



00 034

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 1191-2003-AC/TC

LIMA

ABSALÓN ELEUTERIO FERNÁNDEZ  
GALLEGOS Y OTROS**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 2 días del mes de agosto de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por Absalón Eleuterio Fernández Gallegos y otros contra la resolución de la Sala de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 806, su fecha 6 de febrero de 2003, que declaró improcedente la acción de cumplimiento de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 12 de marzo de 2001, los señores Absalón Eleuterio Fernández Gallegos, Jorge Eriberto García Olivera, Balila Agustín García Ochoa, Augusto Jiménez Farfán, Miguel Bueno Morales, Justo Arzubialde Caviedes, Carlos Antonio Gutiérrez Valdivieso, Luis Gervacio Alosilla Dueñas, Marcial Olarte Vega, Isidro Américo Azcue Mendoza, Epifanio Valderrama Vera, José Luis Bueno Morales, Julio Chávez Merma, Federico Espinoza García, Armando Espejo Flores, Raúl Guevara Castells, Ángel Edgardo Quijada García, Alejandro Rosas Benavides, Ricardo Germán Vargas More, Germán Camacho Carrillo, Luis Ugarriza Gazitua, Luis Enrique Verástegui Alvarado, Edmundo Arcecio Villalobos Montenegro, Gilberto Gaudencio Valverde Vergaray, Pedro Luciano Ruiz Trevizan, Moisés Paredes Tito, Matías Basilio Álvarez Martínez, Gregorio Segura Masgos, Julia Rosa Portocarrero Fernández de Olaya, Óscar Octavio Mavila Chiroux, Virgilio Hermoza Escobar, Eddie Manuel Zevallos Gallardo, Julio Gálvez Landra, Julio Armando Cánepe Tasayco, Eduardo López Hernández, Óscar Bartolomé Fonttis Esquivel, Domingo Calero Senozain, Delia Baella Baella Vda. de Torres, Luis Gonzaga Rojas Villalobos, Odón Soldevilla Calderón, Pedro Antonio Campos Buleje, Andrés Calle Quispe, Tomás Arístides Valle Cano, Julián La Cruz Salazar, Evaristo Lucio Faustor Montaldo, G. Rómulo García Purilla, Óscar Nicomedes Benavides Alarcón, Víctor Raúl López Salas, Víctor Claudio Castro Franco, José Francisco Robles Rivera, Rosa Matilde Quiñónez Gamarra Vda. de Tola, Daniel López Martínez, David de La Rosa Galagarza, Oscar Gonzalo Vásquez Medina, Luis Germán Félix Polo, Rufino Román Díaz Loza, Marco Alfredo Galindo López, María Urcina Meneses Pajuelo, Abilio Efraín Uribe Rebatta, Julio Abel Saavedra Valles, Máximo Agüero Vergara, David Martínez Llanos, Alfonso Orozco Espinoza, Maximiliano Tello



## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Ledesma, Lourdes Clorinda Portillo Peñaloza, Blanca Ismodes Cairo de Reátegui, Augusto Ulises Reátegui Dávila, Cirilo Gabino Aricoche Acosta y Graciela Alcántara Gonzales, interponen acción de cumplimiento contra el Banco de la Nación y la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando la nivelación de sus pensiones, para lo cual debe cumplir con abonarles la suma de S/. 449.61, que perciben los servidores activos desde 1 de enero de 2000, en forma mensual, uniforme y sin distinción de categorías o niveles ocupacionales. Afirman que son pensionistas del Banco de la Nación sujetos al régimen del Decreto Ley N.º 20530 con derecho a nivelación, al haberseles reconocido a todos por lo menos 20 años de servicios prestados al Estado; y que, sin embargo, los incrementos salariales otorgados a sus servidores activos no han sido incluidos en sus pensiones, manteniéndose congeladas desde el año 1993, contraviniéndose a la ley que reconoce su derecho a la pensión nivelable.

La ONP deduce las excepciones de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía previa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demanda, alegando que no existe un dispositivo que contenga un *mandamus* inobjetable que disponga un incremento a favor de los actores por la suma de S/. 449.61 en el monto de sus pensiones de jubilación, y que estuviese siendo incumplido por alguna autoridad o funcionario.

El Banco de la Nación contesta la demanda manifestando que la presente acción no es la vía idónea para reclamar lo pretendido, ya que no existe renuencia a acatar una norma legal o un acto administrativo, siendo que los demandantes solicitan que se les otorgue un incremento de sus pensiones, es decir, que se les reconozcan derechos y beneficios de carácter pensionario.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 25 de abril de 2002, declaró infundadas las excepciones propuestas e improcedente la demanda, por considerar que los actores pretenden que se les reconozca el derecho a percibir el monto solicitado en base a la interpretación de las normas invocadas en su demanda y su presunto carácter continuo y permanente, y no en base a actos administrativos o normas legales que reconozcan de manera cierta e inobjetable el derecho reclamado.

La recurrida confirmó la apelada en todos sus extremos, por considerar que la acción de cumplimiento no es la vía idónea para debatir la pretensión.

## **FUNDAMENTOS**

1. La Ley N.º 26301, en concordancia con el inciso 6 del artículo 200º de la Constitución, establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de la ley. En cuanto al requisito de procedibilidad, se advierte que los demandantes cumplieron con agotar la vía previa, al haber cursado la carta notarial de requerimiento a las entidades demandadas conforme lo estipula el inciso c) del artículo 5 de la Ley N.º 26301.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. En el caso de autos, pese a que los demandantes han acreditado que son pensionistas pertenecientes al régimen previsional del Decreto Ley N.º 20530 y que tienen derecho a una pensión nivelable, según lo previsto en la Ley N.º 23495 (fojas 124 a 508), no han probado tener derecho a la nivelación por el aumento de S/. 449.61 que perciben los servidores en actividad de la entidad demandada, pues según se aprecia de fojas 124 a 508, las boletas de pago de remuneraciones que han presentado para sustentar su demanda -fojas 93 a 123 y 622 a 635-, corresponden a empleados del Banco de la Nación que laboran en el régimen de la actividad privada, afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones SPP –conformado por las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones AFP–, o al Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N.º 19990, regímenes incompatibles con el del Decreto Ley N.º 20530 al que pertenecen, siendo imposible pretender la nivelación entre dos sistemas remunerativos distintos, con beneficios y derechos sustancialmente diferentes, que incluso permiten la formación de derechos previsionales de naturaleza y alcances igualmente distintos.
  
3. En consecuencia, el *mandamus* que invocan los demandantes no aparece en forma clara, cierta y manifiesta, por lo que la pretensión demandada carece de sustento.

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

### HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la acción de cumplimiento.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**

Lo que certifico:

**Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)**