

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**LA VUELTA AL EMPLEO TRAS LA JUBILACIÓN: ¿ES LA PENSIÓN DE
JUBILACIÓN UNA CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL?**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social**

AUTOR

Javier Paitán Martínez

ASESOR:

Lidia Vilchez Garcés

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20173481

2018

RESUMEN

Propiciar la actividad laboral luego de jubilarse es una realidad poco habitual y conocida por la ciudadanía, los justiciables e, inclusive, por los operadores de la justicia. Así, luego del estudio de la institución jurídica de la jubilación que incide de manera transversal en el régimen laboral (edad de retiro o causa de extinción de la relación laboral) y en el régimen previsional o pensionario (edad de acceso a la pensión de jubilación), en concordancia con los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en el presente trabajo se pretende determinar si la pensión de jubilación bajo sus diferentes modalidades –otorgada por la ONP o la AFP– supone o no la extinción de la relación laboral, esto es, si el trabajo y la pensión de jubilación son incompatibles (regla general) o son compatibles (regla excepcional). Al respecto, en esta última situación, la concepción tradicional de la pensión de jubilación viene siendo superada por nuevas concepciones o modalidades (sistema de jubilación flexible y gradual), como las reguladas en la legislación española, a saber: la jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación activa. He ahí la necesidad de que se abra un nuevo debate sobre el presente y futuro de las pensiones y el trabajo, tanto en el plano doctrinario, legislativo y jurisprudencial, de acuerdo a nuestra realidad social (donde hay más adultos mayores y menos jóvenes).

Palabras clave: Jubilación, pensión de jubilación, trabajo, extinción de la relación laboral y compatibilidad e incompatibilidad.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN	5
III.	LA EDAD DE JUBILACIÓN PARA EL ACCESO A UNA PENSIÓN	9
3.1.	El derecho fundamental a la pensión y el sistema de pensiones	9
3.2.	La jubilación ordinaria en el SNP y en el SPP para el acceso a la pensión de jubilación	12
3.3.	La jubilación adelantada (SNP) o jubilación anticipada (SPP) para el acceso a la pensión de jubilación	13
IV.	LA JUBILACIÓN COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL 15	
4.1.	La regulación de la jubilación en la normativa laboral (LPCL)	15
4.2.	Los tipos de jubilación que suponen la extinción de la relación laboral	17
4.2.1.	Jubilación voluntaria	17
4.2.2.	Jubilación intermedia	18
4.2.3.	Jubilación obligatoria	19
V.	LA JUBILACIÓN Y SU TRATAMIENTO EN JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA	20
5.1.	La jubilación obligatoria ya la relación laboral según el TC y la Corte Suprema	21
5.2.	La pensión de jubilación y la relación laboral según la Corte Suprema	24
VI.	LA VUELTA AL EMPLEO TRAS LA JUBILACIÓN: ¿HACIA LA COMPATIBILIZACIÓN ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN?	25
6.1.	La flexibilidad en la jubilación y la promoción de la permanencia en el trabajo: El caso español	25
6.1.1.	La jubilación parcial	26
6.1.2.	La jubilación flexible	27
6.1.3.	La jubilación activa	28
6.2.	La flexibilidad en la jubilación y la promoción de la permanencia en el trabajo: El caso peruano	29
6.2.1.	La percepción simultánea de pensión de jubilación y remuneración en el SPP: ¿Compatible o incompatible?	30
6.2.2.	La percepción simultánea de pensión de jubilación y remuneración en el SNP: ¿Compatible o incompatible?	32
VII.	CONCLUSIONES	34
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	36

LA VUELTA AL EMPLEO TRAS LA JUBILACIÓN: ¿ES LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN UNA CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL?

I. INTRODUCCIÓN

Nuestras sociedades se fundan sobre el trabajo y la seguridad social (en salud y en pensiones), siendo que el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social son las disciplinas jurídicas encargadas de su estudio, respectivamente. Así, ambas disciplinas, por estar estrechamente ligadas conforman el “derecho social” que contribuye “al estatuto del *empleo*, que hace del trabajo la fuente principal de la seguridad económica de las personas”, como lo enfatiza Alain Supiot¹.

Así pues, a nivel doctrinal, es reconocido que el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, aun poseyendo ámbitos diferenciados que explican su separación, tienen tras de sí una larga trayectoria de conexiones e influencias recíprocas. Una de esas conexiones es la que se viene dando desde antiguo, entre la institución de la *pensión de jubilación* y la institución jurídico-laboral de la *extinción del contrato de trabajo*: “extinguido el contrato y desaparecido el derecho al salario, la [s]eguridad [s]ocial sule a éste mediante el reconocimiento del derecho a la pensión”²³. Por ello, el nacimiento de la pensión de jubilación se constituye como un sustituto o equivalente de la remuneración.

Teniendo en consideración la regulación de la jubilación en la normativa laboral y previsional, así como su aplicación e interpretación a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, en el que la discusión de dicha institución se ha centrado más en la edad de jubilación –y no en la pensión de jubilación– como una causal de extinción de la relación laboral o del trabajo; en el presente trabajo se pretende dar algunos alcances a la siguiente pregunta planteada: ¿La sola obtención de una pensión de jubilación constituye una causal de extinción de la relación laboral?, o, en otras palabras, ¿importa el cese del trabajador para percibir una pensión de jubilación –en cualquiera de sus modalidades– en los regímenes previsionales privado y público?

¹ SUPIOT, Alain. (2008). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 10.

² MONTOYA, Alfredo y SÁNCHEZ-URAN, Yolanda. (2003). “Contrato de Trabajo, jubilación y política de empleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, número extraordinario, p. 19. Véase: <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraSS03/Estudios01.pdf> [Consultado el 10 de setiembre de 2018].

Más allá de esbozar si la respuesta es “sí”, “no” o “depende”, en el fondo la interrogante planteada nos invita a reflexionar si en el Perú podemos “volver al empleo tras la jubilación”. Para dicho análisis resultará necesario que, en el presente trabajo, se exponga algunas consideraciones básicas sobre la institución jurídica de la jubilación, regulada tanto en la normativa previsional (edad para acceso a la pensión jubilación, en las modalidades de jubilación ordinaria y jubilación adelantada o anticipada) como en la normativa laboral (edad de cese o causal de extinción de la relación de trabajo, en las modalidades de jubilación voluntaria, intermedia y obligatoria), así como su tratamiento en los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. Además, remitiéndonos al caso español, abordar un estudio de cómo se ha venido superando la concepción tradicional de la pensión de jubilación a través de nuevas concepciones o modalidades, a saber: la “jubilación parcial”, la “jubilación flexible” y la “jubilación activa”; cuyas concepciones son todavía desconocidas en nuestro país.

Todo ello, con la finalidad de determinar si la pensión de jubilación –otorgada por la ONP o por la AFP– supone o no la extinción de la relación laboral, esto es, si el trabajo y la pensión de jubilación son incompatibles (regla general) o son compatibles (regla excepcional), bajo las modalidades de pensión de jubilación que conocemos comúnmente (jubilación ordinaria y jubilación anticipada o adelantada) o por medio de las nuevas modalidades de pensión de jubilación (jubilación flexible, jubilación parcial y jubilación activa); que en nuestro país requiere de su estudio y discusión y, por qué no, de su regulación.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUBILACIÓN

El término “jubilación” proviene del latín *iubilaeus* y del hebreo *yobel* significa “liberación de los esclavos, el retorno de las propiedades vendidas a los antiguos dueños, cada 50 años entre los antiguos israelitas. El vocablo jubilación pasó a la liberación del trabajo tras una larga vida dedicada a una actividad laboral”⁴. De este modo, para Cabanellas, resulta sarcástico relacionar la jubilación como una situación que en el fondo es triste, no sólo por la estrechez económica del jubilado, sino por el trato social del que es objeto⁵.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. (1986). *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Tomo V, Ed. Heliasta, p. 12.

⁵ Citando a Cabanellas, ROMERO MONTES, Francisco J. (1993). *La jubilación en el Perú - IPSS-AFP- D. Ley N° 20530- Servidores privados y públicos*. Lima: Servicios Gráficos JA, p. 9.

De este modo, “el hecho de que el hombre haya reservado la palabra “jubilación” para señalar la etapa casi postrera de su actividad laboral, puede ser una expresión inadecuada. Porque la jubilación, antes que un beneficio, denota una etapa de la existencia, un estado personal al que, no obstante la connotación etimológica señalada, pocos quisieran llegar, porque la realidad les muestra algo distinto al “Yobel” israelita”⁶.

Es así que, en las sociedades la jubilación está siempre asociada al término de la “tercera edad”, cuya expresión sustituye más o menos eufemísticamente, pero sin duda con elegancia, a la de vejez o ancianidad. Así, se ubica en los tramos superiores de la expectativa de vida y que, estadísticamente, se la fija a partir de los 60 o los 65 años, en la que concurren diversos criterios, tales como el: (i) *cronológico*, momento fijado “objetivamente” con fines distintos y normativos y buscados en las ciencias médicas y demográficas; (ii) *biológico*, momento en que se produce un descenso, reducciones cuantitativas en el funcionamiento y rendimiento de todo o parte del organismo humano; y, (iii) *laboral*, momento en la que una determinada edad en la cual la problemática laboral del trabajador asume ciertas características comunes. El último criterio es el más recurrido y utilizado, puesto que su primera aproximación con referencia a la tercera edad, se da en relación con la edad de cese en el trabajo y acceso a la pensión de jubilación, esto es, con la finalización de la edad activa⁷.

En esa línea de ideas, Javier F. Romero señala que, “la vejez o tercera edad [jubilación], como generosamente se ha dado a llamarla, es la última etapa de la vida del hombre a la que debiera llegar tras un largo recorrido dedicado al trabajo. De esta manera, la jubilación deviene en un derecho ganado, que posibilita un descanso gozando de una renta suficiente para seguir viviendo con dignidad”⁸. Es decir, con la jubilación nos encontramos en un “estado de reposo con ingreso económico, como un premio a la trayectoria laboral del trabajador que implicaría una nueva forma de vida para este en condiciones mucho más óptimas, que haría su vida más llevadera, en la que el ingrediente principal sería la alegría

⁶ Ibidem.

⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. (1989). “La Tercera Edad en el Derecho laboral y la Seguridad Social”. *Derecho y Sociedad*. Lima: PUCP, número 1, p. 7.

⁸ ROMERO MONTES, Francisco J. Ob. cit., p. 10.

del jubilado⁹; siendo que en el Perú se le relaciona más como un estado personal de sufrimiento y con reducido ingresos económicos o carentes de los mismos.

Por su parte, Martín Carrillo refiere que, “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 (...) la jubilación obligatoria, que impone al trabajador comprendido en ella, el cese en su relación laboral”³¹.

Como se puede apreciar, el estudio de la jubilación resulta ser un tema muy relevante y discutible hasta la actualidad. Su comprensión y operación en un doble círculo de relaciones jurídicas, tanto en el derecho del trabajo como en el derecho de la seguridad social –que aun ambas poseyendo ámbitos diferenciados que explican su separación– tienen tras de sí una larga trayectoria de conexiones e influencias recíprocas cuando se trata de la institución antes referida. Y, justamente, en base a la edad del trabajador o de la trabajadora, la jubilación puede enfocarse desde dos ámbitos¹⁰:

- a) Del *derecho del trabajo*, como el establecimiento de legislaciones laborales para configurar la procedencia del retiro del centro de trabajo; es decir, la jubilación es considerada como una causa válida e inobjetable de extinción de la relación laboral, de acuerdo a la regulación establecida en el ordenamiento jurídico-laboral.

⁹ SANTOS ESPINOZA, Samuel. (2008). "Procedencia de la Jubilación Obligatoria y Automática. ¿Importa si el trabajador tiene o no derecho a pensión en el régimen que aporta? *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, número 139, p. 280.

³¹ CARRILLO CALLE, Martín. (1999). “La jubilación obligatoria como causa de extinción del contrato de trabajo” *Revista de la Academia de la Magistratura*. Lima, número 2, pp. 83-104.

¹⁰ Al respecto, es menester afirmar que, el trabajo y la seguridad social son los fundamentos del orden social, pues ambos determinan ampliamente el lugar de los individuos en la sociedad: en la condición de trabajadores(as) y asegurados(as) o pensionistas. Así, el trabajo “es el principal medio de subsistencia y ocupa una parte esencial de la vida de los individuos”; mientras que la seguridad social es una herramienta importante para la prevención y alivio de la pobreza frente al desempleo, la vejez, la invalidez, entre otras contingencias sociales, que se gesta a través de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y las prestaciones económicas (pensiones), siendo estas últimas materias de estudio del presente trabajo. Vid. en: MÉDA, Dominique. (2007). *Le travail*. Ed. Presses Universitaires de France, collection “Que sais-le?”, N° 2614, 3ème édition 2007, capítulo 1. Traducción realizada por Nathalie Collomn. *Revista de Trabajo*, Año 3, enero - noviembre 2007, p. 17.

- b) Del *derecho de la seguridad social*, como un requisito indispensable para el acceso de una pensión de jubilación; es decir, la jubilación genera el pago de la prestación económica (pensión) que corresponde a la contingencia por vejez, previo al cumplimiento de ciertos requisitos previstos en el régimen previsional respectivo. Frente a esta concepción tradicional se va dando paso a nuevas concepciones o modalidades de pensión de jubilación.

Así, el cumplimiento de la edad de jubilación da lugar a dos efectos jurídicos que pueden o no ser simultáneos o compatibles entre sí: 1) para el derecho del trabajo, entendida como la *edad de retiro por jubilación*, una causa extintiva de la relación de trabajo en el régimen laboral (público y privado) y 2) para el derecho a la seguridad social, entendida como la *edad de acceso a la jubilación*, un requisito legal para la obtención del derecho a la pensión de jubilación.

En suma, la jubilación es una “institución jurídica compleja y cambiante”, pues tiene un “carácter proteiforme”, por su multiplicidad de manifestaciones. Como lo enfatiza José Luis Monereo, “[l]a idea de jubilación única ha quedado desfasada desde hace bastante tiempo. Es sorprendente la contradicción entre la norma y la realidad social en materia de jubilación. Su complejidad, le ha hecho muy difícilmente gobernable.”¹¹

Asimismo, a la complejidad antes referida, se añade la determinación de la edad de jubilación, que es un elemento particularmente problemático y, sobre todo, en la actualidad en que las expectativas de vida van aumentando y el envejecimiento en las personas es más tardío, siendo que en el caso peruano, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)¹², la esperanza de vida se ha prolongado a 75.0 años. El tratamiento de la edad de jubilación, como nos enseña José Luis Monereo, puede ser considerada “altamente contradictoria (especialmente en la tensión entre prolongar y anticipar [la edad para trabajar])” y “oscilante (ante todo en la admisión de supuestos de jubilación forzosa)” y “no exenta de cierta improvisación”¹³. Por ejemplo, su uso excesivo y no coherente podría generar malos precedentes que incidan negativamente en la creación de empleo o el

¹¹ MONEREO PÉREZ, José Luis. (2011) “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”. En MONEREO, José L. y MALDONADO, Juan A. (Direc. y coord.). *La edad de jubilación*. Granada: Editorial Comares, p. 26.

¹² Véase: <<https://www.inei.gob.pe/>> [Consultado el 10 de noviembre de 2018].

¹³ MONEREO PÉREZ, José Luis. Ob. cit., p. 26.

correcto recambio intergeneracional.

III. LA EDAD DE JUBILACIÓN PARA EL ACCESO A UNA PENSIÓN

3.1. El derecho fundamental a la pensión y el sistema de pensiones

La seguridad social es una herramienta importante para la prevención y alivio de la pobreza, sobre todo en el caso de las personas adultas mayores, que se gesta a través de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y económicas (pensiones), siendo estas últimas una de sus principales preocupaciones. Por ello, ha sido imprescindible su tratamiento especial y diferenciado frente a las demás prestaciones, adquiriendo –tanto a nivel normativo como en el teórico– una autonomía e independencia particular dentro de la estructura misma de la especialidad, a través del denominado Derecho previsional o pensionario, que se encarga del estudio de las pensiones tomando en cuenta las características demográficas, sociales, económicas y políticas de cada país¹⁴, pero que también ha requerido de los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional para delimitar sus alcances y límites.

El sistema de seguridad social en pensiones del Perú está representado por un sistema contributivo público de reparto y privado de capitalización individual, cuyo modelo previsional responde a un modelo dual o paralelo y está orientado a los trabajadores formales (asalariados) con una cobertura parcial. Así, tenemos un sistema de pensiones¹⁵:

- altamente fragmentado y carente de visión integral conformado por dos regímenes contributivos (SNP y SPP) en constante competencia;
- con un nivel de cobertura bajo y deficiente, producto de un sistema enfocado fundamentalmente en el mercado formal (de trabajadores asalariados), siendo que 28% de la fuerza laboral está afiliada al sistema contributivo de pensiones;
- donde existen pensiones insuficientes e inequitativas;
- donde se presenta el desaprovechamiento de economías de escala y el mercado

¹⁴ ABANTO REVILLA, César. (2014). *Manual del Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 36-37.

¹⁵ Según el Informe de la Comisión de Protección Social denominado “Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo”, presentado en setiembre del 2017. Véase: < http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe_Final_CPS.pdf> [Consultado el 1 de junio de 2018].

- oligopólico de AFP;
- con una gestión de portafolios cortoplacista por parte de la AFP, donde el SPP presenta dificultades para acceder a esquemas de retiro simples que aseguren la estabilidad de los ingresos en la jubilación a costos razonables, frente a un incremento persistente en la esperanza de vida; y,
 - con la ausencia de información y asesoría financiera adecuada, activa, independiente, simple y de fácil acceso para el afiliado.

Entonces, en nuestro sistema previsional se habilita la coexistencia del SNP y del SPP, administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) –que, actualmente, va hacía su “Deconstrucción”, con la promulgación de las Leyes Nos. 30425 y 30478¹⁶–, respectivamente. Asimismo, cabe destacar que, recientemente, se viene implementado de manera focalizada y limitada regímenes de pensiones no contributivas, denominadas pensiones sociales (Pensión 65¹⁷ y Pensión para personas con discapacidad severa¹⁸), que inspiran todavía una incipiente seguridad social. Actualmente, en la Población Económica Activa Ocupada existe un predominio de la afiliación en el SPP (66,4%), como se puede apreciar del siguiente Gráfico 1:

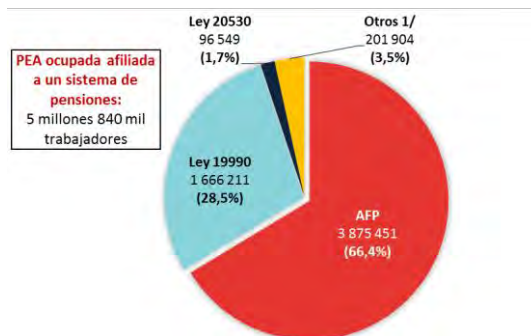
Gráfico 1

Perú: PEA Ocupada con acceso a protección social en pensiones, según tipo de sistema de pensión, 2004-2017

¹⁶ La Ley N° 30425, Ley que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de abril de 2016. Por su parte, la Ley N° 30478, Ley que modifica el artículo 40 y la Vigésimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de junio de 2016. Con la Ley N° 30425 y su modificatoria, Ley N° 30478, entre otras modificaciones y adiciones, dispone la liberalización de los fondos de las AFP, en 95.5% y 25%, respectivamente, a favor de los pensionistas.

¹⁷ El “Programa Nacional de Asistencia Solidaria, Pensión 65”, creado el 19 de octubre de 2011 mediante Decreto Supremo N° 081-2011-PCM, se encarga de brindar protección a las personas mayores de 65 años de edad que carezcan de las condiciones básicas de subsistencia, es decir, a los adultos mayores en extrema pobreza, otorgándoles una subvención económica de S/ 125 Soles cada mes por persona.

¹⁸ La pensión para persona con discapacidad severa, creado el 11 de agosto de 2015 mediante Decreto Supremo N° 004-2015-MIMP, se encarga de brindar una pensión no contributiva de S/ 150 Soles mensuales a las personas con discapacidad severa en situación de pobreza, cuyo fin es el elevar la calidad de vida de dichas personas. Este programa está a cargo del Viceministerio de Poblaciones Vulnerables del MIMP, cuya vigencia fue prevista para 15 años y de implementación progresiva (las personas con discapacidad severa de los departamentos de Piura y Ayacucho serían los primeros en acceder a dicha pensión).



Nota: La suma de las partes puede no coincidir con el total debido al redondeo de las cifras.

I/ Incluye caja de pensiones F.F.A.A. – PNP, entre otros.

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.

Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Ahora bien, con las pensiones, reconocido como un derecho fundamental en nuestra Constitución (artículos 10, 11 y 12), se permite: i) otorgar protección –de manera prolongada– a la persona frente a diferentes estados de necesidad o contingencias sociales que evidencian una situación constante de vulnerabilidad social, sea por la *vejez*, invalidez, muerte, entre otros; y, ii) brindar prestaciones económicas suficientes, adecuada e íntegras para cubrir los determinados estados de necesidad, sobre todo las consecuencias de la *vejez*. Estas finalidades están bajo la responsabilidad del Estado, ya sea a través de su intervención directa, a cargo del SNP o de manera indirecta, a cargo del SPP.

Así pues, las *pensiones de jubilación o vejez*, además de ser una de las principales preocupaciones de la seguridad social, son aquellas prestaciones económicas que buscan garantizar el bienestar de los adultos mayores y sus familiares, así como de la sociedad en general, frente a las diferentes y constantes necesidades sociales y económicas que se puedan presentar a partir de dicha etapa. Ahora bien, las pensiones, al margen de las diferentes contingencias (accidente, enfermedad, embarazo, desempleo, muerte, *vejez*, etc.) que tiene por finalidad proteger, constituye el pago periódico e indeterminado que se otorga a quien se encuentra afiliado a un sistema determinado de protección, luego de cumplirse los requisitos que la ley establezca; requisitos referidos a los periodos de afiliación o de aportación, los cuales tenderán a variar de acuerdo con su naturaleza¹⁹.

Las pensiones se otorgan ante la carencia de una fuente segura de ingresos; esto es, en

¹⁹ ABANTO REVILLA, César. (2008). “El sistema de pensiones en el Perú: de la reforma y la desafiliación a un sistema único complementario”. En: SPDTSS. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley, p. 661.

reemplazo de las remuneraciones, constituyéndose en una importante herramienta para la prevención y alivio de la pobreza. De esta manera, la pensión de jubilación viene a representar una de las transferencias de fuente segura de ingresos más importantes en las sociedades modernas, teniendo como función la provisión de mecanismos de vida a todos los grupos de la población, en especial a los que son vulnerables (adultos mayores) que, por su edad avanzada o condición de salud, ya no pueden participar o reincorporarse en el mercado de trabajo.

Ahora bien, para acceder a una pensión de jubilación (prestación económica que se otorga cuando se presenta la incapacidad para el trabajo del asegurado producto de la edad avanzada o vejez) es indispensable que el asegurado cumpla los requisitos (primero) de edad y (segundo) años de aportación establecidos por ley en cada modalidad jubilatoria²⁰. Es decir, la pensión de jubilación se otorga cuando el trabajador o la trabajadora cumple la edad mínima (ordinaria, adelantada o anticipada) y/o acredita los años de servicios o aporte fijados por ley, según el régimen previsional al cual pertenezca²¹.

3.2. La jubilación ordinaria en el SNP y en el SPP para el acceso a la pensión de jubilación

Para acceder a una pensión de jubilación ordinaria, el SNP mediante el Decreto Ley N° 19990 (1973), en sus artículos 38 y 41, establecían originariamente los requisitos de edad y aportaciones (para los hombres 60 años de edad y 15 años de aportaciones y para las mujeres 55 años de edad y 13 años de aportaciones). Posteriormente, en diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25967, el SNP es modificado, unificándose el requisito de los años de aportación para el régimen general en 20 años (hombres y mujeres); y, en 1996 mediante la Ley N° 26504, tanto en el SNP como en el SPP²², la edad de jubilación ordinaria en hombres y mujeres es determinando en 65 años.

²⁰ Por todos: ROMERO MONTES, Francisco J. Ob. cit., p. 74; FALCÓN GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco. (1994). *Manual de Seguridad Social*. Trujillo: Editorial Normas Legales, p. 54.

²¹ ABANTO REVILLA, César. (2013). *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 85.

²² El SPP, regulado por el Decreto Ley N° 25897, del año 1992, forma parte del sistema de capitalización individual, en el cual el afiliado (trabajador estatal y privado) cotiza una contribución definida (13% de la remuneración, aproximadamente) a una cuenta individual que es administrada por las AFP -empresas privadas bajo la supervisión de la SBS- con el objetivo de acumular un fondo pensionario individual, el que se dispondrá al momento del cese laboral, permitiendo el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia. Las pensiones en este sistema se calculan a partir de la suma de las cotizaciones (ahorro) del afiliado, más los rendimientos de las inversiones generados por dicho ahorro. Hasta el 2017 (según la ENAHO, INEI/ DISEL MTPE), la PEA Ocupada afiliada al Decreto Ley N° 25897 representa el 66,4% (3, 875, 451).

3.3. La jubilación adelantada (SNP) o jubilación anticipada (SPP) para el acceso a la pensión de jubilación

En el régimen previsional, se ha contemplado como excepción a la regla general de la jubilación ordinaria a los 65 años, la reducción de dicha edad para un colectivo determinado (sobre todo por las condiciones de trabajo), impulsada por diversos factores, tales como el desempleo, la reducción o cese total de trabajadores, la invalidez, o la ejecución de trabajos penosos o con exposición a riesgos.

En el caso del SNP, la edad de jubilación adelantada, regulada mediante el artículo 44 del Decreto Ley N° 19990 –cuya disposición se encuentra vigente hasta la fecha–, está establecida en 55 años y 50 años, para los hombres y mujeres, respectivamente, y previo el cumplimiento de ciertos años de aportes previsionales (30 e hombres y 25 en mujeres). Asimismo, existe un grupo de trabajadores que tiene reducida la edad de jubilación por las propias condiciones de trabajo²³, tal es el caso de:

- los trabajadores marítimos, fluviales y lacustres (Decreto Ley N° 21952), que pueden jubilarse a los 55 años de edad;
- los pilotos y copilotos de aviación comercial (Decreto Supremo N° 006-78-TR), que puede jubilarse a los 55, 56, 57, 58 o 59 años de edad, si han laborado 5, 4, 3, 2 o un año, respectivamente;
- los trabajadores de construcción civil (Ley N° 24527), que pueden jubilarse a los 55 años de edad, previo el aporte de 15 o 10 años;
- los trabajadores mineros (Ley N° 25009), que pueden jubilarse a los 45, 50, 55 años de edad, previo al cumplimiento de otros requisitos; los trabajadores de la industria del cuero, que pueden jubilarse a los 55 años edad los hombres y 50 las mujeres, entre otros grupos; entre otros (trabajadores de industria del cuero – Ley N° 25173).

Del mismo modo, en el SPP que, si bien la regla general es que los afiliados tienen el derecho a percibir una pensión de jubilación cuando cumplan 65 años de edad, existen algunas excepciones. Tal es el caso de acceso a una pensión de jubilación anticipada

²³ Al respecto, se debe precisar que el SNP contempla a ciertos regímenes especiales, aplicándose de manera supletoria las normas del Decreto Ley N° 19990, a los que se les reduce los requisitos de edad y/o aportes para acceder a una pensión. Así, mediante el artículo 38 se prevé la posibilidad que se reduzca la edad en casos de labores penosas, beneficiando con ello a grupos de trabajadores de la construcción civil, los mineros, etc.

cuando el afiliado así lo disponga, antes de cumplir los 65 años (por ejemplo, a los 45, 50 o 60 años), siempre que el trabajador tuviera en su Cuenta Individual de Capitalización los fondos suficientes para obtener dicha prestación económica, cuyo monto sea igual o superior al 40% del promedio de las remuneraciones percibidas y rentas declaradas en los últimos 120 meses, debidamente actualizadas²⁴.

En esa misma línea, tenemos otras modalidades de jubilación anticipada en el SPP, tales como: (i) el régimen genérico de jubilación anticipada por trabajo riesgoso, regulada mediante la Ley N° 27252; (ii) el régimen extraordinario de jubilación anticipada por trabajo riesgoso, en las que la edad de jubilación para acceder a la pensión es menor a los 65 años, previo el cumplimiento de ciertos años de aportación, la labor mínima en actividad de riesgo, entre otros requisitos; (iii) el régimen de la jubilación anticipada para los trabajadores desempleados (conocido como REJA²⁵), en el que los hombres se pueden jubilar a los 55 años de edad y las mujeres a los 50, previo el cumplimiento de otros requisitos; y, (iv) el régimen de jubilación adelantada del Decreto Ley N° 19990, en el que los afiliados a la AFP al 02 de enero de 2002, que cumplían con 60 años de edad y, 30 y 25 años de aportación para varones y mujeres, respectivamente, pueden jubilarse anticipadamente en el SPP.

En resumen, si bien en el SPP –régimen que adopta el esquema tradicional, acorde con el artículo 26 del Convenio N° 102 de la OIT–, la edad ordinaria o regular de jubilación es de 65 años, para el hombre y la mujer, la norma prevé –desde su origen, y por reformas posteriores– supuestos de adelanto de la edad²⁶, tales como los supuestos de jubilación anticipada, agrupadas en cuatro categorías: (i) La jubilación anticipada en mérito a fondos sobrantes y suficientes; (ii) en mérito a labores de riesgo; (iii) en mérito al desempleo; y (iv) en mérito al derecho adquirido en la SNP.

Por otra parte, es menester señalar que, del total de la PEA ocupada: el 94,8% tiene hasta 65 años de edad; el 2,0% tiene 66 a 69 años, y el 3,2% tiene de 70 a más años. Asimismo, del total de trabajadores asalariados “De 66 a 69 años”, el 69,0% está afiliado a un sistema de pensiones; mientras que en el grupo “De 70 a más años”, el 55,9% está afiliado a un

²⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 42 del T.U.O. de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF.

²⁵ Este régimen es un mecanismo transitorio de jubilación anticipada y que fue previsto por diferentes normas, tales como son las Leyes N° 27617 (2002), N° 28991 (2007) y N° 30425 (2016).

²⁶ ABANTO REVILLA, César. (2013). *Ob. cit.*, p. 85.

sistema de pensiones; y, del total de trabajadores independientes “De 66 a 69 años”, el 22,5% está afiliado a un sistema de pensiones; mientras que en el grupo “De 70 a más años”, solo el 21,0% está afiliado a un sistema de pensiones (ver Gráfico 2).

Gráfico 2

PERÚ: PEA OCUPADA POR RANGOS DE EDAD, SEGÚN CATEGORÍA OCUPACIONAL, 2017
(Absoluto y porcentaje)

PET	Hasta 65 años		De 66 a 69 años 1/		De 70 a más años 2/		Total	
	Absoluto	Porcentaje	Absoluto	Porcentaje	Absoluto	Porcentaje	Absoluto	Porcentaje
PEA Ocupada	15 648 447	100,0	332 182	100,0	530 356	100,0	16 510 984	100,0
Empleador	606 852	3,9	19 015	5,7	28 193	5,3	654 060	4,0
Asalariado	7 535 004	48,2	73 207	22,0	52 649	9,9	7 660 860	46,4
Independiente	5 521 749	35,3	201 135	60,5	376 764	71,0	6 099 649	36,9
Trabajador familiar no remunerado	1 600 812	10,2	34 830	10,5	65 603	12,4	1 701 244	10,3
Trabajador del hogar	384 031	2,5	3 995	1,2	7 146	1,3	395 171	2,4

Nota: La suma de las cifras puede no coincidir con el total debido al redondeo de las cifras.

1/ Cifras referenciales para las categorías Empleador y Trabajador del hogar.

2/ Cifras referenciales para la categoría Trabajador del hogar.

Fuente: INEI-Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza, 2017.

Elaboración: MTPE-DGPE-Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

IV. LA JUBILACIÓN COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

4.1. La regulación de la jubilación en la normativa laboral (LPCL)

El contrato de trabajo es definido como aquel “acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajador, por el cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal y remunerada (el trabajador) y la otra (empleador), que se obliga al pago de la remuneración correspondiente y que, en virtud de un vínculo de subordinación (dependencia), goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados”²⁷. Este contrato o relación de trabajo goza de una presunción de estabilidad en el trabajo, tanto en su matiz de acceso como en el de salida, la misma que se ve flexibilizada (con la extinción) por causas debidamente justificada y contempladas en la legislación laboral.

Es así que las relaciones de trabajo pueden extinguirse como consecuencia de un hecho, voluntario o extraño a la voluntad de los contratantes, que por sí mismo o por mandato de la ley, tiene efectos extintivos. Así, en aplicación del principio de continuidad o estabilidad,

²⁷ TOYAMA, Jorge y VINATEA, Luis. (2013). *Guía Laboral 2013*. Sexta edición. Lima: Gaceta Jurídica, p. 13.

la legislación laboral de cada país en forma mayoritaria tiende a restringir las causales de terminación de la relación laboral, buscando conservar la misma en favor del trabajador²⁸.

Ahora bien, para que las formas de extinción de las relaciones de trabajo sean apropiadas y carentes de contingencias tanto para el empleador como para el trabajador, será importante seguir los lineamientos dispuestos en la normativa laboral peruana, esto es, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 001-96-TR.

De modo que, en el artículo 16 de la LPCL, se enumera las diversas y diferentes causas específicas –y legítimas– que suponen la extinción del vínculo laboral²⁹, tales como:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
- e) La invalidez absoluta permanente
- f) *La jubilación*;
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por ley;
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y formas permitidos por la presente ley.

En estas formas de extinción de las relaciones de trabajo, clasificadas a partir de distintos criterios, se otorga un papel preponderante a la voluntad de las partes, ya sea de manera unilateral (renuncia o despido) o bilateral (mutuo disenso), para dar paso seguidamente a las causas ajenas a dichas voluntades, referidas a la imposibilidad del trabajador (invalidez absoluta permanente, jubilación) o a la imposibilidad o inconveniente de la empresa (el cese colectivo)³⁰. Por supuesto, no se puede negar la deficiente técnica jurídica de nuestra

²⁸ ARÉVALO, Javier y ÁVALOS, Oxal. (2007). *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Monografías de jurisprudencia especializada 1. Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 77.

²⁹ Fue la Ley de Fomento al Empleo (LFE), en su artículo 52, inciso f, la primera disposición en considerar a la jubilación como una causa de extinción de la relación laboral.

³⁰ Vid.: ARÉVALO, Javier y ÁVALOS, Oxal. *Ob. cit.*, pp. 78-79; y PUNTRIANO ROSAS, César A. (2006). "La terminación de la relación de trabajo. Alternativas y recomendaciones". *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo N° 154, p. 227.

legislación laboral en clasificar las causas de extinción de las relaciones de trabajo, por lo que, en palabras del profesor Mario Pasco³¹, se sugiere la clasificación más sencilla que jamás se haya propuesto: “el despido y las demás”.

Según Blancas Bustamante, una de las formas de extinción del contrato de trabajo en que la anuencia del trabajador no se requiere, es precisamente la jubilación. Doctrinariamente, las diversas causas de extinción de la relación laboral o de trabajo suelen clasificarse según su origen: (i) en la voluntad unilateral del trabajador, (ii) en la voluntad unilateral del empleador, (iii) en la voluntad concurrente de ambas partes, (iv) en la desaparición de las partes, y (v) en la jubilación y la capacidad del trabajador,³² las mismas que están contenidas en el artículo 16 de la LPCL.

Las causas de terminación anteriormente referidas, además de tener como consecuencia común el poner fin a la relación de trabajo, de manera que el trabajador extingue su vínculo jurídico con su empleador, también habilita a este último despedir por causa justa al primero. A saber, se reduce la tutela del derecho del trabajo, y en algunos casos llegan a su mínima expresión, produciéndose el despido unilateral a pedido del empleador, que es fundamentado, entre otras causas, en la jubilación del trabajador, considerada un riesgo social ligado a la pérdida de la capacidad laboral y/o productividad.

4.2. Los tipos de jubilación que suponen la extinción de la relación laboral

Atendiendo a la determinación de la edad de jubilación –entendida como la edad de retiro del trabajo–, prevista en la normativa laboral, la jubilación puede ser clasificada en tres tipos claramente diferenciados: (i) voluntaria, (ii) intermedia y (iii) obligatoria.

4.2.1. Jubilación voluntaria

Considerando básicamente la normativa previsional, la jubilación viene a constituir un derecho al reposo, en especie de premio que la sociedad otorga a quienes han trabajado durante su juventud y su edad madura, debiendo descansar a partir de una determinada

³¹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coord.). (1987). “La extinción de la relación laboral”. Lima, *Aele Editorial*. Lima, p. 243.

³² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2002). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: ARA Editores, p. 32.

edad³³. Al respecto, este tipo retiro o cese de la relación laboral es denominado jubilación voluntaria, en el que el trabajador opta en su ejercicio de manera libre, sin coerción alguna.

Es así que, cuando el trabajador cumple la edad ordinaria de jubilación (65 años de edad) o la edad adelantada o anticipada (menos de 65 años de edad), decide si continúa prestando servicios o se retira para acogerse a la jubilación (edad de retiro), en cualquiera de las modalidades del régimen previsional en el que se encuentre afiliado. Cabe precisar que, en el SNP la pensión de jubilación comienza al concluir la relación laboral, no obstante, al reingresar en la actividad productiva, se puede percibir la pensión y remuneración, o en caso ambos conceptos superen el 50% de la UIT vigente, se debe suspender la percepción de una de dichas prestaciones.

En cambio, en el SPP, el trabajador puede percibir la pensión de jubilación sin concluir la relación laboral, inclusive después de cumplir los 65 o 70 años de edad (en este último caso, en caso de existir pacto en contrario). El trabajador puede continuar laborando o volver a trabajar sin dejar de recibir su pensión de jubilación, en cualquier de sus modalidades, de acuerdo con lo previsto en el artículo 87 del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP, aprobado mediante la Resolución N° 080-98-EF/SAFP.

No obstante, a pesar de que el vínculo laboral se mantenga y que el trabajador –en la condición de jubilado del SPP– tenga la posibilidad de percibir tanto remuneración como pensión (antes de cumplir los 65 o 70 años de edad), es importante mencionar que la LPCL prevé el cese de dicho trabajador bajo dos modalidades reguladas en dicha ley (jubilación intermedia y obligatoria), que impiden la continuación de la relación laboral y, por ende, la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad productiva.

4.2.2. Jubilación intermedia

La jubilación intermedia, es aquella en la que no importa la voluntad del trabajador para extinguir la relación de trabajo y, por ello, se la denomina *jubilación forzada*³⁴. Al respecto,

³³ FAJARDO CRIVILLERO, Martín. (1997). *Teoría general de seguridad social*. Ediciones Luis Alfredo, Lima, p. 209.

³⁴ CARRILLO CALLE, Martín. (1999) Ob. cit., pp. 91-99.

este tipo de jubilación está consagrada en los dos primeros párrafos del artículo 21 de la LPCL que señala lo siguiente:

*“La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga **derecho a pensión de jubilación** a cargo de la Oficina de Normalización Provisional (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 reajusta dicha pensión.*

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

(...).” (Énfasis agregado).

De lo expuesto, se advierte que la jubilación forzada también opera a los 65 años y que corresponde a los trabajadores que tienen derecho a pensión de jubilación a cargo de la ONP o de la AFP. En este caso, el empleador que decida aplicar este tipo de jubilación para dar por extinguida la relación laboral con el trabajador forzado a jubilarse, deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador con el fin de que este inicie el trámite para el otorgamiento de su pensión, obligándose (el empleador) a su vez a asumir el pago de un complemento de la pensión que a este le corresponde (cubrir la diferencia entre la pensión y el 80% de la última remuneración).

4.2.3. Jubilación obligatoria

La jubilación obligatoria, también denominada la *jubilación forzosa*³⁵, está consagrada en el

³⁵ *Ibidem*. Al respecto, como lo sostiene el maestro Javier Neves, este tipo de jubilación "por el solo hecho de ser impuesta al trabajador, resultar ser inconstitucional", ya que vulnera el derecho fundamental al trabajo, así como los principios del Derecho del Trabajo, tales como: el *in dubio pro operario*, el de continuidad en la relación laboral, y el de igualdad y el mandato de no discriminación. Vid. en: RÍOS HOLGUÍN, Christian A. "Los criterios interpretativos "pro empleador" de la Corte Suprema en el caso de la jubilación obligatoria y automática. Análisis de la Casación N° 2501-2009-ICA. *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, número 199, junio de 2010, p. 254.

último párrafo del artículo 21 de la LPCL que señala lo siguiente:

“(…)

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

Del texto en mención, se advierte que la ley impone el cese automático y obligatorio del trabajador con derecho a jubilarse, al cumplir la edad determinada por ella. Completamente independiente a la jubilación forzada, la jubilación forzosa se refiere a los trabajadores que tienen 70 o más años de edad, el cual no se encuentra condicionado a trámite o requisito alguno, salvo el tener derecho a pensión de jubilación³⁶. Así, por ejemplo, un pensionista del SPP puede continuar sus labores, de haber pacto en contrario a los 70 años, percibiendo su pensión de jubilación; puesto que, además, no existiría incompatibilidad alguna.

La jubilación obligatoria es la aplicación del mandato legal que determina directamente la finalización de la relación laboral, 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 indeterminado³². Este tipo de jubilación se produce de manera obligatoria y automática, salvo pacto en contrario, sin importar el estado en el que se encuentre el trámite para la obtención de la pensión, aun cuando el trabajador no haya iniciado trámite alguno³⁷.

V. LA JUBILACIÓN Y SU TRATAMIENTO EN JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA

Para un sector de la doctrina, la jubilación obligatoria resulta ser inconstitucional³⁸, porque es impuesta al trabajador por el sólo hecho de cumplir 70 años de edad, y sin establecer

³⁶ Así lo establece de manera expresa el artículo 30 del Decreto supremo N° 001-96-TR, norma que reglamenta el dispositivo en cuestión.

³² CARRILLO CALLE, Martín. (1999). *Ob. cit.*, pp. 83-104.

³⁷ La Ley 26513 (al modificar el artículo 57 de la LFE) y el Decreto Supremo 001-93-TR, en su artículo 30, ha establecido que procede la jubilación obligatoria –modalidad forzosa– en caso que el trabajador: (i) cumpla 70 años de edad y (ii) tenga derecho a pensión de jubilación.

³⁸ Entre otros autores, encontramos a: ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ob. cit.*; NEVES MUJICA, Javier. (2008). “La edad como causal de extinción o de restricción de la relación laboral en nuestro ordenamiento”. En *Iust et Veritas*. Lima: PUCP, número 37, pp. 104-110; y, RÍOS HOLGUÍN, Christian A. *Ob. cit.*

ningún procedimiento y formalidad para que opere dicha institución de manera objetiva y razonable; a pesar de que en jurisprudencias extranjeras, como la española³⁹, se señaló que el cumplimiento de la edad, fijada en cada momento para poder acceder a la pensión de jubilación, puede ser también causa de extinción de la relación laboral si está acompañado de los siguientes condicionantes: a) debe estar establecido normativamente por la ley, el reglamento o la negociación colectiva; b) debe el trabajador afectado reunir el resto de presupuestos y requisitos para poder causar la prestación de jubilación en su modalidad contributiva; c) debe posibilitar que otro trabajador desempleado ocupe el puesto vacante resultante de la extinción por cumplimiento de la edad de jubilación.

Del mismo modo, Carrillo Calle, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, plantea que la limitación del derecho al trabajo de los trabajadores de edad madura por la jubilación obligatoria no afectará el derecho al trabajo ni el principio de igualdad, siempre que se cumpla con dos condiciones: (i) que la empresa no elimine el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador o la trabajadora obligado(a) a jubilarse y (ii) que el trabajador o la trabajadora obligado(a) a jubilarse tenga derecho a la pensión correspondiente⁴⁰.

5.1. La jubilación obligatoria ya la relación laboral según el TC y la Corte Suprema

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la edad de jubilación 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 laboral⁴¹, conformando un amplio acervo jurisprudencial del que fluyen diversos criterios.

Así, del grueso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido dos grupos:

a) El grupo del régimen especial de los profesores universitarios (de

³⁹ El Tribunal Constitucional español en su STC español N° 22/1981 del 2 de julio de 1981, declaró inconstitucional “la 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”. Sin embargo, en un posterior pronunciamiento sobre la materia contenido en la STC N° 85/1985 del 29 de julio de 1985, dicho Tribunal señaló que, la jubilación forzosa, en determinadas condiciones, resulta posible, en tanto los trabajadores forzosamente jubilados acrediten todos los requisitos para acceder a una pensión de jubilación contributiva.

⁴⁰ Véase: CARRILLO CALLE, Martín. (1999). Ob. cit. Lima, número 2, noviembre de 1999 y CARRILLO CALLE, Martín. (1997). La jubilación forzosa: alegato para su inconstitucionalidad. En: *Análisis Laboral*. Lima, diciembre, pp. 175-184.

⁴¹ NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., pp. 104-110.

universidades públicas o privadas) a los que no se les debe aplicar la jubilación obligatoria, criterio reconocido en las STC recaídas en los expedientes Nos. 594-1999-AA/TC (Fundamentos 2, 3 y 4), 1481-2001-AA/TC (Fundamentos 3, 4 y 5) y 1161-2005-PA/TC.

Así, por ejemplo, en el fundamento 4 de la STC recaída en el expediente N° 1485-2001-AA/TC, se estableció lo siguiente:

“(...) que por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando 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 académicas, de funciones administrativas o de alta dirección, que por ley le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades (...)”.

- b) **El grupo que incluyen al resto de los trabajadores del régimen laboral privado, régimen laboral público y de los demás regímenes especiales, a quienes sí se les debe aplicar dicha jubilación**, criterio que se aprecia en las sentencias Nos. 1502-2001-AA/TC (régimen especial de los magistrados judiciales), 1857-2004-AA/TC (Fundamentos 4 y 5 del voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda), 3572-2005-PA/TC (Fundamentos 5, 6 y 8), 0188-2006-AA/TC, 8200-2005-PA/TC (Fundamentos 8 y 9), 9707-2005-PA/TC (Fundamento 7), 01886-2006-PA/TC (Fundamentos 3 y 4), 02645-2007-PA/TC, 02534-2012-PA/TC y otras.

Así, por ejemplo, en los fundamentos 6 y 8 de la STC recaída en el expediente N° 3572-2005-PA/TC, se estableció lo siguiente:

“(...)”

6. Si bien el Decreto Supremo 003-97-TR establece que una de las causales de extinción del contrato de trabajo es la jubilación por cumplir 70 años de edad, también determina la posibilidad de que se celebre pacto en contrario. En el presente caso, este Colegiado entiende que entre la universidad empleada y el demandante se celebró un pacto en contrario, dado que, de conformidad con el Documento Nacional de Identidad del recurrente, a la

fecha de celebración del contrato de trabajo por cinco años, esto es, el 25 de enero de 1999, tenía 67 años de edad; vale decir, que se acordó implícitamente que el demandante prestara servicios aun después de cumplida

(...)

8. Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo del demandante se convirtió en indeterminado, este solo podía extinguirse por cualquiera de las causales de extinción estipuladas en el artículo 16.º del Decreto Supremo 003-97-TR, entre las cuales se encuentra la jubilación al cumplir 70 años de edad, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia, no se ha acreditado la vulneración de derecho constitucional alguno. (...).”

Del mismo modo, la Corte Suprema se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la edad como causal de extinción para la relación laboral, en el que ha variado e incorporado otros criterios a los ya establecidos por el Tribunal Constitucional. Entre algunas de las sentencias de la Corte Suprema, tenemos las Casaciones Nos. 2501-2009-ICA (fundamento 7, Régimen Laboral Privado) y 9155-2015-LIMA, en las cuales se estableció que *la jubilación obligatoria opera como una causa justa de extinción del contrato de trabajo, en cualquier momento del contrato, aun se haya celebrado el pacto tácito, lo contrario significaría que el trabajador preste servicios infinitivamente*; así como, la Casación N° 1533-2012-CALLAO (fundamento 8, Régimen Laboral Privado), en el que se estableció que *la jubilación obligatoria se entiende cumplido los 70 años y no a partir de ella*, bajo los siguientes términos:

“(...)

OCTAVO: *Este Supremo Tribunal, a partir de la interpretación sistemática del artículo 16 inciso f) y artículo 21 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, colige que este acuerdo para laborar después de cumplidos los setenta años, puede celebrar antes o al momento de, cumplida dicha edad, pues de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese momento, se entenderá que existe un pacto en contrario tácito para la continuación de los servicios. Anótese en este sentido que, toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del trabajador en este periodo se entenderá arbitraria si es que no*

se basa en la comprobación objetiva de comisión de falta grave o de incapacidad para la realización de la labor. Ello es así en tanto la jubilación obligatoria se entiende cumplidos los setenta años y no a partir de ella. (...).”

5.2. La pensión de jubilación y la relación laboral según la Corte Suprema

Conforme se puede apreciar de lo anteriormente desarrollado, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han expedido sentencias relacionadas a la edad de jubilación (entendida como la edad de retiro del trabajo) como causal de extinción de la relación laboral, básicamente sobre la aplicación de la jubilación obligatoria (forzosa) a partir de los 70 años o a partir de los 70. No obstante, la Corte Suprema, en la Casación N° 16297-2014-ICA), se ha pronunciado sobre la obtención de una pensión de jubilación por parte de un trabajador, quien todavía no supera ni los 65 o los 70 años de edad, como una causal –singular– de extinción de la relación laboral, situación que no está prevista en la normativa laboral.

Al respecto, la Casación N° 16297-2014-ICA, expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República con fecha 7 de junio de 2016, en los seguidos por Tito Herrera Núñez contra la empresa minera SHOUGANG HIERRO PERÚ S.A.A., sobre pago de una indemnización por despido arbitrario, previo el análisis de la jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo, opta por la procedencia del cese del actor teniendo en consideración únicamente que el trabajador goza de una pensión de jubilación anticipada del SPP, prevista en la Ley N° 27252 (aun cuando todavía no cumplía 65 años o 70 años edad) por la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP PRIMA. Así de conformidad con los fundamentos primero al noveno, la Corte Suprema fija un nuevo criterio jurisprudencial –controvertido y discutible, por no tomar en consideración la normativa previsional sobre la materia– en los siguientes términos:

“La obtención de una pensión de jubilación constituye una causal de extinción de la relación laboral conforme al literal f) del artículo 16° del Texto Único Ordenando del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.” (Énfasis agregado).

De este modo, con el análisis de fondo de dicho pronunciamiento, a la discusión de la

aplicación de la jubilación obligatoria y automática como causal de cese de la relación laboral, a los 70 años de edad o a partir de los 70 años, se suma otro problema: si la sola obtención de la pensión de jubilación en el SPP (o en el SNP), antes de llegar a los 65 o 70 años de edad, es una causa válida y legal para el cese de la relación laboral (que debió ser la *ratio* de la sentencia); lo que nos conduce a plantearnos la siguiente interrogante: *¿Importa el cese del trabajador para percibir una pensión de jubilación –en cualquiera de sus modalidades– en los regímenes previsionales privado y público?*

VI. LA VUELTA AL EMPLEO TRAS LA JUBILACIÓN: ¿HACIA LA COMPATIBILIZACIÓN ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN?

6.1. La flexibilidad en la jubilación y la promoción de la permanencia en el trabajo: El caso español

En los sistemas de pensiones contemporáneos vigentes, “el derecho regulador ha ido reformando el sistema en cascada y de forma sobrevenida, no sólo tratando de hacer confluir realidad social, necesidad social de protección y legislación de la misma, sino también conciliarlo con la dimensión económica y con la dimensión demográfica y cuestiones relacionadas con ellas, en todas las facetas posibles”⁴². Ello, ha permitido la flexibilización o gradualidad en la jubilación, principalmente, a través de las nuevas concepciones o modalidades de pensión de jubilación que se conocen por la legislación española⁴³.

Ello ha conducido a la introducción de una serie de reformas que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada de la jubilación ordinaria (una modalidad donde el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del pensionista), con el nacimiento de un nuevo sistema de jubilación gradual y flexible. Así, ahora importa propiciar la actividad laboral de los ciudadanos más allá de la edad mínima habitual de jubilación (65 años), donde existe la posibilidad de compatibilizar una vida activa con el percibo de una pensión.

⁴² TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel. (2015). “La compatibilidad entre el trabajo profesional y la pensión de jubilación”. En MORENEO, José L. y López, Loures (Dirs.). *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*. Granada: Editorial Comares, p. 321.

⁴³ Así, tenemos: a) La Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre); b) el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo; c) el Real Decreto de desarrollo de Determinados Preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de Medidas para el Establecimiento de un Sistema de Jubilación Gradual y Flexible (Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre); entre otras normas.

Sin embargo, ello “no siempre ha estado regulado, pues tradicionalmente se han entendido como dos términos incompatibles y, por tanto, no contradictorios.”⁴⁴

Entonces, cuando hablamos de la pensión de jubilación “podemos estarnos refiriendo a cualquiera de sus modalidades [las que surgen por regulación normativa de la legislación española: la jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación activa] y no sólo a la que se produce cuando el trabajador cesa totalmente a causa de la edad, en su actividad laboral y cumple con los requisitos para el acceso a la pensión, lo que se conoce como jubilación ordinaria.” Así, de acuerdo a qué modalidad de pensión de jubilación nos encontremos se podrá determinar si la misma es o no una causal de extinción de la relación laboral.

En España, el artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) establece que, “las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan”, lo que puede conducir a hablar de la jubilación parcial, de la jubilación flexible o de la jubilación activa, como didácticamente ha sido desarrollada en la Sentencia N° 5243/2017 de TSJ Galicia (A Coruña), Sala de lo Social, 3 de noviembre de 2017, cuya jurisprudencia utilizaremos para hacer dar algunos alcances a las modalidades de pensión de jubilación antes indicadas.

6.1.1. La jubilación parcial

La “jubilación parcial”, de acuerdo al artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contempla el supuesto de un trabajador que pasa a percibir una parte de la pensión jubilación manteniendo un trabajo a tiempo parcial y siendo sustituido por otro trabajador contratado con contrato de relevo.

Es decir, esta modalidad “consiste (...) en que un trabajador, por decirlo así, no se jubila del todo sino sigue manteniendo en parte su trabajo y en parte accede a la pensión, a partir de los sesenta años o de la edad equivalente, pudiendo prolongar esa situación o acceder a la misma incluso más allá de los sesenta y cinco años mientras no se jubile totalmente.

⁴⁴ LÓPEZ INSUA, Belén del Mar. (2015). “La jubilación parcial”. En MORENEO, José L. y López, Loures (Dirs.). *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*. Granada: Editorial Comares, p. 173.

La jubilación parcial se puede llevar a cabo de manera anticipada, a partir de los sesenta años (o edad que equivalga aplicando los coeficientes y bonificaciones de edad que correspondan) y también a partir de los sesenta y cinco años. En la jubilación parcial anterior a los sesenta y cinco años se asumen ciertos compromisos por parte de la empresa y sería una jubilación "provisional" en el sentido de que no es anticipada, que sí es definitiva, calculada con coeficientes correctores de anticipación.”⁴⁵

De este modo, Juan López⁴⁶ señala que, “la jubilación parcial tiene por objeto allanar el paso del trabajo al retiro completo mediante una transición gradual y progresiva, que frente al cese brusco (o jubilación "mazazo") permita al trabajador prepararse psicológicamente, comenzar nuevas aficiones o actividades, acostumbrarse a una posible disminución de ingresos”. Así, dicha modalidad “ya no es sólo una medida de adelantamiento o anticipación de la jubilación combinada con reparto de empleo, sino también de incentivo de la jubilación gradual tras los 65 años. Esta compleja situación da lugar a fórmulas muy diversas en cuanto al alcance de la propia jubilación.”

6.1.2. La jubilación flexible

La “jubilación flexible”, conforme a la regulación establecida en los artículos 4 al 9 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre y el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, es aquella "derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁷. Es decir, “compatibilizar la pensión una vez causada de manera plena, a edad ordinaria o anticipada, con un trabajo a tiempo parcial sobrevenido”⁴⁸.

Al respecto, Juan López⁴⁹ nos enseña que, con la jubilación flexible se refiere al “régimen jurídico de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo, en el sentido de que se trata de una pensión ya reconocida y obtenida, cuando posteriormente se accede a un trabajo a tiempo parcial”, como “acceso progresivo a la jubilación”.

⁴⁵ LÓPEZ ANDIA, Juan. (2007). *La jubilación de los empleados públicos*. Albacete: Ediciones Bormazo, p. 69.

⁴⁶ LÓPEZ ANDIA, Juan. Ob. cit., p. 71.

⁴⁷ Vid. DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel. (2011). “La flexibilidad en la jubilación”. En MONEREO, José L. y MALDONADO, Juan A. (Direc. y coord.). *La edad de jubilación*. Granada: Editorial Comares, pp. 446-491.

⁴⁸ LÓPEZ ANDIA, Juan. Ob. cit., pp. 65-69.

⁴⁹ *Ibidem*.

6.1.3. La jubilación activa

En el caso de un jubilado que pasa a trabajar a tiempo parcial manteniendo en parte la pensión de jubilación, nos encontraríamos, no ante un supuesto de jubilación parcial, no ante un supuesto de jubilación flexible, sino ante un supuesto de "jubilación activa" que se regula en los artículos 1 al 4 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, con la finalidad, según se nos explica en su Exposición de Motivos, de "favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal, y que cuentan con largas carreras de cotización, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50% de la pensión, con obligaciones de cotización social limitadas".

Así, para la jubilación activa se exige lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, donde se establece en sus términos literales que, "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos: a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en (...) [la normativa sobre la materia], sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por 100. c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial".

En términos simples, la jubilación activa "consiste en compatibilizar el percibo del 50% del importe de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta ajena o de una actividad por cuenta propia". Así, pueden ejercer la posibilidad de jubilación activa aquellas personas que hayan accedido a "pensiones de jubilación contributiva" una vez

“cumplida la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento o una mayor a ésta”, pero no a “aquellas personas que hayan accedido a la pensión de jubilación a través de cualquier fórmula de jubilación anticipada; aunque con posterioridad hayan vuelto a trabajar”.⁵⁰

6.2. La flexibilidad en la jubilación y la promoción de la permanencia en el trabajo: El caso peruano

La jubilación es un derecho del trabajador o la trabajadora que, al cumplir 65 años de edad, puede optar por ejercerla o no, ya sean cuando se encuentre realizando la prestación de sus servicios profesionales o al término de esta. Ello, básicamente para el acceso a una pensión de jubilación, en el que además se deberá cumplir ciertos requisitos legales de acuerdo al régimen previsional donde se está afiliado(a).

El cese laboral es un presupuesto configurador de la contingencia de jubilación en la regulación de nuestro régimen previsional público y privado, lo que conlleva a concluir que no es compatible la percepción simultánea de pensión de jubilación y remuneración. Sin embargo, desde ya hace algunos años, en el SNP se empieza a admitir grados de parcialidad respecto a dicha situación, en el que sí se admitiría en cierto nivel (parcial en el SNP y total en el SPP) la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, flexibilizándose la jubilación.

En efecto la vuelta al empleo tras la jubilación constituye una manifestación de la promoción del empleo en el trabajo tras la edad ordinaria de jubilación, como se regula en el caso español, con las modalidades de pensiones de jubilación parcial, flexible y activa. Claro, hay que señalar que dichas modalidades en nuestro ordenamiento jurídico todavía no tienen una regulación propia y que estén contenida literal o expresamente en la normativa previsional (o laboral), ni muchos menos que haya sido materia de pronunciamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

⁵⁰ LARAÑA COBO, Manuel. (2014). “La jubilación activa”. En: *Revista de Derecho vLex*, N° 126, noviembre de 2014. Véase: <<http://app.vlex.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/#WW/vid/544479691>> [Consulta: 29 de noviembre de 2018].

6.2.1. La percepción simultánea de pensión de jubilación y remuneración en el SPP: ¿Compatible o incompatible?

Los trabajadores y las trabajadoras, afiliados(as) al SPP, en la edad ordinaria de jubilación (65 años de edad) y en la edad anticipada de jubilación (menores a los 65 años de edad) pueden continuar trabajando y volver a trabajar sin dejar de percibir su pensión de jubilación, en cualquier de sus modalidades, tal y como lo prevé el artículo 87 del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP, en los siguientes términos:

“Artículo 87°.- Obligación de aportar. La incorporación de los trabajadores al SPP genera la obligación de realizar los aportes obligatorios a que se refiere el Artículo 30° de la Ley, con las salvedades que se señalan a continuación:

a) Los afiliados jubilados dentro de algún régimen pensionario que continúan su actividad laboral en calidad de trabajadores dependientes o independientes, podrán no realizar aportes obligatorios al SPP. A tal efecto, en cualquier momento, o ante el requerimiento de información sobre su situación previsional, los afiliados jubilados deben comunicar a su empleador su condición de tales, adjuntando copia de cualquiera de los siguientes documentos: (i) la Sección IV del formato de Solicitud de Pensión de Jubilación del SPP, (ii) la correspondiente póliza de la renta vitalicia, (iii) el comprobante de pago de la pensión, o (iv) cualquier otro documento que acredite su situación previsional de jubilado.

(...)

b) Los afiliados que cumplan la edad de jubilación y continúan realizando trabajo remunerado en calidad de trabajadores dependientes o independientes, no realizarán el pago de la prima del seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. A tal efecto, en cualquier momento, o ante el requerimiento de información sobre su situación previsional, los afiliados deben comunicar a su empleador el cumplimiento de la edad de jubilación, adjuntando copia de un documento oficial de identificación en el que se consigne su fecha de nacimiento.

(...).” (Énfasis agregado).

De acuerdo a dicha disposición, el trabajador o la trabajadora que tenga la condición de jubilado o jubilada⁵¹ podrá continuar su actividad laboral dependiente, sin que se haya cesado en la actividad que dio origen a la jubilación y sin realizar aportes obligatorios al SPP⁵². Solo es oportuno –y no obligatorio– comunicar de dicha situación al actual o nuevo empleador de su condición de jubilado a fin de que deje de realizar los descuentos respectivos, en caso contrario, estos serán devueltos por la AFP en el que se encuentre afiliado(a).

Cabe recordar que los trabajadores y las trabajadoras afiliados(as) al régimen previsional privado pueden acceder a una pensión (edad de acceso a la pensión) en la edad ordinaria de jubilación (65 años de edad) y en la edad anticipada de jubilación (menores a los 65 años de edad), teniendo en consideración que dichas edades de acceso a la pensión muchas veces no coincidirán con la edad de retiro previsto en la LPCL (65 o 70 años de edad).

Por ejemplo, si el trabajador obtuvo la condición de pensionista en el SPP a los 61 años de edad (dentro del régimen de jubilación anticipada prevista en la Ley N° 27252), por lo cual percibe una pensión de jubilación anticipada, no podría ser equiparada de manera general a la causal de jubilación prevista en el literal f) del artículo 16 de la LPCL, puesto que no estamos en el supuesto de extinción de la relación laboral equiparable a la edad de retiro del trabajo. Así, un pensionista del SPP, sin que se haya cesado en la actividad que dio origen a su jubilación, podrá continuar en la prestación de sus servicios profesionales (en la condición de trabajador) y obtener una pensión de jubilación (en la condición de jubilado), de acuerdo con lo señalado en el artículo 87 del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP.

⁵¹ De conformidad con el Reglamento del TUO de la LSPP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-98-EF, el término “afiliado/[a]” en el SPP, a diferencia del SNP, comprende a el/la trabajador/a –dependiente e independiente– que viene cotizando activamente en su respectiva AFP, a el/la pensionista que percibe una prestación en cualquiera de las modalidades del SPP y al quien cotiza, aun no teniendo la obligación de aportar al SPP. Por tanto, la definición de “afiliado/[a]” se subclasifica en “afiliado/a pasivo/a”, “afiliado/a activo/a” y “afiliado/a potestativo”.

⁵² Este aporte no retenido por el empleador (aproximadamente un 13% de la remuneración mensual) deberá ser entregado al pensionista jubilado anticipadamente o devueltos, en caso se disponga su retención.

6.2.2. La percepción simultánea de pensión de jubilación y remuneración en el SNP: ¿Compatible o incompatible?

Los trabajadores en edad ordinaria de jubilación (edad de acceso a la pensión) que se encuentran afiliados al SNP pueden acceder a la pensión de jubilación, contando con 65 años de edad y 20 años de aportaciones y previo al cese en las labores. En el SNP, los trabajadores dejan de ejercer una actividad remunerada y se retiran del mercado de trabajo por razones de vejez, percibiendo prestación económica vitalicia (una pensión de jubilación) y sustitutoria de la que percibía durante su vida laboral⁵³.

Por tanto, para acceder y percibir la pensión de jubilación a la ONP resulta determinante y necesario el cese de las labores del trabajador o trabajadora, caso contrario siquiera se podrá presentar la solicitud ante dicha entidad. Evidentemente, aquí se presenta una evidente incompatibilidad (absoluta) entre la percepción simultánea de una pensión de jubilación y una remuneración. Sin el cese del trabajo remunerado no hay pensión de jubilación, inclusive para el solo hecho de solicitarlo.

Marcos Rueda nos enseña que, en el SNP, normado por el Decreto Ley N° 19990, “siempre ha existido la incompatibilidad entre pensión y remuneración. Más aún, en algunas normas anteriores (Ley N° 8344 y Ley N° 13640, del ex Seguro Social Obrero) también se tocaba el tema”. Ahora bien, frente a la opción del pensionista opte por su derecho a percibir la pensión de jubilación y pueda reincorporarse a trabajar, el autor citado señala que en el SNP dicha incompatibilidad está regulado en tres etapas:

- “Un primer aspecto y norma general es la incompatibilidad absoluta del pensionista – que haya sido asegurado obligatorio o facultativo independiente– con algún trabajo remunerado o una actividad económica independiente”, de acuerdo a lo señalado en el texto original del artículo 45 del Decreto Ley N° 19990.
- “En una segunda etapa se halla la Ley N° 25191, del 19 de enero de 1990, titulada Pensionistas de la Ley N° 19990 que reinician actividad económica remunerada, tienen derecho a nueva liquidación sobre la base de la nueva remuneración y que determina una nueva liquidación basada en la nueva remuneración percibida.”
- “Y una tercera etapa, marcada por la Ley N° 28678, del 28 de febrero de 2006, que

⁵³ FAJARDO CRIVILLERO, Martín. Ob. cit., p. 209.

señala la posibilidad de percibir ambos conceptos si la suma de ambos no supera media Unidad Impositiva Tributaria, UIT”.⁵⁴

Al respecto, la Ley N° 28678, mediante su artículo 1 modifica el artículo 45 del Decreto Ley N° 19990, en los términos siguientes:

“Artículo 45.- El pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50 %) de la UIT vigente.

La ONP mediante acción coactiva recuperará las sumas indebidamente cobradas, en caso de que superen el cincuenta por ciento (50 %) de la UIT y no se suspenda la pensión por el Sistema Nacional de Pensiones. Para tal caso pueden también ser compensadas las sumas que se le adeudare por tal concepto, reteniendo una suma igual al sesenta por ciento (60 %) de las pensiones que pudieran corresponder al pensionista cuando cese en el trabajo, hasta cubrir el importe de las prestaciones cobradas indebidamente. El aporte de los trabajadores pensionistas será tanto en la pensión como en la remuneración de acuerdo al porcentaje estipulado en la ley para cada uno de estos ingresos”.

Esta norma, como nos indica Lidia Vilchez, “parte de un criterio habilitante, al señalar como primera fase “el pensionista que se reincorpore [...] elegirá [...]”. Es decir, parte de la posibilidad de realizar actividades retribuidas, incorporando así la posibilidad de percibir simultáneamente pensiones y remuneraciones, pero sujetándola a un límite económico

⁵⁴ MARCOS RUEDA, Eduardo. (2006). “La pensión de jubilación como causa de extinción de la relación laboral y el reingreso del trabajador”. *Soluciones Laborales*, N° 100, abril 2016, pp. 30-38.

fijado en función a la unidad impositiva tributaria (UIT)".⁵⁵

VII. CONCLUSIONES

La jubilación incide de manera transversal en régimen laboral del trabajador, pues es considerada como una causa justa de extinción de la relación laboral; así como en el régimen previsional del pensionista, es considerada como un derecho del trabajador para proteger la contingencia de la vejez para acceder a una prestación económica (pensión de jubilación). Cabe preciar que, en la normativa laboral, cuando se pretende extinguir la relación laboral se habla de jubilación, mas no de pensión de jubilación.

El tratamiento tradicional de la pensión jubilación como una situación a la que se llega tras culminar una vida laboral más o menos amplia, y en la que el trabajador abandonaba la vida activa laboral para dedicarse a otras tareas y quehaceres, está siendo claramente superada por nuevas acepciones de la pensión de jubilación. Al respecto, se tiende a suavizar el tratamiento al régimen de "retiro" o "cese laboral", al que era inherente una regulación muy limitativa en cuanto a las incompatibilidades con el trabajo por cuenta ajena o el ejercicio de actividades por cuenta propia, por unas nuevas situaciones en las que la percepción de la pensión de jubilación se va a acompañar de la posibilidad de simultanearla con actividades por cuenta ajena (o por cuenta propia). En ese nuevo contexto aparece la jubilación activa,⁵⁶ y con ciertas particularidades, la jubilación parcial y la jubilación flexible, como se prevé en la legislación española.

Atendiendo a las interrogantes planteadas en el título y la parte introductoria del presente trabajo académico, en primer lugar, debemos señalar que en el régimen previsional privado no existen mayores inconvenientes para que el trabajador opte por su derecho a percibir la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, y pueda seguir trabajando o reincorporarse a trabajar; sin que cese en la actividad que dio origen a la jubilación. Así, nos encontramos ante un supuesto de compatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación y la realización de una actividad productiva, habilitada legalmente en el artículo 87 del Título V del Compendio de Normas Reglamentarias del SPP; que vendría

⁵⁵ VILCHEZ GARCÉS, Lidia. (2008). "La incompatibilidad de percepción simultánea de remuneraciones o retribuciones y pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. *JUS Doctrina & Práctica*. Lima, número 2, febrero de 2008, pp. 344-345.

⁵⁶ LARAÑA COBO, Manuel. (2014). Ob. cit.

a representar un supuesto equiparable –no igual– a la jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación activa, con particularidades propias al referido sistema previsional.

En segundo lugar, también debemos indicar que en el régimen previsional público en principio opera una incompatibilidad absoluta, pues para solicitar la pensión de jubilación es imprescindible dejar de trabajar. No obstante, dicha incompatibilidad se flexibiliza en aquellos casos de los pensionistas que se reincorpora a un trabajo remunerado, pero bajo ciertas limitaciones. Así, el jubilado puede reingresar a laborar, y podrá percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la remuneración, siempre y cuando la suma de estos dos conceptos no supere el 50% de la UIT vigente (regla excepcional), que vendría a representar un supuesto de jubilación activa (similar a lo regulado en la legislación española); de lo contrario tendrá que elegir entre la remuneración que percibe por sus servicios profesionales o la pensión generada por el SNP, porque existe una prohibición de percibir ambos conceptos (regla general).

En nuestra realidad ya se admite que la pensión de jubilación no supone, necesariamente, la extinción de la relación laboral cuando se trata de una jubilación en el SPP, en el que se permite compatibilizar trabajo con pensión. Se promociona la permanencia en el trabajo antes y tras la edad ordinaria de jubilación (compatibilidad entre trabajo y pensión, como regla general), situación que puede ser equiparable –no igual– a la institución de la jubilación parcial, la jubilación flexible o la jubilación activa.

Asimismo, ya no se admite la pensión de jubilación como una causal de extinción de la relación laboral, cuando se trata de la jubilación en el SNP, donde se permite percibir pensión y remuneración a aquel pensionista que decide reingresar a laborar, bajo cierto parámetros y límites económicos), situación que subsume en la institución jurídica de la jubilación activa, que vendría a representar “la vuelta al empleo tras la jubilación”. He ahí la necesidad de que, en el Perú, se abra un nuevo debate sobre el presente y futuro de las pensiones (nuevas modalidades) y el trabajo (el retraso o disminución de la edad de jubilación), tanto en el plano doctrinario, legislativo y jurisprudencial, de acuerdo a nuestra realidad social (donde hay más adultos mayores y menos jóvenes).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO REVILLA, César.

2014 *Manual del Sistema Nacional de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

ABANTO REVILLA, César.

2013 *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

ABANTO REVILLA, César.

2008 “El sistema de pensiones en el Perú: de la reforma y la desafiliación a un sistema único complementario”. En: SPDTSS. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley.

ARÉVALO, Javier y ÁVALOS, Oxal.

2007 *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Monografías de jurisprudencia especializada 1. Lima: Editora Jurídica Grijley.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

2002 *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: ARA Editores.

CABANELLAS, Guillermo.

1986 *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Tomo V, Ed. Heliasta.

CARRILLO CALLE, Martín.

1999 “La jubilación obligatoria como causa de extinción del contrato de trabajo” *Revista de la Academia de la Magistratura*. Lima, número 2.

CARRILLO CALLE, Martín.

1997 La jubilación forzosa: alegato para su inconstitucionalidad. En: *Análisis Laboral*. Lima, diciembre.

DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel.

2011 “La flexibilidad en la jubilación”. En MONEREO, José L. y MALDONADO, Juan A. (Direc. y coord.). *La edad de jubilación*. Granada: Editorial Comares.

ERMIDA URIARTE, Oscar.

1989 “La Tercera Edad en el Derecho laboral y la Seguridad Social”. *Derecho y Sociedad*. Lima: PUCP, número 1.

FAJARDO CRIVILLERO, Martín.

1997 *Teoría general de seguridad social*. Ediciones Luis Alfredo, Lima.

FALCÓN GÓMEZ SÁNCHEZ, Francisco.

1994 *Manual de Seguridad Social*. Trujillo: Editorial Normas Legales.

INEI

2018 Véase: <<https://www.inei.gob.pe/>> [Consultado el 10 de noviembre de 2018].

INFORME DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL DENOMINADO “PROPUESTAS DE REFORMAS EN EL SISTEMA DE PENSIONES, FINANCIAMIENTO EN LA SALUD Y SEGURO DE DESEMPLEO”

2007 Véase: <http://www.proteccionsocial.com.pe/assets/pdf/Informe_Final_CPS.pdf> [Consultado el 1 de junio de 2018].

LARAÑA COBO, Manuel.

2014 “La jubilación activa”. En: *Revista de Derecho vLex*, N° 126, noviembre de 2014. Véase: <<http://app.vlex.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/#WW/vid/544479691>> [Consulta: 29 de noviembre de 2018].

LÓPEZ INSUA, Belén del Mar.

2015 “La jubilación parcial”. En MORENEO, José L. y López, Loures (Dirs.). *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*. Granada: Editorial Comares.

LÓPEZ ANDIA, Juan.

2007 *La jubilación de los empleados públicos*. Albacete: Ediciones Bormazo.

MARCOS RUEDA, Eduardo

2006 “La pensión de jubilación como causa de extinción de la relación laboral y el reingreso del trabajador”. *Soluciones Laborales*, N° 100, abril 2016.

MÉDA, Dominique.

2007 *Le travail*. Ed. Presses Universitaires de France, collection “Que sais-le?”, N° 2614, 3ème édition 2007, capítulo 1. Traducción realizada por Nathalie Collomn. *Revista de Trabajo*, Año 3, enero – noviembre 2007.

MONEREO PÉREZ, José Luis.

2011 “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”. En MONEREO, José L. y MALDONADO, Juan A. (Direc. y coord.). *La edad de jubilación*. Granada: Editorial Comares.

MONTOYA, Alfredo y SÁNCHEZ-URAN, Yolanda.

2003 “Contrato de Trabajo, jubilación y política de empleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, número extraordinario, p. 19. Véase: <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraSS03/Estudios01.pdf> [Consultado el 10 de setiembre de 2018].

NEVES MUJICA, Javier.

2008 “La edad como causal de extinción o de restricción de la relación laboral en nuestro ordenamiento”. *Iust et Veritas*. Lima: PUCP, número 37.

PUNTRIANO ROSAS, César A.

2006 “La terminación de la relación de trabajo. Alternativas y recomendaciones”. *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo N° 154.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coord.).

1987 “La extinción de la relación laboral”. Lima, *Aele Editorial*. Lima.

ROMERO MONTES, Francisco J.

1993 *La jubilación en el Perú - IPSS-AFP- D. Ley N° 20530- Servidores privados y públicos*. Lima: Servicios Gráficos JA.

RÍOS HOLGUÍN, Christian A.

2010 "Los criterios interpretativos "pro empleador" de la Corte Suprema en el caso de la jubilación obligatoria y automática. Análisis de la Casación N° 2501-2009-ICA. *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, número 199, junio de 2010.

SANTOS ESPINOZA, Samuel.

2008 "Procedencia de la Jubilación Obligatoria y Automática. ¿Importa si el trabajador tiene o no derecho a pensión en el régimen que aporta? *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, número 139.

SUPIOT, Alain.

2008 *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

TOYAMA, Jorge y VINATEA, Luis.

2013 *Guía Laboral 2013*. Sexta edición. Lima: Gaceta Jurídica.

TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel.

2015 "La compatibilidad entre el trabajo profesional y la pensión de jubilación". En MORENEO, José L. y López, Loures (Dir.). *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*. Granada: Editorial Comares.

VILCHEZ GARCÉS, Lidia.

2008 "La incompatibilidad de percepción simultánea de remuneraciones o retribuciones y pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social. *JUS Doctrina & Práctica*. Lima, número 2, febrero de 2008.