

Javier Neves Mujica^(*)

La edad como **causal de extinción** o de restricción de la relación laboral en nuestro ordenamiento

«ES EVIDENTE QUE EL SOLO HECHO DE LLEGAR A UNA EDAD DETERMINADA NO DISMINUYE NECESARIAMENTE LAS APTITUDES QUE SE REQUIEREN PARA EL EJERCICIO DE LAS LABORES PROPIAS DE UN ACADÉMICO, POR LO QUE SE VULNERA LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AL TRABAJO Y A LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO (FUNDAMENTO 4 DEL EXPEDIENTE 594-99-AA/TC Y FUNDAMENTOS 4 Y 5 DEL EXPEDIENTE 1485-2001-AA/TC)».

1. La edad de acceso y de conservación del empleo

1.1. El ordenamiento laboral internacional tiene, entre sus más antiguas preocupaciones, la fijación de una edad mínima para el acceso al empleo. Así, en las tres primeras Conferencias Internacionales del Trabajo, celebradas en 1919, 1920 y 1921, se aprobaron sendos Convenios Internacionales del Trabajo sobre edad mínima en la industria, el trabajo marítimo y la agricultura, respectivamente.

1.2. La concepción que está detrás de estas normas es la de que el trabajo infantil colisiona con los derechos fundamentales del niño a la educación, la salud, la recreación, etcétera, por lo que resulta necesario, de un lado, retrasar su inicio y, del otro, imponerle condiciones que lo hagan menos perjudicial.

1.3. La cuestión se encuentra hoy consolidada en el Convenio Internacional del Trabajo 138, que orienta las políticas públicas hacia la abolición efectiva del trabajo infantil, objetivo que debe alcanzarse mediante la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al empleo. La norma determina como edad mínima, para los países desarrollados, 15 años, que pueden descender a 14 para los países subdesarrollados.

(*) Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil **ius et veritas**.



1.4. El ordenamiento nacional, compuesto por el Código de los Niños y Adolescentes, sigue, en esta materia, la misma ruta.

1.5. Con la edad máxima de permanencia en el empleo, sin embargo, el comportamiento normativo internacional es diferente. No se fija límite alguno.

1.6. Este asunto es más controvertido, porque, según el ángulo desde el que se enfoque, podría determinarse o no una edad máxima: la capacidad del trabajador, su seguridad o la de eventuales usuarios, el acceso de otros trabajadores, etcétera.

1.7. En el plano nacional, tanto el ordenamiento referido a la actividad privada como al sector público, fijan como edad máxima los 70 años. Llegar a ella es causal de extinción de la relación laboral, en ambos regímenes laborales: de cese definitivo en el sector público (inciso a del artículo 35 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) y de jubilación obligatoria y automática en la actividad privada (artículo 21 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

«EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL HA PRECISADO, CON GRAN ACIERTO, HACE MUCHOS AÑOS, LOS FUNDAMENTOS QUE PODRÍA TENER UNA LEGISLACIÓN QUE DETERMINARA UNA EDAD MÁXIMA DE PERMANENCIA EN EL EMPLEO: UNA PRESUNCIÓN DE INEPTITUD O EN LA SITUACIÓN DEL MERCADO».

1.8. En ninguno de estos casos, la legislación ha explicitado el fundamento de tal restricción a la continuidad de la relación laboral.

2. El sustento de la fijación de una edad máxima y los derechos fundamentales

2.1. El Tribunal Constitucional español ha precisado, con gran acierto, hace muchos años, los fundamentos que podría tener una legislación que determinara una edad máxima de permanencia en el empleo: una presunción de ineptitud o en la situación del mercado (Fundamento 4 de sentencia 22/1981. Cuestión de inconstitucionalidad número 223/1981).

2.2. Sobre el primero, sostiene el mencionado organismo lo siguiente: “no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esa base establecerse la extinción de la relación laboral (... pero) lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores”. Agrega: “Y aún más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se

Javier Neves Mujica

presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada, sino solo de los trabajadores por cuenta ajena” (Fundamento 5).

Respecto del segundo fundamento, dice que el derecho al trabajo tiene un aspecto individual y otro colectivo. “En su aspecto individual, se concreta en 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 si no existe una causa justa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además 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” (Fundamento 8). Califica a la primera tesis como incompatible con la Constitución y a la segunda como compatible.

2.3. En esta perspectiva, la ruptura del vínculo laboral por arribar a cierta edad, solo sería compatible con la Constitución si operara como mecanismo de reparto de trabajo. De este modo, en un mercado que no puede crear el empleo necesario para absorber la oferta, se podría implementar medidas para distribuir el empleo existente. Entre ellas, estaría la jubilación obligatoria. Así, el sacrificio del empleo de los mayores estaría atado al beneficio para los jóvenes. En cualquier otro caso, se lesionaría los derechos fundamentales de aquellos.

2.4. Este criterio ha sido acogido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del 16 de octubre de 2007, recaída en el asunto C-411/05, seguido entre Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.). Declara el Tribunal lo siguiente:

“La prohibición de toda discriminación por razón de edad (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional (...) que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosas establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación (...) y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que

- dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho

nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y

- los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto”.

2.5. Los derechos fundamentales vulnerados, de no producirse estas condiciones, serían, principalmente, los de igualdad y no discriminación y de conservación del empleo. Los primeros, porque la extinción forzada de la relación laboral configuraría una discriminación por edad. Se trataría de una discriminación directa: habría un trato desigual, porque el menor de 70 años puede permanecer y el que alcanza esa edad ya no; sería injustificado, porque no encontraría sustento en la situación del trabajador ni en un balance entre sus derechos y los de los demás; y estaría fundado en un motivo prohibido, cual es la edad, evidentemente comprendido en la relación abierta formulada por el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución.

2.6. El segundo, porque derecho al trabajo, le permite al trabajador retener su empleo, salvo que se produzca una causa justificada de terminación, lo que en este caso no ocurre.

2.7. Estos derechos tienen sustento no solo en nuestra Constitución, sino también en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en sus artículos 1 y 24, y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), en sus artículos 3, 6 y 7.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3.1. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la edad como

causal de extinción -sobre todo en el caso de profesores universitarios- o de restricción -sobre todo en el caso de los diplomáticos- para la relación laboral. De sus sentencias, fluyen los siguientes criterios:

3.1.1. Una causa justificada para cesar definitivamente a un servidor público es cumplir 70 años de edad (Fundamento 2 del Expediente 594-99-AA/TC). También es causal de extinción de la relación laboral de un trabajador del régimen de la actividad privada, sin que se produzca vulneración de derecho constitucional alguno (Fundamento 8 del Expediente 3572-2005-PA/TC y Fundamentos 3 y 4 del Expediente 01886-2006-PA/TC).

3.1.2. Esta disposición no es aplicable a los docentes universitarios sujetos al régimen laboral público, porque solo les rigen los derechos y beneficios del Decreto Legislativo 276. El régimen laboral público solo es aplicable al personal administrativo. La Ley Universitaria ha establecido un régimen laboral y remunerativo peculiar, que no contempla el cese por límite de edad. Por ello, tampoco es aplicable a los profesores universitarios sujetos al régimen laboral privado (Fundamento 3 del Expediente 594-99-AA/TC y Fundamento 4 del Expediente 1485-2001-AA/TC).

3.1.3. Es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada, no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico, por lo que se vulnera los derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario (Fundamento 4 del Expediente 594-99-AA/TC y Fundamentos 4 y 5 del Expediente 1485-2001-AA/TC).

3.1.4. El trabajador adquiere el derecho a la jubilación cuando reúne los requisitos legales para su disfrute. Lo pone en ejecución cuando él, libremente, decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio este, potestativo y responsable, que no compatibiliza con la figura de la "jubilación guillotina", sin contar con la anuencia del trabajador, como es la consignada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Fundamento 3 del Expediente 1485-2001-AA/TC y Fundamento 4 del voto de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda del Expediente 1857-2004-AA/TC).

3.1.5. Los criterios anteriores no son aplicables para quien, como Presidente de la Comisión Reorganizadora de una

universidad, ha ejercido únicamente labores administrativas y no labor docente alguna (Fundamento 5 del Expediente 3572-2005-PA/TC).

3.1.6. Si se acordó implícitamente que el demandante prestara servicios aun después de cumplida la edad de jubilación automática y obligatoria, se celebró el pacto en contrario que exige la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Fundamento 6 del Expediente 3572-2005-PA/TC).

3.1.7. La prohibición a los diplomáticos a desempeñar cargos en el exterior por llegar a los 65 años de edad y su limitación a la función de asesores, restringe que puedan seguir desarrollándose profesionalmente, lo que constituye un acto de discriminación directa por razón de edad, en relación con los otros funcionarios diplomáticos de menor edad, al considerarlos en estado de ineptitud para el servicio externo sin precisar individualmente las condiciones psicosomáticas en relación a ese presunto estado de ancianidad inaparente para el servicio en el extranjero, ni considerar los antecedentes profesionales de los que conforman el cuadro de diplomáticos en actividad (Fundamento 9 del Expediente 8200-2005-PA/TC).

3.1.8. La ley ha previsto el pago de pensiones por discapacidad, cuando el empleador se ve en la necesidad de rotar en sus funciones a un trabajador hacia un área diferente, con funciones igualmente diferentes a las que venía desempeñando, sin que ello constituya violación del derecho de igualdad, porque se apoya en causa que hace imposible el normal desarrollo de la actividad laboral en las mismas condiciones, pues el cambio está fundamentado, por ejemplo, en incapacidad sobreviniente del trabajador, debidamente demostrada; vale decir, cuando súbitamente un trabajador adolece de disminución de su capacidad sensorial o locomotora (Fundamento

Javier Neves Mujica

8 del Expediente 8200-2005-PA/TC y Fundamento 7 del Expediente 9707-2005-PA/TC).

4. El régimen laboral de los profesores universitarios

4.1. Los profesores universitarios son trabajadores y están sujetos al régimen laboral que corresponda a la naturaleza de su empleador: el público si prestan servicios a una universidad estatal y el privado, si los prestan a una particular. Por disposición de la Ley Universitaria, las reglas que los rigen son las previstas en el Estatuto de la respectiva universidad, en la propia Ley Universitaria y en la ley laboral, que podría ser la legislación pública o la privada. Naturalmente, los mandatos del Estatuto no podrán contrariar los de las leyes y los de la ley especial -la universitaria- prevalecerán sobre los de la general -la legislación laboral que corresponda.

4.2. La Ley Universitaria establece una relación de derechos de los profesores universitarios de ambos regímenes, entre ellos: la promoción en la carrera docente, la participación en el gobierno de la universidad, la libre asociación, el goce de un año sabático, las vacaciones y la licencia sin goce de haber (artículos 52 y 54). Menciona, además, que los profesores de universidades públicas perciben los derechos y beneficios del servidor público a la pensión de cesantía y jubilación (inciso g del artículo 52), y los de universidades privadas, los derechos y beneficios de la legislación laboral de la actividad privada (artículo 54).

4.3. De estos preceptos, el Tribunal Constitucional ha entendido que solo se aplican a los profesores universitarios los derechos, pero no las obligaciones establecidas en la legislación laboral, entre las cuales estarían, por ejemplo, las causales de extinción de la relación laboral. Esta lectura nos parece errada. Veamos un caso concreto. La Ley Universitaria prevé que la carrera docente termina por separación (artículo 47). Vencido el período para el que se le nombra en una categoría, de tres años para el profesor auxiliar, de cinco para el asociado y de siete para el principal, el profesor puede ser ratificado, promovido -si cabe- o separado. Los motivos que pudieran conducir a una separación serían las infracciones a los mandatos de la Ley Universitaria, como los deberes contemplados en el artículo 51: respeto a la discrepancia, perfeccionamiento permanente, conducta digna, independencia de toda actividad política partidaria, etcétera. No obstante, es evidente que, si un profesor

universitario incurriera en una falta grave de conducta, no tendría que esperarse hasta la oportunidad en que se cumpla el período de su nombramiento para separarlo, sino que podría destituirse (inciso d del artículo 22 de la Ley Marco del Empleo Público e inciso d del artículo 34 de Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) o despedirse (inciso g del artículo 16 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) -en el régimen público y privado, respectivamente- de inmediato. Sin duda, que no estamos ante un derecho o beneficio, pese a lo cual el régimen laboral común resulta aplicable.

4.4. Lo mismo ocurre, en nuestro concepto, con la extinción por edad. El cumplimiento de 70 años de edad es -como dijimos en el punto 1.7- una causal de extinción de la relación laboral, tanto en la actividad privada como en el sector público. Los profesores universitarios, en tanto se encuentran sometidos a la legislación laboral, también deberían -en principio- culminar su vínculo por este motivo.

5. Los diversos tipos de jubilación

5.1. Atendiendo a su carácter voluntario u obligatorio, tenemos tres tipos de jubilaciones en nuestro ordenamiento: (i) voluntaria, cuando el trabajador llega a los 65 años de edad, decide si continúa prestando servicios o se retira para acogerse a la jubilación; (ii) intermedia, también a los 65 años, si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre la pensión y el 80% de la última remuneración, podría forzarlo a jubilarse; y (iii) obligatoria, a los 70 años, que es automática en la actividad privada, salvo pacto en contrario. Las dos primeras operan solo en el régimen laboral de la actividad privada y la tercera también en el público, con omisión de la excepción señalada al final. De todas estas formas, nos interesa la última.

5.2. En coherencia con el criterio resumido

en el punto 3.1.4, el Tribunal Constitucional debió declarar inconstitucional la tercera forma de jubilación expuesta y, quizás incluso la segunda, solo por resultar impuesta al trabajador. Sin embargo, no ha sido ese el argumento empleado para tal calificación.

5.3. Para que las reglas sobre extinción obligatoria de la relación laboral por cumplimiento de 70 años de edad puedan insertarse en el segundo ámbito de los planteados por el Tribunal Constitucional español -expuesto en el punto 2.2-, hay algunos elementos que deberían estar presentes y otros que no deberían. Nos referimos, en el primer caso, a la necesidad de cubrir la plaza desocupada por la persona mayor con otra perteneciente a los colectivos con dificultades para la obtención de empleo; y, en el segundo, a la supresión del pacto en contrario. Solo así, de un lado, se produciría un efectivo reparto de trabajo en un mercado con problemas para crear nuevo empleo y se podría preferir el derecho de algunos a acceder frente al de otros a conservar en un delicado equilibrio constitucional; y, del otro, se eliminaría la facultad del empleador de separar a su juicio subjetivo a quienes mantienen su capacidad y a quienes no, preservando el vínculo de los primeros y suprimiendo el de los segundos, con plena arbitrariedad.

5.4. Nuestro ordenamiento no posee las características planteadas en el párrafo anterior, por lo que su disposición sobre extinción de la relación laboral por edad se sitúa en el primer campo de los diseñados por el Tribunal Constitucional español: presunción de incapacidad. Una incapacidad, además, como ha precisado dicho organismo, atribuida solo a los trabajadores dependientes, de un lado, y, del otro, a todos ellos, sin considerar las diferencias por ocupaciones o personas. Por tanto, infringe el principio de igualdad y el mandato de no discriminación (numeral 2 del artículo 2 y numeral 1 del artículo 26 de la Constitución), así como el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución).

5.5. Esta conclusión no solo es válida para los profesores universitarios, sino para los trabajadores de cualquier actividad. Reservarla solo a esa categoría y no extenderla al menos a quienes realizan tareas fundamentalmente intelectuales o, mejor aun, a todos los trabajadores sin distinción, supone establecer entre ellos diferenciaciones carentes de justificación objetiva y razonable y, por tanto, discriminatorias. El Tribunal Constitucional no ha practicado dicha extensión.

5.6. El anteproyecto de la Ley General de Trabajo preparado por la Comisión de Expertos buscaba subsanar las deficiencias anotadas en los puntos anteriores, al demandar como requisito de procedencia de la jubilación obligatoria que el empleador contrate a otro trabajador para que ocupe el puesto que deje vacante el trabajador que se jubila (artículo 121). Lamentablemente, tanto el consenso en el Consejo Nacional del Trabajo como el acuerdo en la Comisión de Trabajo del Congreso han suprimido esta exigencia.

5.7. La alternativa que tiene un empleador que quiere cesar definitivamente o despedir a un trabajador por la disminución de sus aptitudes derivada de su edad es la de alegar y probar una incapacidad para el trabajo, que opera como causal tanto en el régimen laboral del sector público (inciso d del artículo 35 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) como en el de la actividad privada (artículos 22 y 23 de la Ley de Productividad y Competitividad

«ESTA CONCLUSIÓN NO SOLO ES VÁLIDA PARA LOS PROFESORES UNIVERSITARIOS, SINO PARA LOS TRABAJADORES DE CUALQUIER ACTIVIDAD. RESERVARLA SOLO A ESA CATEGORÍA Y NO EXTENDERLA AL MENOS A QUIENES REALIZAN TAREAS FUNDAMENTALMENTE INTELLECTUALES O, MEJOR AUN, A TODOS LOS TRABAJADORES SIN DISTINCIÓN, SUPONE ESTABLECER ENTRE ELLOS DIFERENCIACIONES CARENTES DE JUSTIFICACIÓN OBJETIVA».

Javier Neves Mujica

Laboral). El Tribunal Constitucional lo admite así, aunque refiriéndose a la rotación, en los argumentos reseñados en el punto 3.1.7.

5.8. Lo dicho respecto de la extinción, cabe también sobre la imposición de otras restricciones, como la que operó en el caso de los diplomáticos: el traslado como asesores.

6. El pacto en contrario

6.1. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral no contiene precisiones sobre la oportunidad o formalidad del pacto en contrario. Respecto de lo primero, parece obvio que el acuerdo debería celebrarse previamente al cumplimiento de 70 años por el trabajador. De no efectuarse en dicho momento, el vínculo laboral se extinguirá automáticamente al llegar a dicha edad. Nada impediría, sin embargo, su restablecimiento, si ambas partes estuvieran conformes. Cumplida tal edad sin que haya operado la ruptura del vínculo laboral, este proseguirá y el empleador ya no podría utilizar esa causal, porque la ley la autoriza al llegar dicha edad y no a partir de ella. No olvidemos que es automática.

6.2. Lo segundo es más complejo. Debemos determinar si dicho acuerdo debe ser expreso o puede ser tácito y si debe ser escrito o puede ser verbal. El ideal, no cabe duda, sería que fuera escrito y expreso. Un acuerdo meramente verbal sería válido pero tendría serias dificultades para probarse, salvo que pudiera contarse con medios idóneos para ello. El pacto tácito tendría que inferirse del comportamiento de las partes, por ejemplo, si el trabajador continúa prestando el servicio y el empleador remunerándolo, o si se celebrara un contrato de duración determinada, con anticipación al cumplimiento de los 70 años por el trabajador, por un plazo que excediera de la fecha en que se verifique este hecho,

como resalta el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento resumido en el punto 3.1.6.

6.3. Por último, en relación con la duración, pensamos que la prórroga de la relación laboral podría efectuarse por tiempo indefinido o determinado. En el primer caso, como hemos dicho, el empleador habría perdido su facultad resolutoria de la relación laboral por este motivo. En el segundo, se diferiría la terminación automática de la relación laboral para la posterior oportunidad convenida. En esta hipótesis podría haber extinción automática después del cumplimiento de los 70 años.

7. Conclusiones

7.1. En el Perú, cuando la legislación dispone la extinción de la relación laboral por edad máxima, tanto en la actividad privada como en el sector público, presume la incapacidad del trabajador. Asimismo, cuando el Tribunal Constitucional exceptúa de dicha regla a ciertas categorías, como los profesores universitarios o los diplomáticos, por su prestación fundamentalmente intelectual, parte también de la idea de que el cese deriva de la ineptitud.

7.2. La legislación no ha adoptado ninguno de los criterios, ni el Tribunal Constitucional los ha exigido en sus pronunciamientos, que podrían apartarnos de la concepción planteada: por ejemplo, no se reclama que la plaza desocupada por una persona mayor, jubilada forzosamente, sea ocupada por otra perteneciente a una categoría con dificultades de acceso al empleo.

7.3. Por tanto, nuestra legislación vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y al trabajo, aunque el Tribunal Constitucional no lo haya percibido así, salvo en el caso de los profesores universitarios y los diplomáticos.

7.4. Para guardar conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la Ley General del Trabajo tendría que restituir la exigencia de ocupación de la plaza descubierta por la jubilación obligatoria.®