

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Casación Laboral N° 4542-2017- DEL SANTA

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor

Alejandra Paola García Oviedo

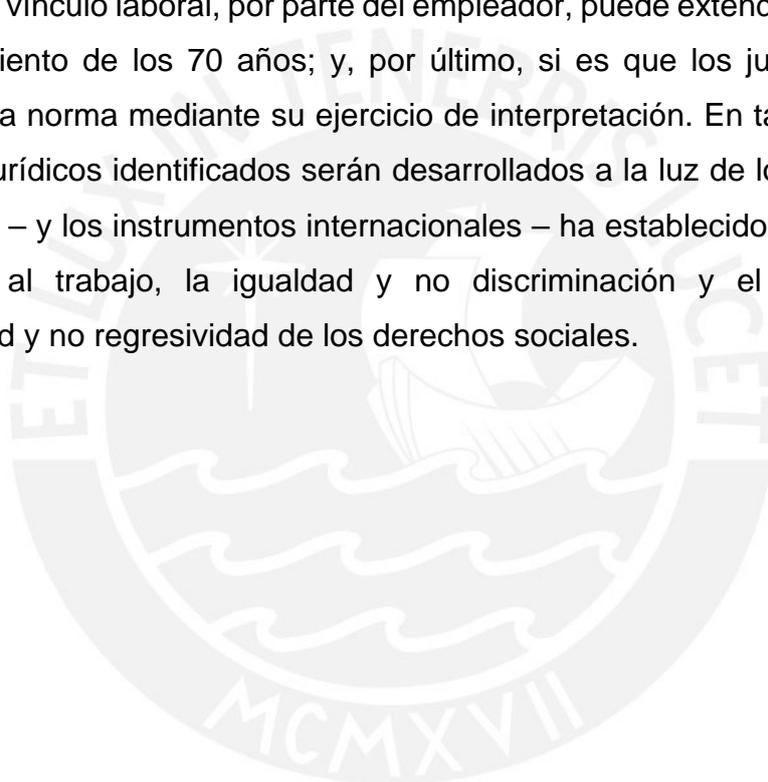
Revisor

Ricardo Herrera Toscano

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene como finalidad hacer un análisis crítico de la casación laboral N° 4542-2017-Del Santa; mediante la cual, la Corte Suprema asume un criterio lesivo y arbitrario, respecto a los trabajadores que cumplen los 70 años, en el marco de la aplicación del último párrafo del artículo 21 del T.U.O. del D.L. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. De esta manera, se analizará si es que la renovación contractual generada en el caso materia de análisis, constituye – o no – un pacto en contrario; si es que la facultad de extinción del vínculo laboral, por parte del empleador, puede extenderse más allá del cumplimiento de los 70 años; y, por último, si es que los jueces podrían modificar una norma mediante su ejercicio de interpretación. En tal sentido, los problemas jurídicos identificados serán desarrollados a la luz de lo que nuestra Constitución – y los instrumentos internacionales – ha establecido con respecto al derecho al trabajo, la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales.



DEDICATORIA

A mis padres, Paúl y Maribel, quienes nunca dudaron en darlo todo por mí.



CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN | 4 |
| 2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN: | 5 |
| 3. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN: | 6 |
| 3.1. Datos principales de la Casación Laboral N° 4542-2017- Del Santa: | 6 |
| 3.2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia: | 6 |
| 4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: PRINCIPALES Y SECUNDARIOS | 10 |
| 5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PRINCIPALES Y SECUNDARIOS | 11 |
| 5.1. Primer problema jurídico principal: Determinar si operó el pacto en contrario de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL | 11 |
| 5.1.1. Primer problema secundario: Las implicancias de una redacción imprecisa del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, donde se establece que se extingue la relación laboral del trabajador que cumple 70 años, salvo pacto en contrario. | 14 |
| 5.1.2. Segundo problema secundario: Determinar si la renovación contractual y el transcurso del tiempo pueden ser considerados como un pacto en contrario tácito. | 19 |
| 5.2. Segundo problema jurídico principal: Determinar si, independientemente de la prórroga del contrato de trabajo (pacto en contrario), el empleador puede extinguirlo por el solo hecho de que el trabajador haya cumplido los 70 años. | 23 |
| 5.2.1. Primer problema secundario: ¿La desvinculación del trabajador después de cumplidos los 70 años vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo? | 27 |
| 5.2.2. Segundo problema secundario: De producirse la desvinculación por el solo hecho de tener más de 70 años, ¿se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación? | 31 |
| 5.3. Tercer problema jurídico principal: Mediante un acto de interpretación, el juez o colegiado, ¿puede modificar lo establecido en una norma? | 35 |
| 5.3.1. Primer problema secundario: La interpretación realizada por la Corte Suprema ¿vulnera el principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales | 38 |
| 6. CONCLUSIONES | 42 |
| 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 44 |

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de junio de 2018, la Corte Suprema emitió la casación laboral recaída en el Expediente N° 4542-2017-Del Santa, mediante la cual se analizó la aplicación e interpretación del último párrafo del artículo 21 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), el cual hace referencia a la jubilación forzosa y automática del trabajador que cumple los 70 años.

De la sentencia, se evidencian tres problemas principales: el primero, respecto a si el pacto en contrario, establecido en la ley, operó al momento de efectuarse la renovación contractual del trabajador; segundo, si es que el empleador mantiene la facultad de extinguir la relación laboral por el solo hecho de que el trabajador haya cumplido los 70 años (aun así, exista un pacto en contrario). Y tercero, si es que el juez puede modificar una norma a través de su ejercicio interpretativo.

En ese sentido, el pronunciamiento que realiza la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema es el referido a que, si bien existió un pacto en contrario en el caso, este no tiene relevancia puesto que el trabajador ya había cumplido los 70 años. De esta manera, se hace referencia al sentido interpretativo del último párrafo del artículo 21 de la ley en mención, adscribiéndole una interpretación teleológica. Sin embargo, dicha interpretación no encuentra soporte en una ninguna justificación, toda vez que el colegiado no realiza un análisis en torno a la existencia del “pacto en contrario” (específicamente, si la renovación contractual materializada en el caso sería considerada como tal y, de ser el caso, por qué no lo sería). Si este pacto en contrario debería ser tácito o expreso y, sobre todo, las razones bajo las cuales se extiende la facultad extintiva del empleador, aun cuando es evidente la existencia de un pacto en contrario y el transcurso del tiempo.

Por último, a la posición crítica que he adoptado respecto a esta sentencia, le agrego la argumentación relativa al ejercicio interpretativo del juez y cómo esta no debería significar en la práctica judicial, la modificación de una norma – de

facto –, hecho que conllevó en el presente caso, a una clara regresividad en los derechos de los trabajadores que cumplen 70 años, puesto que dicho criterio ha sido el último emitido por la Corte Suprema.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN:

Se ha elegido la presente resolución, debido a que existen actualmente pronunciamientos jurisdiccionales disímiles¹ que propician un escenario de incertidumbre jurídica respecto al criterio que asumirá el Juzgado – o la Sala de turno – en cuanto a la aplicación del pacto en contrario, o la temporalidad en la aplicación de lo estipulado en el último párrafo del artículo 21² de la LPCL: si es al cumplimiento exacto de los 70 años o si la facultad de extinción se mantiene en el tiempo, una vez que el trabajador haya cumplido dicha edad.

Aún más cuando el último criterio que asumió la Corte Suprema en este caso anula la existencia del pacto en contrario, modificándola de facto y dando el entendimiento de que aun así este exista, la facultad de extinción del vínculo laboral que ostenta el empleador va a imperar (inclusive, por encima de lo que está expresamente regulado en la ley). Hecho que nos lleva a hacernos la siguiente interrogante: ¿para qué se ha tipificado el pacto en contrario en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL, si finalmente va a terminar siendo obviado por el órgano jurisdiccional al momento de realizar su ejercicio interpretativo? Ello, evidentemente, promueve un escenario de desprotección laboral de aquellos trabajadores que cumplen esa edad.

¹ Casación Laboral N° 2501-2009-Ica, Casación Laboral 1533-2012-Callao, 532-2014-Callao, Casación Laboral 9155-2015-Lima. A estas casaciones se le suma el Pleno Jurisdiccional Distrital de Lima del 2017, el cual concluye en su segunda ponencia (la cual obtuvo la mayoría de votos) que los trabajadores de setenta años pueden ser despedidos unilateralmente, es decir, que se les puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa, pasada la mencionada edad. Asimismo, lo fundamentado en sentencias del Tribunal Constitucional mediante los expedientes N° 1485-2001-AA/TC y 3572-2005-PA/TC

² **Artículo 21:** (...) La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, **salvo pacto en contrario**

Por lo expuesto, la lectura de la sentencia nos hace ver que esta no se sustenta en argumentos sólidos que puedan explicar por qué el pacto en contrario que se evidenció en el caso no fue considerado en la argumentación de la Corte Suprema. Ni tampoco porqué se asume que la facultad extintiva del empleador se mantiene a pesar del pacto en contrario que se dio tras la renovación contractual suscrita entre la empresa y el trabajador.

En ese sentido, será necesaria una revisión de los principales derechos y principios que servirán de sustento del presente informe jurídico, relativos al derecho fundamental al trabajo, a la igualdad y no discriminación en el empleo, continuidad en la relación laboral; entre otros principios como el de legalidad, seguridad jurídica, progresividad y no regresividad de los derechos sociales; estos últimos principios relativos a la interpretación efectuada por la Corte Suprema, la cual anula la existencia del pacto en contrario regulado en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL, promoviendo una especie de “modificación normativa” mediante la interpretación de la norma materia de este informe jurídico.

3. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA LA RESOLUCIÓN:

3.1. Datos principales de la Casación Laboral N° 4542-2017- Del Santa:

| | |
|------------------------------|--------------------------------------|
| DEMANDANTE: | Humberto Nicolás Cedrón Cabanillas |
| DEMANDADO: | Proyecto Especial Chinecas |
| MATERIA: | Indemnización por despido arbitrario |
| ORIGEN: | 8° Juzgado Especializado Laboral |
| NÚMERO DE EXPEDIENTE: | 4542-2017-Del Santa |

3.2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia:

- i. El demandante Humberto Nicolás Cedrón Cabanillas, interpone una demanda sobre indemnización por despido arbitrario contra el Proyecto Especial Chinecas y el Gobierno Regional de Ancash, tras

haber sido desvinculado con ocasión del cumplimiento de los 70 años de edad, en aplicación de lo estipulado en el artículo 21 del T.U.O. del D.L. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

- ii. Ante ello, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario, sumado al pago de los beneficios sociales dejados de percibir.
- iii. En primera instancia, el criterio que asume el 8° Juzgado Laboral ampara las pretensiones del trabajador, en los siguientes términos:
 - Que, el trabajador mantenía un vínculo laboral a plazo indeterminado³ con el Proyecto Especial Chincas desde el 02 de mayo de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2015 (fecha de vigencia del contrato de trabajo que había sido renovado por la empresa) como especialista en acondicionamiento territorial.
 - En virtud de la relación laboral a tiempo indeterminado que sostenía el trabajador con la empresa, él debió ser desvinculado mediante la alegación de una causa relacionada a su conducta o capacidad (causa justa de despido contemplada en la ley).
 - Que, el acuerdo para que el trabajador continúe laborando después de los setenta años debe celebrarse antes o al momento de cumplida dicha edad. De lo contrario, se entenderá que existe un pacto en contrario tácito a la jubilación automática del trabajador.
 - De acuerdo con el contrato de trabajo, este culminaba el 31 de diciembre de 2015, fecha posterior al cumplimiento de los 70 años del trabajador⁴; hecho que evidencia la autorización – implícita – del empleador para su continuación en la empresa.
 - Sin embargo, mediante Carta N° 182-2015, de fecha 15 de junio de 2015, Proyecto Especial Chincas procedió a notificar su

³ Reconocido por la parte demandada.

⁴ El trabajador, al momento de la notificación de la carta de despido por la causal de jubilación automática, tenía 71 años con 10 meses y 3 días (nació el 18 de agosto de 1943). Es decir, el empleador lo desvinculó al 1 año y 10 meses de producido el supuesto de la norma (“aquel trabajador que cumpla los setenta años de edad”).

desvinculación debido a que había cumplido los 70 años y había operado el supuesto del artículo 21 de la LPCL, referente a la jubilación automática. Y con fecha 17 de junio de 2015, se procedió a impedirle el ingreso a su centro de trabajo.

- En tal sentido, se concluyó que el despido no podía producirse con fecha anterior a la terminación del contrato de trabajo ni mediando la alegación del cumplimiento de los 70 años, ya que se había dado la conformidad del empleador para que el trabajador siga prestando servicios. De esta manera, cualquier desvinculación habría de producirse bajo la alegación de una causal referida a la conducta o capacidad del demandante, la cual no se produjo en los hechos.
 - Finalmente, se determinó que el empleador otorgó una anuencia tácita para la continuación de los servicios del trabajador, motivo por el cual, su cese antes del cumplimiento del periodo contratado no era válido.
- iv. El criterio del juez de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia Del Santa recoge los mismos fundamentos del juez de primera instancia, con la salvedad de que considera que el pacto en contrario que se generó entre el trabajador y el empleador fue dado de manera expresa (diferente a lo que el juez de primera instancia concluyó, el cual alegó que el pacto en contrario fue dado de manera tácita⁵).
- v. Los argumentos de la Sala Laboral del Santa fueron presentados en los siguientes términos:

SÉTIMO: (...) a la fecha en que se cursó la carta aludida, contaba con 72 años de edad, por lo que en aplicación del articulado aludido sería correcto el cese obligatorio y automático del actor por haber superado el límite de edad; **sin embargo la misma norma señala dicho cese automático, pero también añade la frase “salvo pacto en contrario”; lo cual permite colegir que si ante el cumplimiento del requisito del cese laboral por límite de edad, exista un acuerdo entre empleador y trabajador sobre la continuidad de labores a pesar de haber cumplido con la edad**

⁵ Desde aquí ya se evidencia las diferentes concepciones de los jueces respecto a cómo interpretan el “pacto en contrario” y cuándo este es expreso o tácito.

máxima, no es posible la aplicación de dicho ordenamiento hasta que se cumpla lo pactado entre las partes intervinientes.(...)

OCTAVO: (...) puesto que existe un pacto – contrato de servicio específico – en la que la demandada ha permitido la continuación de las labores del actor pese de haber superado el límite de edad, **dado que cuando se celebró dicho contrato el actor contaba con casi 72 años de edad, es por ello que la demandada aceptó en forma expresa la continuidad del actor con la suscripción del contrato aludido**; por lo que resulta contrario al propio acuerdo adoptado por las partes, por lo que se ha configurado el despido arbitrario.

(el resaltado y subrayado es propio)

- vi. Debido a los argumentos expuestos por la Sala Laboral del Santa, la parte demandada – Proyecto Especial Chincas – interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que confirma la sentencia de primera instancia, por la causal de infracción normativa por interpretación errónea del artículo 21 del T.U.O. del D.L. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- vii. Los argumentos que utilizó la Corte Suprema para sustentar la casación laboral fueron los siguientes:
 - Si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los 70 años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad, toda vez que la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral favoreciendo su jubilación.
 - Que, la notificación de la carta mediante la cual se comunicó el fin de la relación laboral, por haber excedido los 70 años, evidencia que no se ha incurrido en un despido arbitrario.
- viii. Con este criterio, la Corte Suprema no solo le resta relevancia a la existencia del pacto en contrario generado, sino que, además, lo obvia en su totalidad, aun cuando este se encuentra estipulado en la ley (el colegiado en este caso estaría realizando una interpretación que

terminaría modificando la norma); y dota de un revestimiento especial a aquella facultad del empleador (de dirección) consistente en la desvinculación del trabajador que cumple los 70 años.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: PRINCIPALES Y SECUNDARIOS

De acuerdo con los hechos relevantes, corresponde analizar los siguientes problemas jurídicos:

4.1. Primer problema jurídico principal

Determinar si operó el pacto en contrario de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL.

4.1.1. Problemas secundarios

- Determinar las implicancias de una redacción imprecisa del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, donde se establece que se extingue la relación laboral del trabajador que cumple 70 años, salvo pacto en contrario.
- Determinar si la renovación contractual y el transcurso del tiempo pueden ser considerados como tipos de pacto en contrario.

4.2. Segundo problema jurídico principal

Determinar si, independientemente de la prórroga del contrato de trabajo (pacto en contrario), el empleador puede extinguirlo por el solo hecho de que el trabajador haya cumplido los 70 años.

4.2.1. Problemas secundarios

- ¿La desvinculación del trabajador después de cumplidos los 70 años vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo?
- De producirse la desvinculación por el solo hecho de tener más de 70 años, ¿se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación?

4.3. Tercer problema jurídico principal

Mediante un acto de interpretación, el juez o colegiado, ¿puede modificar lo establecido en una norma?

4.3.1. Problemas secundarios

- La interpretación realizada por la Corte Suprema ¿vulnera el principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales?

5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PRINCIPALES Y SECUNDARIOS

Con la finalidad de brindar mi posición respecto de la resolución emitida por la Corte Suprema en la sentencia casatoria materia de análisis del presente informe jurídico, a continuación, presentaré el análisis de los problemas jurídicos principales y secundarios planteados.

5.1. Primer problema jurídico principal: Determinar si operó el pacto en contrario de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL

De acuerdo con lo regulado en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL, aquellos trabajadores que cumplen los 70 años pueden ser desvinculados de su centro de labores, en el marco de la llamada jubilación forzosa, la cual es aquella imposición de la ley donde se “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” (Paitán, 2018, p. 20). En este mismo artículo, sin embargo, se establece una excepción, la cual se basa en la existencia de – un eventual – pacto en contrario acordado entre las partes – el cual podrá ser expreso o tácito –, lo cual conducirá a que la relación laboral del trabajador que cumpla los 70 años no concluya, sino continúe.

Respecto a este pacto en contrario, la ley no exige que deba ser expreso o tácito, o que se establezca a través de una formalidad (escrito bajo sanción de nulidad o que baste con que sea verbal). Esta imprecisión ha conllevado a múltiples criterios, interpretaciones y aplicaciones de dicho artículo, produciéndose una incertidumbre en aquellos trabajadores que llegan a esa edad y que deben sortear la vicisitud de, o ser despedidos ni bien cumplen los 70 años o ser futuramente – no se sabe cuándo, si después de meses o hasta años después de cumplidos los 70 años – desvinculados, en base a la decisión unilateral del empleador, reforzada por este artículo de la ley.

Del caso materia de análisis, el demandante (Sr. Humberto Nicolas Cedrón Cabanillas) mantenía una relación laboral a plazo indeterminado⁶ con el Proyecto Especial Chincas, desde el 02 de mayo de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha de vigencia del contrato de trabajo que había suscrito con la empresa.

No obstante, fue notificado el día 15 de junio de 2015 de su desvinculación, debido a que tenía más de 70 años y, por lo tanto, y a criterio de la empresa se había activado la causal estipulada en la ley. No obstante, al momento de la notificación de la carta de despido, el trabajador tenía 71 años, 10 meses y 3 días; haciéndose evidente que el trabajador había cumplido dicha edad (70 años) el 18 de agosto de 2013, fecha en la cual, y de acuerdo con el propio fraseo de la ley⁷, debió ser notificado del despido.

Sin embargo, el trabajador se encontraba contratado hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en la cual finalizaba su contrato de trabajo con la empresa. Como podemos apreciar, la voluntad del empleador – tácita – fue mantenerlo hasta dicha fecha, sin considerar un hecho totalmente constatable en la realidad: **el trabajador había sobrepasado por casi 2 años, el cumplimiento de los 70 años** y su contrato de trabajo temporal se encontraba desnaturalizado. Es decir:

⁶ El juez determinó que la relación laboral que había mantenido el trabajador con la empresa era una de plazo indeterminado.

⁷ Más adelante, podremos evidenciar las distintas posturas que se han asumido, con respecto al momento en el que se le puede desvincular al trabajador: si hasta cumplir los 70 años o partir de su cumplimiento. El fraseo de la ley establece que se desvinculará al trabajador **al cumplir los 70 años**; no obstante, la jurisprudencia ha tomado distintos criterios que han terminado desvirtuando y generando imprecisiones en la aplicación de dicho artículo.

se encontraba bajo la salvedad del pacto en contrario y la protección contra el despido arbitrario. Ambos puntos serán desarrollados en los siguientes apartados.

Elmer Arce, respecto a este tema nos dice que en el caso de que, a pesar de que el trabajador cumpla los 70 años, y el empleador sigue remunerando al trabajador y este prestando sus servicios, **no se aplicará de manera automática la jubilación**, porque habría un pacto tácito en contra de la extinción (2008, p.575). Y es que es claro, toda vez que, si existe de por medio una renovación contractual que prorrogue la relación laboral una vez cumplidos los 70 años, entonces se hace evidente que la voluntad del empleador no ha sido desvincularlo, sino mantener el vínculo laboral. Una opinión diferente solo refuerza el permitir una actitud contradictoria e incoherente y que la persona se retrotraiga sobre sus actos propios⁸.

Sobre esto último, César Fernández (2018) nos dice sobre la teoría de los actos propios, que esta doctrina no solo encuentra una vinculación directa con los principios generales del derecho, especialmente, con el de buena fe; sino que termina siendo como un medio de defensa contra el accionar incoherente de las personas en el ejercicio de sus derechos, fomentando que sean coherentes en su actuar, sancionando un comportamiento contradictorio (p.51). Del caso, el accionar del empleador fue mantener al trabajador por casi 2 años en su puesto de trabajo, y luego de transcurrido dicho tiempo, proceder a desvincularlo. En este caso, el trabajador queda en total desprotección bajo una aplicación abusiva por parte del empleador, amparada en una habilitación legal, de la desvinculación por jubilación forzosa.

Ahora bien, tras la pregunta si operó el pacto en contrario, consideramos que sí, de una manera tácita, donde la renovación contractual y el transcurso del tiempo han reforzado dicha situación. Javier Neves argumenta en el mismo sentido al manifestar que, “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 a dicha y no a partir de ella” (2008, p.110). Y, efectivamente, la ley no menciona que a partir de dicha edad el trabajador será

8

pasible de un despido y perderá toda estabilidad laboral, el fraseo de dicho artículo solo menciona que el trabajador podrá ser desvinculado al cumplir los 70 años y no que será objeto de cualquier arbitrariedad una vez cumplida dicha edad. Hay que tomar en cuenta que no puede ser extensiva aquella interpretación que busque recortar derechos, todo lo contrario, esta debe ser **restrictiva** y no pasible de interpretaciones ulteriores que pretendan lesionar los derechos de los trabajadores, a través de una aplicación arbitraria y lesiva.

Con todo lo expuesto, podemos evidenciar que la renovación contractual que se realizó entre el trabajador y la empresa – Proyecto Especial Chinecas – es un pacto en contrario a lo estipulado en la ley (último párrafo del artículo 21 de la LPCL), puesto que, de los hechos constatables, el empleador no ha pretendido desvincular al trabajador, sino hasta la fecha de vencimiento de dicho contrato, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2015; con esta aseveración podemos concluir que el **pacto en contrario sí operó**. Que, de manera tácita, la voluntad del empleador ha sido mantener al trabajador pasados los 70 años (2 años posteriores a dicho cumplimiento) y una interpretación en contrario a los hechos constatables del caso, solo evidencia una lectura arbitraria y abusiva de la ley. Sobre ello, ahondaremos en los siguientes problemas jurídicos.

5.1.1. Primer problema secundario: Las implicancias de una redacción imprecisa del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, donde se establece que se extingue la relación laboral del trabajador que cumple 70 años, salvo pacto en contrario.

Una vez detallado el primer problema jurídico principal, pasaremos a desarrollar los problemas secundarios que servirán de refuerzo a nuestra premisa principal. En ese sentido, el primer problema secundario que detectamos tiene relación directa con la implicancia de la redacción de dicho artículo. ¿Y esto a qué se debe? Pues, es evidente que la redacción efectuada en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL no es solamente general, sino que está plagada de imprecisiones y promueve la duda no solo en los trabajadores, sino también en los operadores del derecho al momento de su interpretación.

Como podemos apreciar de la lectura de dicho artículo, no existe alguna precisión respecto al pacto en contrario, o de qué manera este se puede materializar. Javier Neves, sobre este punto nos dice también que “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” (2008, p.110). No obstante, dicha obviedad no se ha visto en los hechos, ni en los criterios que se han tomado en las distintas sentencias, tanto de la Corte Suprema, como del Tribunal Constitucional.

A continuación, ejemplificaré algunos de los supuestos que nacen una vez leído dicho artículo, toda vez que, del fraseo de dicha norma⁹, no se sabe a ciencia cierta el momento en el que inicia la facultad de extinción del vínculo laboral del empleador. Ante ello nos enfrentamos a distintos supuestos:

- i. Se desvincula al trabajador el día en el que cumple los 70 años de edad. ¿Con cuánta anticipación se le debe notificar?, ¿o no es necesaria ninguna notificación previa?
- ii. Se desvincula al trabajador a partir del cumplimiento de los 70 años, dejando abierta, y de forma indefinida, la facultad del empleador de poder extinguir el vínculo laboral. En este caso, ¿hasta cuándo permanecería vigente esta facultad del empleador?, ¿tendría algún plazo de caducidad?
- iii. Se desvincula al trabajador que cumplió los 70 años, aun cuando se haya producido entre él y el empleador, un pacto en contrario tácito (por ejemplo, una renovación del contrato) o expreso.

De igual manera, esta imprecisión en la norma nos hace enfrentarnos a las siguientes consecuencias:

- i. El empleador, en el marco de la facultad que le otorga la ley de poder extinguir el vínculo laboral, **no se encontraría inmerso en un supuesto de despido arbitrario**, si decide desvincular a un trabajador después de cumplidos los 70 años (aun con la existencia – o no – de pacto en contrario).

⁹ Artículo 21: (...) La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, **salvo pacto en contrario**.

- ii. **El empleador incurre en un supuesto de despido arbitrario**, debido a que desvinculó a un trabajador que tenía setenta años (o más), con el cual se había generado un pacto en contrario (expreso o tácito).

Esta ambigüedad en el tratamiento de dicho artículo se ha visto materializada en las distintas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Corte Suprema, donde el criterio no ha sido uniforme y la interpretación que se le ha atribuido a la aplicación del pacto en contrario, ha sido muy disímil.

- **Fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente N° 3572-2005-PA/TC**

“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 emplazada 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 la edad de jubilación automática y obligatoria.** Por tanto, el pacto en contrario antes mencionado solo surtió efectos desde que el demandante cumplió 70 años de edad (21 de diciembre de 2001) hasta el vencimiento de su contrato de trabajo, el 25 de enero de 2004”.

- **Fundamento 8 de la sentencia de la Corte Suprema: Expediente N° 1533-2012-CALLAO**

“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. (...).”

- **Fundamento 12 de la sentencia de la Corte Suprema: Expediente N° 9155-2015-Lima, la cual amplía lo fundamentado en la casación 2501-2009-ICA.**

“g) Por tanto, al ser la jubilación una causa de extinción del contrato de trabajo, es evidente que la demandada no ha incurrido en despido arbitrario, sino que la extinción de la relación laboral obedeció a un motivo contemplado en el ordenamiento legal; esto es que el demandante tenía más de setenta años de edad, extinguiéndose válidamente el vínculo laboral entre las partes, en virtud del mandato contenido en el literal f) del artículo 16° y artículo 21° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, y es que es la propia ley que le ha dado un carácter de automaticidad y obligatoriedad a la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador al cumplir setenta años de edad, ya que de no ser así, mal se haría obligar a la entidad demandada mantenga la vigencia del vínculo laboral con el actor de manera indefinida post edad jubilatoria, motivo por el cual la causal denunciada deviene en infundado”.

- **Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima (2017)**

Segunda Ponencia: “Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente; es decir, se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad. En este caso concreto, nos referimos específicamente a la aplicación de la jubilación obligatoria a los 70 años de edad del trabajador como causal de extinción de la relación laboral”.

Para este tipo de jubilación, no se hace exigible algún requisito o procedimiento previo para que se pueda proceder a la extinción del contrato de trabajo. Solo se hace la salvedad del pacto en contrario y lo estipulado en el artículo 30 del D.S. 001-96-TR al establecerse que la jubilación forzosa procederá en aquellos casos en los que el trabajador cumpla 70 años de edad y tenga derecho a una pensión de jubilación.

De las sentencias expuestas, hemos podido evidenciar que en algunas ocasiones se fundamentó a favor del pacto en contrario y su modalidad tácita, en otras se fundamentó bajo el tenor de que, una vez cumplidos los 70 años (y si no se ha producido el cese) se entiende que la relación laboral continúa y se debe desvincular solo por causa justa. Y, por último, donde se extiende la facultad del empleador en todo momento, **propiciando una zona de desprotección laboral para todo trabajador que llegue a esa edad.**

En otras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, lamentablemente no se ha hecho mención, ni se ha profundizado, sobre la constitucionalidad de dicho artículo, ni tampoco se ha desarrollado una justificación que pueda estar basada en un enfoque favorable hacia los derechos de los trabajadores, sobre todo en aquellos referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y a la igualdad y no discriminación.

Finalmente, esta redacción imprecisa ha promovido no solo diferentes criterios jurisprudenciales, y ninguna uniformidad en cuanto a la forma de interpretar dicho artículo, sino que los empleadores han ido aplicando esa norma de manera abusiva y lesiva a los trabajadores que cumplen los 70 años. Peor aún, la interpretación que se ha ido modelando, ha ido involucionando en el tiempo – si lo vemos desde un enfoque de protección a los derechos del trabajador – y solo ha propiciado un escenario de completa desprotección frente al despido de los trabajadores que cumplen 70 años.

Por tal motivo, la implicancia inmediata de una lectura errada de este artículo es una aplicación injusta y no acorde a los principios del Derecho del Trabajo, a los cuales debe estar sujeta la ley; la generación de una zona de desprotección frente al despido (en evidente contradicción con el contenido constitucionalmente

protegido del derecho al trabajo) y la vulneración de otros derechos fundamentales del trabajador, como lo son el de igualdad y no discriminación.

Respecto a los principios del Derecho del Trabajo, tenemos al principio protector, el cual se manifiesta de 3 formas diferentes: el *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable para el trabajador y la regla de la condición más beneficiosa. De acuerdo con el criterio que explica el *in dubio pro operario*, Luz Pacheco manifiesta que este será aquel “que debe utilizar el juez o intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, el que sea más favorable al trabajador” (2015, p.7). De esta manera, la interpretación que ha debido realizar la Corte Suprema en este caso ha debido contener un sentido mucho más favorable al trabajador, considerando que en los hechos se efectuó una renovación contractual y que, el transcurso del tiempo conllevó al entendimiento de que se había efectuado un pacto en contrario tácito para la continuación de los servicios, generando así, que la relación laboral continúe y que el Sr. Humberto mantenga su estabilidad laboral en el empleo.

Finalmente, la propuesta de una modificación legislativa a este artículo sería una de las soluciones a plantear, de cara a aclarar estas zonas oscuras y ambiguas que una redacción general ha ocasionado en la aplicación e interpretación de la norma.

5.1.2. Segundo problema secundario: Determinar si la renovación contractual y el transcurso del tiempo pueden ser considerados como un pacto en contrario tácito.

Como hemos podido apreciar hasta este estadio del presente informe jurídico, se ha concluido que el pacto en contrario, eje fundamental en el que gira toda nuestra argumentación, sí operó. Por tal motivo, no procedía la desvinculación del que fue objeto el trabajador y debía mantenerse en su empleo, hasta que finalice su contrato (31 de diciembre de 2015), o se produjera una eventual renuncia o la comisión de alguna falta grave (u otros motivos regulados en la ley para la terminación del contrato de trabajo). Asimismo, que la redacción, al ser imprecisa, no solo ha motivado que los empleadores la apliquen de manera disímil, propiciando escenarios de despido arbitrario, sino que ha motivado

pronunciamientos diferenciados que no han cooperado a darle mayor claridad en el fraseo de dicho artículo y ha promovido a que su aplicación se efectúe de manera arbitraria.

Aclarado dicho punto, corresponde responder el segundo problema jurídico identificado y es el referido a si la renovación contractual y el transcurso del tiempo pueden ser considerados como un pacto en contrario tácito. Del caso, es claro que el trabajador, luego de haber cumplido los 70 años, se mantuvo en la empresa por 1 año, 10 meses y 3 días hasta la fecha que fue desvinculado. Dicho tiempo transcurrido se debió a la renovación contractual que había operado y la cual finalizaba el 31 de diciembre de 2015. Esto último sin mencionar que la relación laboral se encontraba desnaturalizada y el trabajador, por ende, mantenía con la empresa una contratación a plazo indeterminado.

Si analizamos ambos hechos, podemos entenderlo de la siguiente manera. En primer lugar, al renovarse el contrato de trabajo de manera posterior al cumplimiento de los 70 años del trabajador, se hace evidente que se pretendía mantener al trabajador en su puesto de trabajo, de manera posterior al cumplimiento de esa edad y hasta la fecha en la que se había suscrito el contrato de trabajo: 31 de diciembre de 2015.

En segundo lugar, si lo entendemos por el transcurso del tiempo, en el marco de esta relación laboral a plazo indeterminado que, mediante decisión judicial se concluyó, cuando la empresa notificó al trabajador de la extinción de su contrato de trabajo por aplicación del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, habían transcurrido 1 año, 10 meses y 3 días desde que el trabajador había cumplido los 70 años. Al continuar la relación laboral después de cumplida dicha edad, se da por entendido que existió un pacto en contrario tácito para la continuación de la prestación de los servicios por parte del trabajador.

Si ello lo entendemos así, cabe preguntarnos entonces, ¿por qué la Corte Suprema desconoce esos hechos relevantes y anula la relevancia del pacto en contrario que se gestó, materializado en la renovación contractual y el transcurso del tiempo?

Para poder entender ello, debemos referirnos a lo que el profesor Neves ha manifestado sobre el pacto en contrario tácito, el cual debe **inferirse del**

comportamiento de las partes¹⁰. Por ejemplo, si el trabajador continúa prestando el servicio y el empleador remunerándolo, o si se celebrara un contrato de duración determinada (hecho del caso) con anticipación al cumplimiento de los 70 años, por un plazo que excediera de la fecha en que se verifique este hecho (2008, p.110). Lo mismo ha argumentado el profesor Elmer Arce al referirse a la renovación contractual como un tipo de pacto en contrario tácito.

Ahora bien, lo tácito va a ir en función de la manifestación del acto realizado para dar el entendimiento que ello, aunque no haya sido expreso, es lo que se ha querido realizar. Nuestro Código Civil ha establecido en su artículo 141 que la manifestación de voluntad tácita será aquella expresión que se infiere indubitablemente de una actitud o de una circunstancia de comportamiento que revelan su existencia. De acuerdo con el artículo 141-A, una manifestación de voluntad tácita no podrá ser considerada si es que la ley exige una declaración expresa o el declarante formula una declaración en contrario. Ambos supuestos no ocurridos en el presente caso materia de análisis

Jorge Toyama, sobre la validez y eficacia del contrato de trabajo, nos dice que “la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, y si fuera expresa será escrita o verbal. Ciertamente, **“en caso de que sea tácita, es necesario que se aprecien rasgos o manifestaciones inequívocos, actos de las partes, etcétera”**¹¹” (2012b, p. 458-459). Precisamente han sido estas manifestaciones inequívocas, materializadas a través de una renovación contractual y el transcurso del tiempo, lo que nos ha conducido a la conclusión de que i) existió un pacto en contrario y ii) el empleador lo ha mantenido al trabajador en su empleo de manera posterior al cumplimiento de los 70 años.

Con dichas aseveraciones, la manifestación de la voluntad – ya sea esta expresa o tácita – es un indicador de la forma en cómo se ha querido proceder, y sobre la base de ello, las expectativas legítimas que ello va a generar en la contraparte, es decir, en el trabajador.

Veamos, desde la perspectiva del transcurso del tiempo, el trabajador había cumplido los 70 años el 18 de agosto de 2013, y de acuerdo con el propio fraseo

¹⁰ El resaltado es propio.

¹¹ El resaltado es propio.

de la ley, es hasta esa fecha en la cual el empleador ha tenido oportunidad para proceder a la desvinculación del trabajador. **No obstante, su voluntad, materializada en una serie de actos constatables e inequívocos, fue la de proceder a una renovación contractual y mantenerlo hasta el 31 de diciembre de 2015 (de acuerdo con la fecha de vigencia del contrato), es decir 28 meses y 13 días después de cumplidos los 70 años.**

Si el legislador ha pretendido crear una regla para facilitar la renovación de la plana de trabajadores y propiciar – entre otras cosas – la jubilación, en un país donde el porcentaje de personas que acceden a un fondo de pensiones es minoritario, de acuerdo con el Informe técnico sobre la situación de la población adulta mayor de octubre a diciembre de 2020, solo asciende al 34.6% (población adulta mayor que se encuentra afiliada a un sistema de pensiones). Entonces, a todas luces, resulta poco probable que lo haya hecho para, además, propiciar escenarios de desprotección laboral. Esto, porque no resulta acorde a lo regulado en la ley – y ratificado en distintos tratados internacionales – que el trabajador que llega a determinada edad pierda uno de los pilares principales del derecho de todo trabajador: su estabilidad laboral.

Peor aún, si lo vemos desde el enfoque basado en que, el transcurso del tiempo incrementa la expectativa legítima de aquel trabajador que, justificadamente, cree que va a continuar prestando sus servicios en la empresa. Generando ello como consecuencia, una serie de eventos posteriores al tener la “certeza” de que continuará trabajando y, por lo tanto, percibiendo una remuneración de manera mensual¹².

Todo lo mencionado en líneas anteriores no puede ser obviado por nuestra judicatura al anular en su interpretación la existencia de un hecho constatable e inequívoco de la voluntad del empleador: el mantener al trabajador en su puesto de trabajo de manera posterior al cumplimiento de los 70 años. Por ello, es importante concluir que el pacto en contrario sí operó, que se materializó a través de una renovación contractual y el transcurso del tiempo, por lo tanto, el

¹² Un trabajador que mantiene su puesto de trabajo tiene la expectativa de que podrá seguir contando con un ingreso económico fijo, que podrá contraer ciertas obligaciones (crediticias, comerciales, familiares, etc.) y que podrá ser una fuente de ingreso y sustento económico para él y su familia.

empleador no podía desvincular al trabajador si no era por una causa justa de despido u otra regulada en la ley.

Sabemos, y coincidimos con el profesor Neves, que sería importante precisar qué tipo de pacto es el que será vinculante a efectos de lo que actualmente se encuentra regulado en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL. Si este debe ser estrictamente expreso y bajo qué modalidad (escrito o verbal) o si también se va a contemplar el pacto en contrario tácito y bajo qué supuestos. Hasta ese momento, cada juzgador impondrá su modo de interpretación y la renovación contractual y el transcurso del tiempo, serán – o no - considerados como un tipo de pacto en contrario tácito.

Desde mi punto de vista, no cabe duda de que, una renovación del contrato que culmina con fecha posterior al cumplimiento de los 70 años (28 meses después) es un evidente pacto en contrario y a, todas luces, una manifestación de voluntad constatable en los hechos de que el trabajador se mantendrá laborando en la empresa. Asimismo, que dicho tiempo transcurrido entre el cumplimiento de los 70 años y la desvinculación efectuada, ha denotado la voluntad y anuencia por parte del empleador, de mantenerlo en su puesto de trabajo al Sr. Cabanillas. De esta manera, y con la determinación de que se encontraba en una contratación de duración indeterminada, el modo de extinguir dicha relación debió estar asentada en una causa justa de despido u otro motivo regulado en la ley.

5.2. Segundo problema jurídico principal: Determinar si, independientemente de la prórroga del contrato de trabajo (pacto en contrario), el empleador puede extinguirlo por el solo hecho de que el trabajador haya cumplido los 70 años.

Ahora bien, esta discusión sobre la jubilación automática del trabajador es controversial y ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Corte Suprema. En primer lugar, de acuerdo con la casación laboral 1533-2012-Callao, se mantuvo un primer criterio, el cual iba en el sentido de que se mantenía el vínculo laboral con el trabajador una vez que este había pasado los 70 años, si es que el empleador no había activado la causal de extinción de vínculo laboral

por razón de edad. De producirse dicho hecho, la extinción solo podría darse mediando una causa objetiva.

Sin embargo, el criterio actual que se mantiene y que ha sido materia de discusión del Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral en Lima de 2017 y sostenido en las casaciones laborales 9155-2015-Lima y 2501-2009-Ica es el argumento referido a que la causal puede operar en cualquier momento una vez que el trabajador haya cumplido los setenta años, no siendo relevante que se haya prorrogado la relación laboral o se entienda de manera “implícita” que el empleador ha consentido la continuidad de la relación laboral (Ferro, 2019, p.160).

La Corte Suprema en la casación laboral materia de análisis, ha asumido un criterio sumamente arbitrario y lesivo, donde no solo se vulnera la estabilidad laboral del trabajador, sino que se maximiza el poder de dirección del trabajador y se hace caso omiso a los límites que este poder ostenta en el marco de la protección constitucional frente al despido que le asiste a todo trabajador.

Respecto a los límites al poder de dirección del empleador, Carlos Blancas (2013b) manifiesta que, este no es ni puede ser absoluto y que, en realidad, se encuentra sujeto a límites (p.102). Jorge Toyama (2009a), sobre este mismo tema argumenta en el mismo tener y nos dice lo siguiente:

Como toda atribución o derecho, la facultad de dirección no puede ser ejercida de manera absoluta, se encuentra delimitada por una serie de criterios. Los límites se agrupan en dos categorías: los conceptuales y los funcionales. Los primeros se refieren a determinadas materias que no podrían ser abordadas de forma unilateral por el empleador; por su parte, los funcionales se dirigen a proporcionar ciertas pautas generales que el empleador debe atender.

(...)

Los límites funcionales obligan al empleador a observar ciertos criterios cuando ejerza sus facultades de dirección: razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad. Por el lado del trabajador algunos

sostienen que se debe apreciar que la actuación del empleador no le ocasione perjuicio. (p.123)

Y sobre este último punto recae nuestra argumentación, puesto que la facultad del empleador, atribuida por ley, no es absoluta, no puede ser ni arbitraria, ni abusiva; ni mucho menos generarle un perjuicio al trabajador. En tal sentido, ¿se puede afirmar que el empleador puede extinguir el contrato de trabajo cuando se ha hecho evidente la existencia de un pacto en contrario? La respuesta es no y la propia ley lo establece. Sin embargo, la pregunta de este problema jurídico no reside en ello, sino en si, independientemente de la existencia de este pacto en contrario, el empleador podrá desvincular al trabajador. Nuestra respuesta también es negativa.

No solo porque la norma ha establecido una salvedad recaída en la suscripción – tácita o expresa – de un pacto en contrario; sino porque la extinción del vínculo laboral no es ni abierta, ni puede prescindir de las pautas constitucionales y legales a las que se encuentra sometida. De esta manera, si se ha activado la salvedad estipulada en la ley, el supuesto de la norma varía y la jubilación automática de aquel trabajador que cumple los 70 años ya se no se podría efectuar hasta que se cumpla lo acordado en tal pacto.

Como consecuencia de ello, si el trabajador se mantiene prestando servicios dentro de la empresa, esta solo podrá desvincularlo si finaliza su contrato de trabajo de duración determinada, si se produce la comisión de alguna falta grave de despido o se apela a algún motivo regulado en la ley. Si consideramos una interpretación diferente, sería válido también preguntarnos ¿en qué momento se flexibilizaron tanto los derechos de los trabajadores? Donde vemos que, inclusive, el contenido constitucionalmente protegido del derecho del trabajo (a no ser despedido si no es por una causa justa de despido) ha sido vaciado de contenido.

El fundamento 7 de la sentencia de acción de amparo¹³, N° 1124-2001-AA/C del Tribunal Constitucional, hace referencia, precisamente al respeto que debe existir por parte del empleador hacia los derechos de los trabajadores:

¹³ STC del 11 de julio de 2002.

(...) ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador, como el caso de Telefónica del Perú S.A. y de los demandantes, respectivamente. **Si bien aquella dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquellas deben ejercerse con estricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador**¹⁴.

De acuerdo con Carlos Blancas, quien hace un desarrollo del despido en el derecho del trabajo; este autor nos habla de la evolución del poder del empleador desde la etapa en la que este se concebía como un poder absoluto. En ese momento, el despido *ad nutum* se ensalzaba como aquella facultad de despedir de manera discrecional e incausada (2013a, p.84). El autor, en ese sentido, nos dice que este se constituía en lo siguiente:

en el ejercicio legítimo de una potestad que el ordenamiento jurídico le atribuye y, por consiguiente, cualquiera que sea el motivo, - o, aún, la ausencia de éste – o la forma utilizada – o, aún la omisión de toda forma propiamente dicha -, el despido decidido libremente por el empleador no es susceptible de ser revisado en sede judicial ni, tampoco administrativa (2013a, p.84).

De manera posterior se empiezan a generar mejoras en torno a la protección del trabajador frente al despido, pasando del despido como poder “limitado” al despido como “poder excepcional”¹⁵. Sobre este último, Carlos Blancas argumenta lo siguiente:

En tal virtud, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un “poder excepcional” en lugar de configurar un poder ordinario. Ello quiere decir que: no existe dicha facultad salvo en determinadas circunstancias, más o menos excepcionales: el despido está – en principio – prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión (2013a, p.87)

¹⁴ El resaltado es propio.

¹⁵ De acuerdo con Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, citado por Carlos Blancas (2013a).

Este fragmento es de suma relevancia, pues es el sentido que ha asumido nuestra Constitución en torno al despido y a la protección frente al despido; y la interpretación que ha tomado el Tribunal Constitucional en cuanto a su contenido mínimo y a la proscripción de su arbitrariedad. De tal manera, afirmar que independientemente del pacto en contrario, el empleador puede desvincular al trabajador, no solo es errado y lesivo, sino que tampoco será acorde a lo que nuestro ordenamiento laboral ha ido construyendo en torno a la protección frente al despido al arbitrario.

Concluimos este punto manifestando que el empleador no podrá desvincular a un trabajador con independencia del pacto en contrario; debido a que en el caso de la renovación contractual efectuada y transcurridos casi 2 años después del cumplimiento de los 70 años (y, como consecuencia de ello, haber operado dicho pacto); la jubilación forzosa se encontraba suspendida y la relación laboral se mantenía en sus propios términos. En tal sentido, si se procedía a una desvinculación en ese espacio de tiempo (lo cual ocurrió), la consecuencia tendría que haber sido la comisión de un despido arbitrario por parte del empleador.

5.2.1. Primer problema secundario: ¿La desvinculación del trabajador después de cumplidos los 70 años vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo?

Para este punto, será necesario, en primer lugar, referirnos a “la estabilidad laboral como aquel mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador” (Ferro, 2012, p.475). Ello precisamente como materia que ha sido desarrollada en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país.

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona **tiene derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo**¹⁶. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dispone en su artículo 6 que **los Estados Parte**

¹⁶ El resaltado es propio.

reconocen el derecho a trabajar y a tomar las medidas adecuadas para garantizar dicho derecho¹⁷. Según Canessa (2009):

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever “adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso” (citado por Ferro, 2012, p.476).

El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, establece en su artículo 1 que **las Partes se comprometen a tomar las medidas adecuadas para garantizar la protección contra el despido y reinserción profesional**¹⁸. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde señala en su artículo 5 respecto al derecho al trabajo como la oportunidad que tiene toda persona de procurarse una vida digna, desempeñando una actividad libre y legítima. El artículo 7 del mencionado protocolo nos dice que es el Estado el encargado de garantizar la estabilidad de personas en sus trabajos y que las causas de extinción sean **justas**.

Con respecto a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tenemos las recomendaciones 119 (causalidad del despido) y el Convenio OIT 158 donde se han desarrollado, con especial énfasis en su artículo 10, lineamientos para la protección contra el despido. Asimismo, la Observación General N° 18, el Derecho al Trabajo, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde se establece que el derecho del trabajo es consustancial para el reconocimiento de otros derechos y se encuentra vinculada con la dignidad humana. De acuerdo con Cubas y Moschella:

para poder vivir con dignidad, toda persona tiene derecho a trabajar, asimismo, que “los estados parte tienen el deber de aprobar la legislación o adoptar algún otro tipo de medidas que avalen la igualdad en el acceso al empleo, y a que la iniciativa privada no desconozca los

¹⁷ El resaltado es propio.

¹⁸ El resaltado es propio.

derechos de los trabajadores, por lo que, si se busca flexibilizar el mercado laboral, estas medidas no deben reducir la estabilidad o protección del trabajador”. (2019, p.5)

De esta manera, es importante remarcar en que la promoción de iniciativas empresariales, o como argumentó la Corte Suprema, el propiciar la circulación de trabajadores; no puede suponer una lesión a los derechos de los trabajadores. La búsqueda de la protección de los trabajadores en aras de “favorecer la jubilación”¹⁹ no puede materializarse en un acto totalmente incoherente al desvincular a aquellos que han suscrito un pacto en contrario – en este caso, tácito – con sus empleadores, efectuando un accionar en contraste a lo establecido en el artículo 21 de la LPCL y de los criterios asumidos en función a la protección frente al despido de los trabajadores.

Precisamente, respecto a nuestro marco normativo nacional, el artículo 27 de nuestra Constitución Política de 1993, establece que será la ley la encargada de otorgar “adecuada protección contra el despido arbitrario” a todos los trabajadores, sin excepción. Esta norma tendrá que interpretarse de manera sistemática con otros artículos de la Constitución (artículo 3 y 23) y tratados internacionales ratificados por nuestro país, en el marco del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo establecido por el artículo 55 de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, respecto a este punto, es preciso mencionar al contenido constitucionalmente protegido del derecho del trabajo en sus dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, y **el derecho a no ser despedido sino por causa justa**. El segundo aspecto proscribe la decisión de despedir a un trabajador, salvo que medie una motivación justificada o se indemnice (STC 1124-2001-AA/TC, fundamento 12; STC 3330-2004-AA/TC, fundamento 30). Criterios vinculantes desarrollados por el Tribunal Constitucional que brinda protección a los trabajadores cuando medie un acto arbitrario, injustificado o lesivo de derechos fundamentales.

¹⁹ Como fundamentó la Corte Suprema en la casación materia de este informe jurídico.

Sobre este punto, Carlos Blancas nos dice que “al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido *ad nutum*” (2013, p. 148). En efecto, el sentido que el ordenamiento ha adoptado recae en un criterio causal donde el despido no puede adolecer de motivación y causa.

Respecto al caso, y como se ha venido construyendo esta argumentación, al operar el pacto en contrario tácito – a través de la renovación contractual suscrita con el empleador hasta el 31 de diciembre de 2015 – el supuesto de la norma que habilita al empleador a desvincular – abiertamente – a aquel trabajador que cumple 70 años, se suspende hasta que se cumpla el pacto. Una vez cumplido el pacto, culminará la relación o, de ser el caso, se podrá prorrogar (siempre y cuando, esta última sea la voluntad del empleador).

De esta manera, si el trabajador se mantiene prestando sus servicios de manera ininterrumpida y continúa; de acuerdo con todo lo expuesto y lo establecido en las leyes y la jurisprudencia constitucional, las formas en las que se podrá extinguir la relación laboral tendrán que responder a un supuesto regulado en la ley (causa justa o las demás formas de terminación del contrato de trabajo). Una actuación diferente supondrá enfrentarnos a un supuesto de despido arbitrario.

En este caso, al trabajador le asistía la protección frente al despido, de cara al contenido mínimo y esencial del derecho del trabajo consagrado por nuestra Constitución, y entendido este como la proscripción de ser despedido salvo la alegación de una causa justa. Así, al despedir al trabajador se está vulnerando dicho contenido, toda vez que no le asistía al empleador ninguna causa justa ni otra regulada en la ley; ya que el supuesto normativo que lo habilitaba a extinguir la relación laboral (jubilación automática al cumplir los 70 años) ya no podía utilizarse, debido a que el pacto en contrario había operado.

5.2.2. Segundo problema secundario: De producirse la desvinculación por el solo hecho de tener más de 70 años, ¿se estaría vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación?

Con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad, nuestra Constitución de 1993, reconoce en su artículo 2.2 el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otro índole. Nuestra Carta Magna al decidir establecer esa última frase de “cualquiera otra índole”, fue precisamente para que el derecho a la igualdad y no discriminación no estuviera enmarcado en una lista cerrada y taxativa.

Sobre la materia, Ermida Uriarte nos dice que “la edad llegó a ser reconocida como un motivo de distinción discriminatorio” (1989, p.12). Si bien de manera tardía, la discriminación por razones de edad es una cuestión que ataca directamente a las personas que van llegando a determinada edad y que, por dichas circunstancias, padecen mucho más el poder conseguir un empleo o mantenerse en él.

La Recomendación N° 162 de la Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre los trabajadores de edad, establece en su artículo 3 que los Estados deberán adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación. Adicionalmente a ello, se han desarrollado una serie de instrumentos con respecto a las personas adultas mayores.

Así, tenemos la Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, el cual es un documento que trabaja una serie de propuestas para encarar el reto del envejecimiento en el siglo XXI, reconociendo en su artículo 5 el compromiso para eliminar todas las formas de discriminación, como aquella referida a la que ocurre por motivos de edad.

En el ámbito regional, el reto también ha sido tomado y por tal motivo, se ha elaborado la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Aquí,

muchos países de Latinoamérica se dieron cita para suscribir los acuerdos y propuestas que emanaban de dicha estrategia, incluyendo el Perú. En tal sentido, se acordaron entre otras cosas, asegurar la igualdad de trato y oportunidades para las personas adultas mayores, y su plena integración en el mundo laboral para el logro de su bienestar económico.

Ahora bien, todo este recuento normativo y de instrumentos internacionales, sirve como corolario para reforzar que la discriminación por motivos de edad se encuentra reconocida y proscrita a nivel internacional. De la misma manera, haciendo una revisión de nuestro marco normativo nacional, la Ley de la Persona Adulta Mayor, Ley N° 30490, reconoce en su artículo 5 inciso b), a la no discriminación por razones de edad.

Como hemos podido apreciar, existe un reconocimiento cada vez más amplio con respecto a la población adulta mayor, toda vez que, a nivel general, nos encontramos en un contexto de transición demográfica donde nuestras poblaciones – a nivel mundial – están envejeciendo de manera paulatina – y cada vez más acelerada – y ello, tendrá que ser materia de diversas estrategias y políticas para poder darle sustento a estos grupos de personas.

Respecto a nuestro caso, como ya lo hemos venido redactando, se trata de un trabajador que fue desvinculado de su puesto de trabajo, en función a que su empleador hizo efectiva la aplicación del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, correspondiente a la jubilación forzosa y automática. Sin embargo, este caso resulta problemático, debido a todo el tiempo que transcurrió hasta el momento de la notificación del despido: 1 año, 8 meses y 3 días. Dicha situación, no solo generó que se entendiera, en los hechos, que el trabajador permanecería en su puesto de trabajo, sino que había operado la salvedad del pacto en contrario regulado en la norma. Ello, por lo tanto, mantenía la relación de trabajo en sus propios términos y, por lo tanto, el trabajador no hubiera podido ser despedido sino es bajo la alegación de una causa justa.

La argumentación que desarrolla la Corte Suprema no toma en consideración a aquellos derechos constitucionalmente – e internacionalmente – protegidos como el derecho al trabajo y la igualdad y no discriminación, **derechos que no se suspenden por razones de edad**. Para Javier Neves, citado por Ríos, este

tipo de jubilación “por el solo hecho de ser impuesta al trabajador, resulta ser inconstitucional” (2010, p.254), ya que vulnera el derecho fundamental al trabajo, así como los principios del Derecho Laboral, tales como el in dubio pro operario, el de continuidad en la relación laboral, y el de igualdad y el mandato de no discriminación (Abanto y Paitán, 2019).

De igual manera, sobre la igualdad y no discriminación. Aducir que el legislador ha emitido dicha normativa para limitar el ciclo laboral y favorecer la jubilación (fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema) es injusta e irreal. Injusta en el sentido de que limita al trabajador que está con la plena capacidad de poder seguir laborando y porque se asume – per sé – con dicha normativa, la incapacidad del trabajador para seguir realizando la prestación de servicios dentro de la empresa. Con lo cual se afecta su derecho al trabajo y la expectativa de seguir realizándose como persona y proveer de recursos a sí mismo y a su familia.

Irreal porque no toma en consideración que el “favorecer la jubilación” no es una cuestión que se encuentre determinada con el solo hecho de desvincular a los trabajadores. Ello, porque precisamente para poder acceder a una pensión y, por tanto, entrar en este supuesto, nuestro sistema de pensiones debería tener un porcentaje de afiliados tan alto, como para que los órganos jurisdiccionales motiven a que los trabajadores se jubilen. Sin considerar si estos cumplen los requisitos para ello, si cumplen los años (debido a que no todos los trabajadores han tenido una relación de trabajo continua y duradera), si su empleador ha realizado los aportes debidos para que el trabajador pueda acceder, o si es que, por ejemplo, la entidad no reconoce los aportes realizados (como aquellos casos donde la ONP no reconoce las boletas realizadas por los empleadores). Sin mencionar, por supuesto, la gran tasa de informalidad que existe en nuestro país donde el porcentaje minoritario de personas que actualmente – al 2020, de acuerdo con el INEI – se encuentran afiliadas a un fondo de pensiones asciende solo al 34.6%.

Por otro lado, la sentencia de amparo recaída en el Expediente N° 1485-2001-AA/TC, reconoce en su fundamento 5 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". Asumir ello, es entender que los docentes y demás trabajadores de larga data (que han logrado un amplio y extenso recorrido a lo largo de su vida profesional y laboral) ya no resultan útiles para efectos laborales. ¿A los 69 años con 364 días, se entendería que todavía lo eran?

Como lo expone Ermida Uriarte, existen algunas exigencias que son propias de la naturaleza de algunas labores y que, evidentemente, exigen que los trabajadores aseguren ciertas calificaciones exigidas para el puesto, por tales motivos nos dice que:

el principio de la igualdad de trato no es extremo o absoluto, sino que reconoce ciertos límites, Entre ellos, es de particular interés (...) el que deja a salvo las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado (...). La objetividad de tales condiciones, exigencias o preferencias es requisito esencial para no caer en la discriminación (1989, p.12).

Del caso, al trabajador no se le exigía que cumpla algún requisito de calificación determinado para poder declararlo como "apto" para dicho puesto. El trabajador se ha mantenido en sus funciones, casi 2 años después del cumplimiento de los 70 años, sin la alegación de alguna deficiencia en sus labores por parte de su empleador²⁰. Por tal motivo, dicha desvinculación no solo fue arbitraria, puesto que, al transcurrir todo ese tiempo, la relación de trabajo se volvió indeterminada, sino que se decide ya no contar más con el trabajador porque se asume que por su edad, ya no podrá seguir realizando las mismas labores. Nada más alejado de la realidad. Por todo lo expuesto, considero que sí se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación al desvincularlo después de transcurridos 1 año, 8 meses y 3 días.

²⁰ No ha sido materia de las sentencias de primera ni de segunda instancia. La parte demandada no ha hecho una aseveración de ese tipo en ninguna etapa del proceso.

5.3. Tercer problema jurídico principal: Mediante un acto de interpretación, el juez o colegiado, ¿puede modificar lo establecido en una norma?

El presente problema jurídico ha sido un añadido necesario para poder cerrar el círculo de análisis de la presente casación laboral, toda vez que los problemas jurídicos detectados no solo se agotaban en la determinación respecto a si operó o no el pacto en contrario; o, si el empleador puede – o no – desvincular al trabajador una vez cumplidos los 70 años, independientemente de si un pacto en contrario había operado. Aquí se hace necesario también realizar un análisis en torno a la actuación de los jueces, respecto a cómo estos interpretan las leyes.

Y este análisis no se hubiera presentado en este informe jurídico, si es que no se hubiera hecho evidente que la manera en cómo los jueces han venido interpretando el último párrafo del artículo 21 de la LPCL, respecto a la jubilación forzosa, nos ha demostrado que esta se ha efectuado de manera regresiva y, de facto, se ha terminado generando una modificación de la norma en mención.

El último párrafo del artículo 21 nos dice lo siguiente:

Artículo 21: (...) La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, **salvo pacto en contrario.**

De una lectura rápida, y sin ahondar en los problemas que se presentan al momento de interpretar esta norma (es decir, cuándo se aplica realmente la desvinculación, si antes, al cumplir o, inclusive, después de cumplidos los 70 años) identificados al inicio de este informe jurídico; podemos entender que la jubilación obligatoria y automática no se efectuará si se presenta un pacto en contrario. Hasta ese punto de análisis, considero, que no hay punto de discordancia²¹.

²¹ Al menos eso queda claro en este informe jurídico, a diferencia de los jueces que han realizado múltiples interpretaciones, siendo estas cada vez más restrictivas y regresivas, con respecto a los derechos del trabajador y la protección frente al despido. En tal sentido, si un empleador y un trabajador pactan que la relación laboral, después de los 70 años se prorrogará, es evidente que no habrá desvinculación hasta que ese pacto culmine. Un entendimiento distinto y contrario no solo vulneraría el acuerdo entre las

Sin embargo, la Corte Suprema en la casación materia de este informe jurídico, expresó, en otras palabras, que independientemente de la existencia de un pacto en contrario, la jubilación forzosa procede. ¿Esa interpretación es correcta? Veamos:

| | |
|---------------------|---|
| Fundamento 6 | “Si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, <u>la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave, pues sostener lo contrario significaría que el trabajador preste servicios en forma indefinida</u> , lo que contraviene lo estipulado en el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria. |
| Fundamento 8 | “(…) por consiguiente <u>si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral</u> , sin derecho a la indemnización por la extinción o la conclusión de su actividad laboral por razón de edad (…)” |
| Fundamento 9 | “(…) si al demandante se le cursó la carta comunicándole el fin del contrato de trabajo debido a que había excedido los setenta (70) años de edad (fojas ciento veintiuno), <u>es evidente que la demandada no ha incurrido en despido arbitrario, sino que la extinción de la relación laboral obedeció a un motivo contemplado en el ordenamiento legal</u> que le ha dado un carácter de automaticidad y obligatoriedad a la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador al cumplir setenta (70) años de edad”. |

De estos fragmentos, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- i. Respecto al fundamento 6, la Corte Suprema comete un grave error, puesto que la decisión del empleador de desvincular a un trabajador **efectivamente** se debe encontrar sustentada en la ley y debe estar sujeta a una causa justa de despido. Ello de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución y la adecuada protección contra el despido, y los sendos tratados internacionales que sobre la materia se han ratificado.

partes, sino también lo estipulado en la ley. Esto último ha sido el camino que los jueces han tomado, al ignorar ese último fraseo de la norma (“salvo pacto en contrario”).

- ii. Respecto al fundamento 8, la interpretación efectuada por la Corte Suprema excede e ignora lo estipulado en el artículo 21. Excede en el sentido de que la facultad de extinción del empleador no es ilimitada, ni absoluta y debe estar acorde al contenido constitucionalmente protegido del Derecho del Trabajo, es decir, a no ser despedido sino es por una causa justa. Ignora, porque cuando se dé la existencia de un pacto en contrario, la facultad del empleador de comunicarle la extinción del vínculo laboral se suspende (hasta el cumplimiento del pacto).
- iii. Respecto al fundamento 9, ese motivo contemplado en la ley, que argumenta la Corte Suprema, tiene una excepción de acuerdo con lo regulado en el último párrafo del artículo 21: cuando se presenta un pacto en contrario. Hecho que sucedió en el caso y la Corte Suprema lo ignoró en su totalidad, tal cual como hemos podido apreciarlo en el desarrollo de sus fundamentos.

Como podemos evidenciar, en los fundamentos citados se ha realizado una interpretación no acorde a los principios del Derecho del Trabajo y se ha asumido que la ley establece algo totalmente distinto a lo que realmente se encuentra redactado. El legislador, como sabemos, no ha modificado la mencionada norma, ni mucho menos ha eliminado el fraseo correspondiente al pacto en contrario. Entonces, ¿por qué los jueces de la Corte Suprema han entendido que eso sí ha sucedido y han aplicado la norma prescindiendo de la existencia regulada del pacto en contrario?

De acuerdo con nuestra Constitución Política, en el artículo 102, inciso 1) de la Constitución, son atribuciones del Congreso de la República, “dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, **modificar o derogar las existentes**”. Adicionalmente a ello, el artículo 139, respecto a los principios y funciones del Poder Judicial, el inciso 8) hace referencia a que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por **vacío o deficiencia de la ley**. En el caso que eso se dé, se deberán aplicar los **principios generales del derecho y el derecho consuetudinario**. Dicho tenor también ha sido reproducido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

Ahora bien, esta base normativa citada es de suma relevancia, pues nos hace ver que la competencia en cuanto a la modificación de las normas, la tiene el Poder Legislativo y la función de administrar justicia, mediante la interpretación de la norma, aun cuando haya ausencia o deficiencias de esta, se le ha sido delegada al Poder Judicial. De lo expuesto, entonces, por qué los jueces se han irrogado una atribución que no les corresponde, al modificar (fácticamente, mediante su ejercicio interpretativo) el fraseo de una norma, al eliminar lo establecido en ella.

Es decir, cuando la Corte Suprema argumenta que:

si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), **para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave (...)**

Como vemos, es evidente que está modificando la norma eliminando parcialmente parte del contenido regulado en el último párrafo del artículo 21 de la LPCL. Dicho artículo establece que cuando exista un pacto en contrario, la jubilación no procede. Bajo qué lógica, entonces, la Corte Suprema aduce que esto no tiene ninguna relevancia y la facultad de extinción del empleador no puede estar sujeta hasta que el trabajador cometa una falta grave. No solo modifica parcialmente la norma, sino que su interpretación no se encuentra sujeta a un juicio de constitucionalidad en cuanto a la adecuada protección contra el despido que le asiste a todo trabajador. Por todo lo expuesto, concluyo en que la Corte Suprema no puede modificar una norma cuando realice su ejercicio interpretativo.

5.3.1. Primer problema secundario: La interpretación realizada por la Corte Suprema ¿vulnera el principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales

Finalmente, respecto a este punto, la argumentación que hemos sostenido a lo largo de este informe jurídico nos lleva a plantearnos si el criterio asumido por la

Corte Suprema se traduce en una evidente regresividad en cuanto a los derechos de los trabajadores que cumplen los 70 años. Es decir, la regulación ha previsto tipos de jubilación, pero, específicamente, aquella que apunta a los trabajadores que cumplen la edad mencionada, la estabilidad laboral queda suspendida y con ello, todos los derechos y principios que subyacen a ella.

De acuerdo con el artículo 2.1. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):

(...) cada uno de los estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**²².

De acuerdo con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 26. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales**²³ y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Omar Toledo, respecto al principio de progresividad y no regresividad nos dice lo siguiente:

El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral constituye un planteamiento **fundamental en la defensa de los derechos laborales de cara a los nuevos escenarios en los que se**

²² El resaltado es propio.

²³ El resaltado es propio.

desenvuelve la relación de trabajo y los retos a los que se enfrenta el derecho del trabajo. El derecho del trabajo tiene como reto actual la consagración de una disciplina que parte de la consideración de que los derechos laborales constituyen derechos humanos y cuya tutela no se restringe al ámbito del derecho nacional sino a lo que se ha denominado el bloque de constitucionalidad (s/a: 12).

Precisamente, los derechos que están reconocidos en el ámbito nacional deben ser leídos e interpretados en función, también, de la regulación internacional sobre la materia que le asiste al trabajador y que todo ello, de acuerdo con nuestra propia Constitución, forma el bloque de constitucionalidad. Un reforzamiento necesario de protección de los derechos fundamentales – y en este caso, sociales – para todo aquel que lo requiera en un determinado momento. Esto es sumamente relevante, puesto que nos va a permitir darle un plus adicional a la protección que le asisten a todos los trabajadores por su condición de tal. En tal sentido, la protección contra el despido y contra la igualdad y no discriminación es un derecho que se encuentra reconocido tanto a nivel nacional, como internacional.

Ambos derechos reconocidos, a lo largo de los años, han atravesado diferentes etapas y evoluciones que han conllevado a la generación de mayores protecciones y tutelas en cuanto a los derechos laborales de los trabajadores. En el caso de la protección contra el despido, si bien hubo una clara etapa de regresión – principalmente en los años 90 –, dicha situación fue revertida por diversos cambios y criterios constitucionales que tomaron de base, precisamente, lo que se encontraba dictaminado en los instrumentos internacionales de la materia.

De esta manera, lo que se pretende – y lo que los ordenamientos y Estados deberían asegurar – es que la progresividad que se ha ganado en cuanto a ciertos derechos no deberían atravesar una suerte de regresividad o involución en cuanto a su tratamiento y tutela. Sobre el mismo tenor argumenta Héctor-Hugo Barbagelata, al referirse al principio de irreversibilidad:

Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada. En

esos dispositivos, consta que las leyes que se promulguen a posteriori por los Estados que han ratificado los Pactos, **están condicionadas en materia de derechos fundamentales, por la obligación de no contradecir el propósito de “promover el bienestar general en una sociedad democrática”**. En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio, cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías fundamentales que ya hubieren sido previamente reconocidos.

Este principio vendría a ser, además, **una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador**, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del Derecho del Trabajo, desde que ha sido consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT y aceptado universalmente (2008, p.9).

Sin embargo, a todo lo expuesto, dichas consideraciones no las hemos encontrado en los fundamentos de la Corte Suprema, ni mucho menos en los últimos criterios que se han tomado sobre los casos de jubilación forzosa y automática. Lo que se ha visto en realidad, es que, a lo largo de los años, los pronunciamientos²⁴ han ido desconociendo la estabilidad laboral de los trabajadores que cumplen esa edad (con independencia a si existió un pacto en contrario o si se había sobrepasado los 70 años).

Asimismo, se ha promovido una suerte de inseguridad e incertidumbre con respecto al momento en el cual se va a ejecutar la jubilación forzosa por parte del empleador. Ello debido a que la Corte Suprema ha interpretado – y entendido que ello debe ser así – que el empleador puede extender su facultad extintiva de manera generalizada y absoluta una vez que el trabajador cumpla los 70 años. Viciando de contenido a instituciones como el de la estabilidad laboral, el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y la protección frente al despido.

²⁴ Dichos pronunciamientos han sido citados en el acápite referido a la imprecisión del último párrafo del artículo 21 de la LPCL, donde se evidencia que el criterio de la Corte Suprema fue variando y convirtiéndose mas regresivo en cuanto a la protección frente al despido de este grupo de trabajadores.

Del caso, la existencia del pacto en contrario tácito que se había producido por la renovación contractual y el transcurso del tiempo le había otorgado al trabajador un manto de protección frente a la aplicación de la jubilación forzosa. Por tal motivo, el trabajador, después de 1 año, 8 meses y 3 días de haber transcurrido el cumplimiento de los 70 años, y al haberse mantenido prestando sus servicios (y estos siendo remunerados por el empleador) mantenía su relación laboral a plazo indeterminado en sus propios términos. De tal manera que, para poder ser desvinculado después de transcurrido todo ese tramo de tiempo, el procedimiento que debía realizarse era el referente a la alegación de una causa justa de despido.

No obstante, la interpretación realizada por la Corte Suprema ha promovido una zona de desprotección generalizada de los trabajadores que arriban a esa edad, y ha propiciado una evidente regresividad en torno al tratamiento de la protección frente al despido, la misma que se encuentra consagrada constitucionalmente. Por tales motivos, la interpretación de la Corte Suprema ha vulnerado el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales al promover mediante su ejercicio interpretativo que los trabajadores de 70 años, con independencia de la existencia de un pacto en contrario y el transcurso del tiempo, de igual manera podrán ser desvinculados.

Esto último bajo los siguientes argumentos: el empleador no puede esperar hasta la comisión de una falta grave por parte del empleador, se pretende favorecer la jubilación y la circulación de los trabajadores. Todos esos argumentos han sido materia de este informe jurídico y rebatidos en su totalidad, puesto que no cuentan con asidero ni en nuestra normativa nacional, ni en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

6. CONCLUSIONES

- El pacto en contrario, materializado a través de la renovación contractual y el transcurso del tiempo, sí operó en el caso materia de análisis. Por lo tanto, al haber operado, el empleador no habría podido desvincular al trabajador, sino es por una causa justa de despido u otro motivo regulado en la ley.

- Que, el pacto en contrario que se suscitó en el caso fue establecido de manera tácita de acuerdo a los hechos constatables que se atribuyen al propio comportamiento del empleador: la renovación contractual y el mantener al trabajador en su puesto de trabajo – con el pago de las remuneraciones – por casi 2 años después de cumplidos los 70 años.
- Que, la redacción del último párrafo del artículo 21 de la LPCL ha promovido escenarios de incertidumbre al momento de la aplicación de dicha norma por parte de los órganos jurisdiccionales. Ello ha sido evidenciado, precisamente, en las distintas sentencias que se han emitido sobre la materia a lo largo de los años, donde el último criterio se ha asentado sobre la base de una interpretación mucho más arbitraria y regresiva en cuanto a los derechos de los trabajadores que cumplen los 70 años.
- El ejercicio interpretativo realizado por la Corte Suprema ha generado un escenario de desprotección laboral donde se ha afectado el contenido constitucionalmente protegido del derecho del trabajo, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales. Al establecer en su juicio interpretativo que la facultad extintiva se extiende, independientemente de la existencia del pacto en contrario; generando con ello a su vez una clara regresividad en cuanto a los derechos de los trabajadores a su estabilidad laboral.
- Finalmente, y a modo de recomendación, es preciso mencionar la necesidad de una modificación legislativa a dicho artículo, en aras de que se pueda establecer no solo una forma en cuanto a la dación del pacto en contrario (si expreso o tácito). Sino que a su vez debe establecer un procedimiento de notificación previa (con plazos), que brinde seguridad y conocimiento al trabajador respecto a su situación laboral en la empresa. Y que le brinde al empleador la tranquilidad de que no se verá inmerso en algún supuesto de despido arbitrario.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO, César y Javier PAITÁN

2019 “Comentarios acerca del estado de la vejez en el Perú y la (mal) llamada jubilación obligatoria”. Portal Pólemos, Lima, 19 de noviembre 2019, Asociación Civil Derecho & Sociedad.

<https://polemos.pe/comentarios-acerca-del-estado-la-vejez-peru-la-mal-llamada-jubilacion-obligatoria/>

ARCE, Elmer

2008 *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Palestra, 2008.

BARBAGELATA, HUGO

2008 Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación. IUSLabor *Revista d'anàlisi de Dret del Treball* 1/2008.

<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/119859/159701>

BLANCAS, Carlos

2013a *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores, 2013

2013b *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. 2° Edición.

CUBAS, Cinthya y Fiorella MOSCHELLA

2019 “La protección contra el despido arbitrario como derechos de los trabajadores de dirección o de confianza en el régimen laboral de la actividad privada a propósito del pronunciamiento del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional”. Tesis para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo.

https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/1719/2019_MAFDC_17-1_01_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ERMIDA URIARTE, Oscar

1989 La tercera edad en el derecho laboral y la seguridad social. *Derecho & Sociedad*, (1), 6-22.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/141>

83

FERNÁNDEZ, César Aníbal.

2018 La Teoría de los Actos Propios y su aplicación en la Legislación Peruana". En Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Pág. 51

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/571>

FERRO, Víctor

2012 La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP* (68), 471-494.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.018>

2019 *Derecho Individual del trabajo en el Perú*. Lima, 2019. Fondo Editorial PUCP.

LUYO RODRIGUEZ, María Eugenia y Zoila Fernández Tupayachi

2015 "La jubilación obligatoria: mitos, contradicciones y posibles explicaciones". En Portal Pólemos, Lima 21 de julio de 2015. Asociación Civil Derecho & Sociedad.

https://polemos.pe/la-jubilacion-obligatoria-mitos-contradicciones-y-posibles-explicaciones-2/#_ftn9

NEVES MUJICA, Javier

2008 “La edad como causal de extinción o restricción de la relación laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Ius Et Veritas N° 37, Lima 2007, pp. 104-110.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12218>

PACHECO, Luz

2015 Los principios del Derecho del Trabajo. En J. Zavala (Ed.), Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, (pp. 589-607). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3874/Principios_Derecho_Trabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PAITÁN MARTINEZ, Javier

2018 “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.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13697/Pait%C3%A1n_Mart%C3%ADnez_Vuelta_empleo_jubilaci%C3%B3n1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

RÍOS HOLGUÍN, Christian

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”. En: Revista Actualidad Jurídica N° 199, Lima, 2010, Gaceta Jurídica, página 254.

TOLEDO, OMAR

2011 El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral.

Derecho y Cambio Social Año 8, N° 23

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5500749>

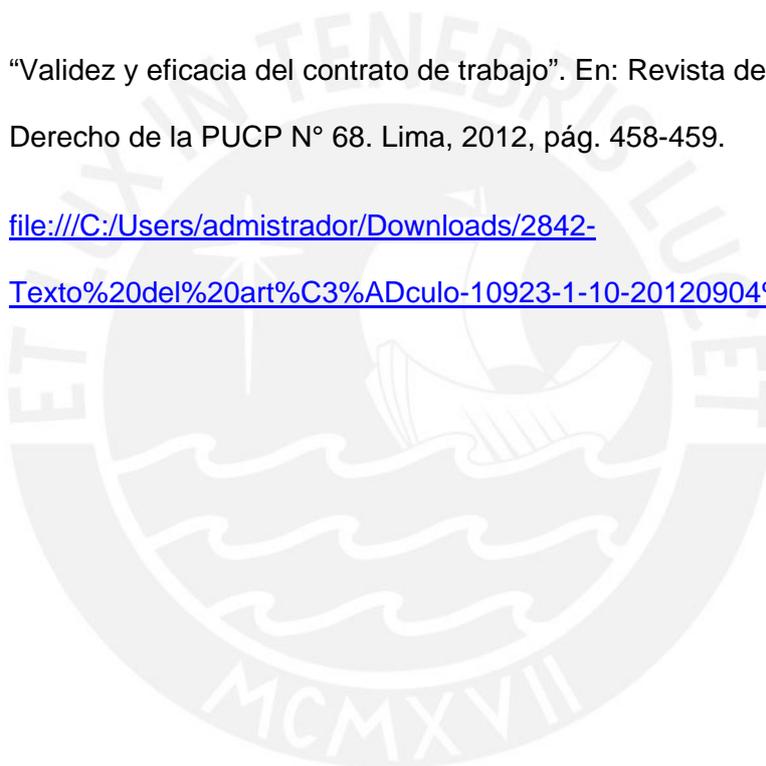
TOYAMA, Jorge

2009 “El despido disciplinario en el Perú”. IUS ET VERITAS N° 38. Pág. 120-154.

2012 “Validez y eficacia del contrato de trabajo”. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 68. Lima, 2012, pág. 458-459.

<file:///C:/Users/administrador/Downloads/2842->

[Texto%20del%20art%C3%ADculo-10923-1-10-20120904%20\(1\).pdf](Texto%20del%20art%C3%ADculo-10923-1-10-20120904%20(1).pdf)





**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

SUMILLA: *Conforme al último párrafo del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, si el trabajador, hubiera permanecido en el trabajo más allá de los setenta años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral.*

Lima, veintisiete de junio de dos mil dieciocho

VISTA; la causa número cuatro mil quinientos cuarenta y dos, guion dos mil diecisiete, guion **DEL SANTA**, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada, **Proyecto Especial Chinecas**, mediante escrito presentado el veinticinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos cuarenta y uno a seiscientos cuarenta y seis, contra la **Sentencia de Vista** de fecha diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas seiscientos treinta a seiscientos treinta y cuatro, que **confirmó** la Sentencia emitida en primera instancia, de fecha quince de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos setenta y uno a quinientos ochenta y tres, que declaró **fundada la demanda**, sobre indemnización por despido arbitrario.

CAUSAL DEL RECURSO:

El presente recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ochenta y tres a ochenta y seis del cuaderno de casación, por la causal de: **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 21° del**



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Pretensión demandada

Se aprecia en la demanda, que corre en fojas noventa y seis a ciento siete, que el actor solicita como pretensión que la demandada cumpla con pagar la suma de ciento treinta y seis mil novecientos cincuenta y uno con 89/100 soles (S/136, 951.89) por concepto de indemnización por despido arbitrario y pago de beneficios sociales; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

Segundo: Pronunciamiento de las instancias de mérito

Mediante Sentencia de fecha quince de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos setenta y uno a quinientos ochenta y tres, emitida por el Octavo Juzgado Laboral - NLPT, el juez de la causa declaró fundada la demanda, al considerar que: **i)** en virtud de la relación de naturaleza laboral a tiempo indeterminado que el demandante venía prestando desde el 01 de mayo de 1997, solo podía ser despedido por causal relacionada con su conducta o capacidad conforme lo dispone el artículo 22° del D.S. N° 003-97-TR; sin embargo, al actor se le comunicó mediante Carta N° 0182-2015-GRA-P.E.CHINECAS/GG (fojas 121), su cese por haber superado el límite de edad, **ii)** el acuerdo entre el empleador y el trabajador para que este último continúe laborando después de los 70 años, sin aplicar la jubilación automática, debe celebrarse antes o al momento de cumplida dicha edad;



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

asimismo, de no realizarse en ese momento y mantenerse el vínculo laboral vigente, se entenderá que existe un pacto en contrario a la jubilación automática tácita para la continuación de los servicios que brinda ese trabajador; **iii)** el empleador al haber suscrito contrato con el actor hasta el 31 de diciembre del 2015 (fojas 13 a 16) acordó expresamente que el demandante labore de manera posterior al cumplimiento de los 70 años, demostrándose que el empleador otorgó su autorización para la continuación de los servicios del trabajador, por esta razón, el cese del trabajador antes del cumplimiento del periodo contratado, aduciendo motivos de edad no es válido, luego de haberse aceptado previamente la continuación de la prestación de labores por parte del demandante, por cuanto toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del actor en el período posterior a los 70 años de edad se entiende como arbitraria, por lo que le corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario.

Por su parte, la Sala Superior mediante Sentencia de Vista de fecha diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas seiscientos treinta a seiscientos treinta y cuatro, confirmó la Sentencia apelada bajo similares argumentos.

Tercero: Infracción normativa

El presente recurso fue declarado procedente por la causal de ***interpretación errónea del artículo 21° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR***, que prescribe:

“La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión.

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

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

Cuarto: En el caso concreto, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y considerando que el demandante dejó de laborar pasado los setenta (70) años de edad; corresponde determinar si operó el pacto en contrario que establece la Ley antes citada – *parte in fine*- y con ello se prorrogó su relación laboral, y si encontrándose en dicha situación la conclusión de su vínculo laboral; o por el contrario, aún la prórroga del empleador puede extinguir el contrato de trabajo por el solo hecho de que el actor cumplió setenta (70) años, sin la obligación de indemnizar tal despido.

Quinto: Para el Colegiado Superior el solo hecho de haber permanecido en el trabajo después de los setenta (70) años, sin que el empleador haya hecho efectivo la regla prevista en el citado artículo 21° (*La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad*) supone que el empleador ha consentido en continuar la relación



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

laboral; por lo tanto, la excepción legal 'salvo pacto en contrario' daría lugar a que la relación laboral se mantenga en sus propios términos y de duración indeterminada, por lo que para poner fin a la relación laboral, requiere la existencia de una causa justa de despido ya sea por su capacidad o conducta; caso contrario, incurre en un despido arbitrario y debe indemnizarse por ello.

Sexto: Si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave, pues sostener lo contrario significaría que el trabajador preste servicios en forma indefinida, lo que contraviene lo estipulado en el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria.

Sétimo: Al respecto, este Supremo Colegiado estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente parámetro: verificar cuál de los sentidos interpretativos señalados en los considerandos precedentes resultan acorde con el ordenamiento legal y constitucional establecido.

Octavo: El inciso f) del artículo 16° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que es causa de extinción del contrato de trabajo 'la jubilación'; y de otro lado, el último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispone la jubilación obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, por



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

consiguiente si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral, favoreciendo su jubilación.

Noveno: Estando a lo antes glosado, si al demandante se le cursó la carta comunicándole el fin del contrato de trabajo debido a que había excedido los setenta (70) años de edad (fojas ciento veintiuno), es evidente que la demandada no ha incurrido en despido arbitrario, sino que la extinción de la relación laboral obedeció a un motivo contemplado en el ordenamiento legal que le ha dado un carácter de automaticidad y obligatoriedad a la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador al cumplir setenta (70) años de edad.

Décimo: Al haberse determinado que el cese del que fue objeto el accionante no ha sido arbitrario, el Colegiado Superior ha incurrido en interpretación errónea del artículo 21° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que la causal invocada deviene en **fundada**.

Por estas consideraciones:

FALLO:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Proyecto Especial Chinecas**, mediante escrito presentado el



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL N° 4542-2017
DEL SANTA
Indemnización por despido arbitrario
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

veinticinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas seiscientos cuarenta y uno a seiscientos cuarenta y siete; en consecuencia, **CASARON** la Sentencia de Vista de fecha diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas seiscientos treinta a seiscientos treinta y cuatro, **y actuando en sede de instancia: REVOCARON** la Sentencia apelada de fecha quince de enero de dos mil dieciséis, que corre en fojas quinientos setenta y uno a quinientos ochenta y tres, en el extremo que declaró fundada la pretensión de indemnización por despido arbitrario; y **REFORMADOLA** declararon infundado dicho extremo, la confirmaron en lo demás que contiene; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Humberto Nicolás Cedrón Cabanillas**, sobre indemnización por despido arbitrario; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Yrivarren Fallaque** y los devolvieron.

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

YRIVARREN FALLAQUE

RUBIO ZEVALLOS

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO