



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 2233-2003-AA/TC
SAN MARTÍN
ISRAEL GARCÍA FASANANDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Aguirre Roca y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Israel García Fasanando contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 201, su fecha 30 de diciembre de 2002, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone acción de amparo contra la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de San Martín, y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a fin de que le nivelen su pensión de cesantía con la remuneración que percibe un trabajador activo de su mismo nivel y categoría, conforme lo disponen el Decreto Ley N.º 20530 y la Ley N.º 23495 y su Reglamento, Decreto Supremo N.º 015-83-PCM. Asimismo, solicita los reintegros de las pensiones devengadas dejadas de percibir, desde la fecha en que se produjo la vulneración de sus derechos.

Manifiesta haber laborado para la emplazada Dirección Regional por más de 30 años; que tiene la condición de cesante dentro de los alcances del Decreto Ley N.º 20530, que regula el régimen de pensiones por servicios prestados al Estado, no comprendidos en el Decreto Ley N.º 19990; que se ha atentado contra su derecho a la seguridad social reconocido en el artículo 10.º de la Constitución de 1993, y contra sus derechos adquiridos conforme a la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1979, ulteriormente reafirmada por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; agregando que al no haberse nivelado su pensión de cesantía con la remuneración que percibe un trabajador activo de su mismo nivel y categoría, procede el reintegro monto de las pensiones devengadas dejadas de percibir, más sus intereses, tanto más cuanto que los derechos pensionarios son irrenunciables.

El Procurador Público competente y el Director Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de San Martín, contestan la demanda solicitando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que se la declare improcedente, alegando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa; que el beneficio de incentivo a la productividad, que se otorga a los servidores activos de la mencionada Dirección Regional, tiene su base legal en el Decreto de Urgencia N.º 88-2001 y el Decreto Supremo N.º 110-2001-EF; que el citado beneficio no es una remuneración, sino un incentivo que se otorga a los trabajadores en actividad y que al no tener naturaleza remunerativa, no es pensionable; agregando que se abona a través de los CAFAES, conforme al artículo 2.º del Decreto de Urgencia N.º 088-2001, que señala que las entidades públicas han venido abonando diversos incentivos y entregas no remuneratorias, con el fin de mejorar la calidad de vida de sus servidores sujetos al régimen de la actividad pública, regido por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del sector público.

La ONP no contestó la demanda, no obstante haber sido notificada, conforme se advierte del documento de fojas 97.

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín-Tarapoto, con fecha 25 de julio de 2002, declaró fundada la demanda, por considerar que la Constitución de 1979, en su Octava Disposición General y Transitoria, estableció la nivelación de las pensiones, disposición que fue complementada con la Ley N.º 23495, artículo 5.º, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.º 015-83-PCM, de fecha 18 de marzo de 1983, señalando que los pensionistas de este régimen que cesan con más de 20 años de servicios, tienen derecho a la nivelación de sus pensiones con los haberes de los servidores en actividad, que desempeñen cargo igual, similar o equivalente al último cargo en que prestaron servicios los cesantes, obedeciendo este beneficio de nivelación a la concepción del régimen de naturaleza cerrada y basado en la carrera administrativa.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que el incentivo a la productividad no es un concepto remunerativo, sino que se otorga eventualmente, conforme lo precisan los artículos 140.º y 146.º del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-90-PCM.

FUNDAMENTOS

1. El demandante tiene la condición de cesante dentro de los alcances del Decreto Ley N.º 20530, que regula el régimen de pensiones y compensaciones por servicios prestados al Estado, no comprendido en el Decreto Ley N.º 19990.
2. El artículo 5º de la Ley N.º 23495 dispone que cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad, que desempeñen el mismo cargo u otro similar al último cargo del cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto remunerativo al que corresponde al servidor



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 5.º, 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, incluyen "[...] 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 reunir éstas las características antes descritas, lo que les otorga carácter pensionable, en concordancia con el artículo 6.º del Decreto Ley N.º 20530, que prescribe 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[...]"

3. El derecho del demandante de percibir una pensión de cesantía nivelable con el haber del servidor activo de su misma categoría y nivel, ha sido reconocido 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.
4. Es necesario señalar que el artículo 1º de la Ley N.º 27719 establece que "[...] El reconocimiento, declaración, calificación y pago de los derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del Decreto Ley N.º 20530 y sus normas complementarias y modificatorias, a cargo del Estado, son efectuados en forma descentralizada por los Ministerios, Organismos Públicos Descentralizados, Instituciones Autónomas, Gobiernos Locales, Empresas Públicas y demás entidades donde prestó servicios el beneficiario [...]]".
5. En consecuencia, existiendo disposiciones que establecen que la asignación reclamada por el demandante tiene carácter pensionable, la negativa de la entidad demandada a cumplirlas vulnera su derecho pensionario.
6. Respecto al pago de los intereses, la acción de amparo no es la vía idónea para su reconocimiento, lo que corresponde exigirse en la vía correspondiente.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA** en parte y, en consecuencia, ordena que la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de San Martín cumpla con nivelar la pensión de cesantía del demandante, basándose en el nivel y la categoría en que cesó, y teniendo en cuenta la bonificación por productividad reclamada, más el pago de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

los devengados a que hubiere lugar, e **IMPROCEDENTE** con respecto a los intereses. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

**ALVA ORLANDINI
AGUIRRE ROCA
GONZALES OJEDA**

[Handwritten signature in blue ink]
[Handwritten signature in green ink: Alva Orlandini]
[Handwritten signature in blue ink: Aguirre Roca]

Lo que certifico:

[Handwritten signature in blue ink]
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)