

EL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE PARIENTES

Róger E. ZAVALETA CRUZADO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relación de trabajo. 3. El trabajo familiar. 4. Trabajo entre parientes.

La acertada decisión de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) de publicar esta obra colectiva en homenaje a nuestro primer presidente y fundador, el doctor Luis Ernesto Aparicio Valdez, me propicia la oportunidad de colaborar con este trabajo para aunarme a tan merecido reconocimiento, en nombre propio y en el de los cultores de nuestra disciplina de esta parte del país. La Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo tuvo el singular privilegio de contar en su plana docente con el doctor Aparicio Valdez y de otorgarle la distinción de “Profesor Honorario” por sus personales dotes y por su invalorable aporte para el desarrollo del Derecho del trabajo y de la seguridad social en el Perú y su proyección internacional.

1. INTRODUCCIÓN

La Segunda Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad

Laboral (LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR y publicado el 21 de marzo de 1997, estableció, por vía de interpretación auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario y que tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios por el cónyuge⁽¹⁾.

A nuestro juicio esta disposición legal, introduce elementos de discriminación en el empleo entre los parientes y atenta contra los principios de igualdad de oportunidades y de irrenunciabilidad de derechos, establecidos en la Constitución y en normas supranacionales.

2. RELACIÓN DE TRABAJO

La negación de la existencia de relación laboral en la prestación de servicios entre parientes, renueva la vieja discusión doctrinaria orientada a determinar la naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo; pues, juristas de nota se empeñaron en demostrar que la denominación de “contrato de trabajo” era falsa desde el punto de vista jurídico, en virtud de que el trabajo podía ser objeto de varios contratos diferentes: locación, empresa, sociedad, prestación gratuita.

Si bien entre el contrato individual de trabajo y los contratos civiles que tienen por objeto la prestación de servicios existen muchas analogías desde el punto de vista formal, también es verdad que las reglas de estos no pueden aplicarse a aquel, porque está regido por normas y principios generales especiales de protección al trabajador.

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

(1) El texto original de esta disposición correspondió al artículo único de la Ley N° 26563, que tuvo como antecedente a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 26513, de fecha 27 de julio de 1995, que también excluía de la relación de trabajo a la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado para una empresa de responsabilidad individual o de una persona jurídica, cuyo socio mayoritario condujera o no directamente el negocio.

derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias”, sostiene Mario de la Cueva⁽²⁾.

Siguiendo esta orientación, el artículo 20° de la Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada de México, dice: “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: “[el] 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 de Argentina (Texto ordenado por el Decreto 390/76), en su artículo 21° establece 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 esta, durante un periodo 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 colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”; y, el artículo 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 esta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración cualquiera sea el acto que le dé origen”.

Por consiguiente, mientras que 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. 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) DE LA CUEVA, Mario, *Nuevo Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, México D.F., 1972, T. I, p. 185.

2.1. Elementos de la relación de trabajo

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los sujetos de la relación de trabajo, son el trabajador y el empleador; los elementos objetivos, la prestación del servicio y la remuneración; y el vínculo de subordinación.

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⁽³⁾.

La distinción que se hacía en nuestra legislación, entre obreros y empleados, según el predominio del esfuerzo físico sobre el intelectual o a la inversa, ha desaparecido; y, más bien, atendiendo a su grado de responsabilidad, según el artículo 43º LPCL, los trabajadores se clasifican en:

- Trabajadores que desempeñan cargos de dirección, que son aquellos que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
- Trabajadores que desempeñan cargos de confianza, que son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado; así como aquellos cuyas opiniones o informes se presentan directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
- Trabajadores que desempeñan cargos distintos a los anteriores, dentro de los que están aquellos, cuyas labores no requieren nivel de preparación o experiencia previa, así como quienes siendo calificados no desempeñan cargos de dirección o confianza.

Empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, cuyas actividades dirige y remunera.

(3) Véanse: inciso b del artículo 3º del Código de Trabajo de Chile; artículo 8º de la Nueva Ley del Trabajo Reformada de México y el artículo 25º de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.

La prestación del servicio personal y subordinado constituye obligación principal del trabajador.

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⁽⁴⁾. Constituye la obligación principal del empleador.

La subordinación, desde el punto de vista jurídico-laboral, es la obligación de acatamiento de las órdenes que emita el empleador en relación con las actividades laborales que corresponden al trabajador. 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 su ejecución y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador⁽⁵⁾.

3. EL TRABAJO FAMILIAR

La familia es la “institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana”, sostiene Sánchez Román, citado por Cabanellas y Alcalá-Zamora⁽⁶⁾.

La expresión trabajo familiar se emplea para referirse a la energía, el tiempo y el desarrollo de destrezas necesarias para atender “las tareas del hogar y del cuidado de los hijos y de las hijas que deben realizar las familias para mantener el hogar y a sus miembros (Piotrkiwski y Hughes, 1993:191)”.

En la investigación realizada por Maganto Mateo, Juana María; Bartau Rojas, Isabel y Etxeberria Margiondo, Juan, siguiendo a Vosler, se precisa la variedad de roles y tareas que comprende el trabajo familiar, entre las que cabe destacar las siguientes áreas:

(4) Artículo 6º de la LPCL.

(5) Artículo 9º de la LPCL.

(6) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Luis, *Tratado de política laboral y social*, 3ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 1982.

- a. El *rol de proveedor* que comprende las tareas relacionadas con la provisión de recursos básicos para la supervivencia de los miembros de la familia, incluyendo la alimentación adecuada, la higiene, la ropa y los cuidados médicos. En las sociedades industriales complejas el cubrir con éxito este rol depende de la organización de los sistemas de empleo y salarios, así como de viviendas apropiadas y otros servicios como por ejemplo los servicios de salud.
- b. El *rol de liderazgo familiar* y la toma de decisiones en la unidad familiar. A través de la interacción de los miembros de la familia desarrollan un sentimiento de cohesión y van construyendo los modelos de funcionamiento interno, conjunto de creencias y normas que sustentan el funcionamiento de la familia. Este rol también implica el desarrollo de patrones de comunicación con miembros de la familia extensa, con amigos y compañeros de trabajo y otros grupos comunitarios. Este grupo de tareas ha sido identificado como crítico por diversos teóricos, centrándose en la importancia de una alianza parental y jerárquica (Hale, Minuchin Ver Walsh, 1982), el poder compartido (Beavers, 1982), la disciplina apropiada (Thomas y Olson, 1993) y el control del comportamiento (Epstein y otros, 1982).
- c. El *rol de mantenimiento y organización del hogar*, incluye una variedad de tareas específicas tales como hacer la compra, preparar la comida, limpiar, lavar, fregar, etc., actividades repetitivas y cotidianas que con frecuencia consumen mucho tiempo y energía.
- d. El *rol de cuidador* de los miembros dependientes que comprende las tareas dedicadas a los niños pequeños, ancianos y/o miembros discapacitados que requieren de cuidados médicos especiales, preparación de comidas, o ayuda para desplazarse, compañía, etc. Debido a que la edad media de vida en las sociedades industrializadas se ha incrementado en los últimos años, la atención y el cuidado de los ancianos adquieren especial relevancia.
- e. El *rol de educador y supervisor* de los niños y adolescentes que incluye las tareas de crianza, de estimulación afectiva y cognitiva, la educación y la socialización. Estas tareas esenciales

requieren un considerable conocimiento y habilidades para asegurar resultados satisfactorios. El cuidado de los niños y de los adolescentes incluye una variedad de tareas que surgen y cambian a través del ciclo vital familiar. El modelo de funcionamiento interno de cada familia subyace en la toma de decisiones en torno al cuidado de los bebés, las relaciones padres-hijos, los estilos de vida de la familia, la escolarización, las actividades extracurriculares, la participación de los niños en los procesos de toma de decisiones familiares, la estructura de roles, las reglas y normas y los patrones de comunicación⁽⁷⁾.

Cabanellas Torres y Alcalá-Zamora por su parte, sostienen que por la conveniencia de proseguir la profesión u oficio familiar, por la enseñanza o perfeccionamiento gratuito que se obtiene para continuar con la clientela formada o para proseguir con el usufructo del patrimonio o empresa de los padres, la familia incuba igualmente el futuro profesional o laboral de los hijos que por sus estudios, o por la contratación inicial en que los padres intervienen, emprenden sus actividades económicas. Sostienen los autores citados; y luego, agregan: “Lo expresado autoriza para declarar resumidamente, pues el tema es amplísimo, que la familia constituye empresa de vida, escuela para los hijos, forjadora de su espíritu, orientadora de su porvenir profesional, custodia de la tradición y del patriotismo, cuando no se erige, por disensiones internas o frustraciones conyugales, por estrecheces económicas o ambiciones excesiva, por rencores o persecuciones de clase, en corruptora de la prole, en ejemplo negativo de desidia, en propagadora del delito y en excitadora de las rebeldías y resentimientos sociales⁽⁸⁾”.

Luisa Riva Sanseverino, afirma que la presunción general es que las relaciones entre el jefe de la unidad de producción o de trabajo y los miembros de la familia que con él, conviven y que con ella colaboran, existiendo o no cualquier contrato previamente estipulado, son relaciones que se

(7) MAGANTO MATEO, Juana M., BARTAU ROJAS, Isabel y ETXEBERIA MORGIONDO, Juan, “La Participación en el trabajo familiar: un reto educativo y social”, en *Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa*, p. 160, en www.uv.es./RELIEVE.

(8) CABANELLAS DE TORRES/ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Tratado de política laboral y social*, cit., p. 35.

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 que cualquier causa de fricción o conflicto, conduzca a la conclusión de que el trabajo familiar, no se inserte, como 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”⁽⁹⁾.

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 esta es contractual, aquella es establecida por la ley. 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 esta nace de las necesidades de la producción, y la subordinación se impone, como exigencia propia de 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”⁽¹⁰⁾.

Consideramos que las notas características que deben concurrir para identificar la existencia de trabajo familiar, son las siguientes:

- a. Convivencia con el empresario.

⁽⁹⁾ LA RIVA SAN SEVERINO, Luisa, *Curso de Direito do trábalo*, Edicoes L T R, Sao Paulo, 1984, p. 70

⁽¹⁰⁾ CABANELLAS, Guillermo, *Contrato de trabalho*, Parte general, T. I, p. 248.

- b. Tarea orientada a la satisfacción de las necesidades de subsistencia de los miembros de la familia.
- c. Comunidad de beneficios y pérdidas para el grupo familiar y no únicamente para el empresario.
- d. Existencia de vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad, adopción y también puede añadirse el concubinato⁽¹¹⁾.
- e. Inexistencia de ajenidad del servicio, de percepción de salario y de vínculo de subordinación laboral.

3.1. Exclusión del ámbito laboral

El inciso e del apartado 3 del artículo 1º 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 que: “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 amenidad [...] 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

(11) El artículo 5º de la Constitución de 1993, establece que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

de servicios'. No hay ajenidad en el 'trabajo, como integrante de las actividades culturales, sociales y económicas que rigen la vida familiar'"(12).

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.

Cabe añadir que el trabajo familiar, ha sido considerado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuando se señala que: "El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, es decir, padres, hijos, abuelos, nietos y hermanos— también los cónyuges, pues son los parientes por afinidad— del trabajador autónomo, que sean mayores de 18 años y que colaboren con aquél de forma habitual, personal y directa realizando su trabajo dentro del marco de la actividad económica de su pariente autónomo deben incluirse en el RETA, salvo que se trate de personas que realicen dicha actividad como asalariados, por cuenta ajena sujetos a un contrato de trabajo. Se presume, además, que han de ser trabajadores autónomos estos parientes en los que concurren las características expuestas cuando convivan en el hogar del trabajador autónomo y estén a su cargo, salvo que exista prueba en contrario que acredite su condición de asalariados respecto del mismo"(13).

Teniendo en cuenta los antecedentes de la legislación y la doctrina comparada, la fórmula de exclusión del ámbito laboral del trabajo de los parientes, contenida en la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL(14) es errónea, ya que no distingue el trabajo familiar en sentido

(12) ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 14ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, p. 55.

(13) En www.gabilos.com/weblaboral/autonomos/textocuestiones1.htm, p. 1.

(14) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. El artículo 56° de la Ley N° 28015, Ley de Porción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, 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 o el cónyuge del titular o propietario, persona natural es aplicable lo previsto en la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL.

estricto del trabajo asalariado. El primero, por su propia naturaleza no genera relación de trabajo ni puede establecerse lo contrario mediante pacto entre las partes, en virtud del principio de primacía de la realidad, mientras que en el segundo caso, sí nos encontramos frente a una real relación de trabajo.

En este sentido, es importante considerar que el artículo 44^o del Anteproyecto de la Ley del Empresariado⁽¹⁵⁾ 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. Este numeral acoge la moderna corriente de opinión, con excepción de la salvedad de pacto en contrario que es ajena a la naturaleza propia del trabajo familiar.

Sira del Río, afirma que: “El trabajo familiar al no estar movilizado por una renta ni por un salario, sino por sentimientos de amor y protección pertenece a un plano de la realidad que permanece invisible para la economía de mercado y, por lo tanto, para la mayoría de la sociedad que identifica esta lógica como la única posible. Así siendo el trabajo de cuidados decisivo para el desarrollo de los seres humanos, aparece como desprovisto de valor. Se considera como una actividad privada que nada tiene que ver con el capitalismo, ni con el funcionamiento social, ni con la vida de los varones. Al reflexionar sobre una situación tan injusta y tan incomprensible es obligado preguntarse qué tipo de pensamiento subyace en nuestras sociedades humanas para que no tenga ningún valor, precisamente, el cuidado y el desarrollo de los seres humanos, que debería ser el objetivo fundamental”⁽¹⁶⁾.

Orlando González Nieves sostiene que no hay relación laboral en los negocios unipersonales donde prestan servicios los parientes consanguíneos hasta el segundo grado (primer grado: padres e hijos del dueño del negocio; segundo grado, abuelos, nietos y hermanos del dueño del

(15) El Proyecto de Ley General del Empresariado signado con el N^o 2745, presentado el 01 de mayo de 2002, se encuentra en la Comisión de Justicia, en la Comisión de Industria, Comercio y Turismo y en la Comisión de la Pequeña y Microempresa, todas ellas del Congreso de la República.

(16) DEL RIO, Sira, *Trabajo asalariado y trabajo familiar*, en <http://lahaine.Org/index.php?blog=2&p=21113>.

negocio) salvo pacto en contrario, en cuyo caso ambas partes de la relación laboral, empleadores y trabajadores, tendrán los mismos derechos y obligaciones propios de una relación laboral común⁽¹⁷⁾.

En este caso, hay que aclarar que no existe “relación laboral común”, sino trabajo familiar que tiene características propias que no pueden desnaturalizarse por pacto en contrario celebrado por las partes.

4. TRABAJO ENTRE PARIENTES

Entre los parientes unidos por vínculos de consanguinidad, afinidad o adopción se pueden celebrar libremente contratos individuales de trabajo subordinado y remunerado, ejerciendo indistintamente las condiciones de empleadores o trabajadores. En este caso, la relación de trabajo fluye naturalmente, sin que sea necesaria la estipulación de pacto al respecto; pues, basta la presencia de la ajenidad de los resultados del trabajo, el pago de la remuneración y la existencia del vínculo de subordinación.

La Segunda Disposición Complementaria de la LPCL, es errónea, cuando al interpretar por vía auténtica, establece “que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario; y que tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge”.

Del análisis de este dispositivo se desprende lo siguiente:

- a. 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 artículo 4º 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”. Entonces se ha complementado este dispositivo con la aclaración discriminatoria que contiene.
- b. La norma interpretativa se refiere a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, vale decir padres, hijos, abuelos, nietos y herma-

(17) GONZÁLEZ NIEVES, Orlando, *Clasificación de los regímenes y contratos especiales de trabajo*, tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Trujillo, Escuela de Posgrado, Trujillo, 2007, p. 303.

nos, no se hace referencia a los parientes por adopción, ya que los hijos adoptivos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 377º del Código Civil, tienen los mismos derechos que los hijos consanguíneos, tampoco alude a los parientes por afinidad.

- c. La misma norma se refiere 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, como se ha dejado establecido anteriormente.
- d. En el supuesto de que se trate de servicios no remunerados ni subordinados y quienes los prestan conviven con el empresario o titular del negocio, no existe relación de trabajo, porque se trata de “trabajo familiar”, condición que no puede modificarse por más que medie pacto en contrario, teniendo en cuenta su naturaleza objetiva.
- e. 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 estableciendo que se trata de “trabajo familiar”, porque implicaría renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley.
- f. La norma bajo análisis no hace distinción 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. La situación de unos y otros es distinta, por lo que no puede dárseles el mismo trabajo, porque no es posible tratar por igual a los desiguales.
- g. La aludida disposición textualmente señala que “tampoco genera relación de trabajo la prestación de servicios por el cónyuge” y en este caso ni siquiera se permite el pacto en contrario.

Nacimiento sostiene 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 preterido en razón de determinadas circunstancias o factores que de ninguna manera pueden justificar tratamientos diferentes”.

El Convenio Internacional de Trabajo N° 111, considerando que la Declaración de Filadelfia establece 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 inciso b de su artículo 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 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 artículo 2º del mismo Convenio, dispone que todo miembro para el cual este Convenio 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 inciso 1 del artículo 26º de la Constitución Política 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 N° 26772 de fecha 26 de marzo de 1997, 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 (artículo 1º). El artículo 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 motivos "de cualquier otra índole".

El artículo 3º prescribe que las personas naturales o jurídicas que incurran en actos de discriminación, deben ser sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, sin perjuicio de la indemnización a que

hubiere lugar; y el artículo 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. Hasta la fecha no tenemos noticia de que alguien haya sido sancionado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social por haber incurrido en discriminación.

Mariela Iquera, refiriéndose al tema materia de comentario, señala que en la legislación argentina se establece que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de esta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen⁽¹⁸⁾.

El artículo 23º de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, prescribe que “el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”; es decir, que en este caso, a diferencia de la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL, la presunción es a favor de la existencia de relación de trabajo y no de negación, como ocurre con el dispositivo nacional.

La Cámara de Comercio de Lima (CCL) comenta la resolución de la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, recaída en el recurso de Casación N° 1572-2003-Arequipa, que establece que el acreedor laboral (hijo del deudor), tiene mayor derecho a cobrar beneficios laborales respecto del acreedor bancario que cuenta con garantía hipotecaria inscrita en los registros públicos.

“A consideración de la CCL, si se tratara de un trabajador –no pariente del deudor–, la sentencia de la Corte Suprema no tendría objeciones, pues el artículo 24º de la Constitución dispone que: “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador”.

Agrega que: “El controvertido fallo de la Corte Suprema considera que para determinar quien cobra primero (el hijo o el banco), resulta intrascendente discutir sobre la validez del vínculo laboral. Con este argumento, ya no se requiere probar ¿si el hijo es o fue trabajador subordinado del deudor?, ¿figura o no en la planilla?, ¿cuál es o fue el monto de las

(18) IQUERA, Mariela, en [www.estudioiquera.com.ar/Relaci%20entre familiares](http://www.estudioiquera.com.ar/Relaci%20entre%20familiares).

remuneraciones y de los beneficios sociales que se le adeuda?, entre otros requisitos que las leyes exigen para calificar una relación laboral subordinada entre parientes”.

“Para la Sala Suprema basta el ‘acuerdo extrajudicial’, suscrito entre el padre y el hijo, donde a este último se le reconoce un adeudo labor de US\$ 20,000 suscrito después de un año de iniciada la ejecución judicial por parte del banco, según consta de la sentencia bajo comentario”⁽¹⁹⁾. AELE, al comentar este fallo, sostiene que “Debe tenerse en cuenta que los derechos laborales considerados como derechos fundamentales de segunda generación, no tienen carácter absoluto, sino como todo derecho fundamental, deben ejecutarse necesariamente en armonía con el interés social”⁽²⁰⁾.

La congresista Dora Nuñez, presidenta de la Comisión de Trabajo, con fecha 12 de abril de 2005, presentó el Proyecto N° 12749-2004-CR, a fin de regular los contratos de trabajo entre parientes consanguíneos y entre cónyuges.

La CCL ha expresado que “el referido proyecto de ley se orienta a corregir una anacrónica limitación que vulnera la Constitución en perjuicio de los parientes que trabajan en las empresas del titular negándoles el legítimo derecho a percibir remuneraciones, beneficios sociales y acceder a la seguridad social y pensiones, que si perciben los trabajadores subordinados no parientes del dueño de la empresa”⁽²¹⁾.

La propuesta legislativa para eliminar la discriminación referida a que el cónyuge y demás parientes trabajen en condiciones de subordinación en

(19) CAMARA DE COMERCIO DE LIMA, Nota de prensa del 11 de enero de 2006. Es indudable que la resolución de la Corte Suprema, en este caso, no se ajusta a la norma contenida en la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL; pues, consideró suficiente prueba del “pacto en contrario” el documento suscrito entre el padre y el hijo en el que aquel reconoce la existencia del adeudo por concepto de beneficios sociales a favor de este, sin que se haya aportado prueba que acredite la existencia de la relación de trabajo entre ambos, como se pone de relieve en el voto del vocal discordante.

(20) AELE, *Compendio Laboral*, Edición 2006, Lima, p. 210.

(21) NUÑEZ, Dora, Presidenta de la Comisión de Trabajo del Congreso, autora del Proyecto de Ley No. 12749-2004, presentado el 12 de abril de 2005. Nota de Prensa de la Cámara de Comercio de Lima.

la empresa del titular, se sustenta en el artículo 22° de la Constitución vigente que reconoce que el trabajo es un deber y un derecho y base del bienestar social y un medio de realización de la persona; en el artículo 23° que establece que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan; así como en cuanto señala que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

“La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratada de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características como ser humano”⁽²²⁾.

La disposición que discrimina el trabajo subordinado y remunerado del cónyuge en el sentido de que no genera relación de trabajo, atenta contra el derecho fundamental al trabajo y a la percepción de los beneficios sociales y a la seguridad social que corresponde al trabajador.

De acuerdo con el artículo 312° del Código Civil, los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes la sociedad; asimismo, según el artículo 310° del mismo cuerpo normativo, son bienes sociales, entre otros los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión.

Entonces si la prestación de servicios subordinada y remunerada realizada por uno de los cónyuges no genera relación de trabajo, ¿qué tipo de relación genera?, ¿sería locación de servicios?

La CCL sugiere que a fin de no colisionar con lo dispuesto en el artículo 312° del Código Civil que “se deba exigir que los cónyuges acrediten que sus bienes están sujetos al régimen de separación de patrimonios y que el contrato de trabajo entre cónyuges constituye una excepción

(22) Sentencia del 31 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 2510-2002-AA/TC, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, Palestra, Lima, 2006, p. 21.

a la regla prescrita en la legislación civil”⁽²³⁾, lo que no constituye solución; pues, conforme al artículo 327° del mismo cuerpo legal, en este régimen cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes; y, los bienes adquiridos por mediante el trabajo de los cónyuges pertenecen a la sociedad de gananciales. Por su parte, González Nieves, manifiesta que, aún cuando su posición pueda ser polémica, sostiene que sí es posible la celebración de contrato de trabajo entre cónyuges, “si y solo si existe una escritura pública de separación de patrimonios debidamente inscrita en el Registro Personal de los Registros Públicos”⁽²⁴⁾.

El artículo 326° del Código Civil prescribe que la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años consecutivos. Si esto es así, el trabajo subordinado y remunerado prestado por uno de los convivientes, siguiendo la misma lógica relacionada con los esposos, debería calificarse que tampoco genera relación de trabajo.

La actual situación de desempleo y subempleo en que se debate la juventud, impone la necesidad de que los padres creen sus propios centros de trabajo no ya como “trabajo familiar”, sino para proporcionar a sus parientes ocupación remunerada y subordinada, en virtud de que, realizando denodados esfuerzos, logran que sus hijos alcancen una profesión; pero, al egresar de los centros superiores de estudio, se encuentran con la cruda realidad de no conseguir empleo.

“El empleo es el corazón mismo de la misión de la OIT. Sin un empleo productivo resulta vano pretender alcanzar los objetivos de un nivel de vida digno, del desarrollo social y económico y

(23) Cámara de Comercio de Lima, Nota de prensa del 19 de abril de 2005.

(24) GONZÁLEZ NIEVES, *Clasificación de los regímenes y contratos especiales de trabajo*, cit., p. 304.

del pleno desarrollo personal”(25), por lo que propugna la generación de trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. “Es la necesidad más difundida, que comparten los individuos, las familias y las comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo”(26).

Bajo esta óptica, los parientes consanguíneos hasta el segundo grado y el cónyuge que presten servicios “para el titular propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente” no deben ser discriminados para privárseles de los beneficios económicos y sociales derivados de la relación de trabajo, si no media pacto en contrario, por lo que consideramos que semejante disposición debe ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, por imperio del principio de primacía de la realidad que “significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”, como acertadamente sostiene el maestro Américo Plá Rodríguez(27).

(25) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Memoria del Director General, Trabajo Decente”, en *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión*, OIT, Ginebra, 1999, p. 24.

(26) Loc. cit.

(27) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313.