

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL



ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Retiro del profesor a los 65 años por límite de edad ¿Discriminación por razón de edad o prevalencia del principio de tipicidad?

201

ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES

Falta de autorización para la disposición de bienes en desuso del empleador constituye falta grave

208

Análisis y crítica jurisprudencial

RETIRO DEL PROFESOR A LOS 65 AÑOS POR LÍMITE DE EDAD

¿Discriminación por razón de edad o prevalencia del principio de tipicidad?

Gianfranco BRINGAS DÍAZ*

TEMA RELEVANTE

En el presente artículo el autor realiza un análisis acerca de la procedencia o no del cese con ocasión de la edad de un servidor público. Para tal efecto recurre a pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Organización Internacional del Trabajo sobre el tema.

RESOLUCIÓN

RESOLUCIÓN N° 00860-2013-SERVIR/TSC- PRIMERA SALA

Expediente : N° 1530-2013-SERVIR/TSC
Impugnante : Ana Alvarado Milla
Entidad : Unidad de gestión educativa local N° 02
Régimen : Ley N° 24029
Ley N° 29944

Materia : Terminación de la relación de trabajo
Cese por límite de edad

SUMILLA: Se declara **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la señora **ANA ALVARADO MILLA** contra el acto administrativo contenido en el **Oficio N° 41782013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, del 19 de junio de 2013, emitido por la Dirección de Programa Sectorial II de la Unidad de Gestión Educativa Local N° 02.**

Lima, 16 de julio de 2013

* Apoderado Legal Abogado del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Cursa la Maestría de Derecho del Trabajo y es Miembro Fundador del Círculo de Investigación de Derecho del Trabajo en dicha casa de estudios.

ANTECEDENTE

1. Con Oficio N° 4178-2013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, del 19 de junio de 2013, y notificado el 25 de junio de 2013, la Dirección de Programa Sectorial II de la Unidad de Gestión Educativa Local N° 02 comunicó a la señora ANA ALVARADO MILLA, en adelante la impugnante, que se daba por concluida de manera definitiva su relación laboral por motivo de límite de edad, al haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, en aplicación del artículo 114 del Reglamento de la Ley N° 29944, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED¹.

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito presentado el 2 de julio de 2013, la impugnante interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo contenido en el Oficio N° 4178-2013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, solicitando se declare fundado el referido recurso, bajo los siguientes argumentos:

- i) Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, la función docente tiene características especiales para la determinación del cese, por lo que, toda vez que cuenta con las suficientes condiciones vitales y mentales, puede seguir desempeñando sus labores.
- ii) De acuerdo al literal a) del artículo 35 del Decreto Legislativo N° 276², así como lo dispuesto en el literal a) del artículo 186 de su Reglamento³, puede continuar laborando.

3. Mediante Oficio N° 4727-2013-MINEDU/UGEL.02-OTD, la Dirección de Programa Sectorial II de la Unidad de Gestión Educativa Local N° 02 remitió al Tribunal del Servicio Civil, en adelante el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la impugnante.

ANÁLISIS

De la competencia del Tribunal del Servicio Civil

4. De conformidad con el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023⁴, modificado por la Centésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951⁵, el Tribunal tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en materia de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario, y terminación de la relación de trabajo; siendo la última instancia administrativa.

5. Asimismo, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 23 de la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC⁶, precedente de observancia obligatoria sobre competencia temporal, el Tribunal es competente para conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación que sean presentados ante las

entidades a partir del 15 de enero de 2010, siempre y cuando, versen sobre las materias establecidas en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023.

6. En tal sentido, al ser el Tribunal el único órgano que resuelve la segunda y última instancia administrativa en vía de apelación en las cuatro (4) materias antes indicadas, con la resolución del presente caso asume dicha competencia, pudiendo ser sus resoluciones impugnadas solamente ante el Poder Judicial.

7. Se advierte que el recurso de apelación suscrito por la impugnante:

- i) Ha sido interpuesto después del 15 de enero de 2010.
- ii) Ha sido interpuesto dentro del plazo de los quince (15) días de notificado el acto materia de impugnación, conforme lo dispone el artículo 17 del

1 Reglamento de la Ley N° 29944 - Ley de Reforma Magisterial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED
 "Artículo 114.- Retiro por límite de edad
 El profesor es retirado definitivamente al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. El retiro se efectúa de oficio debiendo la administración comunicar del hecho al profesor en un plazo no menor de quince (15) días calendario previos al retiro".

2 Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público
 "Artículo 35.- Son causas justificadas para cese definitivo de un servidor:
 a) Límite de setenta años de edad; (...)".

3 Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM.
 "Artículo 186.- El cese definitivo de un servidor se produce de acuerdo a la Ley por las causas justificadas siguientes:
 a) Límite de setenta años de edad; (...)".

4 Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos
 "Artículo 172.- Tribunal del Servicio Civil
 El Tribunal del Servicio Civil –el Tribunal, en lo sucesivo– es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema.
 El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Conoce recursos de apelación en materia de:
 a) Acceso al servicio civil;
 b) Pago de retribuciones;
 c) Evaluación y progresión en la carrera;
 d) Régimen disciplinario; y,
 e) Terminación de la relación de trabajo.
 El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contencioso-administrativa.
 Por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Autoridad, se aprobarán las normas de procedimiento del Tribunal".

5 Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013
 DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
 "CENTÉSIMA TERCERA.- Deróguese el literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos".

6 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de agosto de 2010.

Reglamento del Tribunal, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM.

iii) Cumple formalmente con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 18 del Reglamento del Tribunal.

8. Considerando que es deber de todo órgano decisor, en cautela del debido procedimiento, resolver la controversia puesta a su conocimiento según el mérito de lo actuado; y, habiéndose procedido a la valoración de los documentos y actuaciones que obran en el expediente, corresponde en esta etapa efectuar el análisis jurídico del recurso de apelación.

Del régimen laboral aplicable

9. De la revisión de los documentos que obran en el expediente se aprecia que la impugnante prestaba servicios bajo las disposiciones de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado; por lo que esta Sala considera que son materia de análisis en el presente caso, la referida Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED, teniendo en consideración las disposiciones previstas en la Ley N° 29944, así como en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED.

10. Al respecto, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, el régimen aplicable a los docentes públicos se encontraba regulado por las siguientes normas:

- i) La Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212; y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED.
- ii) La Ley N° 29062, Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial; norma que crea la Carrera Pública Magisterial como un nuevo régimen para los docentes públicos; y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2008-ED.

11. Sin embargo, con la Ley N° 29944 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de noviembre de 2012), mediante la cual se realiza la reforma de la Carrera Pública Magisterial, se derogó tanto la Ley N° 24029, como la Ley N° 29062.

De igual manera, en la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Reglamento de la Ley N° 29944⁷, se dispuso derogar los reglamentos de la Ley N° 24029 y de la Ley N° 29062.

12. Sobre el particular, con relación a la aplicación de las normas en el tiempo, el artículo 109 de la Constitución Política del Perú dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

13. Asimismo, el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁸ establece la aplicación de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, la misma que no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en materia penal cuando favorece al reo. Además, el citado artículo señala que la ley se deroga solo por otra ley.

14. Al respecto el Tribunal Constitucional⁹ ha señalado que el citado artículo “(...) acoge la teoría de los hechos cumplidos con relación a la aplicación en el tiempo de las leyes (...)”. En el mismo sentido, Rubio Correa¹⁰ refiere que “(...) la regla general constitucional de aplicación en el tiempo es la de los hechos cumplidos del artículo 103 de la Carta (...)”.

15. En tal sentido, la Ley N° 29944 resulta aplicable a los docentes que se encontraban comprendidos en las Leyes N°s 24029 (modificada por la Ley N° 25212) y 29062, y sus reglamentos, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*; es decir, desde el 26 de noviembre de 2012.

Sobre el cese de la impugnante

16. El literal d) del artículo 53 de la Ley N° 29944 establece como una de las causales del término de la relación de trabajo el cese por límite de edad al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.

17. Por su parte el artículo 114 del Reglamento de la Ley N° 29944, establece que: “El profesor es retirado definitivamente al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. El retiro se efectúa de oficio debiendo la administración comunicar del hecho al profesor en un plazo no menor de quince (15) días calendario previos al retiro”.

De lo expuesto, se concluye que una de las causales del retiro de los profesores de la Carrera Pública Magisterial se produce al cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.

7 Reglamento de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

“ÚNICA: Derogatoria

Deróguense los Decretos Supremos N°s 19-90-ED, 003-2008-ED, sus modificatorias y las demás normas que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto Supremo”.

8 Constitución Política del Perú

Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

“Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

9 Fundamento 132 de la Sentencia emitida en los expedientes acumulados N°s 00050, 00051-2004; 00004, 00007 y 00009-2005-AI/TC.

10 RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica de la norma en el tiempo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 171.

Para tal efecto, la entidad deberá cumplir con el plazo establecido en el Reglamento de la Ley N° 29944.

18. Del análisis de la documentación que obra en el expediente, se advierte que la impugnante nació el 4 de abril de 1948, contando al 19 de junio de 2013, fecha de emisión del Oficio N° 4178-2013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, con más de sesenta y cinco (65) años de edad, situación que constituye causal de cese definitivo por límite de edad.

Sobre el particular, cabe señalar que el Tribunal Constitucional¹¹ ha manifestado que “(...) el cese por límite de edad no puede considerarse, stricto sensu, un derecho ni mucho menos un beneficio, sino tan solo una situación que genera extinción del vínculo laboral (...)”. En tal sentido, el cese por límite de edad constituye una causal objetiva de la terminación de la relación de trabajo.

19. De otro lado, de la revisión del Oficio N° 4178-2013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, así como lo señalado por la propia impugnante en su recurso de apelación, se advierte que este fue notificado el 25 de junio de 2013, con lo cual la entidad cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 114 del Reglamento de la Ley N° 29944.

20. Estando a lo señalado, esta Sala estima que habiéndose constatado el cese por límite de edad de la impugnante de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 53 de la Ley N° 29944, así como lo dispuesto en el artículo 114 de su Reglamento, deviene en innecesario pronunciarse sobre los argumentos de la impugnante esgrimidos en su recurso de apelación sometido a conocimiento, señalados en el numeral 2 de la presente resolución.

21. Sin perjuicio de lo antes expuesto, esta Sala considera, que el cese por límite de edad de la impugnante dispuesto por la entidad, implica que la misma haya previsto las medidas necesarias para garantizar la conclusión del año académico y las evaluaciones finales del alumnado. Toda vez que, más que esta conoce de las necesidades que se presentan en las instituciones educativas a su cargo.

Por las consideraciones expuestas, este colegiado estima que debe declararse infundado el recurso de apelación interpuesto por la impugnante.

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil;

RESUELVE:

Primero.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la señora ANA ALVARADO MILLA contra el acto administrativo contenido en el Oficio N° 4178-2013-MINEDU/UGEL02-AGAIE-ESC, del 19 de junio de 2013, emitido por la Dirección de Programa Sectorial II de la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL N° 02; y, por ende, se CONFIRMA el citado acto.

Segundo.- Notificar la presente resolución a la señora ANA ALVARADO MILLA y a la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL N° 02, para su cumplimiento y fines pertinentes.

Tercero.- Devolver el expediente a la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL N° 02.

Cuarto.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal del Servicio Civil constituye última instancia administrativa.

Quinto.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.servir.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JAIME ZAVALA COSTA, Presidente

RICHARD JAMES MARTIN TIRADO, vocal

JORGE LUIS TOYAMA MIYAGUSUKU, vocal

¹¹ Fundamento 3 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 00560-2002-AA/TC.



I. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN N° 00860-2013-SERVIR/TSC - PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Mediante la Resolución N° 00860-2013-SERVIR/TSC-Primera Sala, el Tribunal de Servicio Civil declara

INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la señora Ana Alvarado. Los puntos controvertidos sometidos a análisis consistieron en los siguientes de acuerdo a los argumentos de la recurrente:

- Determinar si el cese por límite de edad a los 65 años de edad es válido de conformidad con el Reglamento

de la Ley N° 29944-Ley de Reforma Magisterial, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED¹.

- Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, la función docente tiene características especiales para la determinación del cese, por lo que, toda vez que cuenta con las suficientes condiciones vitales y mentales, puede seguir desempeñando sus labores.
- De acuerdo al literal a) del artículo 35 del Decreto Legislativo N° 276, así como lo dispuesto en el literal a) del artículo 186 de su Reglamento, un trabajador puede continuar prestando servicios al cumplir 65 años de edad.

De conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 53 de la Ley N° 29944 que establece la Reforma al Régimen de la Carrera Magisterial el cese por límite de edad de los profesores es a los 65 años de edad. Por su parte, el artículo 114 del Reglamento de la Ley N° 29944, establece que: “El profesor es retirado definitivamente al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. El retiro se efectúa de oficio debiendo la administración comunicar del hecho al profesor en un plazo no menor de quince (15) días calendario previos al retiro”.

Estando a lo expuesto, la Sala concluye haber constatado el cese por límite de edad de la impugnante de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 53 de la Ley N° 29944, así como lo dispuesto en el artículo 114 de su Reglamento, y por lo tanto innecesario pronunciarse sobre los argumentos de la impugnante esgrimidos en su recurso de apelación. Además, señala que el cese por límite de edad del impugnante dispuesto por la entidad, implica que la misma haya previsto las medidas necesarias para garantizar la conclusión del año académico y las evaluaciones finales del alumnado. Toda vez que, más que esta conoce de las necesidades que se presentan en las instituciones educativas a su cargo.

II. COMENTARIOS DE LA RESOLUCIÓN N° 00860-2013-SERVIR/TSC A LA LUZ DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A la fecha existen profesores comprendidos en la Carrera Pública Magisterial de la Ley de Reforma Magisterial, que vienen prestando sus servicios en instituciones educativas de educación básica y técnico-productivas, que cuenten con 65 años de edad, es responsabilidad de los titulares de las instancias de gestión descentralizadas proceder de oficio a expedir las resoluciones de cese por límite de edad,

con excepción de aquellos profesores que aún tengan latente el derecho a su pensión de acuerdo a sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N°s 008-96-I/TC, 1396-2004-AA/TC y 7468-2006-PA/TC.

(N° 7468-2006-PA/TC.)

“(…) La configuración legal del derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social se encuentra previsto en forma expresa en el artículo 10 de la Constitución vigente. Se trata de un derecho de configuración legal, esto es, que a través de la ley se precisan los requisitos y condiciones que se deben cumplir a efectos de gozar de los beneficios que cada uno de los regímenes previsionales establece en cada caso en particular, interesando, en el presente caso, los aspectos relativos a los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530.

Por ello, corresponde inicialmente a las autoridades administrativas y, en su defecto, a las jurisdiccionales, que en su momento determinen si determinada persona ha cumplido los requisitos necesarios para acceder a los beneficios previsionales que el régimen establece, tales como ingreso, tiempo de permanencia, años y porcentaje de aportaciones, etc. En el caso del régimen del Decreto Ley N° 20530 –al que nos referimos en la presente sentencia–, ante el incumplimiento de ciertos requisitos (ingreso, permanencia en el régimen y aportaciones), no corresponde el goce de los beneficios que un determinado régimen otorga a sus pensionistas.

(…)”.

(N° 008-96-I/TC)

“7. En el caso de autos si bien es cierto que la empleada ha cesado a la recurrente en sus labores aplicando la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, promulgado por el Decreto Legislativo N° 276, literal c) del artículo 34 concordante con el literal c) del artículo 182 del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que precisa que el término de la carrera administrativa se produce por la causa justificada por el límite de 70 años de edad, conforme se advierte de la Carta (...) obrante a fojas 25, también lo es que en el régimen privado el legislador ha previsto un tratamiento más favorable para la jubilación obligatoria *ex lege*, del trabajador que cumpla 70 años toda vez que en dicho supuesto

¹ “Artículo 114.-Retiro por límite de edad.- El profesor es retirado definitivamente al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. El retiro se efectúa de oficio debiendo la administración comunicar del hecho al profesor en un plazo no menor de (15) días calendario previos al retiro”.

procede la jubilación siempre que tenga derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, como lo precisa con acierto el artículo 30 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo”.

Existen diversas aristas por abordar en resolución emitida por el Tribunal de Servicio civil, sin embargo nos detendremos en escrudiñar dos de ellas.

La primera consiste si en efecto, la Ley de Reforma Magisterial resulta un dispositivo atentatorio contra el principio igualdad de trato, por cuanto la norma es clara en precisar que, **de manera definitiva el profesor** extingue su contrato a los 65 años de edad. **¿Es eso correcto?**

Pese a que el dictamen emitido por Servir se acoge a lo que llamamos el principio de tipicidad y a una interpretación objetiva de acuerdo a lo previsto en el artículo 168 del Código Procesal Civil, cabe dar una mirada a lo establecido en el bloque de constitucionalidad, precisamente a lo que refiere el artículo 26 cuando indica que “en toda relación laboral se respeta la igualdad de oportunidades sin discriminación” y el artículo 2 del mismo cuerpo normativo reza que: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

La segunda consistirá en verificar cuál fue la intención o voluntad del legislador aunado a la Constitución al momento de emitir la norma, ya que se advierte una diferencia con el régimen laboral de la actividad privada, donde la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que la jubilación es obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla 70 años de edad pero a la vez admite la posibilidad de celebrar un pacto en contrario orientado a impedir los efectos extintivos del cumplimiento de los 70 años. Entonces en el régimen laboral de la actividad privada se otorga expresamente al empleador la posibilidad de ampliar la vigencia del contrato de trabajo, regulación que no puede ser extendida al régimen de carrera administrativa.

Pues bien, en el marco de una carrera pública renovada, cuyo objetivo estratégico es asegurar el desarrollo

“El principio de no discriminación o igualdad es una de las piezas esenciales de toda sociedad. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales, etc.”

profesional docente revalorando su papel, debe considerarse que, todo acto arbitrario es aquel que no puede justificarse si no se funda en razones objetivas. En ese orden, podríamos mencionar diversas razones objetivas en la separación de un profesor en el ejercicio de la profesión, tales como el envejecimiento normal en el deterioro de la enseñanza a los alumnos, el olvido o pérdida de la memoria regular a una avanzada edad. Factores que a consecuencia del tiempo se fundan en un desmedro de la percepción sensorial del agente que dicta la clase, que atañen básicamente a juicios de valor generalmente aceptados.

En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato² al señalar que, en toda relación laboral, se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue adecuadamente la igualdad ante la ley (artículo 2,2) de la igualdad de trato, apreciándose un tratamiento más adecuado y claro que lo previsto en la Constitución de 1979.

Sobre este tema, el Convenio III de la OIT, ratificado por el Perú indica lo siguiente (artículo 1): “1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

En la misma línea se puede encontrar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7) y el Protocolo Adicional a la Convención

2 En el Derecho Laboral, como contraposición a la igualdad ante la ley, cuando se alude al concepto de igualdad, se habla, además, de una igualdad de trato. Sobre este tema, puede verse NEVES MUJICA, Javier. “El principio de igualdad en el ordenamiento laboral”. En: *Asesoría Laboral*. octubre, Lima, 1992, pp. 18-19.

Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7).

El principio de no discriminación o igualdad es una de las piezas esenciales de toda sociedad. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales, etc.

De esta forma, como señala Hueck³ “el igual debe ser tratado de modo igual y el desigual de modo desigual, pero correspondiendo a su desigualdad”.

Como se ha destacado⁴, toda persona calificada para obtener un trabajo, debe tener la oportunidad de competir por él, obtenerlo y conservarlo con “prescindencia total de su pertenencia a un determinado grupo racial, sexual, religioso, etc.”. Más todavía, como señala el autor citado, no debe permitirse “aferrarse” de un mérito o calificación para ocultar un motivo que es considerado discriminatorio.

Sobre el concepto de discriminación, el Tribunal Constitucional ha indicado:

“(…) este Tribunal en reiterada jurisprudencia, [ha señalado] que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato” (Expediente N° 25102002-AA/TC).

En el presente caso, el ámbito de aplicación de la norma es general para todos los profesores que cumplan 65 años de edad en el régimen de la Carrera Pública Magisterial, siendo que por razones objetivas el dispositivo infraconstitucional no señala exclusiones para determinado campo

de los catedráticos, ya sea por razones de materia, grado, profesionalidad, sino que la norma es aplicable para todos en concreto y por lo tanto plenamente aplicable al sector de destino. La existencia de criterios objetivos parece ser el tema central para que el Tribunal Constitucional acepte una diferenciación.

En consecuencia no está proscrito el trato diferenciado si este se justifica en razones objetivas, no así por razones subjetivas y mucho menos por motivos establecidos en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Estado porque ello sí atentaría contra el principio de igualdad y el mandato de no discriminación.

Lo que no parece correcto es que, en el Decreto Legislativo N° 276, sí se genere una exclusión respecto a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que la entidad demandada debe asumir los aportes necesarios para que los servidores que se acogen a dicho régimen puedan obtener una pensión de jubilación. El Decreto Legislativo N° 728 regula el pacto en contrario cuando el empleador así lo dispusiera. Sin embargo, en el régimen del profesor se atañe al cese obligatorio sin ninguna causa que amerite su desarrollo constitucional al no tener en cuenta el irrestricto derecho a gozar de una pensión de jubilación, sino simplemente haber cumplido los 65 años de edad, lo cual resulta contrario al principio de igualdad de trato, ya que si bien los profesores realizan labores especiales de enseñanza, no podríamos valorar que, a consecuencia de las aptitudes que ejerce un profesor en una sociedad, este tenga una protección menos favorable que en los regímenes señalados.

Sobre la base de lo expuesto, consideramos que el retiro de los maestros debe estar íntimamente vinculado al derecho de acceso a una pensión de jubilación, igual que en el régimen del D.L N° 276. Por lo tanto, el cese obligatorio a los 65 años no solo debe prever las medidas necesarias para garantizar la conclusión del año académico y las evaluaciones finales del alumnado, sino también establecer excepciones con maestros que hayan cumplido 65 años de edad y no alcancen los 20 años de servicio para alcanzar una pensión de jubilación. Ellos podrán permanecer en sus puestos hasta que alcancen ese objetivo.

3 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; CRUZ VILLALÓN, Jesús & FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda. *Derecho del Trabajo I*. Vol. II. Materiales de Enseñanza del CURSO de Derecho Laboral de la Universidad de Sevilla, p. 185.

4 BALTA VARILLAS, José. “¿Qué es la discriminación en el empleo?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 1, Editorial Normas Legales S.A., Año XLV, Trujillo, 1995, p. 95.