



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0365-2004-AA/TC  
LORETO  
ELVIRA CASHU SHUPINGAHUA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Elvira Cashu Shupingahua contra la sentencia de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 232, su fecha 24 de diciembre de 2003, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 26 de noviembre de 2002, la recurrente interpone acción de amparo contra la Dirección Regional Agraria de Loreto y la Procuraduría Pública de Asuntos Judiciales del Ministerio de Agricultura, alegando que se atenta contra sus derechos adquiridos y protegidos por la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979, ulteriormente reafirmada por la Primera Disposición Final y Transitoria de 1993. Solicita que se nivele su pensión con la remuneración que percibe un trabajador activo STA, conforme lo disponen el Decreto Ley N.º 20530, la Ley N.º 23495 y su Reglamento, el Decreto Supremo N.º 015-83-PCM, por no considerarse en ella el incentivo a la productividad regulado por la Directiva N.º 003-99-CTAR-L-GRA, aprobado por Resolución Ejecutiva N.º 427-99-CTAR-L-P de fecha 16 de junio de 1999, así como los reintegros de las pensiones devengadas dejadas de percibir, más los intereses legales.

La Dirección Regional Agraria de Loreto propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, y solicita que se declare infundada la demanda, aduciendo que el incentivo a la productividad solo es otorgado al personal activo del Pliego 453 CTAR Loreto que labore 3 horas adicionales a la jornada laboral de trabajo de lunes a viernes, estableciéndose expresamente su carácter no pensionable. Adicionalmente, solicita que se emplace como listisconsorte necesario al CTAR Loreto, por ser titular del pliego presupuestal de dicho incentivo.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura, contradice la demanda y solicita que se la declare improcedente o infundada, sosteniendo que el incentivo a la productividad no es pensionable por no estar comprendido en el inciso b) del artículo 1° de la Ley N.° 23495, ni en el artículo 5° de su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 015-93-PCM, agregando que éste es otorgado a través del Comité de Administración del Fondo de Asistencia y Estímulo (CAFAE).

El Gobierno Regional de Loreto no contesta la demanda.

El Primer Juzgado Civil de Maynas, con fecha 13 de julio de 2003, declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e improcedente la demanda. Aduce que el incentivo por productividad constituye un monto extraordinario otorgado a los servidores en actividad que cumplan los requisitos de asistencia, dedicación y prestación efectiva de labores, tomando en cuenta la responsabilidad, eficiencia y permanencia de cada trabajador, constituyendo una especie de prima no pensionable, y, por tanto, una forma mixta de remuneración que combina unidad de tiempo e incremento en función del mayor rendimiento del trabajador.

La recurrida confirmó la apelada, por cuanto la demandante no ha probado que el incentivo que reclama tenga carácter pensionable y se encuentre afecto a descuentos para con ese fin.

### FUNDAMENTOS

1. La Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, establecía el derecho de percibir una pensión de cesantía renovable, con el fin de igualar la pensión del cesante con la remuneración de un servidor en actividad que desempeñase cargo igual o similar al último en el que prestó servicios el cesante. En ese sentido, el artículo 5° de la Ley N.° 23495, de Nivelación de Pensiones, 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 en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en monto remunerativo igual al que le corresponde al servidor en actividad. A su vez, el Reglamento de la Ley N.° 23495, aprobado por el Decreto Supremo N.° 015-83-PCM, en su artículo 5°, 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”.
2. Respecto del incentivo a la productividad cuyo pago se reclama, la Directiva N.° 003-99-CTAR-L-GRA, aprobada por Resolución Ejecutiva N.° 427-99-CTAR-L-P, de fecha 16 de junio de 1999, establece que: a) la Dirección Regional de Agricultura





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

financiará el incentivo a la productividad con los recursos directamente recaudados; b) es de aplicación exclusiva al personal activo que labore un mínimo de tres horas adicionales a la jornada laboral, que termina a las 17 horas 45 minutos, las que necesariamente deberán estar registradas; c) el pago es efectivo según los días realmente laborados, aunque contradictoriamente dispone en el numeral 5.8, que también corresponderá a quienes se encuentren de vacaciones, de licencia por enfermedad o capacitación oficial o en comisión de servicios; d) no tiene carácter pensionable.

3. Consta a fojas 19 del cuadernillo formado en este Tribunal, el documento presentado por el Procurador Público Regional de Loreto con fecha 5 de julio de 2004, manifestando que el incentivo a la productividad tiene su base legal en el Decreto de Urgencia N.º 88-2001 y el Decreto Supremo N.º 100-2001-EF, en donde se precisa que no tiene naturaleza remunerativa; agregando que el incentivo se otorga a aquellos trabajadores que voluntariamente cumplan una labor adicional de lunes a viernes, que inicialmente se fijó en tres horas y que actualmente es de una hora.

Con el referido documento se ha adjuntado: a) la Resolución Ejecutiva N.º 1307-2001-CTAR-Loreto/01, su fecha 9 de noviembre de 2001, por la que se modifican los artículos 7º y 8º del Reglamento de Asistencia y Permanencia de los Funcionarios y Servidores del CTAR - Loreto, con la finalidad de cambiar el horario de trabajo de 7:00 a 17 horas 45 minutos por el de 7:00 a 15:00 horas, para que la jornada adicional que da derecho a percibir el incentivo a la productividad sea de 15:00 a 18:00 horas; b) la Resolución Ejecutiva Regional N.º 657-2002-CTAR-Loreto/01, del 14 de junio de 2002, que modifica nuevamente el artículo 7º del Reglamento en mención, para reducir el horario de trabajo de 7:00 a 15 horas 15 minutos y la jornada laboral adicional de 3 a 1 hora; y c) tarjetas de asistencia de los trabajadores con la finalidad de demostrar que efectivamente laboran la jornada adicional.

4. Se evidencia de los documentos presentados, que el horario de trabajo de los servidores del CTAR - Loreto se ha ido *adaptando*, de modo tal, que sea factible para todos los trabajadores percibir el incentivo a la productividad. Asimismo, que su percepción por los trabajadores de la institución no está vinculada necesariamente a la productividad ni a la calificación, dado que se verifica de las Tarjetas de Control de Asistencia, que son considerados como *jornada adicional* periodos no laborados efectivamente, tales como onomásticos, vacaciones, licencias, comisiones, asuntos sindicales etc.

En consecuencia, se advierte que la productividad del trabajador no es la razón ni la condición *sine qua non* para la percepción del llamado incentivo a la productividad, el mismo que, en realidad, se ha desnaturalizado para convertirse en una suma que



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

perciben los trabajadores de la Dirección Regional Agraria de Loreto de modo permanente en el tiempo y regular en su monto, por lo cual resulta pensionable.

5. Respecto de lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N.º 88-2001 y el Decreto Supremo N.º 100-2001-EF, debe señalarse que conforme al artículo 51.º de la Constitución Política del Perú, estos no pueden oponerse a lo dispuesto por una norma de mayor jerarquía como la Ley N.º 23495 de Nivelación de Pensiones, aplicable al presente caso.
6. Por consiguiente, ha quedado acreditada la vulneración del derecho constitucional protegido hasta antes de la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, vigente desde el 18 de noviembre de 2004, debiendo ampararse la demanda, procediendo la nivelación de la pensión de viudez de la recurrente, teniendo en cuenta las veinte treintavas (20/30) partes correspondientes al tiempo de servicios que prestó al Estado su cónyuge, equivalentes a los años efectivamente laborados en relación al ciclo máximo laboral de 30 años, establecido en el artículo 5.º del Decreto Ley N.º 20530, y de conformidad con el artículo 7º de la Ley N.º 23495 y el artículo 11º del Decreto Supremo N.º 015-83-PCM.
7. No obstante, se recuerda que conforme al propio Decreto Ley N.º 20530, un pensionista tiene derecho a una pensión similar al haber de un trabajador en actividad, de la misma categoría, nivel, sistema pensionario y régimen laboral, y que pretender que el monto de la pensión sea, en determinados casos, superior a la remuneración que un trabajador en actividad percibe, a juicio del Tribunal, es una pretensión ilegal, y es, en ese contexto, en el que se tendrá que aplicar esta sentencia la pensión de viudez de la recurrente.
8. De otro lado, se hace presente que, conforme a la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, 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 de viudez de la demandante sólo procederá hasta la entrada en vigencia de la ley de desarrollo constitucional, debiendo regularse posteriormente conforme lo prevea la norma.
9. Respecto al pago de los intereses legales, corresponde amparar la demanda según el criterio establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 065-02-AA/TC, debiendo aplicarse la tasa establecida en el artículo 1246º del Código Civil.

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





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0365-2004-AA/TC  
LORETO  
ELVIRA CASHU SHUPINGAHUA

## HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar que la entidad demandada cumpla con nivelar la pensión de viudez de la recurrente, incorporando el incentivo a la productividad reclamado, en la forma en que se precisa en los fundamentos 6 y 7 *ut supra*, más los intereses legales que correspondan.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

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