



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 2924-2004-AC/TC
LIMA
MANUELA QUEZADA REYES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos discrepantes de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda y los votos dirimentes de los magistrados Alva Orlandini y García Toma

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Manuela Quezada Reyes contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 253, su fecha 7 de abril de 2004, que declaró infundada la acción de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente interpone demanda de cumplimiento contra EsSalud y la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se nivele su pensión de cesantía con el monto que percibe un servidor en actividad que ostenta el cargo de Jefe de Servicio de Enfermería Nivel 5, que es el cargo, nivel y función que desempeñó. Alega que, siendo pensionista del Decreto Ley N.º 20530, tiene derecho a una pensión nivelable y homologable por haber prestado servicios durante mas de 30 años a favor del Estado, y que, en tal calidad, por mandato del Tribunal Constitucional como consecuencia de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1146-2000-AC/TC, se ordenó que se nivelara a los pensionistas de este régimen con los montos máximos en aplicación de las Resoluciones Supremas N.ºs 018-EF y 019-97-EF, incrementos que si bien la demandada ha cumplido con realizar, no se producen en forma progresiva y automática en su pensión al mismo nivel que percibe un trabajador en actividad, vulnerándose con ello sus derechos pensionarios. Asimismo, solicita el pago de los devengados dejados de percibir más los intereses legales, y las costas y costos del proceso.

EsSalud, deduce las excepciones de prescripción extintiva respecto a los devengados afirmando que, de acuerdo al artículo 56º del D.L. N.º 20530, las pensiones devengadas prescriben si vence el plazo de 3 años sin haber sido reclamadas; de falta de legitimidad para obrar del demandado sosteniendo que según la Ley N.º 26835, la ONP es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



2

el órgano competente para reconocer los derechos legalmente obtenidos al amparo del D.L. N.^º 20530 y que EsSalud se encuentra imposibilitada de atender los reclamos de los pensionistas mientras la ONP no cumpla con transferir la documentación e información que obra en su poder; y de falta de agotamiento de la vía administrativa porque afirma que la demandante no ha realizado proceso administrativo alguno ante EsSalud. En cuanto al fondo de la demanda, solicita que se la declare infundada, precisando que las bonificaciones otorgadas a los trabajadores en actividad por las Resoluciones Supremas N.^ºs 018-97-EF y 019-97-EF no corresponden a la demandante, ya que no pueden ser consideradas como montos de nivelación de pensiones, pues su goce es algo que no corresponde por igual a todos los trabajadores de un mismo nivel de EsSalud, sino que está en función de determinados criterios que varían según la responsabilidad y eficiencia de cada trabajador individual en actividad. Agrega que, en todo caso, ha cumplido con nivelar la pensión de la recurrente en acatamiento de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.^º 1146-2000-AC/TC.

El Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró infundada la excepción de prescripción extintiva por cuanto la omisión alegada es continuada y persiste; infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar puesto que la demandante prestó servicios en el IPSS que hoy se denomina EsSalud, e infundada la excepción falta de agotamiento de la vía administrativa considerando que la pensión tiene carácter alimentario, no siendo exigible el agotamiento de dicha vía; asimismo, declaró fundada la demanda en cuanto la pretensión de nivelación de pensión conforme a las Resoluciones Supremas N.^ºs 018-97-EF y 019-97-EF, argumentando que el artículo 7.^º de la Ley N.^º 23495, en concordancia con la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, ha establecido que los trabajadores de la Administración Pública con más de 20 años de servicios tendrán derecho a la pensión correspondiente y a todas las asignaciones que hubiesen disfrutado hasta el momento del cese laboral; agregando que el artículo 5.^º 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 similar al último en que prestó servicios el cesante jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto remunerativo al que corresponde al servidor en actividad, por lo que las Resoluciones Supremas N.^ºs 018-97-EF y 019-97-EF son aplicables al caso de la demandante.

La recurrida, revocando la apelada declaró infundada la demanda, considerando que EsSalud ha cumplido con nivelar la pensión de la recurrente, incluyendo los conceptos de las Resoluciones Supremas N.^ºs 018-97-EF y 019-97-EF, ya que éstas no señalan sumas determinadas a pagar, sino topes máximos.



FUNDAMENTOS

1. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prohíbe expresamente la nivelación de pensiones.

Sobre el particular, la referida disposición establece lo siguiente:

“Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el sistema nacional de pensiones o el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. **No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones...**”

(el resaltado es nuestro).

Conforme lo anterior, en la actualidad, la Constitución expresamente prohíbe la nivelación de la pensión que viene percibiendo un pensionista del régimen del Decreto Ley N° 20530 con la remuneración que percibe un servidor en actividad de igual nivel y categoría, estableciéndose además que dicha norma debe ser aplicada de modo inmediato, por lo que declarar fundada la demanda supondría atentar contra lo expresamente previsto en la Constitución.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 103º de la Constitución “*la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo*”. (el resaltado es nuestro). De esta forma, la propia Constitución no sólo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como el de la demandante deba ser desestimado en tanto que no resulta posible el día de hoy disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada.



2. La demandante pretende que se realice una labor de interpretación ajena al proceso de cumplimiento.

Del texto de la demanda nos es posible concluir que lo que en realidad pretende la demandante es que este Tribunal analice el conjunto de las normas que alega y que luego de una labor de interpretación en donde se evalúen los medios probatorios que remite se llegue a la conclusión que por un lado los servidores en actividad de igual nivel y categoría que aquel que ocupa la demandante perciben un monto superior de aquel que le viene siendo abonado, y por otro, se verifique que dicho monto es permanente en el tiempo y regular en su monto por lo que debe hacérsele extensivo a ella¹. Es decir, se pretende que a través de un labor de interpretación de normas y contraste de hechos, se reconozca que ha existido por parte de la Administración una actitud fraudulenta destinada a perjudicar pecuniariamente a la demandante, y de ese modo, se reconozca en la demandante el derecho a percibir un monto determinado por concepto de pensión de jubilación, lo cual no resulta posible en sede de cumplimiento en atención a lo dispuesto por el artículo 1º del Código Procesal Constitucional² y en la medida que al involucrar cuestiones de hechos tal conclusión requeriría de una etapa probatoria en donde la parte demandada tuviera la oportunidad de aportar pruebas, contradecir las aportadas por la demandante y eventualmente efectuar la tacha de las mismas, lo cual es ajeno al proceso de amparo.

3. El voto discrepante hace suyo el razonamiento de la demandante y fundamenta la decisión en una interpretación conjunta de las normas alegadas por la demandante.

El voto discrepante se fundamenta en que por un lado, conforme lo dispuesto por el Decreto Ley N° 20530 es pensionable toda bonificación que sea permanente en el tiempo y regular en su monto, y por otro, en que -a criterio de los Magistrados que lo emiten- con las boletas de pago de fojas 19 a 25 y la carta de fojas 17 se habría acreditado que un servidor en actividad de igual nivel y categoría viene percibiendo un monto superior al que viene siendo pagado a la demandante por concepto de dicha bonificación.

¹ Así, a través del escrito de demanda de la demandante de fojas 33 y siguientes, ésta refiere que: "...La normativa vigente que rige el tema de pensiones está constituida por Ley 20530, las Resoluciones Supremas 018-97-EF y 019-97-EF, la primera de fecha 17-02-97 por la que se aprueba la política remunerativa del IPSS (hoy EsSalud) y la segunda también del 17-02-97 por la que se aprueba la política de bonificaciones del IPSS, la Ley 23495 en sus incisos 5 y 7, y su Reglamento. De lo anterior se colige que la recurrente tiene derecho a que su pensión de cesantía se nivele con la de los servidores de mi mismo rango o que ejercen función similar a la que ejercí, debiendo que también deben considerar en el monto pensionable las bonificaciones y asignaciones que con cualquier denominación o etiqueta perciben aquellos..." (sic) (el resaltado es nuestro).

² **Artículo 1.- Finalidad de los Procesos**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que, por un lado, las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante se limitan a disponer una serie de reglas en relación al pago de las pensiones pero en ninguna de ellas se establece que la demandante deba percibir el monto que pretende a través del presente proceso. De tal forma que las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*, toda vez que en ninguna de ellas se dispone de modo cierto, claro, concreto e inobjetable que la demandante debe percibir el monto que solicita, es decir, en ninguna de ellas se ordena que la demandante perciba el monto de S/. 2,215.81 por concepto de bonificación al amparo de la Resolución Suprema N.º 019-97-EF.

En relación a este punto, el Tribunal Constitucional a través de la STC N.º 1172-2004-AC/TC ha establecido que:

“El artículo 200º, inciso 6), de la Constitución Política del Perú, establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, requiriéndose, en el caso de los actos administrativos, que estos sean virtuales, es decir, definidos e inobjetables, caso contrario será necesario el trámite previo que permita un mandato con las características señaladas.

La inactividad de la Administración no es presupuesto válido para interponer una acción de garantía, pues, como se ha precisado, la acción de cumplimiento procede contra el incumplimiento de un acto administrativo que contiene un mandamus expreso.” (el resaltado es nuestro)

En el presente caso, no sólo no existe en ninguna de las normas alegadas por la demandante un mandato virtual, es decir, cierto, claro y expreso, que disponga que debe abonársele un monto superior al que viene percibiendo, sino que además se estaría yendo contra lo expresamente señalado jurisprudencialmente por el Tribunal, toda vez que el presupuesto en este caso es justamente una supuesta inactividad de la Administración. Por ello, consideramos que la cuestión no resulta amparable en sede de cumplimiento.

Un razonamiento similar ha sido seguido a través de la STC N.º 191-2003-AC/TC³, la STC N.º 1419-2003-AC/TC, la STC N.º 145-2004-AC/TC, así como la STC N.º 0563-

³ A través de dicha sentencia se señaló que: “...para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003-AC/TC, la STC N.º 1825-2003-AC/TC y la STC N.º 2510-2003-AC/TC⁴ las cuales si bien no son las únicas que han recogido tal criterio, nos permitimos citar a modo de ejemplo.

5. La demandante viene percibiendo la bonificación que solicita

Sin perjuicio de lo anterior, a fojas 19 y siguientes de autos, obran las boletas de pago de la demandante a través de la cual se acredita que a la fecha viene percibiendo la bonificación que solicita a través del presente proceso de cumplimiento, de tal forma que lo que en realidad pretende es que dicho monto se incremente.

Al respecto, consideramos que tal incremento no es posible conforme nuestra legislación. No sólo porque efectivamente no existe acto administrativo o norma jurídica que así lo disponga, sino adicionalmente porque, por un lado, la norma a través de la cual viene regulada la bonificación cuyo pago pretende la demandante no hace referencia a un monto fijo sino que establece una política remunerativa general para todo un sector, siendo que el monto que en los hechos percibe cada servidor público varía en función de la productividad de cada trabajador; y porque por otro, la demandante tampoco ha acreditado que todos los servidores de igual nivel y categoría al suyo perciban el mismo monto.

En relación a esto último, a fojas 17 de autos, obra la Carta N° 081-DP-SGAF-GDPI-ESSALUD-2002, a través de la cual se señala que “*a la Jefe del servicio de Enfermería del Hospital II de EsSalud Piura se le ha asignado un tope de sueldo de S/. 3,200.00 nuevos soles...*” (el resaltado es nuestro)

De este modo, el documento que sustenta el voto discrepante tampoco establece que sea ése -es decir, S/.3,200.00 nuevos soles- el monto que efectivamente perciba todos los meses la trabajadora en actividad con la cual pretende paridad la demandante, sino que dicho monto es un tope, es decir, se trataría de un máximo que puede ser eventualmente recibido por la servidora en actividad en algunos casos pero que no necesariamente será recibido por ella, siendo posible que en otros casos reciba un monto menor. Así, existe la posibilidad de que la demandante pensionista perciba en algunos casos un monto

resolver -que, como se sabe, carece de estación probatoria-, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otra, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, que pueda inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente...”

⁴ En relación a las STC 0563-2003-AC/TC, la STC N.º 1825-2003-AC/TC y la STC N.º 2510-2003-AC/T, éstas establecen que el *mandamus* debe ser lo suficientemente claro, expreso e inobjetable que permita su cumplimiento por el obligado de manera directa, y que no necesite interpretaciones respecto del derecho del accionante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



7

superior que aquel que percibe la servidora en actividad, cuestión que consideramos constituiría un abuso del derecho prohibido expresamente por el artículo 103º de la Constitución.

6. Aún si se pretendiera tramitar el presente caso como un proceso de amparo la demanda debería ser desestimada.

A mayor abundamiento corresponde señalar que al haberse efectuado una labor de interpretación normativa en el presente caso que resulta ajena al proceso de cumplimiento, en realidad se ha tratado al mismo como si fuese uno de amparo.

No obstante, aún si se tratara de un proceso de amparo, el día de hoy la demanda también debería ser desestimada en atención a lo dispuesto por la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, que determina que el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la pensión de jubilación se refiera al libre acceso a los sistemas de seguridad social, a los requisitos para obtener el derecho a la pensión y a la pensión mínima, de tal forma que deberán ser vistas a través del proceso de amparo aquellas pretensiones que se refieran a dichas cuestiones.

En el presente caso, sin embargo, la pretensión de la demandante no se encuentra inmersa dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión de jubilación, toda vez que a través del proceso se pretende tan sólo un incremento del monto de su pensión, es decir, la cuestión no compromete los aspectos esenciales del derecho a la pensión, por lo que supone un conflicto de rango infraconstitucional y que como tal corresponde ser dilucidado en la vía ordinaria.

7. La jurisprudencia que ha venido produciendo el Tribunal Constitucional sobre el particular, se orienta en un sentido distinto del voto en minoría.

No podemos dejar de anotar que conforme las últimas sentencias emitidas en supuestos similares, este Tribunal se ha pronunciado apoyando el sentido de nuestro voto. Así, en el caso de las STC N° 1034-2004-AC/TC, 948-2004-AA/TC, 3985-2004-AA/TC, 587-2004-AA/TC, 2269-2004-AA/TC, 2790-2003-AA, 3986-2004-AA, 2742-2004-AA/TC y 2790-2003-AA/TC este Tribunal se pronunció desestimando los procesos iniciados con una finalidad y un supuesto análogo al de la demandante.

En este sentido, si bien el voto discrepante reconoce la problemática que involucra una previsión de máximos, pretende hacer una excepción en el presente caso apartándose del criterio que ha venido manteniendo el Tribunal únicamente, sin para ello aportar elementos de juicio suficientes que objetivamente sustenten tal excepción. Así, en la sentencia se señala lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“...la Resolución Suprema N.º 018-97-EF ha aprobado una política de remuneraciones del IPSS, y no una remuneración específica y determinada; esto es, que corresponda de manera particular a cada servidor en actividad o en función del nivel o cargo que desempeña. Se trata, pues, de una “política remunerativa del IPSS” que, como se indica en los anexos a los que se ha hecho referencia, constituye una “escala de remuneraciones máximas”. Lo que significa que los montos de las remuneraciones señalados en los anexos de las resoluciones supremas citadas para cada cargo, no necesariamente son las que, efectiva y realmente, están percibiendo los trabajadores en actividad del actual EsSalud. De manera que si bien este Tribunal no puede ordenar con carácter general que se abonen aquellos montos máximos, sí puede establecer, conforme lo establecen las leyes y resoluciones supremas antes indicadas, que la demandada disponga el incremento para el caso de la demandante.

De este modo, se pretende hacer una excepción al criterio jurisprudencial que ha venido produciendo el Tribunal pero no se establece con claridad y precisión el porqué de la misma.

Conforme lo anterior, no nos es posible compartir el voto emitido por nuestros distinguidos colegas y declarar fundada la demanda de cumplimiento presentada. De un lado, porque las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*, y del otro, porque existe una prohibición constitucional expresa sobre el particular.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo

SS.

**ALVA ORLANDINI
GARCIA TOMA
LANDA ARROYO**

Lo que certifico:

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

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 2924-2004-AC/TC
LIMA
MANUELA QUEZADA REYES

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN
Y GONZALES OJEDA**

1. Con el documento de fojas 1 de autos, se acredita que la demandante cumplió con agotar la vía previa, al haber cursado la correspondiente carta notarial de requerimiento conforme lo establece el inciso c) del artículo 5.º de la Ley N.º 26301.
2. La demanda tiene por objeto que se nivele la pensión de jubilación de la demandante sobre la base de las bonificaciones previstas en las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF y las Resoluciones de Gerencia General N.ºs 298-GG-IPSS-97 y 361-GG-97, y que se le paguen los reintegros, con sus respectivos intereses legales, costas y costos del proceso.
3. Con la Resolución N.º 504-GRTP-IPPS-87, de fecha 7 de setiembre de 1987, 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 para que haya igualdad entre la pensión del cesante con la remuneración de un servidor en actividad que desempeñe el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios la cesante.
4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto Ley N.º 20530, el artículo 5.º de la Ley N.º 23495 y el artículo 5º del Decreto Supremo N.º 015-83-PCM, 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, exige, como premisa básica, que se deba acreditar la existencia de un trabajador en actividad que sirva de referente para efectuar la nivelación.
5. En el caso de autos, dicho incremento está previsto en los artículos únicos de las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF, mediante las cuales se aprobaron tanto la política remunerativa como la de bonificaciones del IPSS, respectivamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



10

6. Debe tenerse en cuenta que las Resoluciones Supremas N.^{os} 018-97-EF y 019-97-EF, tienen como denominador común el hecho de que establecen escalas máximas en los conceptos que regulan, debiendo aquí recogerse lo señalado por este Tribunal, en la STC. N.^o 191-2003-AC/TC, en el sentido de que “los montos de las remuneraciones señaladas en los anexos de las resoluciones supremas citadas para cada cargo, no necesariamente son los que, efectiva y realmente, estén percibiendo los trabajadores en actividad de la actual EsSalud [...].”.
7. En el caso de autos, con la Carta N.^o 081-DP-SGAF-GDPI-ESSALUD-2002, de fecha 16 de enero de 2002, que obra a fojas 17, y con la boleta de pago de ingresos del mes de agosto de 2004, que obra a fojas 4 del cuadernillo de este Tribunal, se acredita que la servidor en actividad que ocupa el mismo cargo y nivel remunerativo que ocupaba la demandante a la fecha de su cese, viene percibiendo las bonificaciones otorgadas por las Resoluciones Supremas N.^{os} 018-97-EF y 019-97-EF; observándose que no existe una equivalencia entre la remuneración del servidor en actividad y la pensión que percibe la demandante, por lo que resulta procedente la nivelación pensionaria.
8. Asimismo, debe tenerse presente que el régimen pensionario del Decreto Ley N.^o 20530, al constituir un régimen de excepción y de mayor beneficio que cualquier otro régimen pensionario existente en el país, no se puede pretender que el monto de la pensión que perciba la demandante sea superior a la remuneración que percibe la trabajadora en actividad de su mismo cargo y nivel remunerativo que ostentaba la actora, pues ello, a nuestro juicio, es una pretensión ilegal, de ahí que sea en ese contexto en el que se tenga que aplicar esta sentencia.
9. Respecto al pago de intereses legales, este Tribunal, en la STC. N.^o 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 a lo dispuesto en los artículos 1242^o y siguientes del Código Civil.
10. De otro lado, en cuanto a la pretensión de pago de costas y costos del proceso, conforme al artículo 56^o del Código Procesal Constitucional, corresponde disponer que la demandada pague los costos del proceso y declarar improcedente el pago de las costas conforme al artículo 413^o del Código Procesal Civil.
11. Finalmente, debemos señalar que 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 solo procederá hasta la entrada en vigencia de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

Por estos fundamentos, estimamos:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda.
2. Ordenar a EsSalud que cumpla con pagar a la demandante su pensión de cesantía nivelable conforme a las Resoluciones Supremas N.^{os} 018 y 019-97-EF, más los devengados correspondientes, con sus respectivos intereses legales, debiendo tenerse en cuenta lo expresado en los Fundamentos 8 y 10, *supra*.
3. Ordenar que EsSalud pague a la demandante los costos del proceso, e improcedente el extremo referido a las costas del mismo.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** en el extremo que se solicita la nivelación conforme a la escalas máximas que prevén las Resoluciones Supremas N.^{os} 018-97-EF y 019-97-EF.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA**

Lo que certifico:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 2924-2004-AC/TC
LIMA
MANUELA QUEZADA REYES

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS BARDELLI LARTIRIGOYEN
Y GONZALES OJEDA**

1. Con el documento de fojas 1 de autos, se acredita que la demandante cumplió con agotar la vía previa, al haber cursado la correspondiente carta notarial de requerimiento conforme lo establece el inciso c) del artículo 5.º de la Ley N.º 26301.
2. La demanda tiene por objeto que se nivele la pensión de jubilación de la demandante sobre la base de las bonificaciones previstas en las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF y las Resoluciones de Gerencia General N.ºs 298-GG-IPSS-97 y 361-GG-97, y que se le paguen los reintegros, con sus respectivos intereses legales, costas y costos del proceso.
3. Con la Resolución N.º 504-GRTP-IPPS-87, de fecha 7 de setiembre de 1987, 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 para que haya igualdad entre la pensión del cesante con la remuneración de un servidor en actividad que desempeñe el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios la cesante.
4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.º del Decreto Ley N.º 20530, el artículo 5.º de la Ley N.º 23495 y el artículo 5º del Decreto Supremo N.º 015-83-PCM, 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, exige, como premisa básica, que se deba acreditar la existencia de un trabajador en actividad que sirva de referente para efectuar la nivelación.
5. En el caso de autos, dicho incremento está previsto en los artículos únicos de las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF, mediante las cuales se aprobaron tanto la política remunerativa como la de bonificaciones del IPSS, respectivamente.
6. Debe tenerse en cuenta que las Resoluciones Supremas N.ºs 018-97-EF y 019-97-EF,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OTDA
FOJAS	41

tienen como denominador común el hecho de que establecen escalas máximas en los conceptos que regulan, debiendo aquí recogerse lo señalado por este Tribunal, en la STC. N.º 191-2003-AC/TC, en el sentido de que “los montos de las remuneraciones señaladas en los anexos de las resoluciones supremas citadas para cada cargo, no necesariamente son los que, efectiva y realmente, estén percibiendo los trabajadores en actividad de la actual EsSalud [...]”.

7. En el caso de autos, con la Carta N.º 081-DP-SGAF-GDPI-ESSALUD-2002, de fecha 16 de enero de 2002, que obra a fojas 17, y con la boleta de pago de ingresos del mes de agosto de 2004, que obra a fojas 4 del cuadernillo de este Tribunal, se acredita que la servidor en actividad que ocupa el mismo cargo y nivel remunerativo que ocupaba la demandante a la fecha de su cese, viene percibiendo las bonificaciones otorgadas por las Resoluciones Supremas N.º 018-97-EF y 019-97-EF; observándose que no existe una equivalencia entre la remuneración del servidor en actividad y la pensión que percibe la demandante, por lo que resulta procedente la nivelación pensionaria.
8. Asimismo, debe tenerse presente que el régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530, al constituir un régimen de excepción y de mayor beneficio que cualquier otro régimen pensionario existente en el país, no se puede pretender que el monto de la pensión que perciba la demandante sea superior a la remuneración que percibe la trabajadora en actividad de su mismo cargo y nivel remunerativo que ostentaba la actora, pues ello, a nuestro juicio, es una pretensión ilegal, de ahí que sea en ese contexto en el que se tenga que aplicar esta sentencia.
9. Respecto al pago de intereses legales, este Tribunal, en la STC. N.º 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 a lo dispuesto en los artículos 1242º y siguientes del Código Civil.
10. De otro lado, en cuanto a la pretensión de pago de costas y costos del proceso, conforme al artículo 56º del Código Procesal Constitucional, corresponde disponer que la demandada pague los costos del proceso y declarar improcedente el pago de las costas conforme al artículo 413º del Código Procesal Civil.
11. Finalmente, debemos señalar que 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 solo procederá hasta la entrada en vigencia de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

Por estos fundamentos, estimamos:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda.
2. Ordenar a EsSalud que cumpla con pagar a la demandante su pensión de cesantía nivelable conforme a las Resoluciones Supremas N.^{os} 018 y 019-97-EF, más los devengados correspondientes, con sus respectivos intereses legales, debiendo tenerse en cuenta lo expresado en los Fundamentos 8 y 10, *supra*.
3. Ordenar que EsSalud pague a la demandante los costos del proceso, e improcedente el extremo referido a las costas del mismo.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** en el extremo que se solicita la nivelación conforme a la escalas máximas que prevén las Resoluciones Supremas N.^{os} 018-97-EF y 019-97-EF.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA

Bardelli
Gonzales O



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 2924-2004-AC/TC

LIMA

MANUELA QUEZADA REYES

VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Que me aparto de voto de mis colegas los magistrados Gonzales Ojeda y Bardelli Lartirigoyen, en el sentido de declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de Cumplimiento, por los motivos que paso a exponer.

1. La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución prohíbe expresamente la nivelación de pensiones.

Sobre el particular, la referida disposición establece lo siguiente:

“Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el sistema nacional de pensiones o el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. **No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones...**” (el resaltado es nuestro).

Conforme lo anterior, en la actualidad, la Constitución expresamente prohíbe la nivelación de la pensión que viene percibiendo un pensionista del régimen del Decreto Ley N° 20530 con la remuneración que percibe un servidor en actividad de igual nivel y categoría, estableciéndose además que dicha norma debe ser aplicada de modo inmediato, por lo que declarar fundada la demanda supondría atentar contra lo expresamente previsto en la Constitución.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 103º de la Constitución “*la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo*”. (el resaltado es nuestro). De esta forma, la propia Constitución no sólo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como el de la demandante deba ser desestimado en tanto que no resulta posible el día de hoy disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. La demandante pretende que se realice una labor de interpretación ajena al proceso de cumplimiento.

Del texto de la demanda nos es posible concluir que lo que en realidad pretende la demandante es que este Tribunal analice el conjunto de las normas que alega y que luego de una labor de interpretación en donde se evalúen los medios probatorios que remite se llegue a la conclusión que por un lado los servidores en actividad de igual nivel y categoría que aquél que ocupa la demandante perciben un monto superior de aquel que le viene siendo abonado, y por otro, se verifique que dicho monto es permanente en el tiempo y regular en su monto por lo que debe hacérsele extensivo a ella¹. Es decir, se pretende que a través de un labor de interpretación de normas y contraste de hechos, se reconozca que ha existido por parte de la Administración una actitud fraudulenta destinada a perjudicar pecuniariamente a la demandante, y de ese modo, se reconozca en la demandante el derecho a percibir un monto determinado por concepto de pensión de jubilación, lo cual no resulta posible en sede de cumplimiento en atención a lo dispuesto por el artículo 1º del Código Procesal Constitucional² y en la medida que al involucrar cuestiones de hechos tal conclusión requeriría de una etapa probatoria en donde la parte demandada tuviera la oportunidad de aportar pruebas, contradecir las aportadas por la demandante y eventualmente efectuar la tacha de las mismas, lo cual es ajeno al proceso de amparo.

3. La sentencia en mayoría hace suyo el razonamiento de la demandante y fundamenta la decisión en una interpretación conjunta de las normas alegadas por la demandante.

La sentencia en mayoría se fundamenta en que por un lado, conforme lo dispuesto por el Decreto Ley N° 20530 es pensionable toda bonificación que sea permanente en el tiempo y regular en su monto, y por otro, en que -a criterio de los Magistrados que lo emiten- con las boletas de pago de fojas 19 a 25 y la carta de fojas 17 se habría acreditado que un servidor en actividad de igual nivel y categoría viene percibiendo un monto superior al que viene siendo pagado a la demandante por concepto de dicha bonificación.

4. Las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*

Sobre el particular, resulta pertinente señalar que, por un lado, las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante se limitan a disponer una serie de reglas en relación al pago de las pensiones pero en ninguna de ellas se establece que la demandante deba percibir el monto que pretende a través del presente proceso. De tal forma que las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*, toda vez que en ninguna de ellas se dispone de modo cierto, claro, concreto e inobjetable que la demandante debe

¹ Así, a través del escrito de demanda de la demandante de fojas 33 y siguientes, ésta refiere que: "...La normativa vigente que rige el tema de pensiones está constituida por Ley 20530, las Resoluciones Supremas 018-97-EF y 019-97-EF, la primera de fecha 17-02-97 por la que se aprueba la política remunerativa del IPSS (hoy EsSalud) y la segunda también del 17-02-97 por la que se aprueba la política de bonificaciones del IPSS, la Ley 23495 en sus incisos 5 y 7, y su Reglamento. De lo anterior se colige que la recurrente tiene derecho a que su pensión de cesantía se nivele con la de los servidores de mi mismo rango o que ejercen función similar a la que ejercí, debiendo que también deben considerar en el monto pensionable las bonificaciones y asignaciones que con cualquier denominación o etiqueta perciben aquellos..." (sic) (el resaltado es nuestro).

² **Artículo 1.- Finalidad de los Procesos**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

percibir el monto que solicita, es decir, en ninguna de ellas se ordena que la demandante perciba el monto de S/. 2,215.81 por concepto de bonificación al amparo de la Resolución Suprema N.º 019-97-EF.

En relación a este punto, el Tribunal Constitucional a través de la STC N.º 1172-2004-AC/TC ha establecido que:

“El artículo 200º, inciso 6), de la Constitución Política del Perú, establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, requiriéndose, en el caso de los actos administrativos, que estos sean virtuales, es decir, definidos e inobjetables, caso contrario será necesario el trámite previo que permita un mandato con las características señaladas.

La inactividad de la Administración no es presupuesto válido para interponer una acción de garantía, pues, como se ha precisado, la acción de cumplimiento procede contra el incumplimiento de un acto administrativo que contiene un mandamus expreso.” (el resaltado es nuestro)

En el presente caso, no sólo no existe en ninguna de las normas alegadas por la demandante un mandato virtual, es decir, cierto, claro y expreso, que disponga que debe abonársele un monto superior al que viene percibiendo, sino que además se estaría yendo contra lo expresamente señalado jurisprudencialmente por el Tribunal, toda vez que el presupuesto en este caso es justamente una supuesta inactividad de la Administración. Por ello, consideramos que la cuestión no resulta amparable en sede de resulta amparable en sede de cumplimiento.

Un razonamiento similar ha sido seguido a través de la STC N.º 191-2003-AC/TC³, la STC N.º 1419-2003-AC/TC, la STC N.º 145-2004-AC/TC, así como la STC N.º 0563-2003-AC/TC, la STC N.º 1825-2003-AC/TC y la STC N.º 2510-2003-AC/TC⁴ las cuales si bien no son las únicas que han recogido tal criterio, nos permitimos citar a modo de ejemplo.

5. La demandante viene percibiendo la bonificación que solicita

Sin perjuicio de lo anterior, a fojas 19 y siguientes de autos, obran las boletas de pago de la demandante a través de la cual se acredita que a la fecha viene percibiendo la bonificación que solicita a través del presente proceso de cumplimiento, de tal forma que lo que en

³ A través de dicha sentencia se señaló que: “...para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver -que, como se sabe, carece de estación probatoria-, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otra, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, que pueda inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, en lo que al caso se refiere, que se encuentre vigente...”

⁴ En relación a las STC 0563-2003-AC/TC, la STC N.º 1825-2003-AC/TC y la STC N.º 2510-2003-AC/T, éstas establecen que el *mandamus* debe ser lo suficientemente claro, expreso e inobjetable que permita su cumplimiento por el obligado de manera directa, y que no necesite interpretaciones respecto del derecho del accionante.



realidad pretende es que dicho monto se incremente.

Al respecto, consideramos que tal incremento no es posible conforme nuestra legislación. No sólo porque efectivamente no existe acto administrativo o norma jurídica que así lo disponga, sino adicionalmente porque, por un lado, la norma a través de la cual viene regulada la bonificación cuyo pago pretende la demandante no hace referencia a un monto fijo sino que establece una política remunerativa general para todo un sector, siendo que el monto que en los hechos percibe cada servidor público varía en función de la productividad de cada trabajador; y porque por otro, la demandante tampoco ha acreditado que todos los servidores de igual nivel y categoría al suyo perciban el mismo monto.

En relación a esto último, a fojas 17 de autos, obra la Carta N° 081-DP-SGAF-GDPI-ESSALUD-2002, a través de la cual se señala que “*a la Jefe del servicio de Enfermería del Hospital II de EsSalud Piura se le ha asignado un tope de sueldo de S/. 3,200.00 nuevos soles...*” (el resaltado es nuestro)

De este modo, el documento que sustenta el voto en mayoría tampoco establece que sea ése -es decir, S/.3,200.00 nuevos soles- el monto que efectivamente perciba todos los meses la trabajadora en actividad con la cual pretende paridad la demandante, sino que dicho monto es un tope, es decir, se trataría de un máximo que puede ser eventualmente recibido por la servidora en actividad en algunos casos pero que no necesariamente será recibido por ella, siendo posible que en otros casos reciba un monto menor. Así, existe la posibilidad de que la demandante pensionista perciba en algunos casos un monto superior que aquel que percibe la servidora en actividad, cuestión que consideramos constituiría un abuso del derecho prohibido expresamente por el artículo 103º de la Constitución.

6. Aún si se pretendiera tramitar el presente caso como un proceso de amparo la demanda debería ser desestimada.

A mayor abundamiento corresponde señalar que al haberse efectuado una labor de interpretación normativa en el presente caso que resulta ajena al proceso de cumplimiento, en realidad se ha tratado al mismo como si fuese uno de amparo.

No obstante, aún si se tratara de un proceso de amparo, el día de hoy la demanda también debería ser desestimada en atención a lo dispuesto por la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, que determina que el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la pensión de jubilación se refiera al libre acceso a los sistemas de seguridad social, a los requisitos para obtener el derecho a la pensión y a la pensión mínima, de tal forma que deberán ser vistas a través del proceso de amparo aquellas pretensiones que se refieran a dichas cuestiones.

En el presente caso, sin embargo, la pretensión de la demandante no se encuentra inmersa dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión de jubilación, toda vez que a través del proceso se pretende tan sólo un incremento del monto de su pensión, es decir, la cuestión no compromete los aspectos esenciales del derecho a la pensión, por lo que supone un conflicto de rango infraconstitucional y que como tal corresponde ser dilucidado en la vía ordinaria.

7. La jurisprudencia que ha venido produciendo el Tribunal Constitucional sobre el particular, se orienta en un sentido distinto del voto en mayoría.



No podemos dejar de anotar que conforme las últimas sentencias emitidas en supuestos similares, este Tribunal se ha pronunciado apoyando el sentido de nuestro voto. Así, en el caso de las STC N° 1034-2004-AC/TC, 948-2004-AA/TC, 3985-2004-AA/TC, 587-2004-AA/TC, 2269-2004-AA/TC, 2790-2003-AA, 3986-2004-AA, 2742-2004-AA/TC y 2790-2003-AA/TC este Tribunal se pronunció desestimando los procesos iniciados con una finalidad y un supuesto análogo al de la demandante.

En este sentido, si bien la sentencia reconoce la problemática que involucra una previsión de máximos, pretende hacer una excepción en el presente caso apartándose del criterio que ha venido manteniendo el Tribunal últimamente, sin para ello aportar elementos de juicio suficientes que objetivamente sustenten tal excepción. Así, en la sentencia se señala lo siguiente:

“...la Resolución Suprema N.º 018-97-EF ha aprobado una política de remuneraciones del IPSS, y no una remuneración específica y determinada; esto es, que corresponda de manera particular a cada servidor en actividad o en función del nivel o cargo que desempeña. Se trata, pues, de una “política remunerativa del IPSS” que, como se indica en los anexos a los que se ha hecho referencia, constituye una “escala de remuneraciones máximas”. Lo que significa que los montos de las remuneraciones señalados en los anexos de las resoluciones supremas citadas para cada cargo, no necesariamente son las que, efectiva y realmente, están percibiendo los trabajadores en actividad del actual EsSalud. De manera que si bien este Tribunal no puede ordenar con carácter general que se abonen aquellos montos máximos, sí puede establecer, conforme lo establecen las leyes y resoluciones supremas antes indicadas, que la demandada disponga el incremento para el caso de la demandante.

De este modo, se pretende hacer una excepción al criterio jurisprudencial que ha venido produciendo el Tribunal pero no se establece con claridad y precisión el porqué de la misma.

Conforme lo anterior, no me es posible compartir el voto emitido por mis distinguidos colegas y declarar fundada la demanda de Cumplimiento presentada. De un lado, porque las normas cuyo cumplimiento solicita la demandante carecen de *mandamus*, y del otro, porque existe una prohibición constitucional expresa sobre el particular.

SS.

LANDA ARROYO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OTDA
FOJAS	79

75

EXP. N° 2924-2004-AA/TC
LIMA
MANUELA QUEZADA REYES

VOTO DEL MAGISTRADO GARCIA TOMA

Coincido plenamente con el voto y los fundamentos del Magistrado Landa Arroyo.-

SR.
GARCIA TOMA

A handwritten signature in black ink, appearing to read "GARCIA TOMA".