familia a razón de lazos de sangre o por mandato legal (Varsi, 2011).

Es decir, en virtud de esta institución se genera el estado de familia parental entre miembros vinculados. Por tanto podemos indicar que el parentesco enlaza, relaciona, une a los hermanos.

Entonces, el parentesco vincula a los miembros de la familia, concediendo derechos e imponiendo deberes, como son los de asistencia familiar.

Tal es el caso de los alimentos que se deben los hermanos, a pesar de la existencia física y legal de los padres, es decir la manutención de los hermanos menores les está impuesta, de igual forma ocurre en el caso de ausencia o desconocimiento del paradero de los padres, también en el caso de imposibilidad económica de estos, les corresponderá este deber alimentario, conforme al artículo 93 del código de los niños y adolescentes.

Es decir, en el caso de un huérfano, que según el Diccionario de Real Academia Española de 2021, es definido como una persona menor de edad a quien

se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, el llamado a asumir su manutención es su hermano como efecto de un vínculo jurídico parental.

3.3. Concepto de igualdad

La declaración universal de derechos humanos (1948), en el artículo 1, señala “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el artículo 7, señala “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”.

El pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), en el artículo 26, señala “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante la ley”.

La declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948), en el artículo II, señala “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Puede anotarse que los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Perú, reconocen entre los derechos de los seres humanos la igualdad ante la ley y exhorta al estado a su cumplimiento.

La constitución política del Perú de 1993, en el artículo 2, numeral 2, señala “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Por tanto, el Estado reconoce a todas las personas como iguales y por ello prohíbe toda forma de tratamiento diferente no justificado.

La igualdad en nuestro ordenamiento jurídico se constituye como:

Un derecho-principio y tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo. Como derecho subjetivo supone el derecho a la idéntica dignidad entre los

ciudadanos para ser tratados de igual modo ante la ley. Como derecho objetivo supone la obligación, a cargo del estado y de los particulares, de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado en razones objetivas. (Landa, 2017, pág. 31)

Por tanto, se impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá aprobar leyes cuyo contenido vulneren el principio de igualdad, siendo que todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos establecidos por ley, y para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

Ahora, la ley N° 25129 que regula la asignación familiar, es restrictiva pues su otorgamiento se limita a los trabajadores con hijos menores o mayores dependientes, sin establecer una justificación del porque no se regulan otros supuestos de carga familiar que pueda asumir el trabajador, como es el caso del hermano huérfano.

Siendo que el principio de igualdad debe ser entendido como aquel que concede a las personas un trato de iguales, en un plano de equivalencia, pues se presenta una situación semejante fundada en razones ya sea por naturaleza, calidad, cantidad u otra que no justifiquen excepciones al conceder un derecho que se reconoce a otro (Rubio, 2013)

Por tanto, el principio de igualdad pretende evitar privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese contexto, respecto al otorgamiento de la Asignación Familiar, debemos advertir que nos encontramos ante la presencia de trabajadores que pertenecen al mismo régimen laboral, regulado por el Decreto Legislativo 728, y

ambos cuentan con carga familiar, siendo por un lado el hijo menor o mayor dependiente y por el otro lado el hermano huérfano.

Puede anotarse que la igualdad por definición supone dos o más situaciones o relaciones jurídicas que son comparadas entre sí para determinar si se está produciendo un trato igual o desigual a las personas involucradas Pero las personas pueden estar dentro de esta comparación en dos posiciones cualitativamente distintas o pueden tener una posición analógica en el sentido de que es sustantivamente semejante o pueden tener una situación diferente que las hace desiguales no en tanto personas sino en tanto sus circunstancias y características. (Rubio, 1999, p.151)

Es decir, no se refiere al derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, que en el caso del otorgamiento de la Asignación Familiar se está protegiendo al trabajador que cuenta con hijo menor o mayor dependiente pues asume una gasto por su manutención, pero se deja en desprotección a trabajadores que cumple la misma función al asumir la manutención del hermano huérfano.

Asimismo, Rodríguez y Fernández (1986) refieren:

Serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas normas que consignent el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga 'relevancia jurídica' para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador. (p. 60)

Partiendo por la idea de que el Estado reconoce a todas las personas como iguales, se puede entender que todo tratamiento diferenciado que no esté sustentado en razones objetivas será considerado discriminatorio y sancionado por este. Sin

embargo, no habrá discriminación en el sentido que el trato diferenciado no sea contrario a la razón o la naturaleza de las cosas, pues viendo que existen diferencias relevantes entre ellas, resulta ilógico un trato similar a situaciones que en los hechos son distintos.

Es así que el otorgamiento de la asignación familiar tiene como finalidad ayudar al trabajador en la manutención de la carga familiar, sin embargo la no protección del trabajador que asume la manutención del hermano huérfano resulta contraria a su finalidad, dándose un trato diferenciado que carece de una justificación razonable

Al respecto, Conforme lo determina Huerta (2015):

No todo trato diferenciado implica una discriminación. Pero, para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado". Cumpliéndose algunos requisitos: "a) El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad. b) El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. c) El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). d) El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad) (p.314)

Por consiguiente, se vulnera el principio de igualdad cuando se establecen ciertas diferencias o desigualdades bajo la condición de que éstas no sean razonables, resultando en arbitrarias y discriminatorias, es decir, si el trato diferenciado no se basa en una justificación objetiva.

Por tanto en el presente, se estaría vulnerando el principio de igualdad, pues se está dando un trato desigual al trabajador que asume la manutención de su hermano huérfano, siendo que dicho accionar no se basa en razones objetivas ni

razonables, cabe reiterar que la no cobertura de este grupo contraviene la finalidad de su otorgamiento, siendo incompatible esta situación por considerar superior a un grupo determinado, es decir a aquellos trabajadores con hijos menores o mayores dependientes, conduciendo a tratarlos con privilegios, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, en el caso de los trabajadores que se hacen cargo de su hermano huérfano, lo traten de forma que lo discrimine del goce de derechos, como es la Asignación Familiar, que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

En definitiva, se puede afirmar que en observancia al principio de igualdad se debe dar un trato igual a las personas en situaciones iguales, salvo razones objetivas, que permitan el trato desigual a quienes se encuentren en circunstancias diferentes por la naturaleza de las cosas.

3.4. Presupuestos de igualdad entre los trabajadores con hijo menor o mayor dependiente y trabajadores a cargo de hermano huérfano.

Dentro del universo de destinatarios de la Asignación Familiar se puede distinguir dos grupos determinados, siendo por un lado aquellos trabajadores que perciben la asignación familiar por asumir la manutención de hijos menores o mayores (hasta los 24 años) y por otro lado, están los trabajadores que asumen la manutención de un hermano huérfano, quienes no perciben este beneficio.

Se puede advertir la presencia de presupuestos de igualdad entre estos dos supuestos:

En primer lugar, la presencia de un contrato de trabajo, siendo entendido como aquel acuerdo entre las partes llamadas trabajador y empleador, de forma voluntaria, en el que el primero brinda un servicio a cambio de una remuneración y genera un vínculo de subordinación. (Toyama, 2017)

Entonces en virtud del contrato de trabajo, el ser humano actuando de forma libre, desempeña labores a favor de otra persona, que se las encarga, para obtener una ventaja económica. En el presente, en ambos supuestos de refleja una relación laboral.

En segundo lugar, ambos destinatarios son trabajadores del régimen de la actividad privada regulados por el Decreto Legislativo 728, en el cual se reconocen una serie de beneficios laborales, entre los cuales destaca la Asignación familiar siendo requisito para su percepción la presencia de carga familiar.

En tercer lugar, se advierte que en ambos supuestos se cuenta con familia, entendida como el grupo de individuos que a razón de los valores inculcados comparten una vida, siendo el afecto la razón que los integra (Varsi, 2011).

Entonces, el amor, la comprensión, entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia, siendo más acorde con los nuevos modelos familiares.

Es decir la familia determina la estructura de sus integrantes quienes respetando los valores en ellas inculcados les resulta fácil comprender su compromiso social.

Dentro de las funciones de la familia, sobre todo en el caso de los huérfanos, resulta necesario mencionar que esta se encargará de satisfacer las necesidades básicas para su desarrollo. Siendo que los huérfanos requieren ayuda y protección para desarrollarse como seres sociales, por aquellos llamados a hacerse cargo, como es el caso de los hermanos mayores, según el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes.

Entonces los hermanos mayores son los llamados a asumir su manutención, a razón del vínculo existente como resultado del parentesco. Entendiendo este

último como los lazos que unen a los miembros de una familia, pudiendo ser por sangre o establecido por ley. (Varsi, 2011)

Teniendo como consecuencia del parentesco el deber de asistencia por parte de los hermanos mayores hacia los menores que no puedan atender a su subsistencia por razones de edad, que es el caso de los hermanos huérfanos, que al perder a sus padres, requiere de asistencia. Presentándose la obligación alimentaria.

En cuarto lugar, se advierte que ambos supuestos existe la obligación alimentaria por parte de los trabajadores hacia los miembros de su familia.

Debiendo entender por alimentos, según Belluscio (1979), como “el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación” (p.389).

De acuerdo con Tafur y Ajalcriña (2008), los alimentos son:

Una importante, trascendental y vital institución del Derecho de Familia, que consiste en el deber jurídico impuesto por la ley y que está constituida por un conjunto de medios materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas que no pueden su propia subsistencia y los proteger para poder vivir y desarrollarse en forma digna y también para la educación y formación de ellas; consecuentemente, es eminentemente social, por cuanto, es un medio de socorrer a una persona en estado de necesidad. (p. 24)

Por consiguiente, las personas que por determinadas circunstancias no pueden generar los medios para atender a su subsistencia, podrán verlos suministrados de otras personas, como un deber impuesto por la sociedad y la ley.

De igual manera, Lehmann (1953), destaca que los alimentos comprenden: “Todas las necesidades, inclusive los gastos de educación y los de preparación para una profesión, y ello en proporción a la posición en la vida del necesitado” (p. 397).

Según Varsi (2012), el concepto de alimentos apunta a:

la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano que se dan, tanto en el aspecto material, entiéndase comida, vestido, alimentos propiamente dichos, como en el aspecto espiritual o existencial tal como la educación, esparcimiento, recreación que resultan imprescindibles para el desarrollo ético, moral e intelectual de la persona, nutriendo el alma (p. 419).

De lo expuesto sobre alimentos, se puede advertir que es un deber impuesto por ley, estos no comprende exclusivamente a la alimentación propiamente dicha, sino hace referencia a todo lo que pueda llegar a ser de utilidad para la realización de una persona, es decir, también se considera lo necesario para la educación que forjara los conocimientos necesarios para su desarrollo en sociedad, asimismo lo indispensable para la salud y cuidado del alimentista, así como otras necesidades que este requiera, como son la vestimenta, los gastos para la recreación entre otros. Debiéndose otorgar en proporción a la vida del necesitado.

Es decir la obligación alimentaria por parte del hermano mayor (trabajador) hacia su hermano menor huérfano tiene un origen legal, en atención al estado de necesidad en que se encuentra este último. Siendo esto concordante con lo establecido por Zannoni (1989), quien sostiene que la relación alimentaria:

Se traduce en el vínculo obligacional de origen legal... que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado. Esta relación, de naturaleza netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar ante las contingencias que puedan poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impide, circunstancial o permanentemente, procurarse los medios necesarios para asegurar esta subsistencia. (p.83)

Al respecto conviene señalar algunos aspectos centrales y comunes respecto a la naturaleza del derecho alimentario:

- a) Se otorga a quien lo necesita, pudiendo ser en favor de los descendientes y demás familiares establecidos en la ley.

- b) Es un deber establecido por la sociedad y reconocido legalmente.
- c) Es una prestación traducida en un contexto económico (Bermúdez, 2017).

En la presente, se puede advertir que en el primer grupo de destinatarios, el trabajador con hijo menor o mayor dependiente, asume la obligación alimentaria pues está establecida por ley a favor de su descendiente. Asimismo, se desprende de los vínculos de afectividad que integran a la familia (solidaridad) siendo necesario para la subsistencia de quien lo requiere, lo que trae consigo un gasto económico, tras cumplir esta obligación.

Ahora, en el segundo grupo de destinatarios, el trabajador que se hace cargo de su hermano huérfano, asume también la obligación alimentaria pues está establecida en la ley. Asimismo, se desprende de los vínculos de afectividad que integran a la familia (solidaridad) siendo necesario para la subsistencia del alimentista que ya no cuenta con sus padres que asuman esa función, lo que traerá de igual forma un gasto económico por el cumplimiento de este deber.

Resulta necesario entender que es la obligación alimentaria, de la que tanto hacemos referencia por parte del hermano mayor (trabajador), siendo aquella que resulta en un deber para un miembro de la familia a favor de otro, que no goza de los medios necesarios para su desarrollo, se da en razón al vínculo familiar. Asimismo, este deber asistencial se ve reconocido en la legislación, teniendo como característica la reciprocidad entre los obligados, asegurando prestar los medios necesarios para la subsistencia de quien por las circunstancias se ve en necesidad (Zannoni, 1989).

Por otra parte, este deber asistencial tiene cualidades de carácter patrimonial, pues los medios para la subsistencia de la persona se darán en un contexto económico; asimismo, ostenta un carácter personal, entendiéndose que tiene por finalidad asegurar la subsistencia del causante (Tafur y Ajalcriña, 2008).

Es decir, al asumir el hermano (trabajador) la manutención del hermano huérfano, implicara un gasto económico que afectaran sus ingresos, requiriendo la ayuda necesaria para solventar la carga asumida, como se da en el supuesto del trabajador a cargo de sus hijos.

Por otro lado, Borda (2002), al hablar sobre la obligación alimentaria, manifiesta que para la percepción se deben dar los siguientes requisitos:

- a) El estado de necesidad por parte del que requiere los alimentos, no siendo relevante la causa de la indigencia
- b) Que no pueda procurarse los medios para su subsistencia, basada en razones lógicas.
- c) Que la persona que asuma el deber asistencial tenga sustento económico
- d) El deber asistencial será asumido a razón del vínculo familiar establecido por ley
- e) Imposibilidad de ser asumido por el pariente más próximo.

Por tanto, cuando el hermano (trabajador) asume la manutención del hermano huérfano, es en razón a la necesidad del causante, que ya no cuenta con sus padres que asuman este deber de asistencia, sumado a que el hermano huérfano no se encuentra en la posibilidad de atender a su subsistencia por su edad. Asimismo, el trabajador (hermano) no cuenta con otra carga familiar, y tiene un ingreso que le permite asumir este deber.

Se debe agregar que a juicio de peralta (2002), la obligación alimentaria tiene las siguientes características:

1. Es personal, pues el título de su existencia es la cualidad de ser miembro de la familia, se extingue con la muerte
2. Es un deber recíproco, pues la persona que en un primer momento tuvo la obligación de brindarlo posteriormente tiene el derecho a exigirlo
3. Es revisable, pues el monto establecido para la subsistencia a favor de otro pueda variar en relación a las posibilidades del que las provee o él que las requiere
4. Este deber es intransmisible y no puede ser objeto de transacción ni compensación
5. Es divisible, en el sentido de que cuando son varios los obligados se distribuye entre todos, siendo exigible el monto total a uno.

Una vez más se refleja, que esta obligación es asumida por parte del trabajador por ser miembro de la misma familia, y se origina con la muerte de sus padres dejando así en desprotección al hermano menor, que a razón de este vínculo jurídico parental tiene derecho a exigir el cumplimiento de éste deber a los llamados a asumirla, siendo el hermano mayor que se encuentre en posibilidades, quien la asume en orden de prelación.

En definitiva, se pudo evidenciar que los trabajadores a cargo de su hijo menor o mayor dependiente y los hermanos a cargo de su hermano huérfano se encuentran en una misma situación, razón por la cual debería dárseles un trato igual, otorgándosele a estos últimos los derechos que se le conceden al otro, es decir la percepción de la Asignación Familiar en observancia al principio de igualdad.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En este punto abordaremos la discusión y conclusiones. Sobre el primero desarrollaremos la discusión de la investigación; es decir, lo que se conoce como contrastación de la hipótesis (apartado 4.1). En cuanto al segundo presentamos las conclusiones de nuestra investigación (apartado. 4.2).

4.1 Discusión

La discusión está centrada en determinar si en observancia del principio de igualdad se debe dar la percepción de la asignación familiar a los trabajadores que tengan a su cargo hermano huérfano.

4.1.1. Observancia del principio de igualdad

Conforme a lo expuesto en relación a la Asignación Familiar regulado por Ley N°25129 y el Decreto Supremo N° 035-90-TR, se puede advertir la presencia de determinados destinatarios, siendo estos trabajadores que cuenten con carga familiar, a quienes se les otorgará un sustento económico, equivalente al 10% de la RMV, para ayudarlos en la mantención de estos últimos (Toyama, 2015).

En este grupo de destinatarios encontramos dos supuestos, por un lado un grupo de trabajadores que se hacen cargo de su hijo menor o mayor dependiente y por otro lado, trabajadores a cargo de su hermano huérfano, siendo que estos últimos son tratados de manera diferente a pesar de estar en una situación semejante. Ello porque la norma legal, cuestionada, no les otorga el beneficio económico (Asignación Familiar) que les ayude en la manutención de estos.

En necesario precisar que la Asignación Familiar en el Perú tiene su origen en las negociaciones de un grupo de trabajadores sindicalizados y su empresa, a raíz de las cargas familiares que asumían en su vida diaria. Dicha carga podía comprender a

los hijos o al cónyuge, pues estaba en relación a los integrantes de su familia. Sin embargo al ser regulado este beneficio a través de la ley N° 25129 únicamente brinda ayuda en el caso de contar con hijos dependientes hasta la edad máxima de 24 años, no contemplando otros supuestos de carga familiar que puedan asumir los trabajadores, siendo el caso del hermano huérfano, que también merece protección.

A razón de ello, la Asignación Familiar es definida como aquel beneficio económico que se otorga al trabajador por la presencia de carga familiar (Toyama, 2017)

Es decir, la asignación familiar debe ser comprendida como una ayuda económica, otorgada mensualmente a los trabajadores, a raíz de la necesidad que tienen por cubrir un gasto determinado, como es el caso de la manutención de los miembros de su familia que dependen de él.

A razón de ello, el trabajador que asume la manutención del hermano huérfano, debería recibir este beneficio por ajustarse a esta definición, pues se encuentra en la misma situación que al que se le otorga el derecho.

Asimismo, al hablar de la naturaleza de la Asignación Familiar, como se explicó anteriormente, esta es remunerativa y social puesto que no se origina en la relación laboral, sino que mediante la asignación Familiar “el empleador no remunera el trabajo realizado, sino compensa la carga familiar que tiene el trabajador” (Fernández, 2015, p.VI-5).

Entonces, resulta evidente que el trabajador percibe éste beneficio por la presencia de hijo y a razón de hacerse cargo de ellos, más no por los servicios realizados a favor del empleador. Resulta contradictorio, que al trabajador que se hace cargo de su hermano huérfano no se le otorgue este beneficio, no siendo concordante con la naturaleza del beneficio.

Sumado a ello, el carácter social de la Asignación Familiar se ve reflejado en el hecho de que no está sujeto a ningún tipo de descuento, así lo establece la Resolución 232-2021-Sunafil/ILM, en el fundamento vigésimo primero, precisando que el pago no se da en proporción a los días laborados, sino que su otorgamiento es para favorecer al trabajador que asume un gasto por la manutención de la carga familiar.

Resultando contrario a ello, la no percepción del beneficio por el trabajador que se hace cargo de su hermano huérfano, pues en este supuesto el trabajador también requiere de ayuda económica para hacer frente a los gastos de manutención. Siendo que se encuentra en la misma situación que al que se le otorga el derecho, vulnerándose el principio de igualdad.

Debemos entender el principio de igualdad, como aquel que concede a las personas un trato de iguales, en un plano de equivalencia, siendo que se presenta una situación semejante fundada en razones ya sea por naturaleza, calidad, cantidad u otra que no justifiquen excepciones al conceder un derecho que se reconoce a otro (Rubio, 2013)

En el presente, se puede advertir la presencia de una situación semejante entre dos grupos de trabajadores, siendo estos por un lado los trabajadores con hijo menor o mayor dependiente y por lado el trabajador a cargo de su hermano huérfano.

Ahora, será necesario comparar los dos supuestos a fin de determinar si se encuentran en una misma situación, siendo que la igualdad por definición "supone dos o más situaciones o relaciones jurídicas que son comparadas entre sí para determinar si se está produciendo un trato igual o desigual a las personas involucradas". (Rubio, 1999, p.151)

En ese contexto, en primer lugar, se advierte la presencia de un contrato de trabajo, siendo entendido como aquel acuerdo entre las partes llamadas trabajador y

empleador, de forma voluntaria, en el que el primero brinda un servicio a cambio de una remuneración y genera un vínculo de subordinación. (Toyama, 2017).

Entonces en virtud del contrato de trabajo, el ser humano actuando de forma libre, desempeña labores a favor de otra persona, que se las encarga, para obtener una ventaja económica. En atención a ello, en ambos supuestos los trabajadores se encuentran dentro de una relación laboral, resultando el trabajador a cargo del hijo menor o mayor dependiente como beneficiario de la asignación familiar, sin embargo el trabajador a cargo de su hermano huérfano no percibe este derecho.

En segundo lugar, en ambos supuestos, los trabajadores pertenecen al Régimen de la Actividad Privada regulado por el Decreto Legislativo 728, en el cual se reconoce una serie de beneficios laborales, entre los cuales destaca la Asignación Familiar siendo requisito para su percepción la presencia de carga familiar.

En tercer lugar, se advierte que en ambos supuestos se cuenta con familia, entendida como el grupo de individuos que a razón de los valores inculcados comparten una vida, siendo el afecto la razón que los integra. (Varsi, 2011)

Es decir, el amor, la comprensión, la entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia, siendo más acorde con los nuevos modelos familiares.

En el presente, es evidente la relación familiar entre el trabajador y el hijo, de igual forma la relación entre los hermanos se desprende de un emparentamiento colateral, a razón de ese vínculo se genera el deber de asistencia, sobre todo en el caso de los huérfanos que requieren ayuda y protección para desarrollarse como seres sociales, por aquellos llamados a hacerse cargo, como es el caso de los hermanos mayores, según el artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes.

Es decir, este deber se da en virtud al vínculo existente como resultado del parentesco. Entendiendo este último como los lazos que unen a los miembros de un familia, pudiendo ser por sangre o establecido por ley. (Varsi, 2011).

Por tanto, los hermanos mayores (trabajador) son los llamados a asumir la manutención de los hermanos huérfanos, que al perder a sus padres requieren de asistencia. Presentándose así la obligación alimentaria.

En cuarto lugar, se advierte que ambos supuestos existe una obligación alimentaria por parte de los trabajadores hacia los miembros de su familia.

Debiendo entender por alimentos, según Tafur y Ajalcriña (2008), como:

Una importante, trascendental y vital institución del Derecho de Familia, que consiste en el deber jurídico impuesto por la ley y que está constituida por un conjunto de medios materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas que no pueden para su propia subsistencia y los protege para poder vivir y desarrollarse en forma digna y también para la educación y formación de ellas; consecuentemente, es eminentemente social, por cuanto, es un medio de socorrer a una persona en estado de necesidad. (p. 24)

Se puede advertir, que los alimentos no comprende exclusivamente a la alimentación propiamente dicha, sino hace referencia a todo lo que pueda llegar a ser de utilidad para la realización de una persona, es decir también se considera lo necesario para la educación que forjará los conocimientos necesarios para su desarrollo en sociedad, asimismo lo indispensable para la salud y cuidado del alimentista, así como otras necesidades que éste requiera, como son la vestimenta, los gastos para la recreación entre otros. Debiéndose otorgar en proporción a la vida del necesitado.

Por consiguiente, las personas que por determinadas circunstancias no pueden generar los medios para atender a su subsistencia, como es el caso de los hermanos huérfanos, que por la edad (menores), podrán verlos suministrados de otras personas, siendo el hermano mayor (trabajador) el llamado a asumir este deber impuesto por la sociedad y la ley. Tal cual lo establece Zannoni (1989), quien sostiene que la relación

alimentaria es una prestación recíproca entre los parientes en estado de necesidad, que asegure su desarrollo.

Al respecto conviene señalar algunos aspectos centrales y comunes respecto a la naturaleza del derecho alimentario:

- a) Se otorga a quien lo necesita, pudiendo ser en favor de los descendientes y demás familiares establecidos en la ley.
- b) Es un deber establecido por la sociedad y reconocido legalmente.
- c) Es una prestación traducida en un contexto económico (Bermúdez, 2017).

Por tanto, se puede advertir que en el primer grupo de destinatarios, el trabajador con hijo menor o mayor dependiente, asume la obligación alimentaria pues está establecida por ley a favor de su descendiente. Asimismo, se desprende de los vínculos de afectividad que integran a la familia (solidaridad) siendo necesario para la subsistencia de quien lo requiere, lo que trae consigo un gasto económico, tras cumplir esta obligación.

Ahora, en el segundo grupo de destinatarios, el trabajador que se hace cargo de su hermano huérfano, asume también la obligación alimentaria pues así está establecida en la ley (artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes). Asimismo, se desprende de los vínculos de afectividad que integran a la familia (solidaridad) siendo necesario para la subsistencia del alimentista que ya no cuenta con sus padres que asuman esa función, lo que traerá de igual forma un gasto económico por el cumplimiento de este deber.

Se evidencia que este deber asistencial tiene cualidades de carácter patrimonial, pues los medios para la subsistencia de la persona se darán en un contexto económico;

asimismo, ostenta un carácter personal, entiéndase que tiene por finalidad asegurar la subsistencia del causante (Tafur y Ajalcriña, 2008).

Es decir, al asumir el hermano (trabajador) la manutención del hermano huérfano, le implicará un gasto económico que afectaran sus ingresos, requiriendo la ayuda necesaria para solventar la carga asumida. Como ocurre en el supuesto del trabajador a cargo de sus hijos, que percibe la Asignación familiar.

Por otro lado, Borda (2002), al hablar sobre la obligación alimentaria, manifiesta que para la percepción se deben dar los siguientes requisitos:

- a) El estado de necesidad por parte del que requiere los alimentos, no siendo relevante la causa de la indigencia
- b) Que no pueda procurarse los medios para su subsistencia, basada en razones lógicas.
- c) Que la persona que asuma el deber asistencial tenga sustento económico
- d) El deber asistencial será asumido a razón del vínculo familiar establecido por ley
- e) Imposibilidad de ser asumido por el pariente más próximo.

En ese contexto, el hermano (trabajador) que asume la manutención del hermano huérfano, lo hace a razón de la necesidad del causante, que ya no cuenta con sus padres que asuman este deber de asistencia, sumado a que el hermano huérfano no se encuentra en la posibilidad de atender a su subsistencia, por su edad. Asimismo, el trabajador (hermano) puede asumir este deber pues no cuenta con otra carga familiar, y tiene un ingreso que le permite asumirlo.

Asimismo, el huérfano a razón de este vínculo jurídico parental tiene derecho a exigir el cumplimiento de éste deber a los llamados a asumirla, siendo el hermano mayor que se encuentre en posibilidades, quien la asume en orden de prelación.

De lo expuesto, se puede advertir que entre estos dos supuestos, existen evidentes presupuestos de igualdad, es decir se encuentran en una situación semejante, por las circunstancias y características que hemos identificado. Siendo estos, trabajadores del régimen privado, que cuentan con carga familiar y ambos con la obligación de atender a su manutención. Que ocurre entonces con aquellos trabajadores que tienen a su cargo uno o más hermanos huérfanos y están obligados ante la ley a subsidiarlos con alimentos, ven menoscabado su derecho de percibir la Asignación Familiar, sin embargo el trabajador tendrá que afrontar la carga familiar (manutención, vestido, estudios, salud).

En atención a ello, es importante precisar que cuando el legislador emitió la ley N° 25129, lo hizo con la finalidad de otorgar al trabajador una remuneración suficiente para procurar a él y su familia, el bienestar material y espiritual. En función a ello, es que el pago por Asignación Familiar no constituye una contraprestación por el trabajo realizado por el trabajador, sino una subvención para afrontar el gasto que enfrenta el trabajador por la presencia de carga familiar.

Además, debe tenerse en cuenta que la asignación familiar es un mínimo necesario de carácter imperativo aplicable a todos los trabajadores con carga familiar, sin admitir mayor distingo (Casación Laboral N°2630-2009-HUAURA), entonces, no se explica cómo es que ante un mismo supuesto de hecho, siendo ambos trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente solo para un grupo de ellos sin que exista una razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato.

En definitiva, se pudo evidenciar que los trabajadores a cargo de su hijo menor o mayor dependiente y los hermanos a cargo de su hermano huérfano se encuentran en una misma situación, razón por la cual debe dárseles un trato igual, otorgándosele

a estos últimos los derechos que se le conceden al otro, es decir la percepción de la
Asignación Familiar en observancia al principio de igualdad.

Siendo que el principio de igualdad pretende evitar privilegios y las
desigualdades arbitrarias.

1. En observancia al principio de igualdad debe otorgarse la asignación familiar al trabajador a cargo de su hermano huérfano, pues este beneficio corresponde a todo trabajador con carga familiar, sin mayor distinción.
2. El no otorgamiento de la asignación familiar a los trabajadores a cargo del hermano huérfano no tiene una justificación objetiva.
3. La ley N° 25129 que regula el otorgamiento de la asignación familiar, se limita a proteger el supuesto de trabajadores con hijos menores o mayores dependientes económicamente, no contemplando otros supuestos que aquejan las familias peruanas, siendo así contraria a la finalidad de su otorgamiento.

4.3 Recomendaciones

1. Se recomienda la modificación del artículo 2 de la ley N° 25129, otorgando también la percepción de este beneficio económico a los trabajadores que se hacen cargo de sus hermanos huérfanos, en observancia al Principio de Igualdad. Bajo la incorporación del artículo 2-A que regule este supuesto, de la siguiente manera:

PROPUESTA MODIFICATORIA

Artículo actual:

“**Artículo 2.-** Tienen derecho a percibir esta asignación los trabajadores que tengan a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. En el caso de que el hijo al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad”.

La propuesta de modificación:

Incorporación del artículo 2-A a la ley N° 25129, con el siguiente texto:

Artículo 2-A.- También tienen derecho a percibir la asignación familiar los trabajadores que tengan a su cargo uno o más hermanos huérfanos menores de 18 años. En el caso de que el hermano al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

Sabiendo que este análisis se hace con la finalidad de conocer los efectos futuros de la ley. Es decir, analizar el impacto que producen las iniciativas en el marco institucional del país y en los costos/beneficios que producirán necesariamente sobre nuestra sociedad.

El presente proyecto de ley, no generará ni exigirá un gasto al presupuesto nacional, puesto que, su única finalidad es la de proteger y brindar mayor apoyo a todos los trabajadores con carga familiar (hermanos huérfanos) sin mayor distingo, acorde al principio constitucional de igualdad.

Por su naturaleza, el costo y ejecución de la presente ley estará a cargo de los empleadores.

REFERENCIAS

- Aparicio, L. (1984). La asignación familiar en Análisis Laboral. Lima, Perú:
RAO.
- Barbero, D. (1967). Sistema del Derecho Privado. Tomo II. Buenos aires,
Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Belluscio, A. (1977). Manual de Derecho de Familia (2ª Ed.). Buenos aires,
Argentina: Depalma.
- Borda, G. (2002). Manual de Derecho de Familia (12ª Ed.). Buenos Aires,
Argentina: Lexis Nexis.
- Bossert, G., y Zannoni, E. (1998). Manual de derecho de familia. (4ª Ed.).
Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cabanellas, G. (1963). Tratado de Derecho Laboral (2º Edición). Buenos Aires.
- Casación Laboral N° 14443-2015. Corte Suprema de la Republica [Sala de
Derecho Constitucional y Permanente] (2015).
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/40abdc80440dac5b9a96fe8857548753/Resolucion_14443-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=40abdc80440dac5b9a96fe8857548753
- Casación Laboral N° 5385-2020. Corte Suprema de la Republica [Sala de
Derecho Constitucional y Permanente] (2020).
https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/CASACI%C3%93N%20LABORAL%20N%C2%BA5385-2020-LA%20LIBERTAD_LALEY.pdf

Casación Laboral N° 2630-2009. Corte Suprema de la Republica [Sala de
Derecho Constitucional y Permanente] (2009).

[https://es.scribd.com/document/552055326/Cas-Lab-02630-2009-
Huaura-Asignacion-Familiar](https://es.scribd.com/document/552055326/Cas-Lab-02630-2009-Huaura-Asignacion-Familiar)

Colajanni, M. (1968). Asignaciones familiares. Buenos Aires: Universidad de
Buenos. Recuperado de:

[http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tesis/document/15
01-0980_ColajanniDeLagosMC](http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tesis/document/1501-0980_ColajanniDeLagosMC)

Cornejo, C. (1998). Derecho Familiar Peruano Tomo I Sociedad Conyugal.
Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Congreso de la República. (06 diciembre de 1989). Ley de asignación familiar.
Ley N° 25129. Lima, Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1966) Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos. Fecha: 16 de diciembre de 1966.
[https://www.corteidh.or.cr/docs/documentos_basicos/documentosbas
icos2018.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/documentos_basicos/documentosbasicos2018.pdf)

Fernandez, H. (2015). La naturaleza de asignación Familiar: ¿Es un beneficio
social contraprestativo?. Actualidad Empresarial. Recuperado de
http://aempresarial.com/web/revitem/4_17929_99069.pdf

Gascón A., y García, A. (2015). La argumentación en el Derecho. Lima, Perú:
Palestra.

Bermúdez, M. (Ed.). (2017). El Proceso de alimentos: evaluación del derecho,
de su determinación y del procedimiento. Tomo 55. Lima, Perú:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

- Huerta, L. (2015). El derecho a la igualdad. *Pensamiento constitucional*, 11, 307-334.
- Hurtado, J., y Dávila, C. (2018). Guía sobre los principales beneficios sociales, BDO Outsourcing S.A.C. Recuperado de: <https://www.bdo.com.pe/es-pe/publicaciones/outsourcing/guia-sobre-los-principales-beneficios-sociales>
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Lehmann, M. (1953). *Derecho de Familia*. Vol. IV. Madrid, España: Editorial de Derecho Privado.
- Mallqui, R., y Momethiano, Z. (2002). *Derecho de Familia tomo II*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Montané, J. (2010). Introducción a la investigación básica. *RAPD Online*. Vol. (33). N° (3).
- Neves, J. (2006). Los Principios del Derecho del Trabajo. *Análisis laboral*, 18-19.
- Peralta, A. (2002). *Introducción al Derecho de Familia*. Lima, Perú: Indesa.
- Plá, R. (1998). *Los principios del derecho de trabajo*. Buenos aires, Argentina: Depalma.
- Rodríguez, M., y Fernández, M. (1986). *Igualdad y Discriminación*. Madrid, España: Tecnos.
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

- Rubio, M. (2013). Principio de Igualdad. En Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Resolución de Sub Intendencia N° 232-2021-SUNAFIL/ILM/SIRES. (2021)
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/06/Resolucion-de-Sub-Intendencia-232-2021-SUNAFIL-LP-2.pdf>
- Tafur, G., y Ajalcriña, C. (2008). Derecho Alimentario. Lima, Perú: Biblioteca Nacional del Perú.
- Tantaleán, R. (2016). Tipología de la investigaciones jurídicas. Derecho y cambio social, 1-37.
- Toyama, J. (2011) Derecho Individual del Trabajo. (1ª Ed.). Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Toyama, J. (2017). Guía Laboral (8ª Ed.). Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
- Varsi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi, E. (2012). Tratado de Derechos de Familia. Derecho Familiar Patrimonial. Relaciones Económicas Supletorias y de Amparo Familiar. Tomo III Parte general. Lima, Perú: Universidad de Lima.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23ª Ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es>
- Zannoni, E. (1989). Derecho de familia. Tomo I (2ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.