"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
FECHA 07 SEP 2017 HORA 13:36
RECIBIDO

INFORME TÉCNICO N° 1002 -2017-SERVIR/GPGSC

A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Cese por límite de edad de servidor sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 728 reincorporado judicialmente

Referencia : Oficio N° 266-2017-MIDIS/SG/OGRH

Fecha : Lima, 07 SET. 2017

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina General de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social consulta a SERVIR sobre el cese por límite de edad de servidor sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 reincorporado por mandato judicial.

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 ente 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.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° GPGSC

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, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo en el régimen laboral de la actividad privada

2.4 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 TUO D. Leg. N° 728).

2.5 Conforme al artículo 21° del TUO D. Leg. N° 728:

> *"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 Dicha disposición contiene dos (2) supuestos de jubilación:

i) **Facultativa,** cuando el trabajador, no obstante tener derecho a gozar de jubilación, decide continuar en actividad y, asimismo, decide a partir de cuándo debe retirarse de la actividad laboral.

ii) **Obligatoria y automática,** cuando no cuenta con la anuencia del trabajador debido a que ha cumplido los setenta (70) años de edad, salvo pacto en contrario.

2.7 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 laboral más allá del límite de tiempo establecido por la ley, ya que ello en ningún modo importa una declaración de voluntad del empleador[1].

- Si bien el último párrafo del artículo 21° del TUO D. Leg. N° 728 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

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

[1] 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.

notarial comunicando su decisión de aplicar la causal de extinción de contrato de trabajo por la causal de jubilación obligatoria y automática[2].

2.8 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[3].

2.9 Sin perjuicio de lo antes señalado y conforme a la Sentencia emitida en el Expediente N° 07468-2006-PA/TC, debemos tener presente lo desarrollado por el TC respecto a garantizar el derecho a la pensión:

> *"7. (...) en el régimen privado, el legislador ha previsto un tratamiento más favorable para la jubilación obligatoria ex lege del trabajador que cumpla 70 años, toda vez que en dicho supuesto procede la jubilación siempre que tenga derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, como lo precisa con acierto el artículo 30° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, (...)"*[4].
>
> *"8. (...) debe garantizarse el derecho de la recurrente a la seguridad social y al libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones"*[5].
>
> *"10. En consecuencia encontrándose la recurrente sin derecho a pensión por una aplicación literal de una norma que en el mismo supuesto si la protege en el régimen privado no puede justificarse dicha exclusión si no se funda en razones objetivas (...). Siendo así la emplazada debe asumir el pago de las aportaciones a la Oficina de Normalización Previsional a efectos de cubrir los meses que le faltan para reunir los años de aportación necesarios para obtener una pensión de jubilación"*[6].

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

2.10 Si bien la posición antes descrita no tiene la condición de precedente vinculante, refleja la interpretación que sobre el tema ha emitido el TC, máximo intérprete de la Constitución.

---

[2] 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] 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".

[4] Fundamento Séptimo de la Sentencia emitida en el Expediente N° 07468-2006-PA/TC.

[5] Fundamento Octavo de la Sentencia emitida en el Expediente N° 07468-2006-PA/TC.

[6] Fundamento Décimo de la Sentencia emitida en el Expediente N° 07468-2006-PA/TC.

2.11 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.

Sobre la consulta planteada

2.12 Al respecto, se debe tener presente que el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, dispone que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala; disposición de la que se desprende que la entidad vinculada por una resolución judicial debe efectuar todas las gestiones que sean necesarias para darle estricto cumplimiento.

2.13 Dicho ello, se debe hacer una clara diferencia entre el acto de la reincorporación que se da en atención al cumplimiento de una disposición judicial por un lado y por otro, el acto de la extinción del contrato de trabajo de conformidad con el literal f) del artículo 16° del TUO D. Leg. N° 728 que contempla a la jubilación como una causa de extinción, por el sólo hecho de cumplir con lo exigido por el marco normativo. En ese sentido, de haberse dado cabal cumplimiento a la resolución judicial y habiéndose advertido que el personal reincorporado cuenta con 70 años de edad para solicitar jubilación obligatoria y automática, se podrá extinguir el contrato de trabajo, salvo pacto en contrario (desarrollado en el punto 2.7 del presente informe).

III. Conclusiones

3.1 La entidad vinculada por una resolución judicial debe efectuar todas las gestiones que sean necesarias para darle estricto cumplimiento en atención al artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS. En el caso concreto existen dos actos totalmente diferenciados, por un lado una reincorporación realizada en claro cumplimiento de una disposición judicial y por otro, el cese de un trabajador que cumple con alguno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo determinados en el TUO del D. Leg. 728.

3.2 El literal f) del artículo 16° del TUO D. Leg. N° 728 contempla la jubilación como una causa de extinción del contrato de trabajo.

3.3 El artículo 21° del TUO D. Leg. N° 728 contiene dos (2) supuestos de jubilación:

i) Jubilación obligatoria, dirigida al trabajador que tenga derecho a pensión de jubilación, siempre y cuando el empleador se obligue a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el ochenta por ciento (80%) de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador. Para que el empleador pueda aplicar esta causal debe comunicar por escrito su decisión al trabajador, a fin de que inicie el trámite de otorgamiento de su pensión, produciéndose el cese a partir de la fecha del otorgamiento de la misma.

ii) Jubilación obligatoria y automática, dirigida al trabajador que haya cumplido los setenta (70) años de edad, salvo pacto en contrario. No se exige cumplir ningún requisito previo al empleador.

3.4 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. No obstante, el pacto tácito podría extinguirse por cualquiera de las partes, mediante previo aviso.

3.5 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.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,

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

CSL/lsc
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2017.