



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 502-2001-AA/TC
CUSCO
MOISÉS ALARCÓN TORRES Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Moisés Alarcón Torres y otros contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de Cusco, de fojas 331, su fecha 27 de febrero de 2001, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, Moisés Alarcón Torres, Héctor Loayza Ramírez, Santiago Jerí Agüño, Jorge Ríos Alzamora, Aquiles Alarcón Flores, Martín Loayza Leguía, Bernabé Ccorahua Altamirano, Asencio Chahuillco González, Francisco Hurtado Mosqueira, Publio Álvaro Román Candia, Pedro Celestino Rojas Pichihua, Paulina Vargas Vda. de Reinoso y Victoria Moriano Vda. de Chahuillco, con fecha 29 de diciembre de 1999, interponen acción de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y Electro Sur Este S.A, con el objeto de que: a) se les restituya el derecho al pago del íntegro de las gratificaciones por Navidad, desde 1994, y por fiestas patrias, desde 1995; b) se les restituya el derecho al pago del íntegro de las pensiones de cesantía y/o jubilación, según el Decreto Ley N.º 20530, niveladas desde diciembre de 1994, con intereses legales; y c) se declaren inaplicables las Resoluciones de Gerencia General N.ºs 009-95/ERSESA, 040-95/ERSESA, 021-95/ERSESA, 003-95/ERSESA, 064-95/ERSESA, 025-95/ERSESA, 057-95/ERSESA, 049-95/ERSESA, 001-95/ERSESA, 005-95/ERSESA, que resuelven nivelar las pensiones de cesantía; 090-95/ERSESA, que resuelve otorgar pensión de cesantía no nivelable; 075-95/ERSESA, que resuelve nivelar la pensión de sobrevivientes por viudez y/o orfandad; y la Resolución N.º 001191-98/ONP-DC- 20530, que resuelve otorgar pensiones de viudez-orfandad con importes reducidos, recortándose en todas ellas, arbitraria y unilateralmente, legítimos derechos adquiridos; d) Electro Sur Este S.A. cumpla con nivelar las pensiones con los incrementos de las remuneraciones del personal de

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

régimen privado en actividad. Afirman que fueron reincorporados al régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 20530 por haber ingresado a laborar antes del 12 de julio de 1962, adquiriendo el derecho a dicho régimen pensionario sin ninguna limitación. Asimismo, señalan que se acogieron al programa de incentivos para retiros –REIMPRES– luego de lo cual se emitieron resoluciones de la Oficina de Relaciones Industriales de la empresa demandada, y en virtud de ellas han venido gozando de pensiones reajustadas e incrementadas con los aumentos que se han venido otorgando a los trabajadores activos; sin embargo, luego fueron reducidas por una errónea interpretación y aplicación retroactiva de las leyes de presupuesto de 1994 y 1995. De esta manera, consideran, se han vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, a la legalidad objetiva y al trabajo.

La ONP contesta la demanda solicitando se la declare infundada, alegando que el amparo no es declarativo de derechos; además sostiene que las gratificaciones, reintegros o incrementos de pensiones que los demandantes solicitan no afectan el mismo derecho de pensión. Asimismo, señala que las posibles nivelaciones a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N.º 20530 deben estar en relación con las remuneraciones vigentes del personal sujeto al régimen de la actividad pública y no privada.

Electro Sur Este S.A. contesta la demanda proponiendo las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa, solicitando que se declare improcedente. Alega que las resoluciones cuestionadas fueron expedidas en el ejercicio regular de un derecho y en aplicación estricta de la normatividad vigente. Además, arguye que las acciones de garantía no son idóneas para determinar montos dinerarios de ninguna clase.

El Cuarto Juzgado Civil del Cusco declara infundada la excepción de oscuridad y ambigüedad, improcedentes las demás excepciones e infundada la demanda, aduciendo que la nivelación realizada por Electro Sur S.A. se hizo según lo dispuesto por la Ley N.º 23495 en cuanto señala que debe efectuarse con los haberes percibidos por los servidores públicos en actividad. Asimismo, estima que en cuanto al monto percibido, no se ha demostrado fehacientemente que el mismo sea inferior al que corresponde a un servidor público de la misma categoría y nivel.

La recurrida confirma la apelada en cuanto a las excepciones, y la revocándola declara improcedente la demanda.

FUNDAMENTOS

1. Se advierte que existe suficiente claridad en el modo de proponer la demanda, por lo que la excepción de oscuridad y ambigüedad debe ser desestimada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2. No cabe invocar la excepción de caducidad, por cuanto se trata de un reclamo en materia pensionaria en el cual los actos violatorios tienen carácter continuado, por lo que en tales circunstancias rige lo dispuesto por la última parte del artículo 26° de la Ley N.° 25398.
3. La excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa debe desestimarse, toda vez que por la naturaleza del derecho invocado, y teniendo en consideración que la pensión tiene carácter alimentario, no es exigible el agotamiento de la vía previa, por lo que resulta de aplicación el inciso 2) del artículo 28° de la Ley N.° 23506.
4. Si bien es cierto que los demandantes, en su calidad de pensionistas y jubilados de Electrosur Este S.A. dentro del régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530, se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la Ley N.° 23495, que señala que cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad, que desempeñen cargo similar al último cargo en que prestó servicios el cesante, dará lugar al incremento de la pensión; dicho derecho comprende además las gratificaciones que perciban o que percibían los pensionistas, funcionarios y servidores de la Administración Pública. 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"; en consecuencia, procede amparar la demanda.
5. No obstante que no se encuentra debidamente acreditada en autos la discriminación de la que dicen ser objeto los demandantes al haber dejado de percibir en su calidad de pensionistas las gratificaciones indicadas, es preciso señalar que, de conformidad con el artículo único de la Ley N.° 25048, se consideran remuneraciones asegurables y pensionables las asignaciones por refrigerio, movilidad, subsidio familiar, gratificaciones por fiestas patrias, navidad, escolaridad y vacaciones, que percibían o que perciben los pensionistas, funcionarios y servidores de la Administración Pública comprendidos en el Decreto Ley N.° 11377 y Decreto Legislativo N.° 256; asimismo, los pensionistas pertenecientes al régimen del Decreto Ley N.° 19990.
6. Por consiguiente, de lo expuesto en los fundamentos precedentes se concluye que, existiendo disposiciones que establecen que las asignaciones reclamadas por los demandantes tienen carácter pensionable, la negativa de la entidad demandada de cumplir con dichas disposiciones vulnera sus derechos pensionarios. En consecuencia, la imprecisión sobre la situación jurídica en la que se encuentra cada uno de ellos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deberá analizarse en la etapa de ejecución de sentencia, razón por la cual la demanda debe ser estimada.

7. En lo que respecta al demandante don Pedro Celestino Rojas Pichihua, se advierte de autos que mediante Resolución de Gerencia General N.º G-090-95/ERSESA, de fecha 18 de enero 1995, se le otorga una pensión de cesantía no nivelable; por lo tanto, en su caso se debe precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, la acción de amparo tiene carácter restitutivo y no declarativo de derechos constitucionales, razón por la cual no resulta amparable por esta vía pronunciarse sobre su pretensión.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicables las Resoluciones de Gerencia General N.ºs 009-95/ERSESA, 040-95/ERSESA, 021-95/ERSESA, 003-95/ERSESA, 064-95/ERSESA, 025-95/ERSESA, 057-95/ERSESA, 049-95/ERSESA, 001-95/ERSESA, 005-95/ERSESA, 075-95/ERSESA y 001191-98/ONP-DC- 20530, y ordena que la Oficina de Normalización Previsional cumpla con efectuar el pago nivelado de las pensiones de cesantía y de viudez-orfandad de los demandantes, con abono de los reintegros correspondientes calculados de acuerdo a ley, e **IMPROCEDENTE** respecto al demandante don Celestino Rojas Pichihua, dejando a salvo su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR