

LA TERCERA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEY UNIVERSITARIA N° 30220: REALIDAD, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS SOLUTORIAS

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Estamos frente a una revolución demográfica, la población mundial está cambiando vertiginosamente su composición y el envejecimiento es una de sus grandes dificultades de cara al mundo del trabajo y los sistemas pensionarios. La OIT viene estudiando el tema con gran seriedad y profundidad, de manera que dentro de un contexto mayor la edad ha pasado a ser discutida como un asunto primordial relacionado con el principio de no discriminación y la jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo, decantándose las posiciones teóricas que sostienen la jubilación debe tener un límite a determinada edad, o que esta debe ser voluntaria, dejada al libre albedrío del trabajador.

En setiembre de 2010, en el renombrado Festival de Derecho de Piacenza, en su conferencia sobre las desigualdades en el mundo del trabajo, Romagnoli hablaba del “Festival de las desigualdades” y que “hay un síndrome antiigualitario, el mundo del trabajo nace de un duro dato de la realidad que no se

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo - Perú.

puede suprimir⁷²). En la actualidad, una de las peores y más extendidas formas de discriminación es la vejez.

A partir de la dación de la nueva Ley N° 30220, en las universidades peruanas se viene dando un gran debate sobre la edad de jubilación, y si esta debe ser obligatoria y automática o potestativa. Hay desencuentros, a veces explícitos y a veces disimulados pero con visos de legitimidad, entre las generaciones mayores y jóvenes, con argumentos de mucho peso por ambos lados, donde los primeros quieren seguir trabajando más allá de los 70 años de edad y los segundos anhelan que los anteriores de una vez pasen al retiro para que ellos puedan escalar y encontrar más halagueñas satisfacciones en la carrera profesional.

Esta ponencia trata de entrar al corazón del debate y desde varias perspectivas aportar elementos de juicio objetivos y desapasionados sobre los puntos que figuran en el sumario, abordando la problemática de la docencia universitaria pública y privada con relación a la edad de jubilación, teniendo en cuenta información sociológica poblacional, económica, médica, estadística y, por supuesto, jurídica, esta última apenas sugerida en sus ámbitos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales, por razones de vastedad temática y limitantes de espacio. Esperamos se logre el objetivo de discutir, rediscutir y profundizar el problema escuchando las voces intergeneracionales, que nos llevarán a nuevos planteamientos y prontas propuestas de modificación de la Ley Universitaria.

II. UNA LIGERA MIRADA AL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN COMO UN PROBLEMA MUNDIAL

La población mundial presenta el preocupante problema del envejecimiento que amenaza convertirse en inmanejable en los próximos decenios, a pesar de las múltiples medidas adoptadas al respecto. Las Naciones Unidas, al igual que otras instituciones, han propiciado desde la década de los setenta diversas iniciativas para abordar el problema y buscarle salidas; dentro de esa perspectiva impulsaron la realización de la I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento –AMSE– (Viena, 1982), que concluyó en un sendo Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento.

(2) ROMAGNOLI, Umberto. “Las desigualdades en el mundo del trabajo”. En: *Revista de Derecho Social*. N° 52, Editorial Bomarzo, 2010, pp. 13 a 25.

En dicha I AMSE se dio cuenta de la previsión que para el 2025 la población mundial aumentaría a 8,200 millones, las personas de 60 a más años de edad serían 1,100 millones. Por lo tanto, a esa fecha las personas de edad mayor serían el 13,7 % de la población mundial. Se calculaba entonces que de dichos adultos mayores, proyectándose al año 2000, más del 60 % estarían ubicados en los países en desarrollo, y que en el 2025 dicha proporción alcanzaría casi las tres cuartas partes (72 %)⁽³⁾. Como prevención, en las Recomendaciones 37, 40 y 41 del Plan se aconsejó la conveniencia de no rebajar la edad de jubilación de los asalariados, salvo que fuera sobre una base voluntaria y tomar medidas para hacer más flexible la edad de jubilación.

En la II AMSE (Madrid, 2002), que dio origen al Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, se aprecia de sus anales, específicamente en la Declaración Política, arts. 2, 5, 10, 12 y 16, que hay una revolución demográfica sin precedentes, de aquí al 2050 el número de personas de más de 60 años se incrementará de 600 millones a 2,000 millones, se prevé que el porcentaje de personas de 60 a más años se duplique pasando de un 10 % a un 21 %. Este incremento será más rápido en los países en desarrollo, donde se prevé que la población de edad se multiplique por cuatro en los próximos 50 años. Por lo tanto, los declarantes se comprometen a eliminar todas las formas de discriminación, en especial la discriminación por motivos de edad; reconocen que el potencial de las personas de edad es una sólida base para el desarrollo futuro, ya que permite a la sociedad recurrir a las competencias, experiencia y sabiduría que las personas de edad aportan, por lo que debería permitírseles que trabajen hasta que quieran y sean capaces de hacerlo y concluye recalcando la necesidad de fomentar la solidaridad intergeneracional, ya que no hay intereses contrapuestos entre los jóvenes y los adultos mayores⁽⁴⁾.

En el Plan de Acción Internacional de Madrid, al desarrollar la temática del empleo y el envejecimiento de la fuerza de trabajo, numerales 23, 24, 27 y 28, incs. b, g y h, se recomienda la adopción de las siguientes medidas: permitir a las personas de edad seguir realizando tareas remunerativas mientras lo deseen y puedan hacerlo productivamente; adoptar políticas para ampliar las posibilidades de empleo, con jubilación flexible; alentar a los trabajadores para que aplacen voluntariamente la jubilación completa y permanezcan en el empleo a tiempo parcial o como empleados a tiempo completo; eliminar los obstáculos por razones de edad

(3) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento", Viena, 26/07 al 06/08/1982.

(4) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento", Madrid, abril de 2002. Vide: <undesadspd.org/Portals>.

en el mercado de trabajo estructurado, fomentando la contratación de personas de edad e impidiendo que los trabajadores que van envejeciendo comiencen a experimentar desventajas en materia de empleo; y, promover un nuevo enfoque de la jubilación que tenga en cuenta las necesidades del empleado y del empleador, aplicando políticas de jubilación flexible, de reducción de incentivos y presiones para una jubilación anticipada y eliminar los desincentivos para trabajar después de la edad de jubilación.

Con posterioridad, la ONU ha implementado un seguimiento de la II AMSE a través de los Grupos de Trabajo de composición abierta sobre envejecimiento y ha realizado cuatro periodos de sesiones en Nueva York en el 2011 y 2012.

En el caso del envejecimiento de la población en América Latina y el Caribe (ALC), Paz recuerda que en una publicación de la ONU en el 2008, se informaba que en la región, en 1950, los mayores de 59 años de edad eran alrededor del 6 %, y los de 80 a más años eran el 0,4 % de la población total, mientras que el 2050 se proyectaba representarían el 22,5 % y el 4 %, respectivamente. América Latina y El Caribe envejece a mayor velocidad que otras regiones del mundo; es más, alcanzará en 30 años el nivel de envejecimiento que a los países del norte de América y Europa les llevó cien años⁽⁵⁾.

III. LA TERCERA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA NORMATIVA DE LA OIT

Las citas de la discriminación dentro de los tratados internacionales sobre los derechos humanos son escasas, mas lo son las citas explícitas de la edad como una de las formas de discriminación.

La OIT le dio en un principio poco tratamiento porque no era un asunto de mayor preocupación en sus predios, dado el embrionario desarrollo normativo y por ser entonces el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social disciplinas en gestación en la mayoría de países, acorde con la evolución del sistema capitalista. Años y décadas después, de la revisión somera de la producción jurídica de la OIT, se constata que su desarrollo ha sido más en el campo de la seguridad social vía las pensiones de vejez y jubilación y menos en materia de extinción del contrato de trabajo.

(5) PAZ, Jorge A. *Envejecimiento y empleo en América Latina y El Caribe*. OIT, Sector del Empleo, Departamento de Políticas de Empleo, Documento de Trabajo N° 56, 2010, pp. 1 a 5.

El *iter* de su posterior protagonismo en ambas disciplinas jurídicas se puede resumir así:

- i) En la Recomendación N° 67, sobre la seguridad de los medios de vida, 1944, se consideró como uno de los riesgos que debe cubrir la seguridad social a la vejez, cuya prestación deberá pagarse cuando se alcance la edad prescrita, que sin entrar en guarismos solo se consignó debería ser aquella en que las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente, en la que la incidencia de la enfermedad o la invalidez es elevada.
- ii) En el Convenio N° 102, sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, la OIT precisó en el artículo 26.2 que para percibir las prestaciones de vejez “la edad prescrita no deberá exceder de 65 años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta a capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate”.
- iii) El Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, se caracteriza porque presenta nuevos criterios de discriminación y deja la posibilidad a los Estados miembros, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, definan como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que por razones de edad, entre otras, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. En el Informe III (Parte 4B), de las memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones de la Conferencia Internacional de 1996 la OIT informó que hasta esa fecha ninguno de los países ratificantes del convenio especificó explícitamente otros criterios, pero algunos si lo han hecho a través de disposiciones internas constitucionales, legislativas o reglamentarias cuya finalidad es combatir la discriminación en el empleo y la ocupación; los códigos de trabajo y las legislaciones específicas de muchos países prohíben expresamente la discriminación por motivos de edad, con la salvedad de que dichas disposiciones deben interpretarse conjuntamente con las que permiten lícitamente poner término al empleo de toda persona que haya cumplido la edad de la jubilación; asimismo, la OIT recomendó: “La discriminación fundada en la edad debe examinarse sobre todo desde el punto de vista de la edad de la jubilación obligatoria

y de las condiciones de empleo de los trabajadores de edad y de los trabajadores jóvenes. Hoy en día, se tiende a observar una mayor flexibilidad en cuanto a la edad de jubilación obligatoria en los países industriales”⁽⁶⁾.

- iv) En el Convenio N° 128, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, artículos 15.2 y 15.3 se ratificó la edad en 65 años, precisando que su extensión deberá tener en cuenta criterios demográficos, económicos y sociales apropiados y justificados por datos estadísticos, y que si la edad prescrita fuera igual o superior a los 65 años, deberá ser reducida para las personas que hayan trabajado en labores penosas o insalubres, a efectos de la prestación de vejez.
- v) La Recomendación N° 162, sobre los trabajadores de edad, 1980, desarrolla las medidas a adoptar para impedir la discriminación de los trabajadores de edad en materia de empleo y sugiere en sus numerales 5, 12 y 22 lo siguiente: a) Considerando su nivel profesional, experiencia y calificaciones deben tener acceso a un empleo de su elección “a reserva de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo”; b) Deberían realizarse estudios para identificar los tipos de actividad en los que el proceso de envejecimiento sea más rápido o cuando hay dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, debiendo determinar sus causas y proponer las soluciones apropiadas; y, c) Garantizar que el paso de un trabajador a una situación de retiro se efectúe voluntariamente y hacer flexible la edad de admisión a las prestaciones de vejez.

En síntesis, desde la perspectiva de la demografía del empleo, la OIT viene enfrentando dos desafíos concatenados o interdependientes que son el crecimiento del desempleo juvenil y la extensión de la vida por más largo tiempo. La respuesta al problema no es otorgar la jubilación anticipada para que los jóvenes sustituyan a los mayores y accedan al mercado de trabajo. José Manuel Salazar-Hirinachs, Director Ejecutivo para el Empleo de la OIT, en una conferencia sobre envejecimiento en la ONU, fue contundente al señalar: “En la práctica, los

(6) CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Igualdad en el empleo y la ocupación*. 1ª ed., 83ª sesión, Ginebra, 1966, pp. 19 a 23.

trabajadores más jóvenes no pueden sustituir fácilmente a los trabajadores mayores. La evidencia sugiere que las políticas de jubilación anticipada no han generado empleos para los grupos de personas más jóvenes⁽⁷⁾.

Como comentario aparte debemos recordar que la propia OIT también se adapta a los tiempos y viene discutiendo una nueva ampliación de la edad de jubilación de sus funcionarios. Según el artículo 11.3 del Estatuto de Personal y reglamentos de la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas, la edad de jubilación para los funcionarios que ingresaron antes del 01/01/1990 era de 60 años, los que ingresaron después se jubilan a los 62 años, sin perjuicio de poder mantener la relación por más tiempo con cualquier funcionario. La edad de jubilación ha sido ampliada a los 65 años a partir del 01/01/2014, pues bien, la OIT viene discutiendo la adecuación de sus funcionarios a dichas normas desde el 2013⁽⁸⁾.

IV. SINOPSIS JURÍDICA SOBRE LA EDAD DE JUBILACIÓN EN EL PERÚ

En realidad, de acuerdo al desarrollo histórico del DT y de la S., la temática de la edad de jubilación en el ámbito internacional y nacional se expresó primero con mayor claridad y amplitud en el Derecho de Seguridad Social y tiempo después en el Derecho del Trabajo, en este último caso, comenzó a desarrollarse vinculada al principio de no discriminación y como causa de extinción del contrato de trabajo.

Como la docencia universitaria está vinculada a los regímenes laborales de la actividad pública y privada, presentaremos a continuación una síntesis de las principales normas legales generales sobre la edad de jubilación en nuestro país.

Obviamente, dejamos de lado las jubilaciones en los contratos especiales de trabajo en los regímenes laborales público (funcionarios de entes especializados) y privado (mineros, pescadores, marítimos, aviadores, construcción civil, periodistas, etc.) por tratarse de otro asunto.

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO: “Trabajadores jóvenes y mayores: dos caras de la misma moneda”. Noticias RSS, 08/10/2012.

(8) OIT: Consejo de Administración: “Enmienda al Estatuto de Personal: edad de jubilación ...”. Undécimo punto de orden del día, Ginebra, 18/09/2013.

1. En el régimen laboral público

La Ley N° 11377, denominada Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de 1950, estipulaba en sus arts. 34, 35 y 36 que la actividad de la función pública terminaba por jubilación definitiva, que era forzosa al cumplir 70 años de edad y facultativa al cumplir 60 años.

El Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, establece lacónicamente en su artículo 35, inc. a) que se considera causa justificada para el cese definitivo del servidor el límite de 70 años de edad. A su vez, su Reglamento, D.S. N° 005-90-PCM, prescribe en sus artículos 182, inciso c) y 186, inciso a), que el término de la carrera administrativa se produce por cese definitivo a los 70 años de edad. Según lo prescrito en la primera disposición complementaria, transitoria y final del D.L. N° 276 “Los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de carrera, regulados por leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen privativo, no obstante lo cual deben aplicárseles las normas de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en lo que no se opongan a tal régimen”. De ese modo, siendo dicho decreto legislativo la norma matriz de las relaciones laborales en el sector público, es supletorio para los regímenes especiales si es que en estos hay vacío o deficiencia normativa; más aún, algunas legislaciones de los regímenes especiales han considerado también la edad de 70 años como límite para la terminación del contrato de empleo público.

La Ley del Servicio Civil N° 30057, de 2013, prescribe en su artículo 49 (incisos c y d) que el servicio civil termina por jubilación y por “Alcanzar el límite de edad de 70 años, exceptuando a aquellos funcionarios públicos de órganos colegiados cuya función es de asistencia temporal y perciben dieta”. Al igual que la disposición comentada en el párrafo precedente, la primera disposición complementaria y final de la Ley N° 30057 establece que no están comprendidos en ella, entre otros, los servidores sujetos a las siguientes carreras especiales: diplomáticos, docencia universitaria, profesionales de la salud, magisterio, fuerzas armadas, policía nacional, trabajadores penitenciarios, ministerio público y poder judicial (solo se les aplica supletoriamente el art. III del título preliminar, título II y V, referidos a los principios, organización del servicio civil y régimen disciplinario y procedimiento sancionador, respectivamente). Hacemos notar que esta declaración de no aplicabilidad o “supletoriedad negativa” de la ley a las carreras especiales, está en abierta y antitécnica contradicción con las reglas estipuladas para las compensaciones en el artículo 34 de la misma ley, donde *in fine* se dispone que dichas reglas “son de aplicación general, inclusive para las carreras especiales”.

El Reglamento General de la Ley de Servicio Civil, contenido en el D.S. N° 040-2014-PCM, junio de 2014, desarrolla el término de la relación de servicio civil relacionado con la edad en sus artículos 208, 209 y 210, que prescriben en síntesis y sucesivamente: a) **Término por jubilación.**- La jubilación pone fin a la relación, opera cuando se notifica al servidor con la resolución que reconoce su derecho a pensión a cargo de la Oficina de Normalización Previsional o el Sistema Privado de Pensiones, bajo cualquier modalidad, bajo ningún supuesto el vínculo del servidor civil podrá persistir si es que el servidor percibe una pensión de jubilación; b) **Término obligatorio por límite de edad.**- El servicio civil termina de manera automática y obligatoria cuando el trabajador cumple 70 años de edad, salvo que se trate de funcionarios públicos de órganos colegiados con funciones temporales y que perciben dieta; y, c) **Término facultativo por edad.**- El trabajador tiene la facultad de dar por terminado el vínculo a partir de la edad de 65 años, sin que le sean aplicables las normas sobre renuncia.

2. En el régimen laboral privado

Como sostuvimos *supra*, la edad de jubilación fue primigeniamente desarrollada en el ámbito del Derecho Previsional, no parecía regulada en el DT o lo hacía marginalmente. De ese modo, las ya antiguas y derogadas normas legales de estabilidad laboral (D.L. N° 18471, de 1970, D.L. N° 22126, de 1978, y D.L. N° 24514, de 1986) solo desarrollaron limitadamente como principal el tema de las causas justas de despido o solo las faltas graves y las situaciones excepcionales de la empresa.

El Decreto Legislativo N° 728, de 1991, consideró por primera vez dentro de las causas de extinción del contrato a la jubilación y en el artículo 57 prescribió que la jubilación era obligatoria para el trabajador varón y mujer que cumplan 65 y 60 años de edad, respectivamente. La Ley N° 26513, de 1995, recompuso el artículo anterior y le agregó un párrafo final: “La jubilación es obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo pacto en contrario”. Así pasó a figurar en el texto único ordenado del D.L. N° 728, contenido en el D.S. N° 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (art. 21), en vigencia desde 1997.

El D.S. N° 001-96-TR, reglamento de la LPCL, señala en su artículo 30 que se entiende opera la jubilación obligatoria y automática si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite que se estuviera siguiendo para el trámite de dicha pensión.

V. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJO DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA (PÚBLICO Y PRIVADO)

En el numeral 4.1. precedente vimos que desde los predios puramente legales la Ley de Servicio Civil N° 30057 reconoce como régimen especial, entre otros, a la carrera universitaria.

¿Qué se entiende desde el punto de vista doctrinal por un régimen especial de trabajo, sea en el régimen laboral público o privado? Por razones de espacio, sintéticamente señalamos a continuación cuáles son las principales características de un régimen especial (en otro estudio prometemos desarrollar el tema in extenso):

- a) Es una prestación de servicios de naturaleza laboral a la que resulta contraproducente, antitécnico, injusto y hasta descabellado aplicarle la normativa común, dadas las especificidades profundamente diferenciadas entre ambos tipos de prestaciones.
- b) El régimen especial significa que el contrato laboral que aquel contiene ha alcanzado un alto grado de evolución respecto del Derecho Laboral común, fundamentalmente en tres criterios: i) naturaleza intrínseca de la actividad (que *per se* y en forma objetiva la hace claramente diferente de las otras, no da pie a las interpretaciones subjetivas, caprichosas, maliciosas y hasta políticamente interesadas del poder de turno que emite las normas correspondientes); ii) variaciones sustanciales en la contraprestación de servicios (remuneraciones o compensaciones); y, iii) variaciones notorias en la prestación de servicios (jornada de trabajo). Nosotros nos permitimos utilizar otros once criterios diferenciadores, pero como resultan medianamente o menos importantes, los omitimos en esta ponencia.
- c) El hecho de haber alcanzado un alto grado de evolución significa que necesariamente tiene que tener una clara y a veces abundante normativa o cuerpo normativo propio. Como en un régimen especial, dada sus particularidades, hay menos supletoriedad del Derecho Laboral común, necesariamente tiene que tener un cuerpo normativo, sea heterónimo (por intervención estatal) o autónomo (por intervención de la autonomía colectiva y sus reconocidos poderes de auto-organización, autonormatividad y autodefensa. Si la supletoriedad resulta abundante, entonces es falso que estemos frente a un régimen especial.

- d) Como la prestación y la contraprestación aparecen bastante diferenciados en los regímenes especiales respecto del régimen laboral común público o privado, necesariamente ello termina por expresarse también en la regulación de los beneficios sociales de los trabajadores, que presentan particularidades que pueden resultar medianamente ininteligibles en el derecho común.

La prestación de servicios de la docencia universitaria constituye sin lugar a dudas un régimen especial por múltiples razones, de las cuales se nos ocurre mencionar provocadoramente solo algunas de ellas: i) tiene una regulación especial compleja donde en algunas de sus instituciones con frecuencia escasea la supletoriedad; ii) la naturaleza intrínseca de la actividad la hace claramente diferente a la naturaleza común de las relaciones de trabajo en el servicio público y privado; iii) el trabajo intelectual es intenso (como reza una canción romántica, (...) quererse “no tiene horario ni fecha en el calendario”; al menos nos referimos a los auténticos docentes), invisible, tiene una especie de aparentes “tiempos muertos”, constituye una especie de sui generis “suspensión imperfecta cuasi no intermitente” del contrato de trabajo, y, iv) hay claras diferencias en el aspecto de la contraprestación de servicios, pero al nivel de nuestro país con un desarrollo económico, social, presupuestal y político todavía incipiente, aún no se aprecian sus consecuencias en el reconocimiento de beneficios sociales diferenciados y con mayores criterios de justicia.

VI. REALIDAD Y PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA PERUANA

1. Partamos de la medicina y de la tipología de las edades. La edad cronológica (según fecha de nacimiento), no siempre va de acuerdo con la edad biológica (relacionada con el grado de envejecimiento), la edad psicológica (determinada por los rasgos psicológicos positivos y negativos de cada grupo de edad), y la edad social (marcada por circunstancias económicas, laborales y familiares); las tres últimas también se integran en la denominada edad funcional, donde la persona tiene autonomía en sus decisiones e independencia en sus actividades. A pesar de que las cuatro edades se interrelacionan, muchas veces se aprecia que las personas son viejas cronológicamente pero no lo son funcionalmente, y viceversa. En otro contexto, prologando

un libro Pajares Márquez nos dice: “La ancianidad no es equivalente a un apagamiento de la luz cognitiva, todo lo contrario, en la historia de la humanidad han existido viejos fabulosos como Miguel Ángel, Tiziano, Goethe, Víctor Hugo, Picasso, quienes en edad avanzada todavía tenían la lucidez mental que los llevaría a ser creativos en el crepúsculo de sus vidas. En la ciencia tenemos los casos de Darwin, Freud e Einstein”⁽⁹⁾. Guardando las distancias con los genios mencionados, por muchas razones, en la docencia universitaria la edad funcional es más significativa que la edad cronológica.

2. Luis David González nos ilustra que el envejecimiento es diferente a la senectud, el primero es el deterioro secuencial que ocurre en los seres vivos por efecto del tiempo de vida que incluyen debilidad, cambios en la composición bioquímica y mayor susceptibilidad a padecer enfermedades, la segunda es un proceso temporal que implica la pérdida de la capacidad celular de división, crecimiento y función, y que resulta incompatible con la vida, hasta terminar en la muerte. Hay también diferencias entre el envejecimiento normal (complejo habitual de diversas enfermedades y alteraciones que caracterizan a la ancianidad) y el envejecimiento satisfactorio o saludable (proceso con mínimos efectos perjudiciales para la salud, que no va acompañado necesariamente de enfermedad debilitante o de discapacidad; los componentes de este envejecimiento son el resultado de ausencia de enfermedad, compromiso con la vida y buena función física y cognitiva)⁽¹⁰⁾.
3. Veamos ahora parte de la realidad nacional universitaria del profesorado a la luz de la lupa de la estadística. Las universidades peruanas han tenido un crecimiento desmesurado y anárquico, sin tener en cuenta las necesidades y los requerimientos nacionales. Según el I y II Censos Universitarios de 1996 y 2010, estas crecieron de 57 (28 públicas y 29 privadas) a 100 (35 públicas y 65 privadas), y los docentes de 25 795 a 59 085 (públicos: 21 439; privados: 37 651)⁽¹¹⁾.

(9) PAJARES MÁRQUEZ, Tito. “Prólogo”. En: GONZÁLEZ NIEVES, Luis David; CONCEPCIÓN URTEAGA, Luis Alberto (coordinadores y principales autores). *Nociones de geriatría y gerontología*. Facultad de Medicina. Editorial Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 2014, p. VI.

(10) GONZÁLEZ NIEVES, Luis David. “Relaciones entre envejecimiento y enfermedad. ¿Cómo recoger la historia clínica del adulto mayor?”. Ob. cit., pp. 37 y 38.

(11) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - ASAMBEA NACIONAL DE RECTORES. *II Censo Nacional Universitario 2010*. Principales resultados, Dirección Nacional de Censos y Encuestas, Lima, enero, 2011, diversas págs.

(Según la información proporcionada por la ANR para el 2011, que figura en la información de la publicación del último censo, las universidades públicas eran 37 y las privadas 68, con un total de 23 300 y 44 618 docentes, respectivamente)⁽¹²⁾.

Al 2010, el total de docentes por condición contractual en las universidades peruanas arrojaban las siguientes cifras: 34,7 % ordinarios (73,4 % en las universidades públicas y 12,6 % en las privadas); 58,3 % contratados (20,6 % y 79,7 %, respectivamente); 0,6 % extraordinarios (0,3 % y 0,8 %, respectivamente). Por categoría docente, del total de profesores ordinarios eran: principales 7,034 (5472 en las universidades públicas y 1562 en las universidades privadas); asociados 7662 (6176 y 1486, respectivamente); auxiliares 5424 (4008 y 1486, respectivamente). Los profesores extraordinarios (eméritos, honorarios, investigadores y visitantes en todo el Perú eran solo 368 (68 en las universidades públicas y 300 en las privadas).

En cuanto a las edades por grupos etáreos tenemos los siguientes porcentajes: de 45 a más años representan el 55,3 % (71,8 % está en las universidades públicas y 45,9 % en las privadas, en un cuadro conexo el INEI señala que numéricamente los profesores que tienen de 45 a más años son 15,385 en las universidades públicas y 17280 en las privadas); de 40 a 44 años son el 13,5 %; de 35 a 39 años son el 13,3 %; y de menos de 35 años son el 17,5 %. En las edades mayores hay mayor porcentaje de hombres y en las edades menores mayor porcentaje de mujeres. Los docentes con estudios de posgrado concluidos al 2010 en todas las universidades peruanas solo son 2143 (961 en las públicas y 1182 en las privadas); los postgraduados en el extranjero solo son el 16,6 % del total (el 12,6 % están en las públicas y el 17,6 % en las privadas)⁽¹³⁾.

La información del INEI nos provoca, por razones de espacio limitado, los siguientes apretados comentarios: i) Se nota la masificación y descualificación parcial de la docencia. Hay universidades por doquier y muchas no respetan los estándares de calidad requeridos, orientándose más a la formación en carreras vinculadas al sector

(12) En: <inei.gob.pe/estadísticas/indice-tematico/sociales>.

(13) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - ASAMBEA NACIONAL DE RECTORES. Ob. cit., pp. 103 a 123.

terciario de la economía que al sector secundario que es el que más genera progreso y desarrollo; ii) el abultado número de profesores puede dar la falsa imagen de abundancia; sin embargo, no hay que perder de vista que los profesores ordinarios apenas llegan a casi un tercio y los contratados a casi dos tercios del total, siendo de resaltar que la mayoría de ellos, al menos en las universidades privadas, tienen contratos a tiempo parcial y por bajo número de horas; iii) los profesores mayores de edad están sobre todo en las categorías de principales y asociados, por su mayor permanencia y progresión en la carrera; si bien es cierto no hay cifras estadísticas sobre este grupo de profesores (algunas entidades sindicales han publicado noticias señalando que son más de 2400 los profesores que ya tienen 70 o más años y van a ser despedidos con la nueva ley), en realidad no se puede precisar cuántos son los profesores de 70 a más años; iv) resulta deprimente y preocupante constatar que según la última información estadística censal, al interior de este último grupo solo tengamos 86 investigadores en total (16 está en universidades públicas y 70 en las privadas).

4. Los ingresos de la docencia universitaria son otra caja de pandora por lo siguiente: i) los profesores principales, asociados y auxiliares a tiempo completo perciben un ingreso bruto mensual de 6707,32, 3008 y 2008 nuevos soles respectivamente; ii) los que son tiempo parcial 20 horas perciben por categoría un ingreso bruto de 3353,66, 1504 y 1004 nuevos soles respectivamente; iii) los que son tiempo parcial 10 horas perciben 1676,83, 752 y 502 nuevos soles respectivamente⁽¹⁴⁾, y adviértase que en este último grupo tenemos muy cualificados y competentes profesionales, jueces, fiscales, etc., que sufren indecibles maltratos y solo trabajan por altruismo y encomiable gratitud y desprendimiento que de ninguna manera justificamos porque constituye un claro atentado contra los derechos fundamentales. Los únicos que se podría decir están “más o menos” son los profesores principales a dedicación exclusiva o tiempo completo, los profesores de las demás categorías perciben sueldos miserables y tienen legítimas e incuestionables expectativas por el ascenso, cuya consecuencia es el conflicto interno entre los adultos mayores de 70

(14) Esta información, sobre todo de los profesores a tiempo parcial, se relativiza en función del siguiente dato estadístico: el 57,2 % y el 34,1 % de los profesores se dedica a otras actividades en las universidades privadas y públicas, respectivamente. *Ibidem*, p. 108.

años que no quieren jubilarse y los jóvenes que claman porque se vayan.

5. Consecuencia más grave para el profesorado adulto mayor son las pensiones de jubilación que pagan la Oficina de Normalización Previsional en la Ley N° 19990 (mínima de S/. 415 mensuales y máxima de S/. 857.36 mensuales desde hace 13 años) y el Sistema Privado de Pensiones (AFP, cuyos pagos promedio apenas alcanzan a un cuarto y hasta un quinto del ingreso mensual percibido por los profesores activos)⁽¹⁵⁾. El de los profesores afiliados al D.L. N° 20530 es un caso aparte porque pasarán al retiro con una pensión mayor que las anteriores, y será difícil pensar en su reemplazo hasta que haya plaza presupuestada, ya que se van con su pensión.

No hay que dejar de tener en cuenta que la docencia en la edad madura se supone ya logró sus objetivos de vida y tiene asegurada en regla general su vejez por otros medios, salvo que haya sido dispendiosa o no precabida con su propio futuro y el ocaso de la vida. Sin embargo, es justo reconocerlo, existen profesores que, no por falta de previsión, sino por su tipo de profesión se pasan la vida dentro de los claustros universitarios y resulta claro que con el drama del derecho pensionario enunciado son muy pocos los que quieren jubilarse, y cuanto más pase el tiempo más difícil será el futuro para las generaciones jóvenes.

VII. LA EDAD DE JUBILACIÓN EN LA LEY UNIVERSITARIA N° 30220 PARA LA DOCENCIA DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA

1. Sinopsis histórica y tratamiento jurisprudencial

La derogada Ley Universitaria N° 17417, promulgada por Velasco en 1969, prescribió en su artículo 78, incs. a) y c) que la jubilación de los profesores era “A los 70 años de edad, pudiendo continuar en sus funciones hasta el término del año académico”, y “Por decisión voluntaria al cumplir 30 años de servicios al Estado”. La ley que le siguió, N° 23733, dada por Belaunde en 1983 y ya derogada,

(15) Los diarios informaron a mediados de agosto último que más del 60 % de los 73 683 pensionistas afiliados a las AFP reciben pensiones de jubilación menores al sueldo mínimo, y cerca del 27 % perciben menos de la pensión mínima de sobrevivencia de S/. 415 mensuales que otorga la ONP. Vide: diario *La República*, de 10 y 24 de agosto de 2014, pp. 2 y 3, en ambos ejemplares.

señaló en su artículo 52 que los docentes tenían derecho a: inciso g) “Los derechos y beneficios del servidor público y a la pensión de cesantía o jubilación conforme a ley”, es decir, reconoció la supletoriedad de la legislación laboral común en dicha materia. En forma indirecta se refirió al D.L. N° 276 y su reglamento. Los Estatutos de algunas Universidades fueron más explícitos y casi reprodujeron las normas del D.L. N° 276.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 10/12/1999 (Exp. N° 549-99-AA/TC) declaró fundada la demanda y la inaplicación de la resolución rectoral pertinente, en la acción de amparo interpuesta por el profesor César Enrique Orrego Espinoza contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por haberlo despedido arbitrariamente al cumplir 70 años de edad mediante Resolución Rectoral. Por su importancia, reproducimos sus principales fundamentos:

- a) Que se había aplicado erróneamente el inc. a) del art. 35 del D.L. N° 276 e inc. a) del art. 186 del D.S. N° 005-90-PCM, porque las normas sobre cese definitivo de un servidor público que cumpla 70 años no es aplicable a los profesores universitarios, ya que según el art. 70 de dicho D.L. este solo alcanza al personal administrativo de las universidades públicas;
- b) “Al ser la docencia universitaria una función de características especiales como son la investigación, capacitación permanente, transmisión de conocimientos y de alta dirección, **la ley universitaria ha establecido un régimen laboral y remunerativo peculiar para sus profesores, en el que no se contempla el cese por límite de edad en la función docente**, por lo que no es aplicable el artículo 136 del Estatuto de la UNMSM por reglamentar *extra legem*, esto es un asunto no previsto en su ley, así como tampoco el inc a) del artículo 135 del D.L. N° 276 (...)” (el resaltado es nuestro).
- c) Que por razones de edad no se puede privar a un docente de ejercer la cátedra, cuando “es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico, o de desarrollar funciones administrativas, así como las funciones de alta dirección que por ley le corresponden en el ámbito de sus responsabilidades académicas”.

Toyama y Rivera, comentando la sentencia precedente sostienen en síntesis lo siguiente: considerar la jubilación como causa de extinción obligatoria y no

voluntaria del contrato implicaría que se está brindando mayor preponderancia a la política de empleo y de redistribución del trabajo, de modo que la jubilación ya no sería entendida como un derecho en sí, sino una política de Estado que sacrifica el interés individual del trabajador por el interés grupal y se limita el derecho al trabajo de un grupo de personas para garantizar el mismo derecho a otro sector; la jubilación obligatoria se basa en la presunción *iures et de iure* de que cumplida la edad requerida el trabajador deviene incapaz para el desempeño de sus funciones profesionales, concepción que es extremadamente rígida porque una edad legalmente establecida para una actividad ocupacional podría ser muy tardía en algunos casos y muy temprana en otros, Además la incapacidad ya está prevista en la ley como causa de despido, corriendo la carga de la prueba a cargo del empleador, con lo que la rigidez de la jubilación automática y la presunción *iures et de iuri* (presunción de derecho) pasa a ser una presunción *iuris tantum* (presunción sometida a prueba), la cual resulta más adecuada a la naturaleza compleja de las relaciones laborales; la jubilación es un derecho que implica también libertad, por lo que si se ejecuta de manera obligatoria se estaría afectando la autonomía de la voluntad del grupo de personas al cual en vez de proteger se le estaría desprotegiendo, sin tener en cuenta que una verdadera acción protectora tiene como objetivo la promoción e incentivo de prolongación de la vida laboral de los trabajadores de edad avanzada; y, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que la jubilación obligatoria y automática era claramente inconstitucional, por vulnerar derechos constitucionalmente reconocidos, como el derecho al trabajo, a la igualdad ante la ley, al trabajo, a no ser discriminado por ningún motivo y a la libertad de creación intelectual⁽¹⁶⁾. Sin embargo, señalan también que la declaración de inconstitucionalidad es flexible porque en otras sentencias, como la recaída en el Exp. N° 1502-2001-AA/TC, estableció como válida la jubilación obligatoria automática, basando su constitucionalidad en el régimen jerarquizado de los magistrados del Poder Judicial, que sería el criterio objetivo de diferenciación⁽¹⁷⁾.

Los autores precitados hacen mención a una sentencia del Tribunal Constitucional español de años atrás que declara la jubilación forzosa como una figura

(16) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge; RIVERA UGARTE, Jeimy. “Jubilación obligatoria. Los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 68, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2004, pp. 51-63.

(17) En el Exp. N° 1502-2001-AA/TC, un Vocal titular de la Corte Superior de Junín fue cesado por cumplir 70 años y solicitó la inaplicación de la resolución de cese y su reposición en el trabajo amparando su demanda en las Leyes N°s 26623, modificada por la Ley N° 27175, que estableció la edad de cese definitivo de los magistrados y fiscales supremos en 75 años, ley que fue derogada por la Ley N° 27175. En el Exp. N° 3572-2005-PA/TC-Cajamarca, se declaró infundada la demanda del Presidente de la Comisión Organizadora y de Gobierno de la Universidad Particular Antonio Guillermo Urrel, quien tenía un contrato a plazo fijo y sin que este venza todavía fue despedido a los 70 años, por considerar los juzgadores que sus funciones fueron administrativas y no docentes.

constitucionalmente correcta, debido a que no vulnera derechos fundamentales ni establece desigualdades, pues todas las personas que cumplan la edad requerida van a encontrarse en la misma situación, salvo acuerdo de partes, y que la igualdad solo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que en este caso viene a ser la edad. Para Montoya Melgar, citado por ellos, este razonamiento no resulta convincente y lleva a la ilógica conclusión de que cualquier trato diferencial en razón de edades distintas es objetivo y se encuentra justificado.

Como se puede apreciar de las sentencias precedentes el tema en cuestión realmente resulta técnica y académicamente muy controvertido, no solo en el Derecho nacional, sino internacional. Por razones de espacio, nos permitimos señalar solo puntualmente que nuestra posición personal es que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso de la UNMSM es parcialmente correcta, estamos de acuerdo con los tres fundamentos sintetizados y vertidos “supra” (precisando que la actividad fundamental de un docente es la investigación y la enseñanza, mas no la administración ni el desempeño de funciones de alta dirección, salvo que estas se refieran con suma claridad al ámbito de las responsabilidades académicas), estamos también de acuerdo en que la fijación de la jubilación obligatoria a los 70 años es también claramente inconstitucional y esto debe ratificarse en las próximas sentencias de inconstitucionalidad en actual trámite procesal; sin embargo, el Tribunal yerra clamorosamente a no haber señalado otra edad mayor para la jubilación de la docencia, ya que gracias a dicha sentencia ahora tenemos algunos profesores incluso mayores de 80 años que no cumplen su obligaciones adecuadamente ni pueden hacerlo, por múltiples razones que nuestros lectores deducirán.

2. La edad de jubilación en la Ley N° 30220

En los antecedentes de la nueva Ley Universitaria se observa lo siguiente:

- a) El Proyecto de ley remitido al Congreso de la República por la Comisión de Educación del Congreso de la República, en una de sus primeras versiones, al referirse al periodo de evaluación para el nombramiento de los profesores ordinarios prescribía en la la parte final del artículo 80: “Los docentes ordinarios y eméritos, no cesan por límite de edad en la función docente, excepto por incapacidad física o mental probada”.
- b) Los posteriores Proyectos Sustitutorios presentados para el debate parlamentario cambiaron dicho artículo, primero estableciendo el

cese indefectible al cumplir los 70 años de edad, con excepción de los docentes eméritos que luego de producido su cese podían seguir prestando sus servicios ante solicitud expresa de la universidad (art. 80 del Proyecto presentado en mayo de 2013), luego cambiaron de posición y comenzaron a sostener que la edad máxima era de 70 años, pudiendo continuar como profesores extraordinarios (textos ingresados con fechas 12/12/2013 y 26/06/2014).

El artículo 84 de la Ley N° 30220, prescribe en uno de sus párrafos: “La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad solo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargo administrativo”. Esta regulación nos sugiere los siguientes comentarios:

- a) En principio, es claramente inconstitucional. Nuestros congresistas han dejado de lado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto, que constituye fuente del derecho y con toda seguridad será declarado así cuando se resuelva la acción de inconstitucionalidad que cuestiona este extremo.
- b) Es inconstitucional en el sentido de que no respeta el carácter de régimen especial de la docencia universitaria y equipara su edad de jubilación a la del resto de servidores públicos, ya que erróneamente se está privilegiando la edad cronológica por sobre la edad funcional e introduciendo una discriminación que no respeta diferencias objetivas y razonables en el ejercicio de las funciones ocupacionales. Nos aventuramos a sostener con firmeza que la norma no sería inconstitucional si es que consagrara una edad mayor para la jubilación, que en nuestro criterio debería ser de 75 años, dejando abierta la posibilidad de poder continuar trabajando por pacto en contrario. De ese modo, ya no estaríamos frontalmente expuestos a la figura que la doctrina denomina “jubilación guillotina”, sino a una mixtura de una jubilación obligatoria y/o consensuada. Un profesor que haya demostrado durante su ejercicio excelencia académica en todos los sentidos va a ser un lujo para la universidad y esta, si tiene autoridades éticas, institucionalistas y amantes de la verdadera sabiduría, no querrá deshacerse de él. Todo esto, en nada impide la aplicación de la causal de extinción del contrato denominada incapacidad física o mental debidamente comprobada por los organismos de salud autorizados por ley, en cualquier etapa del desarrollo de la prestación.

VIII. LA EDAD DE JUBILACIÓN PARA LA DOCENCIA UNIVERSITARIA DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

1. Sinopsis histórica y tratamiento jurisprudencial

La docencia universitaria en el régimen laboral de la actividad privada, casi siempre ha tenido un tratamiento bivalente porque en ciertos casos se le ha aplicado la ley universitaria en algunas de sus disposiciones, y en otros la legislación laboral privada. Este equilibrio, a veces justificado y a veces convencional se descompensó con la emisión de una norma claramente flexibilizadora que es el Decreto Legislativo N° 882 (1996, Fujimori), denominado Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación, en cuyos artículos 1 y 6 no solo extendía su aplicación a las universidades y escuelas de posgrado particulares, sino que establecía el personal docente y los trabajadores administrativos en relación de dependencia se regían exclusivamente por las normas del régimen laboral de la actividad privada.

Con relación al tratamiento jurisprudencial, son de resaltar la sentencia Casatoria N° 166-2001-Ica, del 27/04/2001, emitida por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, que declaró nula una sentencia de la instancia anterior, señalando que la Sala Superior dio a la norma alcances que no tenía y desnaturalizó su texto, ya que la excepción a la aplicación de la jubilación automática por cumplir 70 años, vía pacto en contrario, no podía ser tácita, sino expresa, de modo que de continuar la relación laboral a posteriori (más allá de los 70 años), sin declaración de voluntad del empleador no existe despido arbitrario⁽¹⁸⁾.

También es de resaltar la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 1485-2001-AA/TC, del 11/09/2002, donde el rector de la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo cesó a don José Leoncio Matos Sotelo en sus funciones de docente ordinario en la categoría de auxiliar por haber cumplido los 70 años de edad, según dispone su Estatuto. El Tribunal declaró fundada la demanda con los siguientes argumentos principales: a) Este caso es similar al que ocurrió en la Universidad de San Marcos, contenido en el Exp. N° 594-99-AA/TC,

(18) En la Casación N° 2501-2009-Ica, del 15/01/2010, la SDCS Permanente de la Corte Suprema de Justicia estableció que el pacto en contrario puede extinguirse en cualquier momento, por simple decisión unilateral del empleador de aplicar la causal. Nos parece que el sentido de la casación está bien si el pacto es tácito, pero no si es expreso, porque de ser así tendría que respetarse lo pactado; de ese modo, extendiendo la reflexión, si se pretende extinguir el contrato pactado expresamente tendría el empleador que dar carta de preaviso de despido y el trabajador presentar su carta de renuncia.

por lo que dicha sentencia tiene fuerza vinculante por contener criterios generales y específicos sobre la jubilación de los docentes; b) La jubilación es un derecho y es el trabajador quien decide cuándo debe retirarse, porque no puede o no desea seguir trabajando, criterio potestativo que no compatibiliza con la figura de la “jubilación guillotina” que opera obligatoria y automáticamente sin contar con la anuencia del trabajador; y, c) La Ley N° 23733 no contempla el cese por límite de edad en la función docente.

2. Normativa aplicable (D.S. N° 003-97-TR, Ley N° 30220 y disposiciones conexas

Por pertenecer al régimen laboral privado es de aplicación el TUO del D.L. N° 728 (D.S. N° 003-97-TR), que en sus artículos 16 y 21 desarrolla las causas de extinción del contrato y señala en su último párrafo que: “La jubilación es obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario”.

También se aplicaba el D.L. N° 882, pero la Ley N° 30220, en su única disposición complementaria derogatoria ha dejado sin efecto parcialmente dicho decreto en lo que respecta al ámbito universitario, con excepción de los artí 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, que casi en su totalidad se refieren a aspectos tributarios e impuesto a la renta, pero nos parece deja en el limbo de la indefinición la aplicación total o parcial del régimen laboral a sus profesores, ya que dentro del cap. XII, referido a la universidad privada, artículo 122, párrafo *in fine*, prescribe que el Estatuto de cada universidad privada define el proceso de selección, contratación, permanencia y promoción de sus docentes, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 80 y 82 de dicha ley (que solo se refieren a las categorías profesoriales y a los requisitos para el ejercicio de la docencia).

IX. CRITERIOS Y JUSTIFICACIONES RAZONABLES PARA QUE LA EDAD DE JUBILACIÓN NO SEA A LOS 70 AÑOS, SINO A LOS 75 COMO MÁXIMO

1. Para los fines de este trabajo importa tener en cuenta que con el auxilio de las ciencias médicas se ha descubierto que la edad cronológica no siempre va de la mano con la edad funcional (biológica, psicológica y social). Esto es muy importante para la docencia universitaria porque en regla general la edad funcional es más significativa que la edad cronológica, por razones económicas, culturales, pedagógicas

y de calidad de vida gracias a un menor desgaste físico de los trabajadores intelectuales.

2. En regla general, un docente universitario llegado a la tercera edad está más próximo a tener un envejecimiento satisfactorio.
3. En regla general, la lucidez mental y la productividad del docente universitario se mantienen, se fortalecen y a veces hasta se acrecientan con el avance de los años, siempre y cuando este se estime a sí mismo y sea conciente de su responsabilidad y su rol social en el logro de los sagrados objetivos de la educación universitaria.
4. Si el docente universitario, en regla general, sin mayores problemas puede mantenerse activo más allá de los setenta años, no es una política educativa realista y razonable frustrar sus expectativas y licenciario condenándolo al suplicio de tener que soportar vejámenes en su dignidad y en su derecho a la salud y a la vida por culpa de sistemas pensionarios deshumanizantes y deshumanizados donde se otorgan pensiones de jubilación o de vejez insultativas y miserables.
5. De todos modos debe haber una edad máxima de jubilación. La grave situación actual que afrontan los países en aspectos sociológicos, económicos, financieros, políticos, estadísticos, médicos, estructurales y otros, nos lleva al convencimiento que la jubilación no se puede dejar al libre albedrío del trabajador porque a sabiendas de que sus ingresos pensionarios serán magros y en muchos casos hasta por debajo de los sueldos mínimos, ellos no se jubilarían y preferirían morir en su trabajo para no ver reducir sus ingresos. Por eso nosotros asumimos una tesis mixta para la jubilación de la docencia: obligatoria a los setenticinco años, y consensuada vía pacto en contrario a partir de dicha edad, sin perjuicio de que si se jubilan sigan trabajando como profesores extraordinarios cuando corresponde y tienen derecho.

X. PERSPECTIVAS SOLUTORIAS

1. Frente al drama de la revolución demográfica mundial deviene en falsa la lucha entre las generaciones de jóvenes y adultos mayores. Si observamos holísticamente el problema no hay intereses

contrapuestos intergeneracionales, los quinquenios y las décadas pasan rápido, el hoy de los adultos mayores será el mañana de los jóvenes. No es racional, conveniente ni estratégico ponerse hoy en la trinchera de la jubilación obligatoria y automática a los 70 años, y dentro de poco pasarse a la trinchera contraria. Hay que mirar con ineligencia y frialdad los “coursis y recoursis de la historia” y emprender una lucha conjunta para que en los nuevos escenarios planetarios podamos encontrar en lúcida simbiosis la armonización de la realidad con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

2. El artículo 84 de la Ley N° 30220 es inconstitucional, en concordancia con las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente comentadas. Esperamos que dicho órgano de control, con sus nuevos integrantes, declare fundadas las demandas que se refieran a este extremo, con lo cual la jurisprudencia obtendrá una nueva victoria ante la ley. Pero eso demorará algunos meses y mientras tanto ya hay despidos arbitrarios de docentes que han cumplido 70 años, y los seguirá habiendo próximamente. ¿Qué hacemos si el TC declara la constitucionalidad del artículo 84 de la ley? La norma está dada y hay que hacerle frente. Después de ello la primera tarea sería buscar la reforma del artículo 84 de la ley enarbolando nuestra propuesta, si es compartida, u otras que se estimen mejores.
3. Sin embargo, en lo inmediato, es un hecho ya hay y habrán demandas sobre acciones de amparo en la vía constitucional, acciones ordinarias en la vía laboral, otras seguirán la vía interna y algunas probablemente el proceso contencioso administrativo, según los casos, solicitando la nulidad del despido y la reposición, el pago de las remuneraciones devengadas y beneficios sociales, indemnización por despido arbitrario, etc., a las cuales los órganos de administración de justicia tendrán que dar respuesta.
4. Si la ley persiste se aplicará a los docentes que tienen menos de 65 años de edad al 10/08/2014, fecha de vigencia de la Ley N° 30220, la teoría de los hechos cumplidos. A los que ya cumplieron 65 años o más hasta el 09/08/2014, y de todas maneras los despiden, se les aplicará la teoría de los derechos adquiridos, esto es, deberán demandar en este caso aduciendo en su defensa los principios protector en su subclase de condición más beneficiosa o “sucesión in peius”

(sucesión de desmejora entre la norma anterior que era más favorable y fue derogada por una norma posterior que es menos favorable), de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación. La condición más beneficiosa se produce porque en los hechos concretos la norma 1 (sentencias del TC que en este caso es fuente del Derecho) ha sido derogada o dejada de lado por la norma 2 (Ley N° 30220), por lo que las sentencias funcionan ultractivamente a favor de todos los docentes que ya contaban con 65 años al 10/08/2014, ya que esa es la condición que tiene que cumplirse para poder aplicar dicha condición. Para los docentes universitarios del régimen laboral privado también funciona el criterio precedente.

XI. CONCLUSIONES

Primera.- EL envejecimiento de la población mundial y latinoamericana se convertirá en un drama en los próximos años. Al 2015 los mayores de edad serán cerca del 15 % de la población mundial y al 2050 serán más del 20 % (un quinto del total), las $\frac{3}{4}$ partes de dicha población estará ubicada en los países en desarrollo. En ALC la población envejece a mayor velocidad que otras regiones del mundo, en 30 años alcanzará el nivel de envejecimiento que a Norteamérica y Europa le costó 100 años alcanzar. Frente a esa oscura perspectiva, la ONU y otros organismos internacionales sugieren la adopción de múltiples políticas y medidas para la tercera edad, dentro de las que destacan: la conveniencia de no rebajar la edad de cese, contratación y jubilación flexible, aplazamiento voluntario de aquella, trabajo a tiempo parcial, incentivos y premios para las empresas por seguir ocupando a este grupo etéreo, etc.

Segunda.- En la segunda década del siglo XX, cuando se creó la OIT, no existían problemas poblacionales significativos y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social eran embrionarios, acordes con el desarrollo del sistema capitalista, incluso la previsión social surgió como un apéndice del D.T. Las preocupaciones de la OIT sobre la tercera edad empezaron a manifestarse con amplitud primero en el campo de las pensiones de vejez o jubilación (ver sobre todo Recomendación 67, 1944, Convenio 102, 1952, Convenio 128, 1967), no había mayores preocupaciones por la edad mayor como causa de discriminación ni de extinción del contrato de trabajo, las que surgieron en el interregno y sobre todo a fines de la década del cincuenta y las siguientes (fundamentalmente Convenio 111, 1958, Recomendación 162, 1980). Modernamente arrecia el debate, incluso en el corazón

de la OIT, sobre si la jubilación debe ser obligatoria o automática a cierta edad o hay que liberalizar su regulación de acuerdo a la realidad concreta de cada país.

Tercera.- En el régimen laboral de la actividad pública desde los años 50 estuvo claro que la jubilación era facultativa a los 60 y forzosa a los 70 años para los servidores públicos. El D.L. N° 276, de 1982, por medio de sus disposiciones transitorias se declaró supletorio a los regímenes laborales especiales en lo que no se oponga a aquellos. De allí que las reglamentaciones especiales en varios casos se han sometido a dicho D.L., aun cuando su propia ley no abordaba dicha particularidad. La LSC N° 30057 reiteró que la jubilación de los servidores públicos es facultativa a los 65 años y obligatoria a los 70, con excepción de los funcionarios públicos de órganos colegiados de asistencia temporal y que reciben dietas y de las carreras públicas expresamente listadas, dentro de ellas la docencia universitaria. En el régimen laboral privado, el D.S. N° 003.97-TR reguló por primera vez en forma sistemática las causales de extinción del contrato, incluida la jubilación, facultativa a los 65 y obligatoria a los 70 años. En este aspecto hay gran similitud en ambos regímenes laborales, con la diferencia de que solo en el Sector Privado la jubilación puede ir después de los 70 años si es que hay pacto en contrario.

Cuarta.- La docencia universitaria tiene un régimen especial de trabajo, sea en el Sector Público como en el privado, por las siguientes principales y apretadas razones: ha alcanzado un alto o más o menos significativo grado de evolución frente al derecho laboral común; tiene una regulación especial en algunas de cuyas instituciones se flexibiliza o decae la supletoriedad; la naturaleza intrínseca de la actividad la hace particularmente diferente frente a otros vínculos contractuales en el Sector Público; implica un trabajo intelectual intenso, invisible, de aparentes tiempos muertos, ya que si el docente no estudia e investiga no podría hacer auténtica proyección social; presenta claras diferencias en las instituciones de la prestación (jornada de trabajo) y en la contraprestación de servicios (remuneración).

Quinta.- La edad de jubilación obligatoria a los setenta años consagrada en el artículo 84 de la Ley N° 30220 es inconstitucional por aplicación de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional peruano recaídas en un caso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y otro de la Universidad Los Andes de Huancayo, donde se dispuso que dos profesores despedidos por haber cumplido setenta años en el régimen laboral de la actividad pública y privada, respectivamente, sean repuestos en sus trabajos por haberse atentado contra los derechos fundamentales relativos al trabajo, la protección adecuada contra el despido arbitrario, igualdad ante la ley y libertad de creación intelectual. Dichas sentencias son vinculantes y tomaron distancia de lo que en la doctrina se ha llegado a denominar

“jubilación guillotina”, porque se considera que esta es un derecho y debe ser elegido en libertad por su titular, cuando lo estime conveniente.

Sexta.- Tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional el tema de la jubilación obligatoria y automática al cumplir los sesenta años de edad o los que la ley determine según cada categoría ocupacional, así como el de la jubilación potestativa al libre albedrío del trabajador y sin cortapisas impositivas es técnica y académicamente muy controvertido. Hay quienes sostienen que la jubilación forzosa es constitucionalmente correcta y no vulnera derechos fundamentales porque responde a políticas de Estado sobre empleo y redistribución del trabajo, que es necesario sacrificar el interés individual por el grupal con el fin de compulsar los derechos de las generaciones jóvenes, ya que frente a un conflicto de derechos fundamentales contrapuestos tiene que buscarse equilibrarlos usando los test de proporcionalidad y de razonabilidad.

Sétima.- Teniendo en cuenta la realidad demográfica, médica, sociológica, económica, financiera y estructural del empleo y la ocupación en nuestro país y el entorno mundial, estamos a favor de una tesis mixta para el caso de la docencia universitaria. Por tratarse de un régimen especial donde se ha demostrado que debe extenderse prudencialmente la edad de jubilación más allá de los 70 años por las especiales condiciones en que esta categoría laboral llega a esa década, esa edad de jubilación obligatoria para la docencia, a nuestro modo de ver y con cargo a estudios multi e interdisciplinarios financiados por el Estado que le den mayor rigor a nuestra proposición, debe ser de setenticinco años, salvo pacto en contrario. Con ello tenemos una combinación de tesis de extinción del contrato, de tal forma que si no hay pacto en contrario de todos modos el docente se despide de su centro de trabajo, salvo que pase a ser docente extraordinario, tal como lo ha establecido la Ley N° 30220. Así armonizamos las tesis de jubilación forzosa con jubilación consensuada.