

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 354-2001-AA/TC
AREQUIPA
HERMINIA HERRERA TIRADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los quince días del mes de octubre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia, dejándose constancia de que el Magistrado Aguirre Roca no suscribe el Fundamento 9.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Herminia Herrera Tirado, contra la sentencia expedida por la Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas doscientos noventa y ocho, su fecha ocho de febrero de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone acción de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y EsSalud, solicitando la nivelación de su pensión de cesantía con un monto similar al de Técnico Especializado 5, considerándose para dicha nivelación las bonificaciones de productividad, asistencia y puntualidad a favor de la recurrente, así como los reintegros de las pensiones diminutas que ha venido cobrando. Expresa que cesó en el cargo de Técnico Especializado 5, con un total de veintisiete años de servicios prestados al Estado, razón por la cual le otorgaron su pensión definitiva nivelada. Sin embargo, la demandada ha dejado de nivelar su pensión, incumpliendo lo previsto en el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley N.º 23495. Asimismo, en el mes de marzo de mil novecientos noventa y siete, mediante las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF, se abonaron las bonificaciones en planillas, sólo al personal activo, con exclusión de los cesantes.

Las emplazadas absuelven el traslado de contestación a la demanda y proponen las excepciones de falta de legitimidad para obrar de EsSalud, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de prescripción extintiva y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y la niegan y contradicen en todos sus extremos, precisando, entre otras razones, que no existe afectación de derecho constitucional alguno. Asimismo, alegan que la acción de amparo no es el medio idóneo para discutir la pretensión demandada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Juez del Segundo Juzgado Laboral de Arequipa, a fojas doscientos veinticuatro, con fecha veintisiete de octubre de dos mil, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, Seguro Social de Salud, sin lugar a pronunciamiento respecto de la extromisión procesal propuesta por Essalud, debido a que al haber sido declarada fundada la excepción antes citada, deviene en innecesario su pronunciamiento, y sin lugar a pronunciamiento respecto de las excepciones propuestas, e improcedente la demanda, por considerar que la vía procesal para ventilar el presente proceso es la acción contencioso-administrativa.

La recurrida confirma la apelada, considerando que no es ésta la vía correspondiente para determinar el derecho de la demandante a una pensión mejorada, por no ser constitutiva, sino restitutiva de derechos.

FUNDAMENTOS

1. La demandante tiene la condición de cesante bajo los alcances del Decreto Ley N.º 20530 que regula el régimen de pensiones y compensaciones por servicios prestados al Estado, no comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990.
2. El artículo 7º de la Ley N.º 23495, en concordancia con lo prescrito por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, aplicable al presente caso, ha establecido que los trabajadores de la Administración Pública con más de veinte años de servicios, no sometidos al régimen del seguro social o a otros regímenes especiales, tienen derecho a la pensión correspondiente y a todas las asignaciones de las cuales disfrutaron hasta el momento del cese laboral.
3. Asimismo, el artículo 5º de la misma Ley N.º 23495 dispone que cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad, que desempeñen el cargo u otro similar al último en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto remunerativo al que corresponde al servidor en actividad. A su vez, el Reglamento de la Ley N.º 23495, aprobado por el Decreto Supremo N.º 015-83-PCM, en su artículo 5º, establece que las remuneraciones especiales a considerarse según los casos que correspondan, en la determinación del monto con el cual se debe proceder a la nivelación de las pensiones, incluye "otros de naturaleza similar que, con el carácter de permanentes en el tiempo y regulares en su monto, se hayan otorgado o se otorguen en el futuro"; en consecuencia, procede amparar la demanda, por cuanto se solicita el pago de la bonificación prevista por la Resolución Suprema N.º 019-1997-EF, por reunir ésta las características antes descritas, lo que le otorga el carácter de pensionable, en concordancia con lo prescrito por el artículo 6º del Decreto Ley N.º 20530, por cuanto establece que: "Es pensionable toda remuneración afecta al descuento para pensiones. Están afectas al descuento para pensiones, las remuneraciones que son permanentes en el tiempo y regulares en su monto".

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

4. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, aplicable al caso de la demandante, establecía el derecho de percibir una pensión de cesantía o jubilación renovable, para que haya igualdad entre el monto de la pensión del cesante con la remuneración del servidor en actividad que desempeñe cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante, y en el mismo régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 20530.
5. Mediante la Resolución Suprema N.º 018-1997-EF, del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete, se aprobó la Política Remunerativa del Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy EsSalud), en cuyo anexo se detalla que las remuneraciones máximas únicamente serán para los trabajadores que mantienen vínculo laboral con el Instituto Peruano de Seguridad Social; acreditándose con ello la violación de los derechos pensionarios de la demandante, toda vez que ésta, en su condición de pensionista del régimen regulado por el Decreto Ley N.º 20530, no puede percibir una pensión inferior en monto a la remuneración que percibe un trabajador activo de su mismo nivel.
6. El derecho de percibir una pensión de cesantía nivelable y homologable por parte de la demandante, en relación con el haber que estuviera percibiendo el servidor de la misma categoría y nivel de actividad, se encuentra garantizado por lo resuelto por el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 008-1996-I/TC, al declarar, en parte, la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 817, así como también por lo previsto por las Resoluciones Supremas N.ºs 018 y 019-1997-EF, que aprueban la Política Remunerativa y de Bonificaciones para los servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy EsSalud), en concordancia con el Acuerdo de Consejo Directivo N.º 17-6-IPSS-1997, aprobado en la Sexta Sesión Ordinaria del Consejo Directivo, por la que se dispuso la ejecución de dicha política remunerativa, para lo cual la Gerencia del Instituto demandado emitió las Resoluciones de Gerencia General N.ºs 298 y 361-GG-IPSS-1997, de lo que se colige el derecho de la demandante para que se le nivele su pensión de cesantía con los haberes de los servidores en actividad del mismo o equivalente cargo.
7. En consecuencia, de lo señalado en los fundamentos precedentes, se concluye que, existiendo disposiciones que establecen que las asignaciones reclamadas por la demandante tienen carácter pensionable, la negativa de la entidad demandada a dichas disposiciones vulnera sus derechos pensionarios, los cuales tienen carácter alimentario.
8. Mediante el Decreto de Urgencia N.º 067-1998, publicado el quince de enero de mil novecientos noventa y nueve, se aprobó la valoración y los alcances del saldo de la reserva del Sistema Nacional de Pensiones, estableciéndose, en su artículo 5º, la transferencia de la administración y el pago de la planilla de los pensionistas del Instituto Peruano de Seguridad Social, sujetos al régimen del Decreto Ley N.º 20530, a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la ONP. Asimismo, mediante el Convenio ESSALUD-ONP-D.L. 20530, de fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve, suscrito entre las mencionadas entidades, se acordó que, en lo sucesivo, la ONP realizase la calificación de las solicitudes de reconocimiento de derecho de pensión referidas al Decreto Ley N.º 20530, así como las solicitudes que impliquen modificación de pensión, y aquellas que se refieran a la ejecución de sentencias judiciales, quedando encargada dicha institución de determinar el derecho correspondiente; por lo que, a la fecha, el pago de las pensiones corresponde a la ONP; consecuentemente, tratándose de ejecutar la presente sentencia, puede la ONP, en este caso singular en que posee el bagaje documental y económico de dichos pensionistas, emitir resolución de nivelación y pago de la pensión demandada, acorde con la sentencia, de fecha quince de junio de dos mil uno, emitida por el Tribunal en el Expediente N.º 001-1998-AI/TC.

- 9. En el presente caso, se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la demandante, mas no así la actitud dolosa de parte de la demandada, por lo que no es de aplicación al presente caso el artículo 11º de la Ley N.º 23506.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

REVOCANDO en parte la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, ordena que la Oficina de Normalización Previsional cumpla con pagar a la demandante sus pensiones de cesantía nivelables, sobre la base del nivel y la categoría laboral en que cesó, y teniendo en cuenta las Resoluciones Supremas N.ºs 018 y 019-1997-EF, ambas de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete; y la confirma en lo demás que contiene. Dispone la notificación a las partes; su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y la devolución de los actuados.

SS

**AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO**

U. Aguirre Roca

R. Terry

Nugent

Díaz Valverde

Acosta Sánchez

Francisco J. Pereda

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR