EXP. N.° 01404-2011-PC/TC
LORETO
ENRIQUE AMASIFUÉN VARELA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de junio de 2011, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Álvarez Miranda, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Enrique Amasifuén Varela contra la sentencia de la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 82, su fecha 21 de enero de 2011, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el Gobierno Regional de Loreto con el objeto de que se cumpla con la Resolución Ejecutiva Regional 804-2010-GRL-P, de fecha 7 de abril de 2010, mediante la cual se ordena la nivelación de su pensión de cesantía con la remuneración equivalente a la que percibe un trabajador en actividad de la categoría F-3, en lo que respecta a la subvención alimenticia. Asimismo solicita el pago de devengados desde noviembre de 2002, fecha en que se produjo el reajuste en mérito a la Resolución Ejecutiva Regional 1248-2002-CTAR-LORETO/01, más los intereses legales correspondientes.

El Procurador Público Regional de Loreto contesta la demanda y solicita que se declare improcedente y/o infundada, expresando que para efectos de percibir los incentivos laborales el requisito principal es tener vínculo laboral vigente, lo cual no cumple el demandante por encontrarse en calidad de cesante.

El Primer Juzgado Civil de Maynas, con fecha 27 de setiembre de 2010, declara fundada la demanda por estimar que el mandato referido al reconocimiento de la subvención alimenticia cumple con los requisitos mínimos comunes.

La Sala superior competente revoca la apelada y declara infundada la demanda, por considerar que uno de los requisitos del proceso de cumplimiento es la existencia de un *mandamus*, el cual solo se configura si tiene virtualidad y legalidad suficiente, es decir que la resolución administrativa materia de cumplimiento debe haber sido emitida válidamente con sujeción al ordenamiento jurídico y a los precedentes del Tribunal

Constitucional, lo que no se ha configurado en atención a la Ley 28389 y a la Ley 28449.

FUNDAMENTOS

Objeto del proceso de cumplimiento

1. El artículo 200°, inciso 6 de la Constitución Política establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Por su parte, el artículo 66°, inciso 1 del Código Procesal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme.

Naturaleza de los requisitos mínimos del *mandamus* contenido en una norma legal y en un acto administrativo. Reiteración de jurisprudencia

2. En la STC 00102-2007-PC/TC este Tribunal señaló, al evaluar los alcances de la STC 0168-2005-PC/TC, que "para lograr la plena protección del derecho a defender la eficacia de normas legales y actos administrativos mediante el proceso de cumplimiento es necesario que previamente se verifiquen dos acciones concretas. La primera, contenida en la norma procesal y derivada del artículo 200°, inciso 6, de la Constitución, referida a la comprobación de la actitud renuente por parte del obligado a cumplir (funcionario o autoridad pública) y en segundo orden, la verificación de la características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo o de la orden de emisión de una resolución o un reglamento. En tal sentido, se ha precisado que solo de cumplirse dichos supuestos el proceso de cumplimiento prosperará, haciéndose hincapié en que "de no reunir tales características [mínimas comunes], además de los supuestos contemplados en el artículo 70° del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea", vale decir, el cumplimiento de los requisitos mínimos del *mandamus* contenido en una norma legal, en un acto administrativo o en la orden de emisión de una resolución o un reglamento se convierte en una exigencia indispensable para determinar la procedencia del proceso de cumplimiento" (fundamento 3).

3. En el mismo pronunciamiento, y al haberse delimitado los requisitos de procedibilidad, se dejó sentado a modo de conclusión "que la idoneidad o no del proceso de cumplimiento [...], dependerá de la verificación de los requisitos mínimos comunes del mandato, por lo que en concordancia con lo previsto en el artículo 70° del Código Procesal Constitucional –que regula las causales de

improcedencia del proceso de cumplimiento– la utilización de dicha vía no será procedente cuando una vez evaluada la norma legal o acto administrativo se determine que estas no contienen en el mandato que llevan [o deben llevar] inserto las características básicas para pretender lograr la defensa constitucional de su eficacia" (fundamento 4).

La virtualidad o exigencia de un derecho incuestionable como requisito adicional del acto administrativo. Reiteración de jurisprudencia

4. Del mismo modo en la STC 00102-2007-PC/TC, al referirse a la evaluación sobre el fondo de la controversia que corresponde realizar una vez efectuada la comprobación de los requisitos de procedibilidad, se precisó que en el caso de un acto administrativo deberá evaluarse que éste contenga, en primer término, el reconocimiento de un derecho incuestionable del reclamante y, en segundo lugar, que se individualice al beneficiario. En lo que concierne al primer elemento en la sentencia precitada se estableció que "este Tribunal considera que el cuestionamiento al derecho reconocido en el acto administrativo puede efectuarse con posterioridad a la verificación de los requisitos mínimos comunes, siempre que no se haya comprobado la existencia de una controversia compleja derivada de la superposición de actos administrativos, o que el derecho reclamado esté sujeto a interpretaciones dispares. Así, cuando deba efectuarse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia se deberá revisar si existe algún cuestionamiento al derecho reconocido al reclamante, pues de haberlo –a pesar de la naturaleza del proceso de cumplimiento– corresponderá su esclarecimiento. De verificarse que el derecho no admite cuestionamiento corresponderá amparar la demanda; por el contrario, cuando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal. En este supuesto, el acto administrativo se ve afectado en su validez, al sustentarse en normas que no se ciñen al marco legal previsto para el otorgamiento del beneficio, lo que significa que no contienen un derecho incuestionable" (fundamento 6, segundo párrafo).

5. Es pertinente mencionar que el criterio para verificar la virtualidad de un mandato se ha utilizado de manera uniforme y reiterada en la jurisprudencia de este Tribunal. En efecto, en las SSTC 01676-2004-AC/TC, 03751-2004-AC/TC, 02214-2006-PC/TC, 05000-2007-PC/TC, 05198-2006-PC/TC, 04710-2009-PC/TC y 02807-2010-PC/TC, al resolver controversias relacionadas al bono por función jurisdiccional y bono por función fiscal se desestimaron las demandas por concluirse que el acto administrativo carece de virtualidad y legalidad suficientes

para constituirse en *mandamus*, y por ende no puede ser exigible a través del proceso de cumplimiento.

Requisito especial de la demanda

6. Con el documento presentado a la Oficina de Administración Documentaria, Unidad de Trámite Documentario del Gobierno Regional de Loreto, de fecha 15 de abril de 2010 (f. 6), se acredita que el demandante cumplió con el requisito previsto en el artículo 69° del Código Procesal Constitucional.

Delimitación del petitorio

7. En el presente caso se solicita el cumplimiento de la Resolución Ejecutiva Regional 804-2010-GRL-P, que incluyó la subvención alimenticia en la pensión de cesantía que percibe el actor, como concepto nivelable.

Análisis de la controversia

8. En la STC 0168-2005-PC/TC este Colegiado ha precisado los requisitos mínimos que debe contener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso de cumplimiento. En tal sentido, al advertirse que el mandato cuyo cumplimiento exige la parte demandante satisface dicho requisito, cabe emitir un pronunciamiento de mérito.

9. En la STC 02924-2004-AC/TC, luego de expedida la STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC (acumulados), que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra las Leyes 28389 y 28449, este Tribunal Constitucional dejó sentado, al referirse al artículo 3° numeral 2 de la Ley 28389, de Reforma Constitucional, que modificó la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que "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" (fundamento 1, segundo párrafo).

10. Asimismo en la precitada sentencia se estableció que "conforme lo dispuesto por el artículo 103° 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" (fundamento 1, tercer párrafo).

11. El criterio esbozado ha sido reiterado en las SSTC 02543-2007-PC/TC, 0033-2007-PA/TC, 03474-2007-PA/TC y 05567-2008-PC/TC, en las que se ha precisado que "la nivelación pensionaria establecida para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley 20530, en aplicación de lo establecido por la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye, por razones de interés social, un derecho exigible, más aún cuando el abono de reintegros derivados del sistema de reajuste creado por el instituto en cuestión no permitiría cumplir con la finalidad de la reforma constitucional, esto es, mejorar el ahorro público para lograr el aumento de las pensiones más bajas". A ello debe agregarse que en la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado ha señalado que *"no [se] puede ni [se] debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión"*.

12. El fundamento en el cual se sustenta la Resolución Ejecutiva Regional 804-2010-GRL-P para reconocer la nivelación de la subvención alimenticia es que "*el derecho materia de reclamación se originó al momento de cese del recurrente, es decir muchos años antes de que se expidieran la Ley N.º 28389 y la Ley N.º 28411, por lo que al tener la calidad de derecho adquirido resulta factible estimar en parte la reclamación en cuanto a la subvención alimenticia por tener las características de irrenunciables*". Tal alegación, sin embargo, resulta contraria al criterio que este Tribunal viene utilizando al resolver controversias de la misma naturaleza y que en este caso debe ser reiterado, en el sentido que la nivelación pensionaria no constituye por razones de interés social un derecho exigible. La inexigibilidad como lo ha precisado este Tribunal, reposa en dos situaciones. Por un lado, la proscripción de la nivelación pensionaria a partir de la Ley de Reforma Constitucional; y por otro, la sustitución de la teoría de los derechos adquiridos conforme al artículo 103° de la Constitución. De ahí, que no pueda avalarse la tesis de la Administración que basa el reconocimiento de la nivelación en su calidad de derecho adquirido originado al momento del cese.

13. Como se ha explicitado en los fundamentos 3 y 4, la virtualidad del mandato contenido en el acto administrativo dependerá de su validez legal, es decir si en su formulación se respetó el marco de la legalidad haciéndolo un derecho incuestionable para el reclamante. En este caso la nivelación ordenada, además de no tratarse de un derecho exigible por las razones anotadas *supra,* resulta ser

contraria a las Leyes 28389 y 28449, lo que permite concluir que la resolución administrativa cuyo cumplimiento se exige carece de la virtualidad suficiente para convertirse en un *mandamus,* por lo que la demanda debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda porque el mandato contenido en la Resolución Ejecutiva Regional 804-2010-GRL-P carece de validez legal.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR