



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0047-2004-AC/TC
LIMA
MARIO BERNARDO PACHAS PATIÑO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 16 de setiembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Mario Bernardo Pachas Patiño contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 244, su fecha 10 de octubre de 2003, que declara infundada la acción de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de mayo de 2002, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra el Ministerio de Educación, solicitando que, en cumplimiento de la Resolución Directoral N.º 2048-91-ED, del 13 de diciembre de 1991, se le nivele su pensión de cesantía con la remuneración que percibe el Jefe de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio de Educación, cargo equivalente al de Inspector General del Organismo Central del Ministerio de Educación, que ejerció hasta la fecha de su cese.

El Procurador Público competente propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y contesta la demanda manifestando que la acción de cumplimiento no es la vía idónea para cuestionar la validez de una resolución administrativa.

El Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 6 de enero de 2003, desestima las excepciones propuestas y declara infundada la demanda, por estimar que al actor no le asiste el derecho de nivelación de su pensión con el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna, pues este está sujeto a la modalidad de contrato de locación de servicios (sic), bajo el régimen de la actividad privada, distinto al régimen de la actividad pública en que cesó.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que en autos no está acreditada la existencia de un *mandamus* actual, definido e inobjetable, no advirtiéndose renuencia por parte de la emplazada de cumplir la pretensión del actor.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTOS

1. De la Resolución Directoral N.º 2048-91-ED, del 13 de diciembre de 1991, corriente a fojas 5 de autos, se advierte que el recurrente cesó en el cargo de Inspector General del Organismo Central del Ministerio de Educación, tras haber laborado durante 27 años, 4 meses y 12 días a favor del Estado, razón por la cual se le otorgó pensión nivelable al amparo del Decreto Ley N.º 20530.
2. El artículo 1º de la Ley N.º 23495 establece que la nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios, y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social, o a otros regímenes especiales, se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.
3. Conforme lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la nivelación a que tiene derecho un pensionista que goza de pensión nivelable, debe efectuarse tomando como referencia al funcionario o servidor de la Administración Pública que se encuentre en actividad, del mismo nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese; es decir, no puede aplicarse la nivelación a regímenes distintos ni a trabajadores que se encuentren comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada.
4. En el caso de autos, la nivelación de la pensión del actor debe efectuarse en función del cargo del Jefe de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio de Educación, equivalente al cargo en que cesó, según se advierte del Informe N.º 101-2002-ME, del 21 de mayo del 2002, obrante a fojas 73 de autos, y emitido por la Jefa de Unidad de Personal del Ministerio emplazado, el que, de conformidad con la Resolución Ministerial N.º 503-2002-ED, publicada el 24 de julio de 2002, correspondía asignarse a un funcionario público, acorde con el artículo 7º de la Ley N.º 27594, que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.
5. Por lo demás, y si bien es cierto que en el informe mencionado en el fundamento anterior se sostiene que el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio emplazado está bajo contratación de locación de servicios, durante el trámite de la presente causa, ello no ha sido alegado por la defensa del ministerio emplazado, como tampoco se ha demostrado que, en los hechos, el régimen laboral del actual funcionario de dicho cargo sea distinto al del régimen laboral de la actividad pública, razón por la cual dicho argumento no puede ser tomado en cuenta por este Tribunal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Consecuentemente, debe nivelarse la pensión del actor tomando como referencia el cargo del Jefe de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio de Educación, equivalente al cargo de Inspector General del Organismo Central del Ministerio de Educación en el que cesó, razones, todas, por las cuales la demanda debe ser estimada.

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

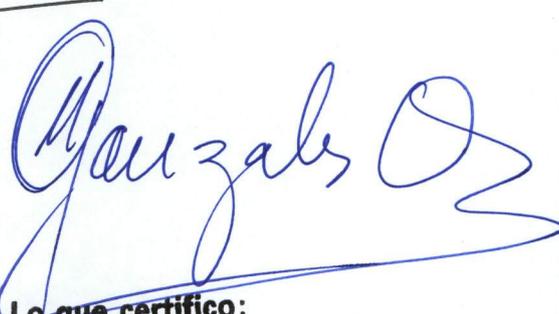
HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de cumplimiento.
2. Ordena que el Ministerio de Educación nivele la pensión del recurrente tomando como referencia la remuneración percibida por el Jefe de la Oficina de Auditoría Interna.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**



Lo que certifico:
.....
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)