



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0528-2005-AA/TC  
SAN MARTÍN  
ALBERTO SEGUNDO ARÉVALO FLORES

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alberto Segundo Arévalo Flores contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 90, su fecha 31 de enero de 2003, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 7 de junio de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de San Martín y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se nivele su pensión de cesantía con la remuneración que percibe un trabajador en actividad del nivel remunerativo STB, conforme lo establecen el Decreto Ley N.º 20530, la Ley N.º 23495 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 015-83-PCM; asimismo, solicita el pago de los reintegros correspondientes a las pensiones dejadas de percibir desde mayo de 1999, más los intereses legales. Manifiesta que ha laborado para la Dirección Regional emplazada por más de 22 años, cesando en sus labores en el año 1987, y que en la actualidad viene percibiendo su pensión sin que se le haya otorgado el denominado "incentivo a la productividad", el cual viene siendo percibido por otros trabajadores de la misma categoría y nivel.

La Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de San Martín contesta la demanda manifestando que el incentivo a la productividad no tiene condición remunerativa y, que por tanto, no es pensionable; agregando que este beneficio se abona a través de los CAFAES, conforme lo establece el Decreto de Urgencia N.º 088-2001, en concordancia con el Decreto Supremo N.º 110-2001-EF.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción contesta la demanda señalando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa, y que el beneficio de incentivo a la productividad que se otorga a los servidores activos de la Dirección Regional



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de San Martín tiene su base legal en el Decreto de Urgencia N.º 088-2001 y el Decreto Supremo N.º 110-2001-EF.

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín-Tarapoto, con fecha 12 de setiembre de 2002, declara fundada la demanda, por considerar que el incentivo a la productividad tiene la naturaleza de pensionable, por lo que le corresponde al actor.

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

### FUNDAMENTOS

1. Conforme a lo expresado por los demandados en sus escritos de fojas 24 y 31, que tiene valor de declaración asimilada según lo señalado en el artículo 221º del Código Procesal Civil, el demandante no viene recibiendo el incentivo a la productividad que otros servidores en actividad de su mismo nivel remunerativo percibe.
2. La Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, aplicable al caso, 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 cargo en el que prestó servicios el cesante. En ese sentido, el artículo 5º de la Ley N.º 23495, de Nivelación de Pensiones, dispone que cualquier incremento posterior a la nivelación otorgado a los servidores públicos en actividad, que desempeñen el mismo cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento correspondiente de la pensión. A su vez, el Reglamento de la Ley N.º 23495, aprobado por el Decreto Supremo N.º 015-83-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 carácter de permanentes en el tiempo y regulares en su monto, se hayan otorgado o se otorguen en el futuro”.
3. Debe tenerse presente que con las planillas de incentivo a la productividad de fojas 113 a 136, se ha acreditado que la bonificación por incentivo a la productividad reclamada reúne las características antes descritas y que se otorga a los trabajadores en actividad del nivel de remuneración STB.
4. A mayor abundamiento, la demandada no ha cuestionado el carácter permanente ni la regularidad del monto de la bonificación predicha, lo que le otorga la característica de pensionable, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto Ley N.º 20530, que prescribe que es “(...) pensionable (...) toda remuneración afecta al



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

descuento para pensiones. Están afectas al descuento para pensiones, las remuneraciones que son permanentes en el tiempo y regulares en su monto”.

5. Respecto al pedido de reintegro de devengados, este Tribunal considera que procede, por estar arreglado a ley. En cuanto al pago de los intereses, este Tribunal ha establecido que ellos deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1242° y siguientes del Código Civil, por lo que corresponde disponer su pago en el presente caso.
6. No obstante, debe recordarse que, conforme al propio Decreto Ley N.° 20530, un pensionista tiene derecho a una pensión similar al haber de un trabajador en actividad, de su 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, es una pretensión ilegal, y es en ese contexto en el que se tendrá que aplicar esta sentencia.
7. De otro lado, conforme 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 sólo procederá hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley de desarrollo constitucional, debiendo regularse posteriormente conforme lo establezca dicha la norma.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Ordenar que la entidad demandada cumpla con nivelar la pensión del recurrente, incorporando el incentivo a la productividad reclamado en la forma en que se precisa en los fundamentos de la presente sentencia, y dispone el pago de los reintegros a que hubiere lugar, más los intereses legales que correspondan.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO**

Lo que certifico

Dr. Daniel Figallo Riv<sup>o</sup>  
SECRETARIO RELAT<sup>o</sup>