

LA DISCRIMINACIÓN DEL EMPLEO ENTRE PARIENTES

RÓGER E. ZAVALA CRUZADO*

Sumario:

Introducción. I. La relación de trabajo: 1. Concepto. 2. Elementos: a) Subjetivos, b) objetivos y c) vínculo de subordinación. II. El trabajo familiar. III. Exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo. IV Norma discriminatoria. V. Conclusiones. VI Recomendación.

INTRODUCCIÓN.

Conforme a la Segunda Disposición Complementaria del T.U.O del D. Leg. 728, aprobado por D. S. 003-97-TR – *Ley de Productividad y Competitividad Laboral-LPCL* -, por vía de interpretación auténtica, se establece que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos, hasta el segundo grado, para el titular, persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge.

Esta disposición viola los principios básicos del Derecho del Trabajo, de igualdad de oportunidades, primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación.

La ponencia postula, en primer lugar, establecer la distinción entre el trabajo familiar y la relación de trabajo; y, en segundo lugar, establecer la presunción legal de existencia de relación de trabajo también en la prestación de servicios de los parientes consanguíneos o por adopción, hasta el segundo grado, para el titular propietario del centro laboral, salvo pacto en contrario.

(*) Abogado. Profesor universitario.

El Art. 3º del Proyecto de Ley General de Trabajo, en su primera parte, señala que, en la contratación queda prohibida la discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el Art. XI, numeral 5 del Título Preliminar; es decir, que atente contra el principio de igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades. Añadiendo que, ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales, o a la inversa; y que está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, estado civil, responsabilidades familiares, discapacidad, ser portador de VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole. Coincido con la opinión de la OIT en el sentido de que este numeral debe ser analizado a la luz del Convenio Internacional de Trabajo No. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, que ha sido ratificado por el Perú en 1970.

I. RELACIÓN DE TRABAJO

1. Concepto:

La relación laboral o relación de trabajo, “ es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias” .¹

Siguiendo esta orientación, el Art. 20º de la Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada de México, prescribe: “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona a cambio de un salario”. Agrega, “Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma y denominación, es aquel en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.” La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos”.

La Ley de Contrato de Trabajo (Texto ordenado por el Decreto 390/76), de Argentina, en su Art. 21, prescribe que: “ habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colecti-

1) DE LA CUEVA, Mario: Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, t. 1, pág. 185.

vas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”: y, el Art. 22 de la misma Ley establece que: “Habrá relación de trabajo, cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio a favor de otra, bajo la dependencia de ésta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración cualquiera sea el acto que le dé origen”.

Podemos decir, entonces, que, mientras el contrato individual de trabajo es el acuerdo por el cual el trabajador conviene en prestar servicios personales al empleador, en condiciones de subordinación y a cambio de una remuneración; la relación laboral, es la ejecución de ese acuerdo, por lo que puede existir contrato individual de trabajo, sin que exista relación de trabajo o viceversa. De ahí que la Ley Procesal del Trabajo, obligue al actor a acreditar la existencia de la relación de trabajo y no el contrato de trabajo, porque es a partir del inicio de aquella que nacen las obligaciones y derechos, derivados de la ejecución del contrato.

2. Elementos de la relación de trabajo:

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos distinguir los siguientes elementos:

i.- Elementos subjetivos:

- El trabajador
- El empleador

ii- Elementos objetivos:

- La prestación del servicio
- La remuneración.

iii- El vínculo de subordinación:

- i) El trabajador:** Es la persona física o natural que presta a otra, física o jurídica, un trabajo personal subordinado, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.
- ii) El empleador:** Es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, cuyas actividades dirige y remunera.
- iii) La prestación del servicio:** Constituye la obligación principal del trabajador, realizar la prestación personal del servicio requerido por el empleador.
- iv) La remuneración:** Es “el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición “²

2) LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, aprobada por D. S. 003-97-TR: Art. 6°.

- v) **La subordinación:** Desde el punto de vista jurídico, se entiende como la obligación de acatamiento de las órdenes que emita el empleador en relación con las actividades laborales que corresponden al trabajador. El Art. 9º de la acotada Ley, prescribe que por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y, sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

II. EL TRABAJO FAMILIAR.

Luisa RIVA SANSEVERINO,³ sostiene que la presunción general es de que las relaciones entre un jefe de la unidad de producción o de trabajo y los miembros de su familia que conviven con él, y que laboran en ella, cualquiera sea el contrato previamente estipulado, son relaciones que se definen como obligación y derecho al sustento, así como prestaciones de interés familiar, entendido como tal una pluralidad de personas sobre bienes y servicios capaces de satisfacer necesidades comunes, las que pueden ser también de carácter económico. Agrega que, “esta presunción, como es obvio, tiene en consideración la necesidad de salvaguardar la estructura familiar, evitando cualquier causa de fricción o conflicto, conduzca a la conclusión de que el trabajo familiar, no se inserte, en regla, en el campo de aplicación del ordenamiento jurídico en examen, por cuanto el mismo presupone, siempre, por así decir, la existencia de relación antagónica como lo es la relación contractual de trabajo subordinado.”⁴

Guillermo CABANELLAS, citando a BARASSI, sostiene que la subordinación también se encuentra en otros campos del Derecho, como por ejemplo en el Derecho Familiar; pero, dice que esta subordinación difiere de la subordinación de la relación de trabajo, en que mientras ésta es contractual, aquélla es establecida por la ley.”⁵ Agrega que “ Por más que se considere la función del empresario asimilada en ciertos aspectos a la de un buen padre de familia, el concepto del pater familias y del jefe de empresa difieren fundamentalmente, ya que la organización familiar se funda en principios derivados de la naturaleza humana, con las exigencias propias de un sistema basado en el respeto y en la consideración que surgen de la sangre o del afecto; en tanto que, en el sistema económico que constituye la empresa, la función del jefe de ésta nace de las necesidades de la producción, y la subordinación se impone, como exigencia propia de

3) RIVA SANSEVERINO, Luisa: Curso de Direito do Tráballo, Edicoes L T R, Sao Paulo Pág. 70

4) RIVA SANSEVERINO, Luisa, ob cit. Pág. 70.

5) CABANELLAS, Guillermo: Contrato de Trabajo, Parte General, T. 1, Pág. 248.

un sistema que requiere, como necesidad imperativa, la pérdida de una parte de la libertad para lograr con ello el mejor cumplimiento de aquella finalidad. Son, pues, dos conceptos que se diferencian aun mejor en la vida normal de relación, por los diversos caracteres de las instituciones a que pertenecen”⁶

El trabajo familiar, entonces, es aquel no remunerado, que se presta en un núcleo o comunidad integrada por el jefe de familia y por quienes forman parte de ésta, por lo que las utilidades del negocio, sirven para satisfacer las necesidades del hogar común y las pérdidas perjudican a todos. La subordinación que existe entre el familiar y el jefe de familia, es la que nace por imperio de la ley, como ocurre, por ejemplo con el Inc. 4) del Art. 423º del C. C., que establece que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación, lo que concuerda con el inciso g) del Art. 74º del Código de los Niños y Adolescentes que señala que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.

La OIT al comentar el Art. 293º del Proyecto de la Ley General de Trabajo, sostiene que “El < < trabajo familiar no remunerado > > aparece regulado en este artículo de manera incidental, respecto de los menores, a quienes se reconoce el derecho a un descanso diario de doce horas continuas. No obstante, no está definido en la ley y convendría precisarlo y restringirlo a parientes muy cercanos del trabajador y que legítimamente deban contribuir con el ingreso familiar. De lo contrario, puede convertirse en un recurso para disfrazar o encubrir relaciones de trabajo. Esto es tanto más importante cuanto que el trabajo familiar no remunerado ha llegado a ser de 7,7% del empleo total y del 11.5% en el caso de las mujeres. En algunos países de América Latina el trabajo familiar no remunerado ocupa entre el 1.2% y el 2.9% del empleo total, mientras en otros, incluyendo el Perú, se sitúa entre el 5.9% y el 8.7% y en Honduras llega al 13% (Véase OIT. El ámbito de la relación de trabajo, Conferencia Internacional de Trabajo, 91ª reunión, 2003, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, Anexo III).⁷

ENRIQUE VARSÍ,⁸ comentando este dispositivo señala que la prestación de servicios es un derecho- deber derivado de la guarda que consiste en recibir ayuda y aprovechar los servicios de los hijos, con la limitación correspondiente a su edad y condición; sin perjudicar su educación y atención (Art. 74º, Inc. g) del Código de los Niños y Adolescentes). Como el valerse de la prestación de servicios de los hijos implica inculcarles hábitos de trabajo, esta situación se vincula con el deber-derecho de los hijos a la educación ya

6) CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit: pág. 248.

7) Comentario de la OIT sobre el Proyecto de la Ley General de Trabajo, p. 53

8) VARSÍ, Enrique, en CODIGO CIVIL COMENTADO, t. III, p.. 131.

que se les prepara para el futuro de una manera directa. Se trata de una relación netamente familiar, sin contenido laboral, de allí que, se toma en cuenta, de manera esencial, que la labor sea beneficiosa y que no perjudique el desarrollo del menor

La Pequeña Empresa es el mejor instrumento para la generación de puestos de trabajo y generalmente se caracteriza por ser de tipo familiar, en virtud de que el pequeño empresario es el jefe de familia que puede contar con limitados recursos y entonces, procura maximizar su trabajo y el de sus familiares y acrecentar su rentabilidad..TORRES Y TORRES LARA, sostiene que “En efecto, la Pequeña Empresa permite al trabajador-empresario y a sus familiares, encontrar un sentido de independencia y de realización propia en la vida. Lejos de realizarse en ella el trabajo repetitivo de un obrero o empleado no especializado, el pequeño empresario y su familia se encuentran como dueños de su propio destino, con sus riesgos, sus pérdidas y sus triunfos, es decir el hombre y sus familiares se vuelven a encontrar a sí mismos. La pequeña empresa familiar es en ese sentido, una fuerza liberadora de las más profundas necesidades del hombre y su familia”⁹

III. EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

El Inc. e) del apartado 3 del Art.1 del Estatuto de los Trabajadores, de España, establece que se excluyen del ámbito regulado por dicho cuerpo legal, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se consideran familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Manuel ALONSO OLEA, comentando este dispositivo dice: “Si no media salario, la relación que liga a un miembro de familia con otros de ella que junto con él trabajan está excluida del Estatuto de los Trabajadores, con toda seguridad porque el contrato no es de trabajo, al difuminarse hasta desaparecer la ajenidad, subsumida en el complejo de relaciones familiares. Se trata de trabajo en cuyas utilidades participan directamente todos los miembros de la comunidad familiar:«...del negocio salía para todos el sustento y medio de vida», en la expresión de una sentencia; «.....una comunidad de trabajo y de intereses, en cuyos beneficios y pérdidas todos participan, fundamentada en la unidad familiar convivencial», en la expresión de otra; «falta la nota de ajenidad....que no cabe apreciar cuando los frutos o resultado del trabajo prestado , se destinan a un fondo social o familiar común» , según una tercera; todas ellas con antecedentes viejos, según los cuales «el régimen de familia.....impide ...el contrato de

9) TORRES Y TORRES LARA, Carlos, Empresa y Familia (Posible contribución de la empresa familiar al desarrollo), en La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Comejo Chávez, PUC. 1992, Pág. 318

servicios». No hay ajenidad en el «trabajo, como integrante de las actividades culturales, sociales y económicas que rigen la vida familiar»¹⁰.

De acuerdo con la legislación y doctrina española se excluye del ámbito del Derecho del Trabajo al trabajo familiar no asalariado; es decir, aquel que se realiza por los miembros de una familia que forman una comunidad de trabajo y de intereses, en la que todos participan directamente de los beneficios o de las pérdidas del negocio. Pero si se demuestra que el trabajo familiar es asalariado, las relaciones emergentes de esta situación jurídica, se enmarcan dentro del ámbito laboral.

En este sentido es importante considerar que el Art. 44º del Anteproyecto de la Ley del Empresariado, establece que cuando en el ejercicio de la actividad empresarial, el empresario recibe la colaboración de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, o de su cónyuge o conviviente, se entiende que se trata de una prestación de servicios de asistencia familiar y no de índole laboral u otra naturaleza, salvo pacto en contrario que conste de manera indubitable.

“Una cuestión que plantea dudas y que suele darse con frecuencia en las PYMES de nueva creación, es la surgida de cómo debe considerarse la contratación de familiares, el Estatuto de Trabajadores de España, resuelve este tema dictando que los trabajos familiares (realizados por el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, inclusive, y en su caso por adopción) no tendrán consideración de asalariados o por cuenta ajena, salvo que demuestren la condición de asalariados de quien los lleva a cabo. Para demostrar esta condición de trabajador por cuenta ajena, y ser acreedor de diversos derechos derivados del contrato de trabajo, el familiar que realice el trabajo deberá acreditar que no convive con el empleador (requisito fundamental en la práctica la existencia o no de convivencia entre las partes), o que no está a su cargo”¹¹

El anexo de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de las Comunidades Económicas Europeas del 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros, relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de la empresa, ha establecido categorías de trabajadores asalariados cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la directiva, según el apartado 2) del artículo 1º. En Irlanda, se excluye a los parientes próximos al empresario que no tienen un contrato de trabajo escrito y cuyo trabajo afecta a una vivienda privada o una empresa agrícola en la cual residen el empresario y sus parientes próximos. En el reino unido, se excluye al cónyuge del empresario.¹²

10) OLEA ALONSO, Manuel: Derecho del Trabajo, 14ª edición: Servicio de Publicaciones .Facultad de Derecho , Universidad Complutense, Madrid, ESPAÑA, p. 55.

11) www.emplea.cantabria.com/crea-emp/guia/contratacion.pdf.

12) www.mtas.es/guia/2004/Leyes/Direc98780.html-18k.

El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la Ley 27337, establece que los adolescentes que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñan trabajo familiar no remunerado, tienen derecho a un descanso de doce horas diarias, así como a las prestaciones de seguridad social, por lo que corresponde a los empleadores o en su caso al jefe de familia cumplir con estas obligaciones. (Arts. 63° y 64°)

La Ley 28015, de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), publicada el 3 de julio del 2003 con el objeto de promover la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones y su contribución a la recaudación tributaria, estableció un régimen especial.

La Micro y Pequeña Empresa, es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios (Art. 2°).

La Microempresa, es decir, aquella que cuenta con uno a diez trabajadores inclusive y que tiene un nivel de ventas anuales hasta un máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias, *cuenta con un régimen laboral especial* y constituye la forma natural del trabajo familiar y de contratación de los parientes como expresión del espíritu de solidaridad para solucionar problemas de desempleo. Entonces resulta extraño su Art. 56° que contiene una disposición complementaria que establece que: “*Para el caso de las microempresas que no se hayan constituido en personas jurídicas en las que laboren parientes consanguíneos hasta el segundo grado ó el cónyuge del titular o propietario persona natural, es aplicable lo previsto en la segunda disposición complementaria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Suprema No. 003-97-TR*”. Agrega que “*Los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales*”.

Esto significa que se desconoce la existencia de relación de trabajo en la prestación de servicios por los parientes consanguíneos hasta el segundo grado o del cónyuge, para el titular o propietario persona natural, salvo pacto en contrario; pero, se puede advertir, en primer lugar que no hace distinciones relacionados con la modalidad de prestación de los servicios; en segundo lugar, que no se refiere a los parientes por adopción; en tercer lugar, que no menciona al conviviente con quien el titular mantiene una unión estable de hecho libre de impedimento matrimonial; y, cuarto, lo que es peor, establece la posibilidad de que, por pacto en contrario, se reconozca la existencia de relación de trabajo, aún tratándose del cónyuge.

Pero los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos y sus relaciones laborales. Lo que puede interpretarse en el sentido de que si los parientes a esa fecha hubiesen estado laborando y que sin mediar pacto en contrario, se les hubiese considerado como trabajadores subordinados, mantienen sus derechos nacidos de sus relaciones laborales.

“La norma bajo comentario efectúa, asimismo, una importante precisión, al señalar que los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales. Es decir que cualquier derecho que no se hubiese pagado dentro del régimen general que resultaba aplicable antes de la vigencia de la nueva norma, no se pierde por el hecho de que se crea un régimen laboral especial. Tal sería el caso, por ejemplo de las vacaciones no gozadas por períodos anteriores vencidos, en cuyo caso correspondería al trabajador el pago de la triple remuneración, aún cuando ya hubiera entrado en vigencia el régimen especial”.¹³

V.- NORMA DISCRIMINATORIA:

La SEGUNDA Disposición Complementaria de la LPCL textualmente dice: “Interprétese por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular ó propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge”¹⁴. La Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenida en el Art. 56° de la Ley 28015, señala que tal disposición es aplicable también a este régimen.

Del análisis de la disposición primeramente citada, se desprende lo siguiente:

- i) No se precisa cuál es el dispositivo legal que ha sido materia de la interpretación auténtica, por lo que hay que suponer que se trata del Art. 4° de la acotada Ley, que en su primera parte establece que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.
- ii) La norma interpretativa se refiere a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, vale decir a los padres, los hijos, los abuelos, los nietos y los hermanos, no se hace referencia a los parientes por adopción, ya que los hijos adoptivos, de

13) ANÁLISIS LABORAL, Julio 2003, p. 16

14) El Art. 312° del C. C. señala que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, prohibición que también alcanza al conviviente sujeto a una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida, libre de impedimento matrimonial, conforme al Art. 326° del acotado.

conformidad con lo dispuesto por el Art. 377º del C.C. tienen los mismos derechos que los hijos naturales.

- iii) La misma norma alude a la prestación de servicios, sin indicar si son remunerados o no; pues, si no lo son, se trata de trabajo familiar cuya relación se encuentra al margen del ámbito del Derecho del Trabajo.
- iv) En el supuesto de que se trate de servicios no remunerados, no existe relación de trabajo y ésta no puede darse por más de que medie pacto en contrario, teniendo en cuenta su naturaleza objetiva.
- v) En la hipótesis de que los servicios prestados por los parientes a que alude la disposición, sean remunerados y subordinados, existe relación de trabajo y no puede desnaturalizarse por el pacto en contrario, porque implicaría renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Ley.
- vi) La norma bajo análisis no hace distingo entre los parientes que convivan con el titular o propietario del negocio y que por tanto integren un núcleo familiar y los que ya han constituido un núcleo familiar independiente.
- vii) Conforme a la misma norma, tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge. No se refiere al conviviente-hombre o mujer-libre de impedimento matrimonial, que forma un hogar de hecho con el jefe de familia, pese a lo previsto por el Art. 5º de la Constitución, concordante con el Art. 326º del C.C.

Amauri Mascaro NASCIMENTO, afirma que “La discriminación, en las más diversas relaciones entre las personas en la vida en sociedad, es un acto arbitrario no tolerado por las leyes, inclusive por las Constituciones, como exigencia de la dignidad del ser humano y del derecho al tratamiento igual. que no debe ser preferido en razón de determinadas circunstancias o factores que de ninguna manera pueden justificar tratamientos diferentes”,¹⁵ Por su parte HUECK, citado por TOYAMA, sostiene que “el igual debe ser tratado de modo igual y el desigual de modo desigual, pero correspondiendo a su desigualdad.”¹⁶

El Convenio Internacional de Trabajo No. 111, considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; así como que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Inc. b) de su Art. 1º, establece que a los efectos del Convenio el término discriminación comprende, cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de

15) NASCIMENTO, Amauri Mascaro: Teoría General del Derecho del Trabajo Ed. LTR, Sao Paulo: Brasil.

16) TOYAMA MIYABUSUKO, Jorge: Instituciones de Derecho Laboral, p. 235.

oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

El Art. 2º del mismo Convenio, dispone que todo Miembro para el cual éste se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva por métodos adecuados, a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato, en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

El Inc. 1) del Art. 26º de la Constitución Política del Perú, de 1993, prescribe que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, norma que ha sido desarrollada por la Ley 26772 de fecha 26.03.97, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato. El Art. 2º dice que se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

La discriminación por razón de parentesco se encuentra comprendida dentro de este dispositivo, cuando se refiere a la discriminación debida a “*motivos de cualquier otra índole.*”

El Art. 3º de la misma ley, prescribe que las personas naturales o jurídicas que incurran en actos de discriminación, deben ser sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, (ahora ... “Promoción del Empleo”) sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar; y el Art. 4º , dispuso que el Poder Ejecutivo dictará las normas reglamentarias en un plazo no mayor de 30 días de la entrada en vigencia de la Ley, sin que, hasta la fecha se haya cumplido con este mandato.

Conforme al artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Trabajo, ésta regula las prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacida de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de éste. El numeral 5 del Art. XI del mismo Proyecto, señala que es principio del ordenamiento laboral, la igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades. Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales o a la inversa. Está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares

Frente a lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral, contenida en el Art. 56° de la Ley 28015, es necesario distinguir el trabajo prestado por los parientes consanguíneos hasta el segundo grado (hijos, nietos, abuelos, bisabuelos o hermanos), los hijos adoptivos, el cónyuge o conviviente (unión estable), en cumplimiento del deber-derecho de colaboración con el jefe de familia, que persigue la formación directa de los suyos mediante la disciplina y el trabajo y también conseguir ingresos para la satisfacción de las necesidades comunes del núcleo familiar. En este caso, no existe relación de trabajo.

Distinta es la situación de los parientes que ya no dependen del jefe de familia, por haber constituido sus respectivos hogares y tener por tanto vida independiente. En este caso, si son contratados por el jefe de familia para realizar trabajo subordinado y remunerado, la ejecución del contrato genera relación de trabajo con los beneficios y derechos establecidos por la ley, a favor de los trabajadores de la actividad privada; y, consecuentemente no pueden ser excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lo contrario es violar los principios de igualdad, de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación.

VI.- CONCLUSIONES

- 1) La norma contenida en la Segunda Disposición Transitoria de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenida en el Art. 56° de la Ley No. 28015, (MYPE) son discriminatorias y violatorias del principio de igualdad de oportunidades, cuando se refieren al trabajo de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, sin distinguir entre los que hacen vida en común con el jefe de familia titular o propietario del negocio y aquellos que tienen vida independiente.
- 2) También son violatorias del mismo principio por cuanto no hace distinción entre los servicios no remunerados y los remunerados prestados por los parientes mencionados.
- 3) La relación laboral es de naturaleza objetiva, por lo que se tipifica por la concurrencia copulativa de sus elementos subjetivos, objetivos y del vínculo de subordinación, de acuerdo con el principio de primacía de la realidad, por lo que no puede ser desnaturalizada por pacto en contrario.
- 4) En mérito del principio de igualdad de oportunidades no se puede negar el acceso al empleo remunerado a los parientes consanguíneos o por adopción del empleador, así como tampoco se puede desnaturalizar la relación de trabajo existente, con pacto en contrario, por cuanto significaría la renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes.

- 5) En mérito del principio de control difuso de la Constitución y de acuerdo con la segunda parte de su Art. 138° las disposiciones legales mencionadas, en su caso, no deben ser aplicadas al resolver los eventuales conflictos que pudieran presentarse, por contravenir las garantías de igualdad ante la ley, libertad de contratación y de trabajo, contenidas en los incisos 2, 14 y 15 del Art. 2° de la Carta Magna.

VII. RECOMENDACIÓN:

Debe modificarse la Segunda Disposición de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenido en el Art. 56° de la Ley 28015, estableciendo que el trabajo familiar no remunerado, prestado por quienes convivan con el empresario y que tengan la condición de ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, y en su caso, por adopción, no se encuentra comprendido dentro del ámbito del Derecho del Trabajo.

En todo caso, norma con este contenido debiera incorporarse en el Proyecto de la Ley General de Trabajo para su posterior aprobación.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1 ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del Trabajo, 14ª Edición, Fac. de Derecho, Universidad COMPLUTENSE, Madrid España.
- 2 CONTI, Augusto, Discriminación en el Empleo, Ediciones Jurídicas, Bogotá, Colombia.
- 3 CABANELLAS, Guillermo, Contrato de Trabajo, T. 1, Editorial Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, Argentina.
- 4 DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T. 1, Editorial PURRUA S.A., México.
- 5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Teoría General del Derecho del Trabajo, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil.
- 6 RMIREZ GRONDA, Juan, El Contrato de Trabajo, en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por DEVEALI, T. 1, Editorial La Ley, Buenos Aires Argentina.
- 7 RENDON VASQUEZ, Jorge, TUO. de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo 728 y su Reglamento.
- 8 RIVA SANSEVERINO, Luisa, Curso de Direito do Trábalo, Ediciones LTR, Sao Paulo, Brasil.

- 9 TORRES Y TORRES LARA, Carlos Empresa y Familia, en La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, PUC, Fondo Editorial 1992
- 10 TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge: Instituciones de Derecho LABORAL, Editorial GACETA JURÍDICA.
- 11 VARSIROSPIGLIOSI, Enrique, en Código Civil Comentado: Editorial :GACETA JURÍDICA.
- 12 ANALISIS LABORAL, Julio 2003,Lima-Perú.
- 13 O. I. T.: Comentarios al Proyecto de la Ley General de Trabajo.