"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TÉCNICO Nº 077 -2019-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : a) Incompatibilidad entre pensión y remuneración
b) La jubilación obligatoria por cumplir 70 años de edad

Referencia : Oficio N° 1267-2014-MTC/20

Fecha : Lima, 17 ENE. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo de Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, consulta a SERVIR lo siguiente:

a) Los trabajadores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, que se encuentran percibiendo pensión de jubilación de la ONP ¿están impedidos de trabajar bajo el régimen de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil?

b) Las personas que perciben pensión de jubilación adelantada en el marco del Sistema Privado de Pensiones ¿están impedidos de trabajar bajo el régimen de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil?

c) ¿Existe impedimento para que los servidores bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, con más de 70 años de edad, continúen trabajando?

II. Análisis

Competencia de SERVIR

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

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.

Impedimentos y prohibiciones para desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado en el Estado

2.4 En principio, cabe señalar que el artículo 40 de la Constitución Política del Perú establece que *"ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente".*

2.5 En mérito a ello, el artículo 3 de la Ley N° 28175[1], Ley Marco del Empleo Público (en adelante, LMEP), establece la prohibición de doble percepción de ingresos del siguiente modo:

> *"Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado.*
> *Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas."*
> (Subrayado agregado)

2.6 Del mismo modo, el artículo 38 de la Ley N° 30057[2], Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC), establece como prohibición para los servidores del Servicio Civil, lo siguiente:

> *"Artículo 38. Prohibición de doble percepción de ingresos*
> *Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley (...)."* (Subrayado agregado)

2.7 En concordancia, el artículo 158 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM[3] (en adelante, Reglamento de la LSC), también regula la incompatibilidad de doble percepción por servicios prestados al Estado, al respecto señala lo siguiente:

> *"Artículo 158.- Incompatibilidad de doble percepción*
>
> *Los funcionarios públicos, directivos públicos, servidores civiles de carrera, servidores con contratación temporal, o servidores de actividades complementarias, no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, excepto de aquello que sea percibido por función docente efectiva o por su participación en un órgano colegiado percibiendo dietas, así como las excepciones conforme al artículo 38 de la Ley (...)."* (Subrayado agregado)

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C.SU GPGSC

[1] Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de febrero de 2004.
[2] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de julio de 2013.
[3] Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de junio de 2014.

2.8 Bajo este contexto normativo, podemos concluir que se encuentra prohibido que una persona desempeñe más de un empleo o cargo público remunerado para el Estado (salvo las excepciones expresamente previstas en la ley), y que perciba doble contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se le otorgue (compensación económica, remuneración, retribución, honorarios, emolumento o cualquier tipo de ingreso); asimismo, es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley.

Sobre la incompatibilidad entre pensión y remuneración

2.9 Sobre este tema nos remitimos a la opinión expuesta en el Informe Técnico N° 420-2016-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), cuyo contenido ratificamos y recomendamos su revisión para mayor abundamiento. En dicho informe se desarrolla el marco normativo que permite la percepción de una pensión y remuneración provenientes del Estado, concluyendo en sus numerales 3.3 y 3.4 lo siguiente:

> *"3.3 De acuerdo al artículo 8 del Decreto Ley N° 20530, se debe entender que sólo podrá percibirse una pensión y un sueldo o remuneración cuando uno de ellos se derive de servicios docentes prestados a la enseñanza pública.*
>
> *3.4 El Decreto Ley N° 19990 ha señalado que el pensionista que se reincorpore a la actividad laboral elegirá entre la remuneración que perciba por sus servicios prestados o su pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones; permitiendo que por excepción pueda percibir simultáneamente pensión y remuneración, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria vigente."*

2.10 En virtud de lo señalado, un servidor público se encontrará autorizado para percibir remuneración y pensión cuando se enmarque en los supuestos a los que hace referencia el numeral 2.9 del presente informe.

Sobre la jubilación en el régimen laboral de la actividad privada

2.11 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° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante el TUO de la LPCL). Del mismo modo, el literal f) del artículo de la LMEP, establece que la jubilación produce el término del empleo público.

2.12 Por su parte, el artículo 21 del TUO de la LPCL, dispone, entre otros aspectos, que la jubilación es obligatoria y automática cuando el trabajador ha cumplido los setenta años de edad, salvo pacto en contrario. Respecto al *"pacto en contrario"*, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en diferente jurisprudencia lo siguiente:

- La expresión *"pacto en contrario"* alude a un acuerdo de voluntades expreso e indubitable, de allí que éste no pueda colegirse la sola continuidad de la relación

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

laboral más allá del límite de tiempo establecido por la ley, ya que ello en ningún modo importa una declaración de voluntad del empleador[4].

- Si bien el último párrafo del artículo 21 del TUO de la LPCL, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento; por ejemplo, cuando a pesar de haber transcurrido un periodo de tiempo desde que el trabajador cumplió los setenta (70) años de edad sin que se haya efectuado el cese, el empleador cursa una carta notarial comunicando su decisión de aplicar la causal de extinción de contrato de trabajo por la causal de jubilación obligatoria y automática[5].

2.13 De este modo, en el régimen laboral de la actividad privada se otorga expresamente al empleador la posibilidad de ampliar la vigencia del contrato de trabajo mediante un acuerdo, que puede darse de manera expresa o tácita. En este último caso, la voluntad de mantener al trabajador luego del cumplimiento de los setenta (70) años podría inferirse de actos concluyentes, que permitan apreciar indubitablemente la voluntad de no aplicar la causal de jubilación automática, por hechos como haber permitido que éste continúe prestando sus servicios por un largo periodo de tiempo, retribuyéndole sus servicios.

No obstante, este pacto tácito podría extinguirse por cualquiera de las partes, mediante previo aviso, en aplicación del artículo 1365 del Código Civil[6].

2.14 Por lo tanto, la extinción del contrato de trabajo por la causal objetiva de jubilación obligatoria y automática no obedece a la voluntad del empleador, sino a la presencia del requisito que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, procurando que este cese por límite de edad no afecte el acceso del servidor a una pensión dentro de algún régimen previsional.

III. Conclusiones

3.1 La Ley Marco del Empleo Público ha dispuesto que es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado, y que solo se podrá percibir adicionalmente a la remuneración, otro tipo de ingreso, siempre y cuando este sea por función docente o por la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas, caso contrario se incurriría en la prohibición de doble percepción.

3.2 De acuerdo con lo expuesto en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, es incompatible la percepción simultánea de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

[4] Fundamento Octavo de la Casación N° 166-2001-ICA, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[5] 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.

[6] Código Civil: "Artículo 1365.- En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho".

3.3 Respecto a la incompatibilidad entre pensión y remuneración nos remitimos al contenido del Informe Técnico N° 420-2016-SERVIR/GPGSC, cuyo contenido ratificamos, en el cual se desarrolla el marco normativo que permite la percepción de una pensión y remuneración provenientes del Estado, para lo cual se deberán observar los supuestos a los que hace referencia el numeral 2.9 del presente informe.

3.4 En el régimen laboral de la actividad privada la extinción del contrato de trabajo por jubilación obligatoria y automática no obedece a la voluntad del empleador, sino a la presencia del requisito que el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, procurando que este cese por límite de edad no afecte el acceso del servidor a una pensión dentro de algún régimen previsional. No obstante se otorga expresamente al empleador la posibilidad de ampliar la vigencia del contrato de trabajo mediante un acuerdo, que puede darse de manera expresa o tácita, sin embargo, el pacto tácito podría extinguirse por cualquiera de las partes, mediante previo aviso.

Atentamente,

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

CSL/abs/gari
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes Técnicos\2019.