



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

INFORME LEGAL N° 103 -2010-SERVIR/GG-OAJ



A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Gestión de Políticas de Recursos Humanos

DE : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Consulta sobre asignación familiar

REFERENCIA : Oficio N° 2060-2009-MTC/20

DESCRIPTOR : Asignación familiar de personal del Decreto Legislativo N° 728

FECHA : Lima, **06 MAY 2009**

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Director Ejecutivo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional solicita se absuelva la consulta sobre la procedencia del pago por asignación familiar.

Como cuestión previa, cabe indicar que el presente informe ha merecido la aprobación del Consejo Directivo de SERVIR en la sesión realizada el día 13 de mayo del año en curso, lo que determina que el mismo tiene carácter vinculante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16º, literal d), del Decreto Legislativo N° 1023.

Al respecto, luego de las coordinaciones realizadas para atender la presente, cabe indicar lo siguiente:

I ANTECEDENTES Y BASE LEGAL

1.1 Mediante Oficio N° 2060-2009-MTC/20 el Director Ejecutivo de Provías Nacional formula consulta respecto de la procedencia del pago de reajuste de la asignación familiar debido al incremento en la Remuneración Mínima Vital – RMV, manifestando que la Dirección General de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones así como la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, se pronuncian por la improcedencia del mismo.

1.2 Respecto a la normativa que regula el beneficio de la asignación familiar, la Ley N° 25129 establece que los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, percibirán el equivalente al 10% del ingreso mínimo legal¹ por todo concepto de Asignación Familiar.²

¹ De acuerdo al artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 091-92-TR, toda referencia a “Ingreso Mínimo legal” se entiende sustituida por “Remuneración Mínima Vital”.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

- 1.3 Por su parte, el Reglamento de la mencionada Ley aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-90-TR, en el artículo 4, preceptúa que “El cálculo para el pago de la asignación familiar se efectuará aplicando el 10% a que se refiere el Artículo 1 de la Ley sobre el Ingreso Mínimo Legal vigente en la oportunidad que corresponda percibir el beneficio”.
- 1.4 El numeral 3 de la Séptima Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, deja sin efecto toda disposición legal que establezca mecanismo de referencia o indexación.
- 1.5 El literal h) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, establece como una de sus funciones, opinar de manera vinculante sobre las materias de su competencia; las cuales están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, entre otras, emita de manera progresiva la Autoridad.

II ANÁLISIS

De la competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de la Autoridad para emitir opiniones en materia del servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, entre otras, emita de manera progresiva la Autoridad.

Siendo la Autoridad un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales de cada entidad.

En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve la Autoridad son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, **planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí**, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

De la normativa que regula el derecho

- 2.2 Hecha esta salvedad, debemos indicar que la Ley N° 25129 establece que los trabajadores de la actividad privada, cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, percibirán el equivalente al 10% del ingreso mínimo legal por todo concepto de Asignación Familiar, precisando su Reglamento que el cálculo se efectuará sobre la remuneración mínima vital vigente en la oportunidad que corresponda percibir el beneficio.

De lo mencionado se desprende que la asignación familiar es un beneficio que corresponde exclusivamente a los trabajadores del régimen de la actividad privada, cuyo porcentaje es el equivalente al 10% de la remuneración mínima vital vigente en la

² Cabe mencionar que la misma fue publicada el 06 de diciembre de 1989.





“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

oportunidad que les corresponda percibir el beneficio,³ lo cual nos llevaría a concluir en principio que el reajuste se produciría de manera automática.

- 2.3 Aparentemente, lo preceptuado en la Ley N° 25129 y su Reglamento se vería relativizado e incluso restringido, por lo dispuesto en el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto⁴, referido a que las escalas remunerativas y **beneficios** de toda índole, así como los **reajustes de las remuneraciones y bonificaciones** que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la Ley General, se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector; así como por el numeral 3 de la Séptima Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, referido a que se deja sin efecto toda disposición legal que establezca mecanismo de referencia o indexación.

Asimismo, se opondría a lo establecido en la Ley N° 29465 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, específicamente en el artículo 6. En efecto, para el presente ejercicio presupuestal, se establece que queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento e inclusive aquél incremento que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo.⁵

- 2.4 Sin embargo, cabe precisar que la Ley N° 25129 es una norma de carácter laboral que incorpora, de manera temporal, un ingreso remunerativo a los ingresos mensuales del trabajador y cuya esencia misma consiste en que la asignación familiar tiene que ser equivalente al 10% de la remuneración mínima vital.

³ Adicionalmente, cabe mencionar que tienen derecho a percibir la asignación familiar los trabajadores con vínculo laboral vigente que tengan a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. En caso que el hijo, al cumplir la mayoría de edad se encuentre realizando estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta la culminación de los mismos, por un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad. Asimismo, el trabajador está obligado a acreditar la existencia del hijo o hijos que tuviere. En caso que la madre y el padre sean trabajadores de una misma entidad, ambos trabajadores tendrán derecho a percibir de este beneficio. Si un trabajador labora para más de un empleador, tendrá derecho a percibir la asignación familiar por cada empleador.

⁴ Cabe señalar que la ley, tiene como objeto establecer, entre otros principios, los de universalidad y unidad, mediante el cual “Todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público; y de exclusividad según el cual “La Ley de Presupuesto del Sector Público contiene exclusivamente disposiciones de orden presupuestal”; así como los procesos y procedimientos que regulan el Sistema Nacional de Presupuesto.

⁵ A manera de comentario podemos señalar que la misma disposición se encontró contenida en las Leyes Nros. 29142 y 29289 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008 y 2009, respectivamente.





“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el hecho que el empleador estatal (del régimen laboral privado) abone un monto inferior al que corresponde a la asignación familiar constituye un incumplimiento laboral, con las consiguientes responsabilidades por la exposición a contingencias judiciales por el derecho que se generaría al reintegro además de las sanciones en el marco de la normativa inspectiva.

Incluso podría interpretarse que el abono de un monto inferior a lo que corresponde a la asignación familiar, constituiría una desnaturalización de dicho concepto, toda vez que el trabajador podría asumir que en tanto el monto no guarda equivalencia con lo dispuesto en la normativa, el mismo no corresponde al derecho; lo que podría generar que éste sea exigible en cualquier instancia judicial.

- 2.5 Asimismo, cabe precisar que la Ley N° 25129 ni su Reglamento refieren ni mencionan que el beneficio de la Asignación Familiar es indexado. Por lo que, a partir de una interpretación restringida, podemos afirmar que lo dispuesto en la Ley N° 28411 no resulta aplicable a dichos dispositivos.⁶ Más aún cuando, el aumento, que podría experimentar la remuneración, no se encuentra relacionada o referenciado a sistema alguno de índices, sino que dicho incremento deriva del cumplimiento de lo dispuesto en una norma de orden público.
- 2.6 De otro lado, debemos indicar que existen dentro del ordenamiento jurídico, normas de orden público cuyo cumplimiento resulta obligatorio frente normas de igual rango o incluso de rango superior.

De manera ilustrativa ponemos el ejemplo de la remuneración mínima vital (cuya regulación en los últimos años se realizó a través de Decretos Supremos) y su contraposición con las leyes de presupuesto. Aun cuando las Leyes de Presupuesto prohíben el incremento de remuneraciones, resultaría abiertamente ilegal e inconstitucional que un servidor público perciba menos de la remuneración mínimo vital, derivada de una aplicación literal de las normas presupuestales, sin percatarse que en ese caso nos encontramos frente a una norma de orden público, que obliga que los contratos

⁶ A manera de comentario cabe señalar que “indexar” desde el punto de vista económico es el proceso de actualizar el valor de los bienes y deudas intentando corregir de depreciación de la moneda por medio de índices o puntos de referencia que reflejan esta devaluación. La indexación es una práctica frecuente cuando existe una elevada y prolongada inflación o para mantener el valor de los salarios reales. Sin embargo cuando se incrementa la Asignación Familiar dicha acción no tiene un origen directo en el aumento de la inflación, el costo de vida o cualquier otro criterio económico, sino en el acto concreto y objetivo que, la asignación familiar como derecho laboral ha sido elaborado teniendo como base de cálculo la remuneración mínima vital (RMV), sin que ello implique que la asignación familiar y la RMV tienen la misma naturaleza o el mismo origen (la asignación familiar es un beneficio laboral temporal que se otorga en razón de la edad de los hijos del trabajador y no como contraprestación por la efectiva prestación de un servicio, mientras que la RMV es la contraprestación mínima que debe recibir un trabajador por un servicio subordinado).

Por eso, aun cuando el incremento de la RMV pudiera originarse en razones económicas (actualizaciones del valor del salario real), ese origen económico no tiene porque extenderse a la asignación familiar desnaturalizando su esencia como beneficio laboral.





“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

y normas limitativas se reajusten automáticamente hasta alcanzar ese mínimo de derecho necesario en materia de remuneraciones.

2.7 Consideramos oportuno mencionar que las restricciones dispuestas en las normas presupuestales (Ley N° 28411 y 29465), sin ánimo de interpretarlas, están dirigidas a establecer un orden o disciplina fiscal en el manejo de recursos estatales, a fin de evitar que las entidades públicas incrementen remuneraciones o creen nuevos beneficios y comprometan el presupuesto del Estado, sin la debida previsión económica. Es impensable considerar que el objeto de dichas limitaciones fiscales sea el conculcar beneficios laborales o, como en este caso, impedir o desnaturalizar el derecho a la asignación familiar, impidiendo que este se abone conforme a los términos previstos en la Ley N° 25129 y su Reglamento.

2.8 En efecto, en el caso de la Asignación Familiar, encontramos que el derecho mismo a dicho ingreso remunerativo debe ser del 10% de la remuneración mínima vital y no cualquier otro monto que decida el empleador por lo que corresponde que las entidades efectúen el cálculo para el concepto de Asignación Familiar, considerando la remuneración mínima vital vigente en la oportunidad que corresponda percibir el beneficio.

Cabe reiterar que la obligación dispuesta en la referida Ley se cumple cuando se abona al trabajador el íntegro de lo establecido en la norma (10% de la remuneración mínima vital en la oportunidad que corresponda percibir el beneficio).

2.9 Lo contrario, reiteramos configuraría un incumplimiento de la obligación con las responsabilidades que ello acarrearía, debido al reclamo por el reintegro.

2.10 Adicionalmente, cabe precisar que la Asignación Familiar tiene la misma característica de la RMV, esto es, un derecho mínimo necesario, por lo que, cuando se dispone el monto de la RMV, ningún trabajador no sujeto a negociación colectiva puede percibir un monto menor a lo dispuesto por dicha norma. Por consiguiente se tiene que asegurar que el trabajador que esté dentro del supuesto de la norma reciba la cantidad o equivalente establecido en la normativa.

2.11 Finalmente, debe tenerse en cuenta que la asignación familiar constituye una de las materias (gestión de la compensación) de competencia de SERVIR, en ese sentido, corresponde a éste conforme al Decreto Legislativo N° 1023, emitir pronunciamiento sobre el particular.

III CONCLUSIONES

3.1 La esencia misma de la asignación familiar prevista por la Ley N° 25129 es que ésta sea equivalente al 10% de la remuneración mínima vital, por lo que cualquier pago inferior a dicho monto, configura un incumplimiento laboral.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

- 3.2 En ese sentido, la Asignación Familiar a ser recibida por los trabajadores sería el equivalente al 10% de la remuneración mínima vital vigente a la fecha en que corresponda al pago.⁷
- 3.3 La presente opinión tiene carácter vinculante, al haber sido aprobada por el Consejo Directivo de SERVIR en sesión realizada el 13 de mayo del año en curso, de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 16º del Decreto Legislativo N° 1023.

Finalmente, remito para su consideración el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación y de estimarlo pertinente, trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,

MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

OAJ/MMC
c/trn/2010/Informes/Asignación Familiar – Proviasnacional

⁷ Al respecto, consideramos oportuno señalar que mediante Informe N° 508-2007-MTPE/9.110 del 19 de octubre de 2007, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo concluyó que el reajuste del monto de la asignación familiar se produce de manera automática en virtud del incremento de la remuneración mínima vital, dispuesto conforme a ley; considerando que dicho beneficio se realiza por el hecho de tener hijos, independientemente de los días trabajados.

A la misma conclusión llega la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, cuando en el Informe N° 017-2008-JUS/DNAJ-DDJ de 04 de julio de 2008, señala que la Ley N° 25129, es una norma especial de carácter laboral que prima sobre las leyes de presupuesto, principalmente por principios constitucionales que reconocen el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador, más en este caso que la asignación familiar tiene carácter remunerativo, consecuentemente de orden alimenticio, que no puede negarse al trabajador.

