

EXP. N.º 1982-2004-AA/TC
LIMA
MARGARITA GIL HENRÍQUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de octubre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Margarita Gil Henríquez contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 319, su fecha 31 de marzo de 2004, que declara infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de diciembre de 2002, la recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, solicitando que se nivele su pensión de cesantía con la remuneración que percibe un funcionario en actividad de la categoría de Inspector General, nivel remunerativo F-5, incluyendo el incentivo económico laboral y el incentivo económico por responsabilidad de función, los cuales han sido otorgados mediante las Resoluciones Ministeriales N.ºs 149-95-ITINCI/DM, 161-97-ITINCI/DM, 082-99-ITINCI/DM, 010-2002-ITINCI/DM, así como los incentivos otorgados mediante la Resolución Ministerial N.º 066-2002-ITINCI/DM. Así mismo, solicita los reintegros de las pensiones devengadas, con sus respectivos intereses legales y que se declaren inaplicables el Decreto de Urgencia N.º 088-2001 y la Resolución Sectorial N.º 026-2002-MINCETUR/SG, de fecha 22 de octubre de 2002.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contesta la demanda manifestando que los incentivos laborales que se otorgan a los servidores activos del ministerio, tienen su base legal en el Decreto de Urgencia N.º 88-2001 y en el Decreto Supremo N.º 110-2001-EF; que los citados incentivos no tienen naturaleza remunerativa, sino que constituyen incentivos que se otorgan a los trabajadores en actividad, y que al no tener naturaleza remunerativa, no son pensionables. Agrega que estos incentivos se abonan a través de los CAFAES, conforme lo señala el artículo 2.º del Decreto de Urgencia N.º 088-2001, y que el Decreto Supremo N.º 110-2001-EF, en su artículo 1º, precisa que, en concordancia con lo regulado en el artículo 43º del Decreto Legislativo N.º 276 y en el artículo 8º del Decreto Supremo 051-91-PCM,

los incentivos y/o entregas, programas o actividades de bienestar aprobados por el Decreto Supremo N.º 005-90-PCM no tienen naturaleza remunerativa.

El Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de junio de 2003, declara fundada la demanda por considerar que los incentivos laborales y las asignaciones por movilidad, apoyo nutricional, canasta familiar y responsabilidad directiva, según las resoluciones que obran en autos, son conceptos remunerativos por ser permanentes en el tiempo y regulares en su monto, según lo establece el artículo 6º de la Ley N.º 23495, por lo que a la demandante le corresponde percibirlos.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, estimando que no se ha podido probar que los conceptos otorgados a través del CAFAE tengan naturaleza pensionable al no haberse acreditado que sean regulares en su monto y permanente en el tiempo, pues, según la Resolución Ministerial N.º 149-95-ITINCI/DM, se otorgan en función de la prestación efectiva de labores y cuando se disponga del correspondiente financiamiento y la previsión presupuestal.

FUNDAMENTOS

1. La demandante pretende que se nivele su pensión de cesantía con la remuneración que percibe un funcionario en actividad de la categoría de Inspector General, nivel remunerativo F-5, incluyendo el incentivo económico laboral y el incentivo económico por responsabilidad de función, las cuales han sido otorgados mediante las Resoluciones Ministeriales N.ºs 149-95-ITINCI/DM, 161-97-ITINCI/DM, 082-99-ITINCI/DM, 010-2002-ITINCI/DM, así como los incentivos otorgados mediante la Resolución Ministerial N.º 066-2002-ITINCI/DM. Así mismo, solicita los reintegros de las pensiones devengadas, con sus respectivos intereses legales y que se declaren inaplicables el Decreto de Urgencia N.º 088-2001 y la Resolución Sectorial N.º 026-2002-MINCETUR/SG, de fecha 22 de octubre de 2002.
2. Con la Resolución Directoral N.º 253-91-ICTI/OGPB, de fecha 4 de junio de 1991, se acredita que la demandante tiene la condición de cesante del régimen del Decreto Ley N.º 20530, y que el reconocimiento de su pensión de cesantía se produjo durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, la cual, en su Octava Disposición General y Transitoria, establecía el derecho de percibir una pensión de cesantía renovable a fin de igualar la pensión del cesante con la remuneración de un servidor en actividad que desempeñara el mismo cargo u otro cargo similar al último que ejerció el cesante.
3. 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 cargo similar al último que ejerció el cesante o jubilado, dará lugar

al incremento de la pensión en monto remunerativo igual 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 0015-83-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, 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”.

4. Cabe precisar que mediante la Resolución Ministerial N.º 149-95-ITINCI/DM, de fecha 13 de octubre de 1995, se aprobó la Directiva sobre Procedimientos para la Asignación de Incentivos laborales al personal del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N.º 161-97-ITINCI/DM, de fecha 22 de setiembre de 1997, se aprobaron las Directivas N.ºs 002-97-ITINCI/DM y 003-97-ITINCI/DM, que establecen los Procedimientos para el otorgamiento de la Asignación por Responsabilidad Directiva y de la Asignación por Cena, respectivamente.
5. De otro lado, mediante la Resolución N.º 082-99-ITINCI/DM, de fecha 16 de julio de 1999, se modificó el artículo 5º de la Directiva N.º 001-97-ITINCI/DM, estableciéndose que el monto diario por concepto de movilidad sería de S/. 10.00; la Escala del Grupo Ocupacional de la Directiva N.º 002-97-ITINCI/DM, que aprobó el Procedimiento para la Asignación por Responsabilidad Directiva; y se otorgaron las asignaciones por apoyo nutricional y canasta familiar.
6. Asimismo, mediante la Resolución N.º 010-2002-ITINCI/DM, de fecha 15 de enero de 2002, se otorgaron, a partir del 1 de enero de 2002, los incentivos denominados: a) Incentivo Económico Laboral, y b) Incentivo Económico por Responsabilidad de Funciones. De igual manera, mediante la Resolución Ministerial N.º 066-2002-ITINCI/DM, de fecha 22 de febrero de 2002, se otorgaron los incentivos único anual, por onomástico, apoyo en día especial y ayuda económica.
7. De lo señalado en los fundamentos precedentes, se puede apreciar que la controversia se centra en determinar si las asignaciones e incentivos otorgados por las resoluciones antes referidas son pensionables, esto es, si son permanentes en el tiempo y regulares en su monto para ser consideradas en la pensión de la demandante, conforme lo señalan el artículo 6º del Decreto Ley N.º 20530, el artículo 5º de la Ley N.º 23495 y el artículo 5º del Decreto Supremo N.º 0015-83-PCM, vigentes en el momento que se presentó la controversia.
8. Sobre el particular, cabe subrayar que de la comparación de las planillas únicas de pagos del Inspector General, nivel F-5, obrante a fojas 21 de autos y 31 del cuadernillo

del Tribunal, y con las boletas de pensiones de la demandante, obrantes a fojas 20 y 28, se comprueba que la pensión que viene percibiendo no es equivalente a la remuneración que percibe el servidor activo que ocupa su mismo cargo, demostrándose con ello que su pensión no se encuentra nivelada, por lo que habiéndose declarado infundado su recurso de apelación mediante la Resolución Sectorial N.º 026-2002-MINCETUR/SG, de fecha 22 de octubre de 2002, se ha vulnerado su derecho a la seguridad social.

9. Por otra parte, las asignaciones e incentivos otorgados por las mencionadas resoluciones tienen carácter pensionable, pues con las Planillas de Incentivos Cafae, nivel F-5, de fojas 22 a 23 de autos y de 31 a 32 del cuadernillo de este Tribunal, se prueba que el trabajador en actividad del mismo nivel y categoría que ocupó la demandante, viene percibiendo de manera permanente en el tiempo y regular en su monto los incentivos y asignaciones aludidas.
10. Asimismo, se observa que la percepción de los incentivos no está vinculada necesariamente a determinados criterios, como es cumplir con laborar un mínimo de horas adicionales a la jornada laboral de trabajo de lunes a viernes, como se establece en los considerandos de las Resoluciones Ministeriales N.ºs 149-95-ITINCI/DM y 010-2002-ITINCI/DM, pues el emplazado no ha aportado al proceso los registros de asistencia o partes diarios de sus servidores en actividad, en los que se acredite que el otorgamiento de dichos incentivos está condicionado al desempeño laboral, con lo cual se confirma que reúnen las características de permanencia en el tiempo y regularidad en su monto, razón por la cual son pensionables.
11. En cuanto al extremo de la demanda que solicita que se declare inaplicable el Decreto de Urgencia N.º 088-2001, debe tenerse en cuenta que en el caso de autos no se ha probado que se trata de una norma autoaplicativa que incida en forma directa o inmediata en el ámbito subjetivo de la demandante, por lo que este extremo debe desestimarse.
12. Respecto al pago de intereses legales, este Tribunal, en la STC. 0065-2002-AA/TC, ha precisado que corresponde el pago de los intereses legales generados por las pensiones de jubilación no pagadas oportunamente, razón por la cual se reitera dicho criterio, debiéndose abonar los intereses legales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1242º y siguientes del Código Civil.
13. De otro lado, de acuerdo a la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, vigente desde el 18 de noviembre de 2004, por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias se aplicarán inmediatamente y no se podrá prever en ellas la nivelación. Por tanto, la nivelación de la pensión del demandante solo procederá hasta la entrada en vigencia de la Ley de

Desarrollo Constitucional, debiendo regularse posteriormente conforme lo prevea la norma.

14. En ese sentido, el artículo 4° de la Ley N.° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, publicada el 30 de diciembre de 2004, prohíbe la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad. No obstante, de acreditarse la vulneración del derecho del pensionista durante la vigencia de las normas que regularon la nivelación, corresponderá reconocerla en el periodo correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia, inaplicable la Resolución Sectorial N.° 026-2002-MINCETUR/SG, de fecha 22 de octubre de 2002.
2. Ordena que el Ministerio demandado cumpla con nivelar la pensión de cesantía de la demandante, incorporando las asignaciones e incentivos laborales otorgados mediante las Resoluciones Ministeriales N.°s 149-95-ITINCI/DM, 161-97-ITINCI/DM, 082-99-ITINCI/DM, 010-2002-ITINCI/DM y 066-2002-ITINCI/DM, más el pago de las pensiones devengadas conforme a ley, con sus respectivos intereses legales, debiéndose tener presente lo señalado en los fundamentos 13 y 14, *supra*.
3. **IMPROCEDENTE** en cuanto a que se declare inaplicable el Decreto de Urgencia N.° 088-2001.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**