

La Jubilación Obligatoria como causa de extinción del Contrato de Trabajo

Martín Carrillo Calle*

I. La Jubilación

Por ser una institución que opera tanto en el derecho del trabajo como en el de la seguridad social, la jubilación resulta comprendida en un doble círculo de relaciones jurídicas. Por una parte, en el ámbito de la seguridad social, la jubilación genera el pago de la prestación económica (pensión) que corresponde a la contingencia por vejez. Mientras que por otra, la importancia de la jubilación en el ámbito del contrato de trabajo, viene dada al ser ésta considerada como una de las causas extintivas de la relación laboral.

Si bien estos dos espacios de actuación no deben ser confundidos, está claro que ambos están relacionados, resultando esta vinculación especialmente importante en la llamada jubilación obligatoria. El vínculo ya señalado entre los planos en que opera la jubilación, ha sido destacado por Rodríguez Piñero, al sostener que "Aun cuando la edad como causa o motivo de terminación del contrato de trabajo (edad de retiro) y como requisito para la obtención del derecho a la pensión (edad de acceso a la pensión) son conceptos sustancialmente diferentes, no pueden negarse las interrelaciones que existen entre una y otra consideración de la edad, pues el punto de partida general es el de que hasta una determinada edad no se tendrá derecho a obtener una pensión, y que para gozar de esa pensión ha de cesarse en el trabajo, a la vez que ese cese resulta factible precisamente por tener un derecho a la pensión" (1992: 39).

1. Jubilación y Seguridad Social

De acuerdo al rol que el legislador le reconoce a la voluntad de los trabajadores, la doctrina clasifica a los sistemas de jubilación en rígidos y abiertos. Estaremos frente a un sistema abierto (también calificado

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Integrante del cuerpo de árbitros del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

como flexible), cuando "se fija una edad normal y reducciones o incrementos de pensión, dependiendo del uso que haga el trabajador de la posibilidad de adelantar o no la edad normal de jubilación". Cuando el legislador considera a la jubilación como un derecho, deja al trabajador interesado decidir sobre la oportunidad de su cese en la actividad laboral. Por el contrario, cuando el legislador establece la jubilación obligatoria, resulta asimilando a la vejez a la "senectud o senilidad". De esta manera, el paso del trabajador activo a la categoría de jubilado, se sustenta en una presunción legal de "incapacidad física debida a la edad". Un sistema de seguridad social basado en este criterio, merece la calificación de rígido en tanto "el juego de la voluntad (del trabajador interesado) es nulo, al venir fijada la edad de jubilación de forma inamovible por parte del legislador" (Sastre, 1990: 461 y 462).

2. Jubilación y Contrato de Trabajo

La jubilación ha sido tradicionalmente considerada como un derecho reconocido al trabajador, con la única condición de cumplir los requisitos señalados (mínimos exigidos en materia de edad y número de aportes) para acceder al cobro de la pensión correspondiente. Pero contemporáneamente, la jubilación ha pasado también a ser configurada como una causa legal de extinción del contrato de trabajo. Es así entonces que a la jubilación voluntaria, entendida solamente como vinculante para el empresario, se añade ahora por mandato legal (aunque también puede tener su origen en el convenio colectivo) la jubilación obligatoria, que impone al trabajador comprendido en ella, el cese en su relación laboral.

II. La Jubilación Obligatoria

El "hecho fundamental" en la jubilación obligatoria "no es ya la decisión personal del trabajador", sino la aplicación del mandato legal que determina directamente su cese, produciéndose así una "relación causal" entre el cumplimiento de la edad fijada por el legislador y el término de la relación laboral. El legislador, por esta vía, resulta introduciendo un "término final" como causa de extinción del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, trasladando al área laboral privada la figura de la jubilación obligatoria de aplicación más extendida en el sector público (Sastre, 1990: 475 y 479).

El hecho de que el legislador imponga "una regla única, fija, universal, para todos para determinar el cese en el trabajo por razón de edad", resulta una decisión sustentada -al decir de Rodríguez Piñero- en una "lógica inaceptable". El citado autor reconoce que si bien éste ha sido el "modelo de la función pública", advierte que su traslado al ámbito de las relaciones laborales privadas "contrasta con la dinámica" del sistema productivo y del mercado de trabajo que le es propia (1992: 45). Al imponer con carácter general una edad máxima para trabajar, el legislador parece olvidar que "ni todos los trabajos son iguales, ni son iguales entre sí todos los (trabajadores) mayores" (Cebrián, 1991: 176).

A continuación desarrollaremos una aproximación a la jubilación obligatoria desde una perspectiva económico-jurídica, al analizarla como un instrumento de la política de empleo y como una limitante del derecho al trabajo de las personas de edad madura. Igualmente, ponderaremos la pertinencia de fundamentar la jubilación obligatoria en una presunción legal de ineptitud, además de evaluar si ella puede ser válidamente presentada como una forma de protección a la vejez.

1. La Jubilación Obligatoria como instrumento de la Política de Empleo

Se puede afirmar, de manera algo simplificada, que las políticas públicas contra el desempleo tratan de reducir la oferta de trabajo, a través de medidas como la jubilación obligatoria (con similar propósito se recurre también a la jubilación anticipada, la prolongación de la escolaridad obligatoria, la reducción de la jornada de trabajo, la limitación de las horas extraordinarias, el desarrollo de formas de trabajo a tiempo parcial, y el incremento de la duración de las vacaciones). Desde esta perspectiva, la jubilación obligatoria se constituye en un "instrumento" de la política de empleo que busca el "reparto" de trabajo. Al respecto, Sastre advierte que la jubilación obligatoria tiene una eficacia relativa, y considera que ella "debe operar únicamente en última instancia, como último recurso de una política dirigida al reparto de trabajo" (1990: 503).

Estamos, sin duda, ante un polémico instrumento de la política de empleo, pues a la jubilación obligatoria se le reconoce tanto aspectos positivos como negativos. Entre los primeros, se considera como consecuencias favorables: la "liberación de puestos de trabajo"; el evitar que los trabajadores mayores que laboran en sectores penosos, nocivos e insalubres, generen "pensiones de invalidez, que son normalmente más altas" que las que corresponden a las causadas por vejez; el ahorro para las empresas "al desaparecer personas con mayores tasas de absentismo o con mayor antigüedad", y la "ampliación del período de disfrute de la inactividad por el pensionista". Las críticas a la jubilación forzosa apuntan: a que en la práctica ha quedado demostrado que "la jubilación, en general, no crea puestos de trabajo"; a que "disminuirán los ingresos" del sistema de seguridad social debido a la reducción del número de trabajadores activos cotizantes; a que existe un descenso en la productividad empresarial "al disminuir la experiencia y el interés de los nuevos trabajadores, pues, generalmente, son temporales", y a los "perjuicios para los propios pensionistas, tanto psicológicos como económicos". Esta última consecuencia se da en tanto mengua su nivel de ingresos, pues la pensión sólo sustituye parcialmente a la remuneración percibida (Sastre, 1990: 469 y 470). Dentro de esta línea crítica, Cebrián es categórico al afirmar que "La supresión de la libertad de trabajo de los mayores crea a la economía más problemas que los que soluciona" (1991: 176).

2. La experiencia española

El Estatuto de los Trabajadores (1980) de España, en su Disposición Adicional Quinta, estableció originalmente que: "La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos".

El Tribunal Constitucional español en su Sentencia 22/1981 (en adelante STC 22/1981), del 2 de julio, declaró inconstitucional el primer párrafo de la disposición transcrita, al entenderlo "como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad". En un segundo pronunciamiento sobre la materia, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 58/1985 (en adelante STC 58/1985), del 30 de abril, en la que declaró que el segundo

párrafo de la norma bajo comentario no es inconstitucional, en tanto la limitación del derecho al trabajo que implica la jubilación obligatoria, puede tener como fuente la autonomía colectiva ⁽¹⁾.

De acuerdo a la STC 22/1981, la jubilación obligatoria constituye "una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho". La jurisprudencia de los Tribunales ordinarios españoles, siguiendo esta interpretación, considera a la jubilación obligatoria como un "instrumento encuadrado en el marco de una concreta política de empleo repartidora del trabajo existente y, por lo tanto, limitativa del derecho al trabajo en su aspecto individual en aras de determinados valores constitucionalmente reconocidos" (Sastre, 1990: 483).

2.1. La Jubilación Obligatoria como limitación del derecho al trabajo

La STC 22/1981 ha establecido con meridiana claridad, que "El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto". A saber:

- a) Faceta individual: "el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos sino existe una justa causa".
- b) Faceta colectiva: "supondría un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma".

Al imponer el legislador la jubilación obligatoria, se estaría limitando la faceta individual del derecho al trabajo, pues los trabajadores maduros se verían impedidos de su pleno ejercicio, al cumplir la edad que da lugar a la extinción del contrato de trabajo. Ante tal hecho, cabe preguntarse si siempre el derecho al trabajo tendría que resentir su vigencia frente a cualquier política pública en materia de empleo, o si la limitación del mismo, sólo es posible en el supuesto que la jubilación obligatoria cumpla con determinadas garantías, que disipen toda sospecha de inconstitucionalidad.

2.2. Condicionamientos a la limitación legal

La respuesta a la interrogante planteada en el párrafo precedente, la ha dado la propia jurisprudencia española, al establecer que el reparto de trabajo que implica la jubilación obligatoria, es posible realizarlo siempre que se haga con las "garantías y condicionamientos" exigidos por la STC 22/1981. En consecuencia, la norma que imponga la jubilación con carácter obligatorio, deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos,

¹ Los argumentos de ambas Sentencias, recogidos en sus respectivas fundamentaciones jurídicas, y en especial los desarrollados en la primera de ellas, serán citados recurrentemente en el texto principal de este ensayo.

para que sea admitida su constitucionalidad:

- a) En primer lugar, "su encuadre en el seno de una concreta política de empleo dirigida al reparto del trabajo, con lo cual no podrá producirse la amortización del puesto de trabajo ocupado por quien así se jubila".
- b) En segundo lugar, "será preciso que el trabajador jubilado forzosamente reúna los requisitos para acceder a la protección dispensada por el Sistema de Seguridad Social".

Del cumplimiento de ambas condiciones, que "constituyen una garantía mínima para el trabajador afectado" con el cese por edad, dependerá que se pueda predicar o no la constitucionalidad de la jubilación obligatoria (Sastre, 1990: 487 y 488). Seguidamente desarrollaremos el contenido de estos dos requisitos.

2.2.1. La empresa no puede amortizar el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador obligado a jubilarse

Para el Tribunal Constitucional español, la limitación del derecho al trabajo que la jubilación obligatoria lleva implícita, en principio se encuentra justificada tanto en los textos internacionales sobre Derechos Humanos como en su propia Constitución, lo cual le permite sostener que "la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporcionará una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo".

Queda claro entonces que la jubilación obligatoria, en tanto limitación del derecho al trabajo en su ámbito individual, sólo tiene una "justificación válida y razonable" cuando se ofrece a los desempleados una oportunidad de trabajo. La no amortización del puesto de trabajo implica el tácito reconocimiento de una "cláusula de estabilidad o de salvaguardia de plantilla" (Baylos, 1985: 473), si ello no fuera así, se estaría vulnerando el principio de igualdad consagrado constitucionalmente, al afectarse con un trato discriminatorio a los trabajadores mayores. Frente a la exigencia que las empresas ocupen los puestos dejados vacantes por los trabajadores obligados a jubilarse, la jurisprudencia española ha razonado que de esta manera "se están protegiendo también valores asumidos constitucionalmente, cuales son la solidaridad, la igualdad real y efectiva de todos en la vida económica del país". La jubilación obligatoria "se establece condicionada a admitir en su vacante a otro trabajador desempleado o joven demandante de primer empleo, lo que justifica esa limitación del derecho al trabajo, dada la situación de paro generalizado, recesión económica y de desempleo de la mayor parte de la juventud". Si la jubilación obligatoria "no se enmarca dentro de una política de reparto de empleo que garantice el derecho al trabajo a un sector de la población, el sacrificio del derecho de quien resulta forzosamente jubilado no encuentra justificación válida, objetiva y razonable y, por lo tanto, constituye una medida inconstitucional", independientemente de su fuente generadora (legal o convencional) (Sastre, 1990: 488 y 491).

2.2.2. La empresa debe contratar al reemplazante por tiempo indefinido, si ese era el vínculo que tenía con el trabajador obligado a jubilarse

Como ya viene dicho, para hacer efectiva la garantía de la no amortización del puesto de trabajo, la empresa está obligada a cubrir la vacante dejada por el trabajador cuya relación laboral se extinguió al estar obligado a jubilarse. Dimana de esta exigencia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia laboral española, que si bien no es "necesaria la identidad en cuanto a categorías profesionales" entre el reemplazante y el reemplazado, si resulta exigible que si en caso el trabajador cesado se hallaba "vinculado a la empresa por un contrato por tiempo indefinido, el nuevo contrato también lo sea", para evitar de esta manera la precarización del empleo por la vía de "sustitución de trabajadores fijos por trabajadores temporales" (Baylos, 1985: 473).

De esta manera, jurisprudencialmente se ha señalado "que la identidad en cuanto a la naturaleza de los nuevos contratos hace referencia a la circunstancia de que estos sean por tiempo indefinido en el caso de que los extinguidos también lo hubieran sido. Parece, por lo tanto, que el dato fundamental, a efectos comparativos, lo constituye la duración y no tanto la categoría" profesional. De exigirse ésta, se afectaría la finalidad de la norma que establece la jubilación obligatoria, pues "haría inviable el primer empleo de los juveniles, ya que hay categorías que sólo se alcanzan después de una dilatada vida laboral, y por otra parte iría contra normas laborales que establecen determinadas condiciones para ascensos o incluso para adquirir determinadas categorías, aparte que supondría una discriminación y proscripción para ascender de los demás empleados de la empresa". La "igual naturaleza" que se exige a los contratos de trabajo, habrá de interpretarse en el sentido de "contratos sustancialmente iguales en cuanto a su carácter de indefinidos". En ningún caso se supone que los puestos de trabajo originados por el cese impuesto por motivos de edad, "hayan de ser idénticos" a los que ocupen los trabajadores que se incorporan a la empresa bajo dicha circunstancia (Sastre, 1990: 488 y 489).

2.2.3. El trabajador para ser obligado a jubilarse debe tener derecho a la pensión correspondiente

Al establecer la jubilación obligatoria, el legislador está limitando -por motivos de edad- la capacidad del trabajador para seguir siendo parte de un contrato de trabajo, restricción que se hace efectiva cuando éste reúna los requisitos necesarios para jubilarse. La obligatoriedad del cese procede, siempre que el trabajador cumpla con todos los requisitos legalmente exigidos para percibir una pensión de jubilación.

Al optar por la jubilación obligatoria, el legislador está fijando una edad máxima para el trabajo, que opera como límite de la capacidad de trabajar. Este límite es sólo superable en el caso que sea necesario que el trabajador continúe en sus labores, para completar el tiempo mínimo de aportaciones exigido, para acceder a la pensión de jubilación. Ya la STC 58/1985, había señalado que no es posible imponer el cese a un trabajador que ha cumplido la edad a la que debe extinguirse la relación laboral, si es que en virtud de las normas propias de la seguridad social, no califica para ser declarado jubilado con derecho a pensión. Es decir que para que el trabajador sea cesado por la indicada causal, debe -necesariamente- estar en ese momento en condiciones de ser reconocido como beneficiario de una pensión de jubilación.

La jubilación obligatoria, en vista del perjuicio personal y económico que implica para el trabajador maduro, reclama necesariamente la adecuada compensación del afectado. Es por ello que se considera indispensable, que el trabajador al que se le impone el cese por tal motivo, tenga completos los años de cotización exigidos para acceder a la pensión de jubilación. Junto al requisito de no amortización del puesto de trabajo liberado compulsivamente mediante el cese por edad de quien lo venía ocupando, el Tribunal Constitucional español y la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios de ese país, han exigido de manera sostenida y coincidente, que el trabajador obligado a jubilarse haya completado los años de aportación necesarios para la pensión.

Si se parte de la idea de que "la limitación del derecho individual al trabajo que encierra la jubilación forzosa constituye un tratamiento desigual que ha de compensarse para resultar justificado", el acceder a la correspondiente pensión "serviría para no lesionar desproporcionadamente" al trabajador afectado ni al principio de igualdad constitucionalmente garantizado. Para Sastre, la fórmula en que el Tribunal Constitucional traduce esta exigencia, "no constituye suficiente garantía ni puede compensar por sí sola la lesión que el derecho al trabajo de la persona jubilada forzosamente sufre". Si tenemos en cuenta que la pensión a percibir por el trabajador cesado es aquella que el mismo ha generado con sus aportaciones a lo largo de su vida laboral, difícilmente aquella puede ser presentada como la compensación proporcional a su sacrificio (1990: 495). En igual sentido, Cebrián ha sostenido que "No es compensación la circunstancia de que el trabajador tenga derecho a acceder a la pensión en razón a sus cotizaciones, pues este derecho lo tenía igualmente con un cese voluntario" (1991: 183).

2.3. La Jubilación Obligatoria y la presunción de ineptitud

Según señala la STC 21/1981, "no resulta posible ni razonable presumir la ineptitud de una forma general y a una misma edad para todos los trabajadores, independientemente del sector económico en que se integran y de la clase de actividad que en él llevan a cabo, dándose la circunstancia añadida, además, de que dicha presunción sólo podría predicarse respecto de los trabajadores por cuenta ajena", en tanto a ellos se les aplica el Estatuto de los Trabajadores que, como ya viene dicho, estableció en un primer momento la jubilación obligatoria (Sastre, 1990: 476). En este sentido, "La incapacidad generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud *"iuris et de iure"* carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial".

2.4. La Jubilación Obligatoria y la protección a la vejez

Para el Tribunal Constitucional español, la jubilación obligatoria se sustenta en criterios que están muy alejados de los que inspiran las políticas de protección de la vejez, alentadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y debidamente plasmadas en su Recomendación 162 (de 1980), las mismas que buscan garantizar "la voluntariedad y progresividad de la jubilación, rasgos contrarios a los de la jubilación forzosa, caracterizada por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad". Esta posición también ha sido recogida por la Recomendación relativa a los principios sustentadores de una política comunitaria europea sobre la edad de jubilación. En consecuencia, no se admite la limitación "incondicionada" que

implica la jubilación obligatoria, al no tener ésta cabida en la lógica de los documentos internacionales antes mencionados, y que el Tribunal Constitucional hace suya en la STC 21/1981.

III.- La Jubilación Obligatoria en el Perú

A pesar de que en el Perú la legislación en materia de jubilación, tanto la que corresponde al Sistema Nacional de Pensiones (de gestión pública ahora a cargo de la Oficina Nacional de Normalización Previsional ONP- y antes del Instituto Peruano de Seguridad Social -IPSS-), como la del Sistema Privado de Pensiones (de gestión privada a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones -AFP-), considera como atribución del trabajador ⁽²⁾ determinar el momento de acogerse a la prestación económica que cubre la contingencia de vejez, una vez cumplidos los requisitos establecidos para acceder a la pensión correspondiente (mínimo de edad y de años de aportación en el sistema público, y únicamente mínimo de edad en el sistema privado), desde finales de 1991, nuestra legislación laboral ⁽³⁾ viene considerando a la jubilación obligatoria, como una de las causales de extinción del contrato de trabajo.

La jubilación obligatoria opera, como veremos a continuación, bajo dos modalidades:

- a) Jubilación "forzada": la ley permite al empleador decidir el cese obligatorio del trabajador con derecho a jubilarse, siempre que asuma el pago de un complemento de la pensión que a éste le corresponde.
- b) Jubilación "forzosa": la ley impone el cese automático del trabajador con derecho a jubilarse, al cumplir la edad determinada por ella.

1. La Jubilación Forzada

Para que un empleador pueda jubilar a uno de sus trabajadores, originalmente la Ley de Fomento del Empleo (en adelante LFE) -aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 728-, establece determinados supuestos habilitantes que operan como requisitos, además de señalar la oportunidad en que invocando esta causal, el empleador puede dar por extinguida la relación laboral con el trabajador forzado a jubilarse.

1.1. Requisitos

Fue la indicada LFE, la primera disposición -dentro del ordenamiento legal de aplicación a la actividad laboral privada- en considerar a la jubilación como una causa de extinción de la relación laboral. (artículo 52°, inciso f.).

En un principio la LFE estableció que para que un trabajador sea obligado a jubilarse por su empleador, era necesario que se cumplieran concurrentemente dos condiciones (artículo 57°):

- a) Que el trabajador acreditara tener derecho a la máxima pensión de jubilación.

² La excepción a esta regla la constituían los trabajadores marítimos, fluviales y lacustres; los conductores de vehículos de servicio público de transporte automotor de pasajeros interprovincial o internacional, y los empleados públicos, quienes debían de jubilarse obligatoriamente al cumplir 55, 60 y 70 años de edad, respectivamente.

³ Véase el anexo legislativo sobre la materia al final de este ensayo.

- b) Que el empleador asumiera el pago de un complemento de la pensión de jubilación que le corresponda al trabajador forzado al retiro.

Seguidamente desarrollaremos el contenido de los requisitos exigidos por el ordenamiento legal, a ambos sujetos de la relación laboral: trabajador y empleador.

1.1.1. Exigidos al trabajador

Para que el empleador pueda imponer a un trabajador la jubilación forzada, éste debería estar en situación de acreditar el cumplimiento de los mínimos de edad (reclamado tanto en el régimen público como privado de jubilación) y de aportaciones (reclamado tan sólo por el régimen público), exigidos para alcanzar el reconocimiento del derecho a una pensión. También el legislador, modificando su decisión inicial, pasó del empleador al trabajador la responsabilidad de realizar los trámites necesarios para obtener de quien corresponda, según el sistema pensionario en el que se haya cotizado, el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación.

En las tres materias a reseñar (edad mínima, años de aportación y trámites administrativos), se han efectuado modificaciones a lo dispuesto originalmente por la LFE, en los términos que a continuación pasamos a desarrollar.

1.1.1.1. Edad mínima

La LFE originalmente permitía al empleador decidir con carácter obligatorio la jubilación de un trabajador, al cumplir éste la edad de 65 años, tratándose de varones y de 60 años, en el caso de mujeres (artículo 57°). En el momento en que se promulga la LFE, el único régimen jubilatorio existente en el Perú era el Sistema Nacional de Pensiones, que estaba a cargo en ese entonces del IPSS, el cual exigía para jubilarse -junto con acreditar determinados años de aportación- una edad mínima diferenciada por razón de género: los hombres debían de tener no menos de 60 años y las mujeres no menos de 55 años.

El marco normativo rediseñado por la LFE, permite entonces que la decisión de jubilarse pueda ser tomada libremente por el trabajador, durante 5 años computados desde el momento en que cumplió con la edad mínima exigida, para obtener una pensión que cubra la contingencia por vejez. Esto significa, en el caso de los hombres, el período entre los 60 y 65 años, y para las mujeres, el período entre los 55 y 60 años de edad. Al vencimiento de ese lustro, la jubilación deja de ser exclusivamente potestativa para el trabajador, pues ésta le puede ser impuesta por su empleador, siempre que se den los supuestos y se cumplan las exigencias que sobre la materia dispuso la propia LFE.

Posteriormente, la Ley 26513 modificó la disposición reseñada en el párrafo anterior, dejando de hacer la expresa mención de las edades de jubilación diferenciadas por sexo, en concordancia por lo dispuesto por la Ley 26504 que eliminó las edades de jubilación establecidas en base al criterio de género, al señalar que para acceder a la pensión de jubilación -además de acreditar las cotizaciones necesarias-, hombres y mujeres debían de cumplir con una misma edad, la que fue fijada en 65 años. Ello significó una postergación de 5 años para los hombres y de 10 años para las mujeres, en la edad para el retiro de la vida laboral activa, hasta ese momento exigido. De esta manera, también se elimina el período en el cual los trabajadores podían

decidir libremente la oportunidad de su retiro para pasar a percibir una pensión por vejez.

El supuesto habilitante para la jubilación forzada, queda reducido a que el trabajador tenga derecho a la pensión de jubilación, dándose por hecho que cumple debidamente con los requisitos correspondientes para el efecto (entre ellos el de la edad mínima). La modificación que introduce la Ley 26513 en la LFE, ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54º) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21º), que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

1.1.1.2. Años de aportación

De acuerdo a lo establecido originalmente por la LFE, para que el empleador pueda imponer la jubilación obligatoria a un trabajador, éste tenía que contar con el número de aportaciones suficientes para alcanzar la máxima pensión de jubilación que otorgaba el IPSS (artículo 57º), que era equivalente al 100% de su última remuneración.

Al año de vigencia de la LFE, se promulgó el Decreto Ley 25967 que modifica el Sistema Nacional de Pensiones en materia de jubilación, en los siguientes extremos:

- a) Aumentó el mínimo de años de aportación para acceder a la pensión de jubilación, de 13 (mujeres) y 15 años (hombres) a 20 años, como récord de exigencia general exigible por igual a trabajadores y trabajadoras. En consecuencia, se modifica la fórmula para calcular la pensión y se eliminan los regímenes especiales que reconocían pensiones reducidas, en favor de aquellos que no cumplan con el tiempo mínimo de cotización exigido.
- b) Cambió el cálculo de la remuneración de referencia para obtener el monto de la pensión, al modificarse su base temporal. Hasta ese momento, se tomaba como remuneración de referencia la mejor para el trabajador, del promedio de los últimos 12, 36 o 72 meses de aportación, según sea el caso. El Decreto Ley 25967 viene a establecer que la remuneración de referencia sea igual al promedio de un determinado período, el mismo que varía de acuerdo a los años aportados por el trabajador (por 30 o más años de aportación, corresponde calcular los 36 últimos meses de cotizaciones efectuadas para obtener la remuneración de referencia. Por 25 a 30 años de aportación, corresponde calcular los últimos 48 meses, y de 20 a 25 años de aportación corresponde calcular los últimos 60 meses). Esta modificación tiene directa incidencia en la determinación de la pensión de jubilación, al generar una disminución en el monto de la remuneración de referencia (la ampliación del período de cómputo hace descender el promedio), cuyo resultado será una pensión con un menor valor económico.
- c) Fijó en S/. 600.00 el monto máximo de la pensión de jubilación que puede percibir un trabajador en el Sistema Nacional de Pensiones (*).

Casi simultáneamente a la norma reseñada, se promulgó el Decreto Ley 25897 junto con su dispositivo

* El monto máximo de la pensión ha sido reajustado en dos oportunidades: el Decreto Supremo 106-97-EF lo fijó en S/. 696 y el Decreto Supremo 056-99-EF lo elevó a S/. 807.36.

reglamentario: el Decreto Supremo 206-92-EF, que configuran el Sistema Privado de Pensiones, inspirado en la experiencia chilena de privatización de la seguridad social. Por lo que desde ese momento coexisten en el Perú dos regímenes jubilatorios: el de gestión pública y el de administración privada.

Por su parte, la Ley 26513 introduce modificaciones en la LFE en materia de años de aportación, pues sólo exige que el trabajador al que su empleador pretenda imponerle la jubilación, tenga derecho a la pensión correspondiente (dejándose de exigir que ésta alcance el monto máximo que se pague por tal concepto), ya sea que la misma sea cubierta por la ONP -de haber cotizado el trabajador en el sistema público- o por la AFP a la que estuvo afiliado el trabajador -si se inscribió en el sistema privado-, dependiendo del régimen donde haya realizado sus aportes. Esta modificación en la LFE, ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54º) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21º).

La Ley 26513 también eliminó de la LFE la referencia al IPSS, como el ente llamado a asumir el pago de la prestación económica por vejez, en tanto que desde fines de 1992 esta entidad transfirió a la recién creada para el efecto ONP, la gestión del Sistema Nacional de Pensiones.

1.1.1.3. Trámites administrativos

De acuerdo a lo dispuesto originalmente por el Decreto Supremo 004-93-TR, correspondía al empleador efectuar los trámites necesarios ante el IPSS, para que el trabajador al que había decidido imponer la jubilación, pudiera obtener el pago de la pensión correspondiente (artículo 17º).

Esta disposición cambia con la Ley 26513, al señalarse que corresponde al trabajador, luego de ser notificado por su empleador de la decisión de imponerle la jubilación, iniciar el trámite para el otorgamiento de la pensión a que tiene derecho, cumpliendo con las exigencias administrativas que operan tanto en el Sistema Nacional de Pensiones como en el Sistema Privado de Pensiones, según se encuentre afiliado a uno u otro. De esta manera se libera al empleador de una obligación que inicialmente el ordenamiento laboral dispuso que sea de su cargo, para luego transferirla al propio trabajador. Esta disposición ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54º) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21º).

1.1.2. Exigidos al empleador

Para que proceda la jubilación obligatoria -en la modalidad que hemos calificado de "forzada"-, no basta con que los requisitos exigidos por la LFE al trabajador se cumplan, sino que se requiere, además, que el empleador asuma una obligación económica que estará vigente mientras viva el trabajador cesado invocando tal causal.

Posteriormente a la promulgación de la LFE, el legislador estableció una nueva obligación al empleador; pero también le liberó de otra. La nueva obligación patronal es de naturaleza formal, en tanto consiste en comunicar oportunamente al trabajador al que se le va a extinguir su relación laboral, que se ha dispuesto su obligatoria jubilación (a partir de esta notificación, como ya viene dicho, el trabajador deberá iniciar los trámites que le permitan gozar de la pensión correspondiente). Por otra parte, se exoneró al empleador de la obligación de formular una declaración jurada, asumiendo así formalmente ante el trabajador jubilado por su decisión, el compromiso de pagarle un complemento de la pensión de jubilación que le corresponda percibir.

A continuación desarrollaremos el contenido de las obligaciones que corresponden al empleador (pagar un complemento e informar), en materia de jubilación "forzada". Sin perjuicio que -como ya viene dicho- en la actualidad ya no es necesario que el empleador haga una declaración jurada, también nos referiremos a ella, pues originalmente el legislador la impuso como responsabilidad de cargo patronal.

1.1.2.1. Obligación de pagar un complemento

Luego de exigir que el trabajador cumpla con las exigencias reseñadas en los párrafos precedentes, en tanto condiciones habilitantes para ser cesado por el empleador (en estricto tienen tal carácter sólo los dos primeros requisitos ya comentados), la LFE establecía que éste cubriría la diferencia entre la pensión que le correspondía obtener al trabajador al que se le imponía la jubilación, y el monto equivalente al 80% de la remuneración ordinaria percibida por el cesado (artículo 57°, primer párrafo).

Para entender mejor la figura del complemento pensionario a cargo del empleador, desarrollemos un ejemplo que nos permita apreciar como opera la misma. Supongamos el caso de un empleador que decide jubilar a uno de sus trabajadores, que venía percibiendo 1,000 nuevos soles como remuneración ordinaria, y que cumple los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, cuyo monto sería de 500 nuevos soles. Con estos datos, y en aplicación de lo dispuesto originalmente por la LFE, correspondería al empleador pagar la diferencia entre 800 (monto equivalente al 80% de la remuneración ordinaria percibida por el trabajador forzado a jubilarse) y 600 (monto de la futura pensión a percibir), es decir, sería de cargo patronal el abono mensual de 200 nuevos soles, como complemento pensionario.

1.1.2.1.1. Reajuste automático

La LFE señalaba también que la diferencia económica asumida por el empleador, debía ser reajustada periódicamente, en la misma proporción en que se incrementara la pensión de jubilación (artículo 57°, segundo párrafo).

Si aplicamos la regla que rige el reajuste de la pensión de jubilación y, consecuentemente, del complemento a ser asumido por el empleador, en el mismo ejemplo del párrafo precedente, nos enfrentamos la siguiente situación. Si se dispone un aumento del monto de la pensión de jubilación en un 10%, ésta pasaría de 600 a 660 nuevos soles. En estricta aplicación de lo dispuesto originalmente por la LFE, el complemento tenía que aumentar en similar porcentaje, por lo que su valor económico alcanzaría los 220 nuevos soles ($200 + 10\%$). Si sumamos la pensión y el complemento con sus montos ya reajustados, el trabajador forzado a jubilarse recibiría un ingreso de 880 nuevos soles mensuales. En este caso, el ex-trabajador sería a percibir un monto superior al 80% de su última remuneración ordinaria. Este resultado económico, pone en evidencia que había por lo menos dos formas de interpretar lo dispuesto por la versión original del artículo 57° de la LFE. Las opciones de interpretación del indicado artículo, podemos formularlas en los siguientes términos:

Supuesto I: La LFE fija el 80% de la última remuneración como ingreso tope insuperable a percibir por el trabajador obligado a jubilarse, por lo que el reajuste del complemento no siempre debe ser igual al incremento de la pensión. De esta manera se relativiza -hasta negarlo para algún supuesto- lo dispuesto en

el segundo párrafo del artículo 57° de la LFE. En el caso propuesto como ejemplo, el complemento a cargo del empleador no sólo no subiría en igual porcentaje que la pensión de jubilación, sino que incluso tendría que reducir su valor económico, reajustándose a la baja (para seguir con el ejemplo propuesto, de 200 a 140 nuevos soles), para que el jubilado de manera forzada no reciba un ingreso mensual superior al 80% de su última remuneración (los 800 nuevos soles, estarían compuestos por 660 de la pensión y 140 del complemento).

Esta línea argumental nos llevaría a que los futuros incrementos de la pensión de jubilación, pudieran llegar a extinguir la obligación del empleador de pagar un complemento, pues la sola pensión podría alcanzar en algún momento un monto igual o superior al 80% de lo que percibía el trabajador como remuneración ordinaria al momento de su cese. Consideramos inaceptable esta interpretación, pues resulta indispensable que para que el empleador convierta en vinculante su decisión de jubilar a un trabajador que cumple los requisitos para acceder a la prestación por vejez, asuma y mantenga una obligación económica en favor de éste. La decisión del empleador de jubilar a uno de sus trabajadores, tiene un carácter oneroso y vitalicio, en tanto el complemento pensionario a su cargo debe de ser pagado mientras viva su ex-trabajador.

Supuesto II: El 80% de la última remuneración es una unidad de referencia, que sirve para establecer de forma inicial el monto del complemento a ser asumido por el empleador, una vez conocida la cuantía de la pensión de jubilación que le corresponde al trabajador obligado a extinguir su relación laboral, de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 57° de la LFE. Una vez traducidos en un determinado monto, tanto la pensión como el complemento, opera la regla del segundo párrafo del mencionado artículo, que dispone el automático incremento del complemento en igual porcentaje que el aumento de la pensión, concedido -según sea el caso- por la entidad obligada a su pago o por norma legal. Con esta línea argumental, no sólo se garantiza -como ya viene dicho- el carácter vitalicio de la obligación asumida por el empleador (ratificado, como veremos más adelante, por el Decreto Supremo 001-96-TR), sino que se intenta mantener en valor constante el ingreso del jubilado, buscando reducir la distancia entre lo que percibe como pasivo de lo que cobraba como activo.

1.1.2.1.2. Monto máximo

La ya varias veces citada Ley 26513, por su parte, estableció que para que opere la jubilación obligatoria, el empleador debería asumir la diferencia entre la pensión de jubilación y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador al que se le impone el cese, y a reajustarla en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión. Hasta aquí, más allá de precisar con mejor técnica que la LFE modificada, que la remuneración ordinaria que sirve de referencia junto con la pensión, para determinar el monto del complemento a cargo del empleador, es la última percibida por el trabajador al momento de cesar, no se advierte mayor cambio. La novedad legislativa viene dada, en que la Ley 26513 también dispone que el monto del complemento a cargo del empleador, no deberá superar el 100% de la pensión que perciba el trabajador. Esta disposición ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54°) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21°).

Para entender mejor la modificación que afecta al pago del complemento pensionario, nos parece conveniente desarrollar nuevamente un supuesto que sirva de ejemplo. Supongamos el caso de un empleador,

que decide la jubilación de un trabajador que percibe 1,500 nuevos soles como remuneración ordinaria, y cumple los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, cuyo monto sería de 500 nuevos soles. Con estos datos y en aplicación de lo dispuesto originalmente por la LFE, correspondía al empleador pagar la diferencia entre 1,200 (monto equivalente al 80% de la remuneración ordinaria percibida por el trabajador al momento de jubilarse) y 500 (monto de la pensión a percibir), es decir asumir el abono mensual de 700 nuevos soles como complemento pensionario. La modificación introducida por la Ley 26513, establece que el monto del complemento no puede superar el 100% del monto de la pensión, lo que -para el ejemplo propuesto- significa que el empleador ve reducida su obligación en 200 nuevos soles mensuales (700-500), en tanto el complemento no puede superar los 500 nuevos soles de la pensión. Con este cambio legislativo bajo comentario y en el supuesto planteado, correlativamente a la reducción de la carga patronal ocurre la desmejora económica del trabajador, en tanto sus ingresos como jubilado (sumando pensión y complemento) serán tan sólo equivalentes al 66.6% de su última remuneración ordinaria.

Si tenemos en cuenta que, como ya viene dicho, los trabajadores que se jubilen en el sistema público a cargo de la ONP, tienen una pensión máxima de 807.36 nuevos soles, otra consecuencia de la modificación dispuesta por la Ley 26513, es que en ningún caso el costo que significará para el empleador jubilar de manera obligatoria a uno de sus trabajadores, será mayor a esa cantidad.

1.1.2.1.3. Carácter vitalicio

Por su parte, el Decreto Supremo 001-96-TR precisó que la obligación de pago del complemento de la pensión de jubilación, se extingue al fallecimiento del pensionista beneficiario del mismo (artículo 29°), por lo que el empleador no tiene ninguna obligación frente a los herederos de su ex-trabajador, quienes podrán gozar de una pensión de sobrevivientes, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por el régimen jubilatorio al que haya estado afiliado su causahabiente, sin poder reclamar que el ex-empleador extienda a su favor el pago del citado complemento.

1.1.2.2. Obligación de informar

La Ley 26513 también establece que el empleador que imponga a uno de sus trabajadores la jubilación "forzada", deberá comunicarle por escrito su decisión, sin que se precise la oportunidad en que tal comunicación deberá ser remitida. Esta obligación patronal ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54°) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21°).

1.1.2.3. Obligación de hacer una declaración jurada

Fue el Decreto Supremo 004-93-TR el que estableció que para garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones de pagar la diferencia entre remuneración ordinaria y pensión de jubilación, como la de actualizar su monto, el empleador debía asumir tal compromiso mediante una declaración jurada (artículo 17°), la misma que serviría de prueba instrumental para la "promesa unilateral" (podríamos así calificarla, tomando a préstamo el concepto del Código Civil) que constituía el empleador en cumplimiento del mandato legal. Posteriormente el Decreto Supremo 001-96-TR eliminó la exigencia de dicha declaración jurada. Entendemos que tal supresión se sustenta en que las obligaciones patronales en la materia, son directamente exigibles por

mandato legal, sin necesidad de requerirse la expresión de voluntad del empleador, en el sentido de comprometerse a su acatamiento o de convertir al trabajador cesado en beneficiario de la obligación, que -fictamente- él mismo pareciera imponerse.

1.2. Oportunidad en la que se extingue la relación laboral

El Decreto Supremo 004-93-TR, dispuso originalmente que en los supuestos de jubilación "forzada", el cese efectivo del trabajador en sus labores se produciría en el mes que le correspondiera percibir la pensión de jubilación (artículo 17°). La Ley 26513, por su parte, estableció que el cese efectivo del trabajador obligado a jubilarse, se producirá en la fecha a partir de la cual la entidad competente le reconozca el otorgamiento de la pensión de jubilación correspondiente. Esta disposición ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54°) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21°).

En aplicación de las normas citadas en los párrafos precedentes, el trabajador jubilado de manera forzada, no deja de percibir ingresos en ningún momento, en tanto seguirá cobrando su remuneración (y laborando en la empresa) hasta que acceda a la pensión de jubilación que le corresponde.

2. La Jubilación Forzosa

La jubilación obligatoria se expresa en el Perú en la extinción de la relación laboral por razón de edad, al presumir el legislador que el trabajador al cumplir los 70 años de edad deviene en inapto para el trabajo que hasta ese momento venía desempeñando ⁽⁵⁾.

En los párrafos siguientes haremos una breve aproximación a esta institución, a través del estudio de sus requisitos, del juego que el legislador le reconoce a la autonomía privada en clave individual, así como de la ocasión en que se debe tener por extinguida la relación laboral.

2.1. Requisitos

La Ley 26513 (al modificar el artículo 57° de la LFE) y el Decreto Supremo 001-96-TR (artículo: 30°), han establecido que procede la jubilación obligatoria -en la modalidad que hemos calificado de "forzosa"- en caso que el trabajador:

- a) Cumpla 70 años de edad.
- b) Tenga derecho a pensión de jubilación.

A diferencia de la jubilación "forzada", donde es la decisión del empleador la que impone el cese al trabajador, en la jubilación "forzosa" la extinción de la relación laboral se produce por mandato legal. En este caso, además, no se exige al empleador -como si ocurre en la primera modalidad- asumir carga económica alguna, por lo que el único ingreso del trabajador en su nueva situación de pasivo, será su pensión de jubilación.

⁵ Téngase presente que fue la propia LFE que incorporó al ordenamiento laboral peruano -que hasta fines de 1991 sólo consideraba a las faltas disciplinarias como causa justa de despido-, el "detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida para el desempeño de sus tareas", como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador. Para que el empleador pueda despedir por esta causal, debe otorgarle al trabajador un plazo de 30 días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Véase el inciso a) del artículo 23° y el primer párrafo del artículo 31° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

2.2. Postergación paccionada del supuesto legal

De cumplirse simultáneamente con los dos requisitos señalados en el punto anterior, se producirá la automática extinción de la relación laboral, salvo pacto en contrario entre el trabajador y su empleador (artículo 57° de la LFE modificado por la Ley 26513). Esta disposición ha sido reiterada por el Decreto Supremo 005-95-TR (artículo 54°) y por el Decreto Supremo 003-97-TR (artículo 21°).

Si bien, en principio, desde mediados de 1995 tenemos en nuestro país un sistema rígido de jubilación, en tanto la sola voluntad del trabajador no puede impedir que el cumplimiento de la edad fijada por el legislador lo lleve al retiro, en realidad, de la modalidad de jubilación "forzosa" implementada por el legislador no se puede predicar una absoluta rigidez, en tanto permite el juego de la autonomía privada de las partes de la relación laboral, para postergar la ocasión (luego de cumplidos los 70 años) en que el trabajador cesará en sus labores. Esto es así, en tanto la jubilación "forzosa" ha sido consagrada en una norma dispositiva, que faculta a las partes a acordar algo distinto (se permite celebrar "pacto en contrario") a lo dispuesto por la Ley 26513 sobre la materia. Siendo evidente que el juego de la autonomía privada individual implica el concierto de voluntades de las partes involucradas en la relación laboral, no debe perderse de vista que el desnivel económico existente entre ellas, le permite al empleador decidir, pues la forma como está organizado el poder en la empresa, otorga una primacía a la decisión patronal al respecto, sobre la pretensión que pudiera tener el trabajador ya septuagenario de continuar desempeñando sus labores. Que la Ley 26513 sea dispositiva en esta materia, significa también que la presunción de ineptitud que introduce el legislador al imponer el cese por edad, resulta del tipo "iuris tantum", dado que dicha presunción cae derribada por el acuerdo de partes, lo que implica -dicho sea de paso- el reconocimiento patronal de la plena aptitud laboral del trabajador.

2.3. Oportunidad en la que se extingue la relación laboral

El Decreto Supremo 001-96-TR, señala que en la jubilación "forzosa" opera de forma automática la extinción de la relación laboral, pues el cese no está condicionado ni al monto de la pensión de jubilación que le corresponda al trabajador, ni a la culminación del trámite administrativo que éste estuviera siguiendo, para el pago de la pensión correspondiente (artículo 30°), por lo que tampoco es necesario suspender el cese del trabajador, hasta la oportunidad en que la entidad obligada a ello, inicie el pago efectivo de la pensión de jubilación correspondiente.

El trabajador cesado en razón de su edad, se verá así expuesto a soportar un período en el que no recibirá ingreso alguno, pues al quedar extinguida la relación laboral por mandato legal, su empleador dejará de pagarle la remuneración, sin que esta sea inmediatamente sustituida por el cobro de la pensión, pues la misma está sujeta a trámites administrativos que se pueden prolongar en el tiempo.

Se ha de criticar esta disposición, no sólo porque lesiona el interés económico del trabajador, sino también porque resulta otorgándole al empleador capacidad para decidir si un trabajador tiene derecho a jubilarse, el mismo que sólo puede ser reconocido por las entidades gestoras de las prestaciones por vejez, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales sobre la materia. ¿Qué ocurre si la empresa, sosteniendo que el trabajador septuagenario tiene derecho a pensión, dispone su cese, y luego se le

deniega a aquel el pago de la prestación económica por vejez, al no acreditar debidamente el cumplimiento de los requisitos?. En tal situación y por no cumplirse uno de los requisitos (el cesado tiene que tener derecho a pensión de jubilación), es obvio que no procede el cese del trabajador invocando la causal de jubilación "forzosa", por lo que el afectado en una circunstancia como la descrita, puede impugnar judicialmente el despido. ¿Por qué vía debería el trabajador solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos afectados? ¿Debería el trabajador así cesado, considerarse víctima de un "despido arbitrario" y solicitar la indemnización correspondiente? ¿Debería reclamar su reinstalación en el empleo, al haber incurrido su empleador en un "despido nulo" por razón de discriminación? Si bien el trabajador afectado tiene ambas vías para impugnar judicialmente el despido, nos inclinamos por accionar solicitando la declaración de nulidad del despido, pues con su decisión el empleador ha lesionado el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, al cesar a un trabajador por razón de su edad, sin que este tenga derecho a la correspondiente prestación por vejez.

Si aún cumpliéndose todos los requisitos para la jubilación "forzosa", es discutible la constitucionalidad de la medida, no nos queda duda que la omisión de alguno de ellos, no puede generar que el cese del trabajador surta efectos que merezcan una cobertura legal, por el contrario, en situaciones como ésta, la Magistratura del Trabajo está llamada a garantizar la vigencia en las relaciones laborales de derechos y principios reconocidos en sede constitucional. Corresponde que la misma declare que la extinción de la relación laboral, decidida por el empleador sin cumplir con todos los supuestos habilitantes, no es otra cosa que un despido tipificable como nulo, al lesionar derechos fundamentales del trabajador afectado con dicha decisión.

Consideramos conveniente que el cese efectivo del trabajador en sus labores, quede sujeto a que éste sea declarado por la entidad competente como jubilado y reconocido su derecho a pensión de vejez, tal como ocurre en el caso de jubilación "forzada". Dicha declaración operaría como una condición suspensiva en la decisión patronal de dar término a la relación laboral, por aplicación de la jubilación "forzosa". De esta manera, además, el propio empleador tendría la certeza de que el cese del trabajador deviene en irreversible, al hacerse en estricto cumplimiento de todos los requisitos legalmente exigidos.

3. La constitucionalidad de la Jubilación Obligatoria

El legislador peruano nunca ha explicitado cual es el fundamento que sustenta o el objetivo que busca la jubilación obligatoria, que desde inicios de la década de los noventa incorporó a nuestro ordenamiento laboral. Omisión equivalente es posible encontrar en los estudios monográficos y en los comentarios legislativos sobre la materia, que -lamentablemente- le han prestado poca atención a este específico tema. Ni la exposición de motivos de la LFE ni los considerandos de la media docena de normas que se han sucedido en el afán de regular la institución, presentan a la jubilación obligatoria como un instrumento de la política de empleo o como una medida de protección de la vejez, extremos ya comentados en los primeros párrafos de este ensayo.

Como ya viene dicho, la jubilación obligatoria opera como una limitación del derecho al trabajo de los trabajadores de edad madura, pero si es desnaturalizada puede configurarse como un supuesto de

discriminación en su contra. Siguiendo la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional español, debemos decir que tal limitación no afectará el derecho al trabajo ⁽⁶⁾ ni el principio de igualdad ⁽⁷⁾, siempre que se cumplan con dos condiciones:

- a) que la empresa no elimine el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador obligado a jubilarse;
- b) que el trabajador obligado a jubilarse tenga derecho a la pensión correspondiente.

Al respecto, cabe señalar que el legislador peruano no ha acompañado su decisión de imponer una jubilación obligatoria, con la exigencia de mantener el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador jubilado, al margen de la modalidad empleada para su cese (jubilación "forzada" o "forzosa"). No existe pues en nuestro ordenamiento ninguna garantía que el puesto de trabajo dejado libre por el medio ya comentado, sea cubierto por un desempleado. Nos resulta difícil reconocer en este diseño legislativo una cabal política de empleo, al permitirse la amortización de puestos de trabajo que deberían ser ocupados por quienes carecen de empleo. Lamentablemente la jubilación obligatoria ha sido "concebida como política de exclusión y no como una política de repartición" (Sastre, 1990: 469). Lo que el legislador ha logrado al imponer a la jubilación obligatoria como causal de extinción de la relación laboral, es facilitarle al empleador un instrumento más para reajustar su planilla de personal, al permitirle liberarse de la "carga" que puede significar para él los trabajadores de edad madura. El privilegio de este interés particular, ha llevado al legislador a imponer una jubilación obligatoria que en nuestra opinión afecta y lesiona el contenido esencial de los artículos 2º, 22º y 23º de la Constitución de 1993 ⁽⁸⁾, siendo pasible tanto de un control difuso como concentrado de su constitucionalidad.

En cuanto a la exigencia que el trabajador afectado con el cese por razón de edad acceda necesariamente a una pensión de vejez, si bien ella está presente en nuestro ordenamiento en ambas modalidades de jubilación obligatoria, cabe apuntar que resulta difícil reconocer en las pensiones que paga la seguridad social (nos referimos tan sólo al Sistema Nacional de Pensiones, pues el Sistema Privado de Pensiones todavía no paga un número significativo de prestaciones por vejez para comprenderlo en una afirmación general), una compensación adecuada para el trabajador que se ve forzado a cesar en su trabajo, más aún cuando el legislador -en perjudicial coincidencia- ha introducido modificaciones peyorativas en la pensión de jubilación, de difícil consonancia con el artículo 10º del vigente texto constitucional ⁽⁹⁾ (Cfr. Carrillo, 1997).

⁶ El artículo 35.1º de la Constitución española de 1978, establece que: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo (...)".

⁷ El artículo 14º de la Constitución española, señala que: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

⁸ Artículo 2º: "Toda persona tiene derecho: (...) 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley".

Artículo 22º: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

Artículo 23º: "(...) 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. (...)". (Las cursivas son nuestras).

⁹ Artículo 10º: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida" (Las cursivas son nuestras).

Bibliografía

BAYLOS GRAU, Antonio

1985 Derecho al Trabajo, Política de Empleo y Jubilación Forzosa pactada en Convenio. En: Relaciones Laborales Nº 11. Madrid. Págs. 470 al 479.

CARRILLO CALLE, Martín

1997 La jubilación forzosa: alegato para su Inconstitucionalidad. En: Análisis Laboral. Lima, diciembre. Págs. 21 al 24.

CEBRIÁN BADÍA, Francisco Javier

1991 La Jubilación Forzosa del Trabajador y su Derecho al Trabajo. En: Actualidad Laboral Nº 14. Madrid. Págs. 175 al 184.

GARCIA PERROTE ESCARTIN, Ignacio

1985 Nota a la Sentencia TC Pleno S 58/1985 de 30 Abr. En: Relaciones Laborales Nº 11. Madrid. Págs. 480 al 487.

RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel

1992 Flexibilidad y Anticipación en la Edad de Jubilación. En: Relaciones Laborales. Tomo I. Madrid. Págs. 39 al 46.

SASTRE IBARRECHE, Rafael

1990 La Jubilación Forzosa por Edad. En: Revista Española de Derecho del Trabajo Nº 43. Madrid. Págs. 459 al 504.

Anexo Legislativo

1. Decreto Legislativo 728 (12.II.91): Ley de Fomento del Empleo

TÍTULO II: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción

"Artículo 52º.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...)

f) La jubilación; (...)"

"Artículo 57º.- La jubilación es obligatoria para el trabajador varón que cumpla sesenta y cinco (65) años de edad o sesenta (60) si es mujer, si reúne el número de aportaciones suficientes para alcanzar la pensión máxima que otorgue el Instituto Peruano de Seguridad Social y el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión hasta completar el 80% de su remuneración ordinaria y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión".

2. Decreto Supremo 003-93-TR (23.04.93): Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo

TÍTULO II: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción

"Artículo 52º.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...)

f) La jubilación; (...)"

"Artículo 57º.- La jubilación es obligatoria para el trabajador varón que cumpla sesenta y cinco (65) años de edad o sesenta (60) si es mujer, si reúne el número de aportaciones suficientes para alcanzar la pensión máxima que otorgue el Instituto Peruano de Seguridad Social y el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión hasta completar el 80% de su remuneración ordinaria y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión".

3. Decreto Supremo 004-93-TR (26.04.93): Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo

TÍTULO II: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción

"Artículo 17º: Para los efectos de la aplicación del artículo 57º de la Ley, el empleador deberá efectuar los trámites correspondientes ante el Instituto Peruano de Seguridad Social o entidad que lo sustituya, para obtener el pago de la pensión de jubilación a que se refiere el Decreto Ley N° 19990. Asimismo, deberá garantizar mediante Declaración Jurada, el pago de la diferencia entre dicha pensión hasta completar el 80%

de la remuneración ordinaria del trabajador y a reajustarla periódicamente en la misma proporción en la que se reajusta dicha pensión.

El cese del trabajador se producirá en el mes en que corresponda percibir la pensión de jubilación".

4. Ley 26513 (28.07.95): Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo

"Artículo 57°.- 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 la 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".

5. Decreto Supremo 005-95-TR (18.08.95): Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo

TÍTULO II: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción

"Artículo 49°.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...)

f) La jubilación; (...)"

"Artículo 54°.- 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 Fondo 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 éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de la 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".

6. Decreto Supremo 001-96-TR (26.01.96): Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo

TÍTULO II: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción del contrato de trabajo

"Artículo 29°.- El monto adicional a la pensión que mensualmente otorgue el empleador conforme al primer párrafo del artículo 54° de la Ley, se extingue por fallecimiento del beneficiario".

"Artículo 30°.- Se entiende que opera la jubilación obligatoria y automática prevista en el tercer párrafo del artículo 54° de la Ley, si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite administrativo que se estuviera siguiendo para el otorgamiento de dicha pensión".

7. Decreto Supremo 003-97-TR (27.03.97): Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

TÍTULO I: Del contrato de trabajo

CAPÍTULO IV: De la extinción

"Artículo 16°.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...)

f) La jubilación; (...)"

"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 Fondo 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 éste inicie el trámite para obtener el otorgamiento de la 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".