



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 06642-2008-PA/TC

LIMA

PEDRO NAKABUSHI MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 día del mes de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Nakabushi Mendoza contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 125, su fecha 12 de septiembre de 2008, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N.º 11945-2001-ONP/DC/DL 19990, de fecha 1 de octubre de 2001, que le otorgó una pensión como asegurado de continuación facultativa; y que en consecuencia, se expida una nueva resolución que le otorgue pensión de jubilación como asegurado obligatorio, teniendo en cuenta la fecha de su contingencia conforme al artículo 80º del Decreto Ley 19990. Asimismo, solicita el pago de los devengados, los intereses legales y las costas y costos del proceso.

La ONP contesta la demanda solicitando que se declare improcedente la demanda, alegando que la pretensión de variación de calidad de asegurado de facultativo a obligatorio no forma parte del contenido esencial del derecho a la pensión, máxime si el actor percibe una pensión por encima de los S/. 415.00 nuevos soles, deberá presentar su reclamo en la vía del contencioso administrativo.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 21 de abril de 2008, declaró infundada la demanda, considerando que en atención a los aportes voluntarios efectuados por el propio demandante y conforme a la información indicada en la Hoja de Liquidación, en la que se consigna como fecha de apertura del expediente y fecha de solicitud de pensión el 30 de octubre de 2000, se concluye que la calificación efectuada en la resolución cuestionada obedeció a la propia gestión efectuada por el actor, correspondiendo desestimar la pretensión que motiva el presente proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, estimando que la vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. De acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, que constituyen precedente vinculante, se determina que en el presente caso, aun cuando la pretensión cuestiona la suma específica de la pensión que percibe el demandante, resulta procedente efectuar su verificación por las objetivas circunstancias del caso (enfermedad) a fin de evitar consecuencias irreparables.

Delimitación del petitorio

2. En el presente caso, el demandante solicita el recálculo de su pensión de jubilación como asegurado obligatorio, alegando que, pese a que en la resolución administrativa que se cuestiona se ordena que el cálculo de su pensión se realice de acuerdo con los 12 meses anteriores aportados, conforme al artículo 73° del Decreto Ley 19990, con lo que está de acuerdo, ésta se ha determinado, como se aprecia de la Hoja de Liquidación, dividiendo entre 60 los aportes realizados facultativamente hasta 30 de octubre de 2000, a pesar de que con anterioridad ya había cesado en sus actividades laborales y cumplido con el tiempo de aportaciones necesario para acceder a la pensión de jubilación. Asimismo, solicita que se le abone las pensiones devengadas, con los intereses legales y las costas y costos del proceso.
3. De la Resolución N.º 0000011945-2001-ONP/DC/DL 19990, de fecha 1 de octubre de 2001, obrante a fojas 4, se advierte que al actor se le reconoció derecho a percibir pensión de jubilación conforme al Decreto Ley 19990, otorgándole una del régimen especial de jubilación, por haber cumplido los requisitos de edad y años de aportación, a partir del 30 de octubre de 2000, por la suma de S/. 263.43 nuevos soles, incluido el incremento por su cónyuge, la que, actualizada a la fecha de la referida resolución, asciende a S/. 313.43 nuevos soles.

4. El artículo 73° del Decreto Ley 19990 establece que:

“El monto de las prestaciones, para los asegurados obligatorios y los facultativos a que se refiere el inciso b) del Art. 4, se determinará en base a la remuneración de referencia. La remuneración de referencia es igual al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

promedio mensual que resulte de dividir entre 12 el total de remuneraciones asegurables, definidas por el Art. 8, percibidas por el asegurado en los últimos 12 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, salvo que el promedio mensual de los últimos 36 o 60 meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado”.

5. Sin embargo, de la Hoja de Liquidación obrante a fojas 6 y 7, se advierte que al demandante se le otorgó una pensión de jubilación, de conformidad con los artículos 38°, 47°, 48° y 80° del Decreto Ley 19990, el artículo 7° del Decreto Ley 25967, modificado por el artículo 1° de la Ley 26323, al haber nacido el 5 de febrero de 1926 y haber acreditado 6 años completos de aportaciones al 18 de diciembre de 1992, y 14 años de aportaciones a la fecha en que dejó de percibir ingresos afectos.
6. Si bien es cierto que el artículo 73°, segundo párrafo del Decreto Ley N.º 19990, establece que la remuneración de referencia para el pago de pensiones debe calcularse sobre la base de los meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, también lo es que el artículo 17°, inciso c) del Decreto Supremo N.º 011-74-TR (Reglamento del Decreto Ley N.º 19990), estipula que el derecho a la continuación facultativa caduca cuando se adquiere el derecho a la pensión de jubilación.
7. Al respecto el Tribunal Constitucional, en la STC 0686-2003-AA, ha precisado que si el demandante efectuó alguna aportación facultativa luego de haberse producido la contingencia en su calidad de asegurado obligatorio, dicha aportación carece de validez, no pudiendo tomarse en cuenta para efectos del cálculo de su remuneración de referencia, puesto que no se encontraba en la obligación de efectuarla para adquirir su derecho, y estando a que el recurrente cumplió con la contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, conforme se advierte de la resolución de fojas 4, los aportes facultativos realizados con posterioridad son ineficaces. Cabe agregar que el demandante afirma haber sido obligado a realizar aportes para hacer viable su solicitud de pensión, situación que si bien no se acredita en el presente proceso, de verificarse resultaría ser un acto gravísimo que lo configuraría una falta administrativa posible de ser sancionada.
8. Por consiguiente, se considere que la demandada, al haber tomado en cuenta para el cálculo de la remuneración de referencia el aporte facultativo, ha vulnerado el derecho constitucional del demandante consagrado en el artículo 11° de la Constitución Política del Perú.
9. Asimismo, la ONP debe realizar el recálculo de la pensión de jubilación del demandante de conformidad con los fundamentos de la presente sentencia y abonar los reintegros, así como los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246 del Código Civil de conformidad con la STC 05430-2006-PA; más los costos del proceso en aplicación del artículo 56 del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULA** la Resolución N.º 0000011945-2001-ONP/DC/DL 19990, de fecha 1 de octubre de 2001, así como la Hoja de Liquidación realizada en la misma fecha,
2. Ordenar que la Oficina de Normalización Previsional cumpla con realizar el recálculo de la pensión de jubilación del demandante, con el abono de los reintegros con sus respectivos intereses legales, así como los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR