



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

INFORME TÉCNICO N° 088 -2019-SERVIR/GPGSC

De : CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Jubilación potestativa establecida en el Decreto Legislativo N° 728

Referencia : Oficio N° 006-2019-PROINVERSIÓN/OA

Fecha : Lima, 18 ENE. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Administración Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, consulta a SERVIR si es factible aplicar la jubilación potestativa señalada en el artículo 21 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, a los servidores que tienen entre 65 y 69 años de edad, y que además cuentan con derecho a su pensión de jubilación.

II. Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2 Siendo SERVIR 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 que adopte cada Entidad.
- 2.3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (en adelante, SAGRH), planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Sobre la jubilación en el régimen laboral de la actividad privada

- 2.4 En principio, corresponde señalar que la jubilación es una causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el literal f) del artículo 16 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728¹, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante el TUO de la LPCL).

¹ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

“Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente;





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

2.5 Por su parte, el artículo 21 del TUO de la LPCL, señala lo siguiente:

“Artículo 21.- La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador, con el fin de que este inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario.”

2.6 De la citada disposición, se desprende que existen dos tipos de jubilación, las cuales están diferenciadas de la siguiente manera:

- a) **Jubilación potestativa:** supone que el empleador puede imponer la jubilación de su trabajador, si es que concurren los siguientes requisitos: i) cuando el trabajador ya tiene derecho a pensión de jubilación; y, ii) que el empleador se obligue a cubrir la diferencia entre la pensión que recibirá el trabajador y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por este, con la precisión de que el monto asumido por el empleador no puede superar el 100% de la pensión.
- b) **Jubilación obligatoria y automática:** para su configuración importa que el trabajador tenga derecho a una pensión de jubilación, sin importar su monto, de ese modo si cumplidos los 70 años el trabajador no tiene derecho a una pensión de jubilación, no podrá aplicarse la presente causal de extinción. Por el contrario, si el trabajador cumple los 70 años y ya tiene el derecho a pensión ganado, la jubilación se aplicará de manera automática². Criterio concordado con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 7468-2006-PA/TC³.

Sobre las prohibición de las leyes de presupuesto respecto al otorgamiento de conceptos económicos

2.7 Previamente corresponde mencionar que el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC⁴ (Caso Huatuco), se ha pronunciado respecto al régimen laboral de la actividad privada en las entidades públicas, indicando que la pertenencia a éste régimen no implica convertir a los funcionarios y servidores públicos

- f) La jubilación;
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.”

² Salvo pacto en contrario, conforme el Fundamento Séptimo de la Casación N° 2501-2009-ICA, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

³ Dicha posición si bien no tiene la condición de precedente vinculante, refleja la interpretación del máximo intérprete de la Constitución Política del Perú.

⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

en trabajadores de empresas privadas, pues el Estado cumple sus funciones y presta servicios a la población confiándose a un presupuesto cuya naturaleza es pública, por lo que, se sujeta a reglas de equilibrio presupuestal. Así, en el Caso Huatuco se señaló lo siguiente:

“(…) En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes.” (Literal d) del Fundamento 8)

- 2.8 En la línea del citado pronunciamiento, debe tenerse presente que las leyes de presupuesto de años anteriores⁵, así como la Ley N° 30879 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, establecen una limitación aplicable en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno, en virtud de la cual, se estaría eliminando cualquier posibilidad de entregar, entre otras, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento⁶.

Sobre la consulta formulada

- 2.9 Mediante el documento de la referencia, se consulta a SERVIR si las entidades públicas pueden aplicar la jubilación potestativa prevista en el artículo 21 del TUO de la LPCL, a los servidores que tienen entre 65 y 69 años de edad, y que además cuentan con derecho a su pensión de jubilación.

⁵ Así tenemos por ejemplo:

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2006, Ley N° 28652, artículo 8.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2007, Ley N° 28927, artículo 4.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2008, Ley N° 29142, artículo 5.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2009, Ley N° 29289, artículo 5.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2010, Ley N° 29564, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2011, Ley N° 29626, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2012, Ley N° 29812, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, Ley N° 29951, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2014, Ley N° 30114, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2015, Ley N° 30281, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2016, Ley N° 30372, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2017, Ley N° 30518, artículo 6.
Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2018, Ley N° 30693, artículo 6.

⁶ Ley N° 30879- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019.

“Artículo 6.- Ingresos del Personal

Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Consejo Nacional de la Magistratura; Defensoría del Pueblo; Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en la presente ley, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, beneficios, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, beneficios, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.”





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

2.10 Al respecto, bajo el marco normativo y jurisprudencial desarrollado en los párrafos que preceden, advertimos que la jubilación potestativa genera al empleador las siguientes obligaciones: i) debe asumir el pago de un complemento pensionario, esto es, cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión; y, ii) realizar el reajuste de dicha pensión periódicamente.

Asimismo, debemos mencionar que según lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, la obligación de pago del complemento de la pensión de jubilación a cargo del empleador, se extingue al fallecimiento del pensionista beneficiario (carácter vitalicio).

2.11 De lo expuesto, es posible colegir que la jubilación potestativa regulada en el primer párrafo del artículo 21 del TUO de la LPCL, genera efectos presupuestarios; en consecuencia las entidades públicas deben guardar estricta observancia a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del año 2019, bajo responsabilidad administrativa y funcional.

2.12 En ese sentido, no es posible que las entidades públicas cuyos servidores se encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728), asuman las obligaciones generadas por la jubilación potestativa, esto es, efectuar el complemento pensionario y el reajuste del mismo de manera vitalicia.

2.13 Sin perjuicio de lo señalado, se recomienda -por tener efectos presupuestales- que la acción administrativa (jubilación potestativa) sea consultada a la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, por ser el órgano competente en materia de compensaciones económicas, que forma parte del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1440⁷.

III. Conclusiones

3.1 La jubilación es una causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el literal f) del artículo 16 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

3.2 El artículo 21 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece dos tipos de jubilación: i) potestativa; y, ii) obligatoria y automática.

3.3 Las leyes de presupuesto de años anteriores, así como la Ley N° 30879 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, establecen una limitación aplicable en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno, en virtud de la cual, se estaría eliminando cualquier posibilidad de entregar, entre otras, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento.

3.4 La jubilación potestativa genera al empleador las siguientes obligaciones: i) debe asumir el pago de un complemento pensionario, esto es, cubrir la diferencia entre dicha pensión y



⁷ Publicado el 16 de septiembre de 2018, en el Diario Oficial “El Peruano”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

**"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"**

el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión; y, ii) realizar el reajuste de dicha pensión periódicamente.

- 3.5 La jubilación potestativa genera efectos presupuestarios; en consecuencia, las entidades públicas deben guardar estricta observancia a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del año 2019, bajo responsabilidad administrativa y funcional.
- 3.6 Se recomienda -por tener efectos presupuestales- que la acción administrativa (jubilación potestativa) sea consultada a la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, por ser el órgano competente en materia de compensaciones económicas, que forma parte del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1440.

CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL



El presente documento es propiedad de la Universidad de Chile y no debe ser distribuido fuera de ella.

Este documento es una copia de un documento original que se encuentra en el archivo de la biblioteca digital de la Universidad de Chile. El presente documento no debe ser utilizado para fines comerciales.

La información contenida en este documento es de carácter confidencial y no debe ser divulgada fuera de los canales oficiales de la Universidad de Chile. La información contenida en este documento es de carácter confidencial y no debe ser divulgada fuera de los canales oficiales de la Universidad de Chile. La información contenida en este documento es de carácter confidencial y no debe ser divulgada fuera de los canales oficiales de la Universidad de Chile.


CYNTHIA SUÁREZ
DIRECTORA GENERAL DE SERVICIOS DE ASESORIA Y CONSULTORÍA