

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

SEGUNDA ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO



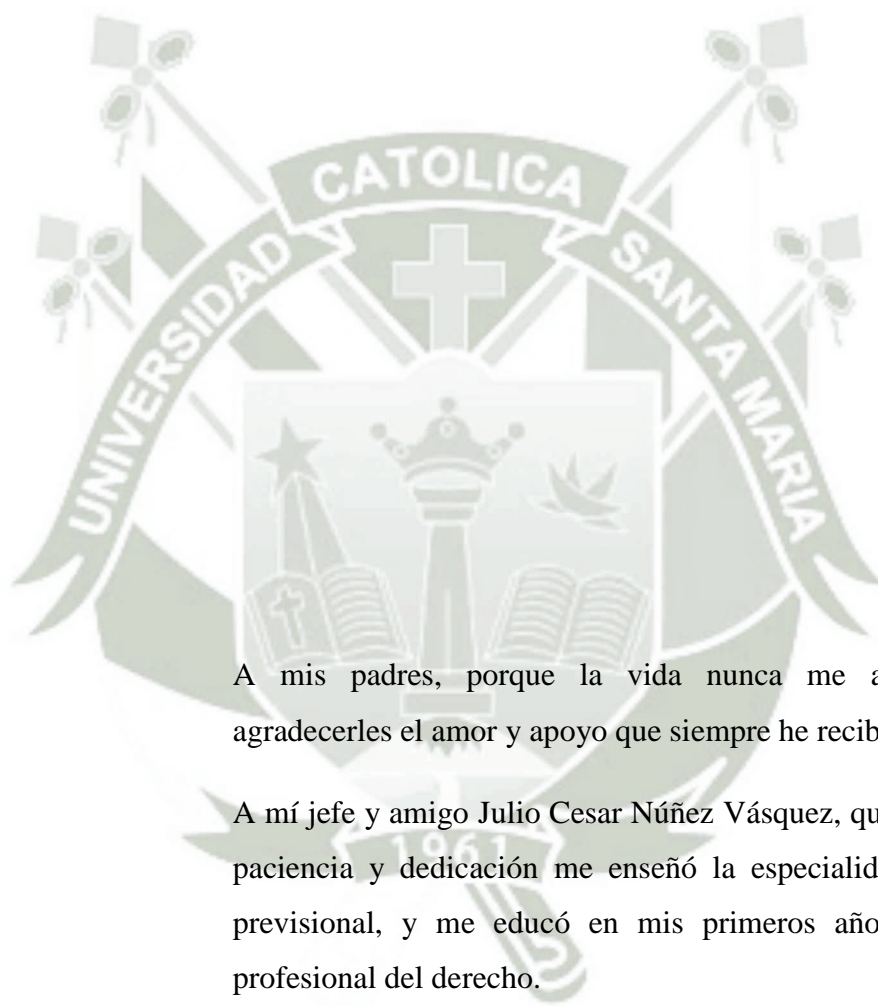
**“ANÁLISIS DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE EMITIDO EN LA
CASACIÓN N°5416-2011-AREQUIPA”**

**Trabajo Académico presentado por la Abogada
Pamela Lisette Tapia Rondón**

**Para optar el Título Profesional de Segunda
Especialidad en Derecho Procesal Constitucional y
Administrativo**

AREQUIPA – PERÚ

2017



A mis padres, porque la vida nunca me alcanzará para agradecerles el amor y apoyo que siempre he recibido de ellos.

A mí jefe y amigo Julio Cesar Núñez Vásquez, quien con mucha paciencia y dedicación me enseñó la especialidad de derecho previsional, y me educó en mis primeros años de ejercicio profesional del derecho.

ÍNDICE

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: Antecedentes	8
1.1 Antecedentes.....	8
1.2 Postura del DEMANDANTE	8
1.3. Postura de LA DEMANDADA	10
1.4. Actividad Procesal.....	11
1.4.1. Etapa Postulatoria	11
1.4.2. Etapa Probatoria	13
1.4.3. Etapa Decisoria.....	13
1.4.4. Etapa Impugnatoria.....	13
CAPÍTULO II: Marco legal, Doctrinario y Jurisprudencial	16
2.1. El Proceso Contencioso Administrativo	16
2.2. El Silencio Administrativo	18
2.3. Revisión de Resoluciones Administrativas en Vía Constitucional.....	20
2.4. Tipos de Pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones	22
2.5. Fecha de Contingencia.....	23
2.6. Pensión de Jubilación Minera.....	25
2.7. Acreditación de la Enfermedad Profesional	29
2.8. Sobre el Tope Máximo Institucional del Sistema Nacional de Pensiones.....	30
CAPÍTULO III: Análisis del caso contenido en el Expediente N° 06266-2008	34
Determinación de la Acción a interponer.....	34

1) Demanda.....	35
a) Sumilla	35
b) Identificación de la parte demandada.....	36
c) Petitorio	36
d) Fundamentos de Hecho, Fundamentación Jurídica, Monto del Petitorio y Vía Procedimental	38
e) Monto del Petitorio y Vía Procedimental.....	39
f) Agotamiento de la Vía administrativa	39
g) Medios Probatorios y Anexos	40
2) Auto Admisorio.....	42
3) Contestación.....	45
4) Saneamiento Procesal.....	46
5) Dictamen Fiscal.....	48
6) Sentencia de Primera Instancia.....	51
7) Apelación de Sentencia	52
8) Dictamen Fiscal.....	53
9) Sentencia de Vista	53
10) Recurso de Casación.....	54
11) Resolución de Procedencia del Recurso de Casación.....	57
12) Dictamen Fiscal	58
13) Sentencia de Tercera Instancia	59
14) Ejecución de Sentencia.....	60
CAPÍTULO IV: Posición personal sobre el caso.....	62
CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67
ANEXOS	69

RESUMEN

El presente trabajo académico analiza el precedente vinculante emitido en el proceso de acción contenciosa administrativa iniciada por el señor Rufino Torres Torres, pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, bajo los alcances del régimen general del Decreto Ley 19990 y su modificatoria el Decreto Ley 25967, acción mediante la cual solicitó el recálculo de su pensión al haberse considerado dentro del cálculo de su remuneración de referencia periodos en cero, lo cual significaba una reducción en el monto de la pensión que venía percibiendo.

Tanto el Juez de Primera Instancia como los Jueces Superiores, resolvieron declarar infundada la demanda, al no acreditarse los supuestos establecidos por el inciso b) del artículo 2 del D.L. 25967 para poder sustituir los periodos que figuraban como no aportados.

El demandante interpone recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia, invocando causal de infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada. Dicho recurso fue declarado procedente, al haber advertido la Corte Suprema que el recurrente pretendía denunciar la infracción normativa del inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967.

Al ser un proceso contencioso administrativo, el expediente fue remitido al Ministerio Público a fin que se emita dictamen fiscal por el Fiscal Supremo, quien fue de la opinión que el recurso de casación debía declararse infundado.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resolvió en última instancia declarar fundado el recurso de casación, en sede de instancia revocaron la sentencia apelada y la declararon fundada, declarando a su vez que lo resuelto en el noveno considerando de la resolución constituye precedente judicial vinculante.

La Corte Suprema efectúa un análisis crítico y una interpretación *pro homine*, y estableció como regla que para el cálculo de la remuneración de referencia se debía tomar únicamente los meses en los que existen remuneraciones asegurables, porque solo estos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendario que podrían presentar meses en blanco.

Palabras clave: remuneraciones efectivas, recalculation de pensión, principio *pro homine*, precedente judicial vinculante, infracción normativa

ABSTRACT

The present academic work analyzes the binding precedent issued in the administrative litigation process initiated by Mr. Rufino Torres Torres, pensioner of the National Pension System, under the scope of the general regime of Decree Law 19990 and its amendment Decree Law 25967, action by which he requested the recalculation of his pension, having considered periods of zero in the calculation of his reference remuneration, which meant a reduction in the amount of the pension he had been receiving.

The First Instance Judge and the Superior Judges resolved to declare the claim unfounded, as the cases established by subsection b) of Article 2 of the D.L. 25967 to be able to substitute the periods that were listed as not contributed.

The plaintiff files an appeal for cassation against the judgment of the second instance, invoking grounds for regulatory infringement that directly affects the decision contained in the contested decision. That appeal was declared appropriate, the Supreme Court having warned that the appellant intended to denounce the normative infraction of subsection c) of Article 2 of Decree Law No. 25967.

As it was a contentious administrative proceeding, the file was sent to the Public Prosecutor's Office, who was of the opinion that the appeal should be declared unfounded.

The Second Chamber of Constitutional and Social Transitional Law of the Supreme Court of Justice decided in the last instance to declare the cassation appeal well founded, at the instance venue they reversed the appealed judgment and declared it well founded, declaring in turn that what was resolved in the ninth recital of the resolution constitutes binding judicial precedent.

The Supreme Court carries out a critical analysis and a pro-homine interpretation, and established as a rule that the calculation of the reference remuneration should only take the months in which there are insurable earnings, because only these generate the obligation to contribute to the system and not the calendar months that could present blank periods.

Keywords: effective remunerations, recalculation of pension, pro-homine principle, binding judicial precedent, regulatory infringement

INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo es pasible de control jurisdiccional, tal es el caso que el propio Poder Judicial y Tribunal Constitucional tienen la facultad de efectuar una revisión de las actuaciones administrativas, el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo y el Tribunal Constitucional a través de la acción popular, y de emitir pronunciamiento a nivel judicial validando o declarando la nulidad del procedimiento administrativo, procurando tutelar los derechos e intereses de los administrados.

En el presente proceso precisamente se logran tutelar los derechos inherentes constitucionales reconocidos a favor del administrado; quién vio rechazada su solicitud de recálculo de la remuneración de referencia en la vía administrativa, motivo que lo obligó a iniciar un proceso contencioso administrativo a fin que un Juez imparcial efectúe una revisión de las normas y éstas puedan ser aplicadas correctamente y en la forma más beneficiosa para el pensionista.

Es importante resaltar que en el tema previsional existen varias normas que determina el modo del cálculo de las prestaciones, es decir que no se aplica la misma fórmula para un pensionista que solicita una pensión en el régimen general que un pensionista que solicita una renta vitalicia, ya que ambas están destinadas a cubrir contingencias distintas por lo tanto son reguladas por sus propias normas. En el caso que se analizará en el presente trabajo, el demandante resulta ser un trabajador minero, por lo tanto para el cálculo de su pensión es necesario analizar el contenido de la Ley N°25009 y su reglamento, ley que debe ser aplicada en concordancia con el D.L. 19990 y el D.L. 25967, dependiendo de la fecha de contingencia, es decir de la fecha en que el asegurado cumple con los requisitos establecidos por la norma para acceder a la pensión solicitada.

Considerando todo ellos, la Corte Suprema efectuando un adecuado y beneficioso análisis del principio *pro homine*, establece un importante precedente vinculante que a la fecha viene revolucionando la forma de cálculo de la remuneración de referencia que no solamente resulta mucho más beneficiosa para los asegurados sino también una forma de cálculo que es justa.

CAPITULO 1: Antecedentes

1.1. Antecedentes.-

- 1.1.1.** Naturaleza de la acción: Mediante el proceso contencioso administrativo recaído en el expediente N°06266-2008-0-0401-JR-CI-06, se pretendió se declare la nulidad de la Resolución Administrativa No. 00040-2001-ONP/DC emitida por la Oficina de Normalización Previsional, resolución que otorgó pensión de jubilación minera por la suma de S/ 285.15 soles a partir del 01 de mayo del 2000 incluido el incremento por su hijo Oscar Rufino Torres Lopez; solicitando se ordene a la ONP que para efectuar el cálculo de la remuneración de referencia se considere únicamente los meses efectivamente aportados, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967, como pretensión principal. Como pretensión accesorias el demandante solicita el pago de los devengados dejados de percibir por la incorrecta aplicación de la norma, así como el pago de los intereses legales.
- 1.1.2.** Las partes: Es seguido por el señor Rufino Torres Torres en adelante “EL DEMANDANTE”, en contra de la Oficina de Normalización Previsional en adelante “LA DEMANDADA”.
- 1.1.3.** Acto Administrativo impugnado: Resolución Ficta sobre recurso de apelación y Resolución Administrativa No. 00040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001 emitida por la División de Calificaciones de la Oficina de Normalización Previsional.

1.2. Postura del DEMANDANTE

1.2.1. Pretensión Principal: EL DEMANDANTE señala que el 12 de noviembre del 2007 solicita a la ONP efectúe una revisión al cálculo de la pensión de jubilación minera otorgada, a fin que se efectúe un recálculo de la misma y se incremente. Tal solicitud fue atendida por la parte demandada mediante una notificación que señalaba que sus pedidos ya fueron atendidos y que la resolución administrativa que le otorga pensión ha quedado firme al no haber sido materia de impugnación en su oportunidad.

EL DEMANDANTE, al no encontrarse conforme con lo señalado por la Administración, presentó un recurso de apelación en contra de la notificación antes mencionada, a fin que sea

revisada por el superior en grado; sin embargo, precisa que hasta la fecha de la interposición de la demanda la Oficina de Normalización Previsional no ha procedido a resolver su recurso de apelación pese haber vencido el plazo estipulado en la norma para emitir el acto administrativo correspondiente; situación mediante la cual justifica el acceso a la vía judicial añadiendo que el monto que en la actualidad viene percibiendo resulta insuficiente para cubrir sus gastos y los de su familia.

EL DEMANDANTE señala que la ONP para efectuar el cálculo de la remuneración de referencia ha considerado el periodo del 01 de abril de 1995 hasta el 31 de marzo del 2000 tal como se verifica de la Hoja de Liquidación, aplicando el inciso b) del artículo 2 del D.L. 25967. Tal artículo señala que el cálculo de la remuneración de referencia para aquellos asegurados que hayan aportados entre veinte y veinticinco años completos, la remuneración mensual será el promedio de las sesenta remuneraciones asegurables percibidas en los últimos sesenta meses. En este sentido, el demandante alega que durante una parte del año 1997, y los años 1998, 1999 y parte del año 2000 no laboró por cese forzoso en su centro de trabajo, lo cual implica que durante tales años se ha considerado el monto “0” y se ha procedido igualmente a dividir entre sesenta, lo cual no es correcto ya que el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967 establece que en caso de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos periodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados. Por lo tanto, la ONP tenía la obligación de tomar en cuenta los meses siguientes donde sí se registraban aportes, y a partir de ello efectuar un cálculo justo de su pensión.

De otro lado, señala que la ONP no ha cumplido con efectuar el incremento por hijo que aparece como “00” en la hoja de liquidación y que por ley le corresponde se incremente en un 5% su pensión según lo estipulado en los artículo 29 y 43 del D.L. 19990 y su reglamento D.S. 011-74-TR.

1.2.2. Pretensión Accesorias: EL DEMANDANTE solicita el pago de devengados, es decir se paguen el reintegro de las pensiones dejadas de recibir por el cálculo incorrecto efectuado por la parte demandada, así como también el pago de los intereses legales producto del pago tardío de la pensión.

1.3. Postura de LA DEMANDADA

1.3.1. Oficina de Normalización Previsional:

LA DEMANDADA procede a efectuar sus descargos a través de sus apoderados Angélica Paola Rondón Villegas y Julio César Nuñez Vasquez, solicitando se declare infundada la demanda en vista que EL DEMANDANTE pretende que se aplica indebidamente el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967.

En principio, se pronuncia respecto del pedido de inaplicabilidad de la resolución administrativa, señalando que no existe vicio alguno que declare la nulidad de la resolución administrativa, ya que la ONP ha cumplido con otorgar pensión de jubilación minera completa, es decir sobre el 100% de la remuneración de referencia, porcentaje en el que se encuentra incluido el incremento por su hijo; por lo que no se encuentra probada la contravención normativa al derecho reclamado.

Respecto al recálculo de la pensión de jubilación, la defensa de la ONP señala que la pensión otorgada se otorgó en función a lo dispuesto por el artículo 2° inciso c) del D.L. 25967, al haber acreditado únicamente 24 años completos de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. En efecto, reconocen que para el cálculo de la remuneración de referencia se han considerado meses en los cuales no se registra válidamente aportaciones para su ex empleadora, pero que ello no implica se considere el supuesto de “ceses forzoso” establecido en el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967, toda vez que el cese del demandante no se debió a un paro forzoso o por consentimientos expreso de la empleadora por suspensión imperfecta de labores, no habiendo logrado acreditar con ningún documento tal afirmación, por lo que no se puede asumir que deba sustituir los meses en los que no se registraron remuneraciones asegurables válidas si no se logra cumplir con las condiciones previamente establecidas.

Sobre el incremento por hijo que solicita, la ONP señala que al habersele otorgado una pensión de jubilación minera completa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° del D.S. 029-89-TR, reglamento de la Ley No. 25009, se otorgó el 100% de la remuneración de referencia por lo que resulta imposible incrementar concepto alguno, puesto que sobrepasaría el límite, así como que tal incremento únicamente debía otorgarse hasta el 24 de junio del 2004, fecha en la

cual su hijo adquirió la mayoría de edad, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del D.L. 19990.

Por último, respecto a la pretensión accesoria señalan que no procede ya que en virtud al principio de lo accesorio sigue la suerte del principal, al no tener asidero legal la pretensión principal, no corresponde el otorgamiento de pensiones devengadas e intereses legales.

1.4. Actividad Procesal

1.4.1. Etapa Postulatoria

Con fecha 20 de agosto del 2008, EL DEMANDANTE interpone demanda contencioso administrativo en contra de la Oficina de Normalización Previsional, mediante la cual solicita la nulidad de la resolución ficta de silencio administrativo respecto del recurso de apelación de fecha 16 de junio del 2008, y en consecuencia solicita se declare inaplicable la resolución de jubilación N°0000040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001, debiendo ordenarse que para el cálculo de la remuneración de referencia se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967, así como se ordene el pago de los reintegros e intereses legales.

Ofrece como Medios Probatorios: a) Escrito de solicitud de recálculo y otros de fecha 12 de noviembre del 2007; b) Escrito de agilización de trámite del pedido de fecha 10 de enero del 2008; c) Acto de Notificación de fecha 02 de junio del 2008 y otros que da respuesta a la solicitud en forma negativa; e) Escrito de Recurso de Apelación de fecha 16 de junio del 2008, con lo que se acredita que interpuso el recurso de apelación por no estar de acuerdo con el acto de notificación antes citada; f) Resolución de Jubilación N°00040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001 con su respectiva hoja de liquidación; h) Constancia de pago de jubilado del recurrente.

Con fecha 25 de agosto de 2008, el Juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa expide auto admisorio mediante la resolución N°01, admitiendo la demanda contencioso

administrativa en la vía del proceso especial corriendo traslado de la misma LA DEMANDADA por el plazo de 10 días para su contestación, bajo apercibimiento de declarársele rebelde.

El 04 de junio de 2009 LA DEMANDADA, absuelve el traslado conferido mediante la resolución N°01 y procede a contestar la demanda en la forma y plazo de ley, señalando que la ONP ha cumplido con aplicar de forma correcta el D.L. 25967 y que el demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos establecidos por la norma para proceder con el reemplazo de los meses donde no existen aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, por lo que la demanda debe ser declarada infundada.

Ofrece como medios probatorios el texto de la demanda y anexos presentados por EL DEMANDANTE en virtud al principio de adquisición procesal.

Por lo tanto, mediante resolución N°04 de fecha 24 de junio del 2009 se resuelve tener por contestada la demanda por parte DE LA DEMANDADA en los términos que se indican y por ofrecidos por medios probatorios.

Mediante Resolución N°08 de fecha 18 de marzo del 2010, se emite el auto de saneamiento procesal, fijando como puntos controvertidos los siguientes: a) Determinar si procede declararse la nulidad de la resolución ficta de silencio administrativo negativo respecto al recurso de apelación de fecha 16 de junio del año dos mil ocho y si debe declararse inaplicable la resolución 0040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del año 2001, ordenándose que el periodo para el cálculo de la remuneración de referencia se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2 de la Ley 28967, y, en forma acumulativa objetiva originaria accesoria si se debe de pagar los reintegros dejados de percibir por la incorrecta aplicación del artículo 2 del Decreto Ley 25967 referente al cálculo de su remuneración de referencia. Asimismo, procede a admitir los medios probatorios ofrecidos por EL DEMANDANTE y por LA DEMANDADA, a prescindir de la audiencia de pruebas y dispone la remisión de los autos al Ministerio Público para la emisión del dictamen correspondiente.

1.4.2. Etapa Probatoria

De conformidad con lo señalado en el artículo 25¹ del TUO de la Ley 25784, en el proceso especial únicamente se fijara día y hora para la realización de la audiencia de pruebas cuando la actuación de los medios probatorios la requiera, por lo que teniendo en cuenta que los medios probatorios admitidos son documentales, el Juez resolvió prescindir de la audiencia de pruebas, y por consiguiente dispuso la remisión del expediente al Ministerio Público.

Con fecha 07 de octubre del 2010, se presenta el Dictamen Nro. 1430-2010-MP-2FPC emitido por la Segunda Fiscalía Provincial Civil de Arequipa, el mismo establece como opinión se declare infundada la demanda contencioso administrativa, toda vez que no se ha logrado acreditar el cese forzoso alegado por el demandante justificando así la falta de aportaciones desde abril de 1997 hasta enero del 2000.

Mediante resolución N°11 de fecha 15 de noviembre del 2010 se agrega a los antecedentes el dictamen, y pone en conocimiento de las partes el contenido del mismo, autorizando lo puedan obtener recabando copias simples o de la lectura del expediente, poniendo los autos a despacho para sentenciar.

1.4.3. Etapa Decisoria

Con fecha 14 de febrero de 2011, el Juez del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa dicta Sentencia Nro.019-2011, declarando infundada la demanda interpuesta por Rufino Torres Torres sobre acción contenciosa administrativa, sin costas ni costos.

1.4.4. Etapa Impugnatoria

La sentencia es apelada por EL DEMANDANTE con fecha 07 de marzo del 2011, a efecto que revoque la sentencia N°019-2011 y se declare fundada la demanda, toda vez que el Ad quo no había interpretado la norma en forma extensiva y más favorable para el pensionista. Se concedió la apelación con efecto suspensivo mediante auto de fecha 18 de marzo 2011 recaído en la resolución N°13, y posteriormente fue elevado a la Sala Superior.

¹ Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28531, publicada el 26 Mayo 2005.

En virtud de ello, la Segunda Sala Civil, mediante resolución N°14 de fecha 16 de mayo del 2011, remite el expediente al Ministerio Público para el correspondiente dictamen. El 13 de julio del 2011 el dictamen Nro. 537-2011-MP-2SFSC ingresa a relatoría de la Sala, por lo que mediante resolución N°15 se pone en conocimiento de las partes el contenido del mismo y se señala fecha para la vista de la causa. LA DEMANDADA solicita se le conceda el uso de la palabra para realizar informe oral, concediéndole ello mediante la resolución N°16 de fecha 20 de julio del 2011.

Se emite sentencia de vista con fecha 05 de agosto del 2011, confirmando la sentencia de primera instancia de fecha 14 de febrero del 2011 que declara infundada la demanda sobre proceso contencioso administrativo.

Con fecha 26 de agosto del 2011, EL DEMANDANTE presenta recurso de casación en contra de la sentencia de vista a efecto que sea elevado al superior en grado y sea revocada por la Corte Suprema, cumpliendo con precisar que cumple con los requisitos de forma así como señalando que la causal invocada es la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada.

Mediante resolución N°18 (CINCO-2SC) se dispone la elevación de los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República en la forma y plazo de ley para su respectiva calificación.

Con fecha 03 de setiembre del 2012, se emite el auto que calificó de forma excepcional procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante, señalando que de la argumentación en la que basa su causal se advierte que lo que pretende es denunciar la infracción normativa del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley Nro. 25967, ya que se advierte que el demandante no ha cumplido con presentar adecuadamente su recurso.

Al remitirse los actuados al Ministerio Público para la emisión del dictamen correspondiente, la Fiscalía Suprema Transitoria en lo Contencioso Administrativo emite el Dictamen Nro. 170-2013-MP-FN-FSTCA de fecha 23 de enero del 2013, que señala como su opinión que se declare infundado el recurso de casación al no haber demostrado el demandante encontrarse inmerso en alguno de los supuestos del artículo 2 del D.L. N°25967, es decir que durante esos periodos en

los que no efectuó aportes se produjeron por razones de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso.

Con fecha 19 de junio del 2013 se emite la Casación Nro. 5416-2011-AREQUIPA que resolvió declarar fundado el recurso de casación, casa la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia apelada, reformándola declararon fundada la demanda y en consecuencia inaplicable la resolución N°0040-2011-ONP/DC y dispusieron que LA DEMANDADA expida nueva resolución administrativa cumpliendo con calcular la pensión del actor de conformidad con el artículo 2° inciso c) del D.L. 25967 con el reintegro de las pensiones devengadas e intereses legales. Asimismo, declararon que lo resuelto en el noveno considerando de la resolución constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37 el TUO de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

Mediante resolución N°19 se pone a conocimiento de las partes la bajada de autos de la Segunda Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, por lo que mediante resolución N°20 a pedido de la parte demandante se efectúa el requerimiento de cumplimiento de sentencia a Martin Edgar Tovar Gutierrez, funcionario de la ONP encargado del cumplimiento de las sentencias judiciales, para que en el plazo de quince días cumpla con expedir nueva resolución administrativa.

En cumplimiento de lo ordenado en la casación mencionada líneas arriba, la ONP presenta el 19 de diciembre del 2013 al Juzgado a través de sus representantes la resolución administrativa Nro. 0000042976-2013-ONP/DPR.GD/DL19990 mediante la cual se resuelve otorgar por mandato judicial pensión de jubilación minera por la suma actualizada de S/. 558.51 soles, asimismo cumple con calcular los devengados e intereses legales, que fueron abonados en el mes de enero del 2014.

Tal resolución se pone en conocimiento DEL DEMANDANTE por el plazo de tres días, quien no cumplió con emitir observación alguna dentro del plazo establecido por el Juzgado, por lo que mediante resolución Nro. 22 de fecha 28 de enero del 2014 se resuelve declarar la conclusión de la ejecución del proceso, se da por concluido el proceso y se dispone el archivo definitivo del expediente.

CAPITULO II: Marco Legal, Doctrinario y Jurisprudencial

Antes de entrar a realizar el análisis del proceso contencioso administrativo que dio origen al precedente vinculante emitido por la Corte Suprema, es necesario sentar el marco legal, doctrinario, pero sobre todo jurisprudencial relevante que versa sobre el tema de pensiones que ha venido desarrollándose a través de innumerables pronunciamientos de la Corte Suprema pero sobre todo del Tribunal Constitucional, el cual se desarrolla de la siguiente manera:

2.1. El Proceso Contencioso Administrativo:

En principio, a fin de entender de qué se trata un proceso contencioso administrativo, es necesario efectuar un pequeño análisis a lo que se entiende por proceso. En palabras del famoso jurista Monroy Gálvez, *“el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante la función jurisdicción del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos.”*²

En lo que respecta al proceso contencioso administrativo, se debe entender por aquel *“instrumento a través del cual los particulares pueden, en ejercicio de su derecho de acción, solicitar tutela jurisdiccional frente a una actuación de la Administración Pública.”*³ Es decir, que a través del proceso contencioso administrativo se provee de una herramienta al administrado, para poder acceder el Poder Judicial y que sea un Juez quién verifique no la legalidad y consecuentemente la validez o invalidez de una resolución administrativa, sino que en sede judicial se pueda ordenar a la Administración emita nuevo acto administrativo, en cautela de los derechos vulnerados del administrado.

Es necesario efectuar un viaje en el tiempo, y mencionar que tradicionalmente se entendía que el proceso contencioso administrativo estaba destinado únicamente a emitir pronunciamientos netamente declarativos respecto de la validez o invalidez del acto administrativo, tradición tomada del viejo sistema contencioso administrativo francés. Sin embargo, efectuando una

² MONROY GALVEZ, “Introducción al proceso civil”, t.I, De Belaunde & Monroy-Temis, Santa fe de Bogotá, 1996, pp.112-113

³ PRIORI POSADA, GIOVANNI, “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo”(4° Edición), Ed. ARA Editores E.I.R.L., Lima Perú, 2009, p.87.

interpretación constitucional del artículo 540 del Código Procesal Civil, debería entenderse que el proceso contencioso administrativo protege en un ámbito más amplio la tutela jurisdiccional efectiva, ello haciendo una interpretación a la luz del artículo 148 de la Constitución de 1993 que estipulaba: *“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”*.

Mediante la Resolución Ministerial N°174-2000-JUS se creó la Comisión que se encargó de elaborar el Proyecto de Ley que regule el proceso contencioso administrativo, ya que el código procesal civil establecía pautas muy restringidas respecto al proceso contencioso administrativo, el mismo que necesitaba una regulación más especializada que la regulación netamente civil que contempla el Código Procesal Civil. Así las cosas, luego de haberse incluido ciertas modificaciones al Proyecto de Ley efectuadas por la Comisión de Justicia del Congreso de la República, fue aprobada por el pleno del Congreso, y el 07 de diciembre de 2011 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley N°27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

La ley que regula el proceso contencioso administrativo tuvo tres características de relevancia:

1. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el eje central de su contenido.
2. Propicia un proceso contencioso administrativo tuitivo a favor de los particulares.
3. Establece un proceso contencioso administrativo de «plena jurisdicción» o «subjetivo»; pues predica un control jurisdiccional pleno de los actos administrativos que no se restringe a su solo control de legalidad, sino a un control que supone brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados⁴

Estando a la ley promulgada, es que actualmente la actuación judicial contempla no solamente la declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de un acto emitido por la administración, sino también establece una orden sobre la forma en que debe actuar la administración, es decir que dispone la emisión de una nueva resolución administrativa reconociendo o restableciendo el derecho que le fue negado en vía administrativa, así como también puede disponer el pago de conceptos que por ley le corresponden al demandante.

⁴ PRIORI POSADA, GIOVANNI, Op. Cit, p.57.

Si bien es cierto, en un proceso contencioso administrativo se deben respetar las reglas que establece su ley así como su reglamento, ello debe entenderse únicamente en materia procesal. Sin embargo, para el proceso de análisis es necesario no solamente tener una idea clara del funcionamiento del proceso judicial, sino también de las normas que deben aplicarse para dar solución a la controversia de conflictos. Por lo tanto, para poder entender la finalidad del presente trabajo no es necesario ahondar mucho en la teoría sobre la nulidad o ineficacia de la resolución administrativa, ni tampoco sobre las formas que debe respetar el Juez Contencioso Administrativo, ya que ello se desprende fácilmente de la Ley. Lo importante en este trabajo, es entender la forma correcta del otorgamiento de una pensión de jubilación como la que se pretendió en el expediente estudiado, que abarca aspectos más complejos.

2.2. Silencio Administrativo

Mediante la Ley Nro. 29060 se reguló los supuestos para la aplicación del silencio administrativo, tanto del silencio positivo como del negativo, incluyendo incluso las consecuencias que debían afrontar los funcionarios públicos que se nieguen a aceptar la validez del derecho obtenido bajo el silencio administrativo positivo. Sin embargo, el Poder Ejecutivo a través del Decreto Legislativo Nro. 1272 derogó la Ley Nro. 29060, y modificó la Ley Nro. 24777 incluyendo dentro de tal Ley la nueva forma de aplicación tanto del silencio administrativo positivo como del negativo.

Doctrinariamente, se entiende como silencio administrativo negativo a la ausencia de resolución expresa que considera una denegatoria ficta que permite al interesado acceder a la instancia superior o la vía judicial, según la etapa del procedimiento administrativo en que se encuentre. Por su parte, el silencio administrativo positivo, se deriva de un acto administrativo presunto, sustituyendo las técnicas de aprobación previa a cargo del Estado durante el plazo limitado del procedimiento administrativo previamente fijado, en el cual prima el principio de presunción de veracidad. Este tipo de silencio administrativo opera para los procedimientos de aprobación automática y se materializa con la comunicación del inicio de la actividad por parte del interesado, no obstante, la Administración tiene la facultad de efectuar una fiscalización

posterior a fin de verificar los requisitos exigidos por ley, bajo prohibición de la actividad privada iniciada.⁵

Así pues, el artículo 30 de la reformada Ley Nro. 27444, establece que los procedimientos administrativos se dividen en dos grupos: los de aprobación automática y los de evaluación previa de la entidad, y dentro de este segundo grupo se encuentran los supuestos del silencio administrativo positivo y negativo en caso de falta de pronunciamiento de la entidad dentro del plazo establecido en el TUPA para emitir el acto administrativo correspondiente. El administrado puede acogerse al silencio administrativo o esperar la decisión de la Administración, aunque ésta esté evidentemente fuera de plazo.

Por su parte, el artículo 188 de la misma ley, establece en qué supuestos uno se encuentra ante un silencio administrativo positivo y cuando ante un silencio administrativo negativo, así como establece las condiciones de su aplicación. En este sentido, el silencio administrativo positivo aplica para aquellos casos en los que transcurrido el plazo para que la autoridad se pronuncie, no emite acto administrativo alguno, incluso tomando en consideración los quince días que prevé la norma para efectos del acto de notificación. El silencio administrativo positivo da por agotada la vía administrativa y pone fin al procedimiento. Por el contrario, el silencio administrativo negativo se produce cuando se tiene por denegada la solicitud una vez transcurrido el mismo plazo establecido para el silencio administrativo positivo. Es importante resaltar que para cada procedimiento, el TUPA de cada entidad debe establecer qué tipo de silencio aplicará, así como la última modificación exige a las entidades sustentar los procedimientos que tendrán silencio administrativo positivo.

Conforme lo ha planteado Garrido Falla, la doctrina del silencio administrativo negativo está limitada a ser una puerta abierta para que el particular plantee ante el Juzgado Contencioso-administrativo aquello que la Administración no resolvió favorablemente, mientras que el silencio administrativo positivo castiga a la Administración por su pasividad o negligencia administrativa.⁶

⁵ MORON URBINA, Juan Carlos, "Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", Primera Edición, pp.396.

⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I", p.692.

Debido al carácter excepcional del silencio administrativo, deben constituirse requisitos para su existencia:

- a) Formulación expresa en disposición legal, porque no puede derivarse ninguna manifestación de voluntad estatal mediante interpretaciones o prácticas administrativas.
- b) Tiene cabida solo en procedimientos seguidos por los administrados (procedimiento de parte), no resulta admisible la constitución del silencio administrativo para procedimientos de fiscalización tributaria o la fase constitutiva de licitaciones públicas.
- c) El contenido del pedido debe ser física y jurídicamente posible (no opera para peticiones de gracia, obtención de indultos o para solicitar la promulgación de normas, puesto que es imprescindible la expresión de voluntad del Estado).
- d) Transcurso del plazo previsto sin que la Administración notifique la decisión respectiva.
- e) Cumplimiento de requisitos establecidos en el TUPA.⁷

2.3. Revisión de Resoluciones Administrativas en Vía Constitucional

El artículo 3 de la Ley N°27584 establece la exclusividad que tiene el proceso contencioso administrativo para el conocimiento de impugnaciones a nivel judicial de las actuaciones emanadas por la Administración, dejando a salvo el derecho de los administrados de poder recurrir a la vía constitucional en caso fuera necesario.

En materia de pensiones, como es el caso que compete el presente trabajo, se ha emitido jurisprudencia y precedentes vinculantes respecto de la posibilidad de entablar demandas constitucionales. Por mucho tiempo, los administrados inconformes con lo resuelto por la Administración solicitaban tutela jurisdiccional efectiva ante jueces constitucionales a través de la interposición de demandas de acción de cumplimiento. Claro es el caso de los procesos que se iniciaron ante los juzgados constitucionales en los que se solicitaba al Juez que la Oficina de

⁷ MORON URBINA, Juan Carlos, Op. Cit., p.396.

Normalización Previsional de cumplimiento a la Ley N°23908, que estableció la nivelación de las pensiones mínimas en un monto igual a tres sueldos mínimos vitales.

Ante la inmensa carga que se generó producto de la interposición de demandas de amparo, el Tribunal Constitucional además de establecer precedentes vinculantes respecto de la correcta interpretación y aplicación del artículo 1 de la Ley N°23908, en el expediente Nro.1417-2005-AA/TC seguido por el señor Manuel Anicama Hernandez estableció las reglas a seguir para delimitar los lineamientos jurídicos que permitan ubicar las pretensiones que por estar íntimamente vinculadas con el derecho a la pensión merecen protección a través del proceso de amparo, estableciendo en el fundamento 37 las siguientes reglas:

- a) Tiene derecho a iniciar un proceso de amparo aquel que habiendo cumplido con los requisitos legales establecidos para obtener una pensión de jubilación, se le haya negado el acceso al sistema de seguridad social.
- b) En el supuesto que se haya presentado la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación, de cesantía o invalidez, a pesar de haber cumplido con los requisitos legales para su obtención o haber presentado lo supuestos establecidos.
- c) Quedan protegidas bajo el amparo aquellas pretensiones que verse únicamente sobre el derecho a un mínimo vital, no pudiendo iniciar un proceso constitucional una persona que a pesar de no encontrarse conforme con el monto de pensión que ha obtenido, ésta sea superior al monto de pensión mínimo legal establecido. Sin embargo, se precisa como excepción aquellos casos muy graves en los que esté comprometida la salud del demandante y quien estuviera percibiendo un monto mayor al mínimo, pueda acceder a la protección del proceso de amparo dada la urgencia.
- d) Se incluye también a las pensiones de sobrevivientes, es decir viudez y orfandad, siempre y cuando éstas hayan sido denegadas a pesar de haber cumplido con todos los requisitos para su obtención.

- e) También se encuentran protegidas por el amparo las pretensiones que denuncien la afectación al derecho a la igualdad, es decir cuando una persona no obtiene el mismo sentido de una resolución que otra en igual situación.
- f) En los casos que no se tenga que discutir la titularidad de un derecho, ya que el proceso de amparo busca restablecer su ejercicio, por lo que será necesario probar la titularidad del derecho invocado, así como el acto y omisión que privo al titular de éste.
- g) Las pretensiones de reajuste pensionario o de establecimiento de topes máximos no pueden ser dilucidadas en un proceso de amparo al no encontrarse directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Así el fundamento 51 de la mencionada sentencia, estableció que la vía idónea para discutir aquellos derechos que no estén íntimamente vinculados con el derecho de pensión, debe ser el proceso contencioso administrativo.

2.4. Tipos de Pensiones en el Sistema Nacional de Pensiones:

En el año 1850 se estableció en el Perú un sistema de pensiones únicamente para el personal de las Fuerzas Armadas y para los trabajadores del sector público. Con el transcurrir de los años, el programa de pensiones se fue desparcializando, se amplió la cobertura y se creó un programa de reparto basado en una aportación tripartida (empleado, empleador y estado). Pero, es en el año 1973 cuando se crea el Sistema Nacional de Pensiones, un sistema público de contribución forzosa para los trabajadores.⁸ Este sistema fue creado para cubrir a los obreros o funcionarios o servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada y estuvo a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, o mejor conocido por sus siglas IPSS. Tiene como característica principal ser un sistema de reparto por el cual las pensiones se financian por las aportaciones de los trabajadores en actividad y los rendimientos financieros del propio sistema.

⁸ VEGA-CENTENO MAXIMO Y M.A. REMENYI, "El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones", Revista de Economía de la PUCP, Volumen XIX N°37-38, Julio – Diciembre 1996, pp.293

Mediante la promulgación del D.L. 25967 se creó la Oficina de Normalización Previsional (en adelante ONP), norma que fue modificada por la Ley Nro. 26323, y le encargó la administración del Sistema Nacional de Pensiones y del Fondo de Pensiones regulado por el D.L. 19990, a partir del 01 de junio de 1994⁹, siendo actualmente tal entidad la encargada de la calificación y otorgamiento de las pensiones de jubilación, de invalidez por enfermedad profesional y únicamente de reconocer el derecho a una pensión bajo el régimen de la Ley Nro. 20530.

Doctrinariamente, la pensión es la prestación económica que se otorga a consecuencia de la incapacidad para trabajar originada por la edad avanzada siempre y cuando se acredite un mínimo de años de aportaciones establecidos previamente por la norma¹⁰. El decreto ley Nro. 19990 establece hasta cinco tipos de pensiones: a) pensión de jubilación, b) pensión de invalidez, c) pensión de invalidez, d) pensión de orfandad, y, e) pensión de ascendencia. Las dos primeras pensiones son las que se denominan de derecho propio, porque son las que son percibidas por el pensionista a raíz de sus aportes, y las últimas tres son pensiones de derecho derivado, que les son otorgadas a los sucesores del asegurado fallecido con derecho a pensión.

2.5. Fecha de Contingencia:

Ahora bien, respecto a la fecha de contingencia o la fecha en la cual inicia el derecho a la pensión se debe considerar lo establecido por el Decreto Ley Nro. 19990, norma que establece los lineamientos a seguir para poder determinar la fecha de contingencia. El artículo 80 del decreto en mención establece lo siguiente:

“Artículo 80.- El derecho a la prestación se genera en la fecha en que se produce la contingencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31.

Para los efectos de las pensiones de jubilación, se considera que la contingencia se produce cuando, teniendo derecho a la pensión:

- a) El asegurado obligatorio cesa en el trabajo para acogerse a la jubilación;*
- b) El asegurado facultativo comprendido en el inciso a) del artículo 4 deja de percibir ingresos afectos; y*

⁹ Ley Nro. 26323

¹⁰ FALCÓN GÓMEZ-SÁNCHEZ, Francisco. “Manual de Seguridad Social”. Trujillo, 1994, Editora Normas Legales, página 54.

c) *El asegurado facultativo comprendido en el inciso b) del artículo 4, solicita su pensión no percibiendo ingresos por trabajo remunerado.*

El asegurado podrá iniciar el trámite para obtener la pensión de jubilación antes de cesar en el trabajo o de dejar de percibir ingresos asegurables. Sin embargo, el pago de la pensión sólo comenzará cuando cese en el trabajo o deje de percibir ingresos asegurables, pasando a la condición de pensionista.”

Considerando ello, la fecha de contingencia está supeditada a la fecha de cese en el trabajo y al ingreso asegurable del solicitante. La norma en mención incluso hace referencia a los casos en los cuales se presente la solicitud de pensión antes de culminada la relación laboral, ya que resulta lógico que una persona pueda retirarse del trabajo y al mes siguiente de su retiro poder percibir una pensión y de esta manera, no encontrarse sin retribución alguna que pueda poder en peligro su subsistencia.

Lamentablemente, ésta “previsión” muchas veces se ve trasquilada por la propia administración, en este caso la ONP, quien en sus procesos de verificación de los aportes declarados demora mucho más tiempo del esperado para emitir las resoluciones de otorgamiento de pensión. Si bien es cierto, se reconoce el pago de devengados, es decir de las pensiones no pagadas en su oportunidad, el daño ya se generó ya que efectivamente un pensionista tuvo que esperar varios meses (si no son años) para poder obtener una pensión al menos digna, y durante todos esos meses no tuvieron ingresos para subsistir.

Respecto a la denominada “contingencia”, el propio Tribunal Constitucional ha emitido incontable jurisprudencia respecto a los requisitos que debe cumplir un asegurado para poder determinar su fecha de contingencia; y que lo señalado en la Resolución Jefatural N°123-2001-Jefatura-ONP se encuentra acuerdo a ello, es decir que para determinar la fecha de contingencia se debe contemplar que *el asegurado haya cumplido con los requisitos de edad y aportación establecidos para alcanzar el derecho a la pensión de jubilación y continúe trabajando, la “contingencia” se producirá cuando éste cese en el trabajo, cuando deje de percibir ingresos asegurables o cuando lo solicite, según se trate de asegurado obligatorio, facultativo independiente o de continuación facultativa, respectivamente.*”¹¹

¹¹ Resolución Jefatural 123-2001-Jefatura-ONP

Sin embargo, a pesar de esta dura realidad, existen muchos otros casos en los que a pesar de haber cesado en su trabajo y de no registrarse ingresos asegurables, y de además cumplir con los requisitos para acceder a una pensión en el Sistema Nacional de Pensiones, los asegurados por razones personales no deciden solicitar el otorgamiento de su pensión, comportamiento que de alguna manera es “castigado”, tal como lo establece el artículo 81 del Decreto Ley Nro. 19990, que establece que las pensiones devengadas se pagarán con una anterioridad de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud¹². Tal situación ha sido reconocida y respaldada por el propio Tribunal Constitucional, tal como se desprende de la línea jurisprudencial generada (revisar los expedientes STC 05392-2009-PA/TC, STC 00984-2009-PA/TC, STC 05626-2009-PA/TC, STC 00272-2009-PA/TC, STC 02080-2009-PA/TC, STC 03581-2008-PA/TC, STC 3851-2010-PA/TC y STC 2746-2011-PA/TC), en los que se recalca la aplicación del artículo 81° en los casos de demora de la solicitud en sede administrativa debido a la negligencia del asegurado.

2.6. Pensión de Jubilación Minera

El trabajo en mina sin lugar a dudas resulta ser un trabajo muy rentable, ya que los sueldos de aquellos trabajan en mina son por lo general mucho más elevado que los de cualquier otro profesional. Sin embargo, esta notable diferencia entre la remuneración que percibe un trabajador minero con uno que no lo es, está sujeto a la gran contaminación a la que dichos trabajadores están expuestos. Hoy en día, se puede ver a muchos ex trabajadores mineros con problemas respiratorios, como la neumoconiosis o silicosis, enfermedades originadas por los polvillos minerales que producen un grave deterioro en los pulmones, y los que menos padecen de hipoacusia, enfermedad que genera un deterioro en la capacidad auditiva, y que muchas veces se vincula por la edad, pero que es una enfermedad profesional que puede aparecer a una temprana edad si la persona ha estado en constante contacto con fuertes ruidos (como por ejemplo los perforistas). Estas enfermedades son solo una pequeña muestra de lo que significa realmente un trabajo en la mina, las cuales en definitiva acaban más rápidamente con la salud y

¹² Artículo 81.- Sólo se abonarán las pensiones devengadas correspondientes a un período no mayor de doce meses anteriores a la presentación de la solicitud del beneficiario. – D.L. 19990

energía que cualquier otra actividad. Es por estos motivos, que el legislador peruano se vio en la obligación de establecer criterios que se adecuen a esta realidad que estaba empezando a azotar los peruanos.

El 25 de enero de 1989 entró en vigencia la Ley Nro. 25009, Ley de Jubilación Minera, que modernizó lo señalado en el Decreto Supremo N° 001-74-TR, estableciendo nuevos requisitos respecto a los años de aportación y edad necesarios para acceder a una pensión, debido a causas inherentes al trabajo en mina que implicaban un deterioro en la salud de los asegurados, estos se veían incapacitados para continuar con sus labores mucho antes incluso que la edad mínima exigida para acceder una pensión de jubilación adelantada (se requería como mínimo 55 años para el caso de los hombres y 50 años para las mujeres). Así las cosas, dicha ley estableció tres tipos de modalidades de trabajo distintas: a) Trabajo en Mina Subterránea o en Socavón, b) Trabajo en Mina a Tajo o Cielo Abierto, y c) Trabajo en Centros de Producción Minera; estableciendo un mínimo de años laborados en la modalidad para acceder a este tipo de pensión especial, resumida en el siguiente cuadro:

Modalidad	Edad	Aportaciones	Labor Mínima en la modalidad
Mina Subterránea	45 años	20 años	10 años
Mina a Tajo Abierto	50 años	25 años	10 años
Centro de Producción Minera	50 a 55 años	30 años	15 años

Respecto a la forma de cálculo de la remuneración y de la pensión, ley de jubilación minera establece que la pensión asciende al 100% de la remuneración de referencia, sin que este monto sea superior al monto máximo institucional que otorga la ONP, que a la fecha se encuentra en la suma de S/ 857.36 soles. Así pues, para saber la forma de cálculo de la remuneración será necesario saber la fecha de contingencia a fin de conocer si la forma de cálculo la definirá el

Decreto Ley Nro. 19990 (artículo 73°), el Decreto Ley Nro. 25967 (artículo 2°) o incluso el Decreto Supremo Nro. 099-2002-TR (artículo 2°), respecto del cual tendrá que evaluarse la pertinencia de su aplicación en función al precedente vinculante de la Casación Nro. 4667-2013-DEL SANTA.

- Decreto Ley Nro. 19990:

El artículo 73 establece que la remuneración de referencia se calcula sobre el promedio las 12 últimas remuneraciones consecutivas anteriores al último mes de aportación, estableciendo que en caso el promedio de los últimos 36 o 60 meses consecutivos sea más favorable, se considerará el más beneficioso. Por otro lado, el último párrafo del mencionado artículo, señala que en caso de falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad maternidad, licencia con goce de haber, se sustituirá por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores, situaciones que evidentemente deben ser acreditadas con los documentos pertinentes¹³.

Por su parte, respecto al cálculo de la pensión el artículo 41 establece que asciende al 50% de la remuneración de referencia por los primeros 15 años de aportación en el caso de hombre y 13 años en el caso de mujeres y, por cada año adicional de aportación en el caso de hombre se incrementará un 2% y en caso de las mujeres incrementará un 2.5%. De otro lado, señala que para acceder a una pensión de jubilación adelantada debe contar un hombre con al menos 30 años de edad y mujeres 25 años, pero por cada año de adelanto se reducirá en un 5% su pensión.

- Decreto Ley Nro. 25967

El artículo 2 establece una nueva forma de cálculo para obtener la remuneración de referencia. Señala que para aquellos trabajadores que hayan acreditado entre 20 y menos de 25 años, la remuneración de referencia es el resultado del promedio de las 60 últimas remuneraciones consecutivas aportadas al último mes de aportación; para aquellos que hayan acreditado entre 25 y menos de 30 años el promedio se efectuará entre las 48

¹³ Para el paro forzoso se acreditarán necesariamente con resolución consentida o ejecutoriada de la Autoridad Administrativa de Trabajo (Artículo 58 del D.S.011-74-TR)

últimas aportaciones consecutivas y para aquellos que acrediten 30 años o más se realizará el cálculo sobre las últimas 36 remuneraciones aportadas.

Asimismo, el último párrafo del artículo 2, al igual que el artículo 73 del D.L. 19990, establece la posibilidad de sustituir igual número de periodos no aportados únicamente en caso de accidente, enfermedad maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso. Al igual que el caso anterior, estos sucesos deben acreditarse con los documentos que acrediten tales situaciones excepcionales.

Respecto a la forma de cálculo de la pensión, el artículo 1 establece que por los primeros 20 de aportación se considerará el 50% de la remuneración de referencia, por cada año adicional a los 20 años de aportación se añadirá un 4% respecto de la remuneración de referencia, y en caso se trata de una pensión adelantada, se reducirá en 2% de la remuneración de referencia por cada año de adelanto respecto de los 65 años que exige la norma.

- Decreto Supremo Nro. 099-2002-TR:

Con la promulgación de la Ley Nro. 27617 se establece la posibilidad de efectuar cambios en la forma de cálculo de la remuneración de referencia así como de los porcentajes aplicables para el cálculo de la pensión, siempre y cuando se emita decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Asimismo, establece que lo señalado será de aplicación para toda la población afiliada al Sistema Nacional de Pensiones que a la fecha de entrada en vigencia de la ley cuente con menos de 55 años de edad. Con fecha 13 de enero del 2002, se promulgó el Decreto Supremo Nro. 099-2002-TR que establece cambios importantes respecto del cálculo de la remuneración de referencia y de la pensión.

Se estableció que el cálculo de la remuneración de referencia se efectúa considerando el promedio de los últimos 60 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, estableciendo al igual que el D.L. 19990 y el D.L. 25967 las excepciones antes señaladas para la sustitución de periodos de aportación.

Respecto a la forma de cálculo de la pensión, estableció nuevos porcentajes, señalando que por los primeros 20 años de aportación, el porcentaje variará dependiendo de la edad que tenía el asegurado al momento de la entrada en vigencia de la Ley Nro. 27617, tal como se desprende del siguiente cuadro:

Rango de edad % por los primeros 20 años

<i>Hasta 29 años</i>	30%
<i>De 30 a 39 años</i>	35%
<i>De 40 a 49 años</i>	40%
<i>De 50 a 54 años</i>	45%

Asimismo, estableció que por cada año adicional a los 20 primeros años de aportación, se agregará un 2% de la remuneración de referencia, y por cada año de adelanto respecto de la edad mínima establecida por ley, se descontará un 4% de la remuneración de referencia.

Sin embargo, respecto a este nuevo método de cálculo, la Corte Suprema mediante la Casación Nro. 4667-2013-SANTA ha establecido como precedente vinculante, que la forma de cálculo de la remuneración de referencia establecida en el artículo 2, debe ser aplicada únicamente para los asegurados facultativos y los asegurados obligatorios de continuación facultativa, por lo que para los asegurados obligatorios prevalece la forma de cálculo señalada en el artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967.

2.7. Acreditación de la Enfermedad Profesional

A fin de obtener la pensión de jubilación minera completa que prevé el artículo 6 de la Ley Nro. 25009, es necesario acreditar el estado de salud del solicitante. Para el caso de los procesos de

amparo en los que se solicitaba una renta vitalicia (DL.18846) o pensión de invalidez por enfermedad profesional (L.26790), el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 02513-2007-PA/TC (Caso Hernández Hernández) reitero como un precedente vinculante que la enfermedad profesional únicamente puede ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, EsSalud o EPS, estableciendo incluso la responsabilidad penal y administrativa que tendrá aquel médico y/o comisión médica que emita documentos fraudulentos. Este precedente vinculante se emitió en razón que muchos asegurados presentaban exámenes médicos del Instituto Nacional de Salud Ocupacional, que eran emitidos de forma aleatoria y sin mayor sustento a fin que los asegurados pudieran obtener pensiones que no le correspondían, burlando de esta forma sistema. En la práctica, a pesar de no ser exigible, los asegurados que solicitan una pensión de jubilación minera por enfermedad profesional presentan el Dictamen Médico emitido por Comisiones Médicas acreditadas que certifican la enfermedad de la que adolecen, toda vez que dicho documento no deja duda alguna sobre su veracidad.

2.8. Sobre el Tope Máximo Institucional del Sistema Nacional de Pensiones

El reglamento de la Ley Nro. 25009, el Decreto Supremo Nro. 029-89-TR, en su artículo 9° justamente establece tal límite en la pensión del pensionista minero, el cual se denomina tope máximo institucional. Aun a pesar de reconocerse los problemas de salud que acarrear las labores mineras, al ser una pensión que otorga el Sistema Nacional de Pensiones, la pensión de jubilación minera también está sujeta a la regulación de un monto máximo de pensión, ella como un instituto de orden financiero establecido para atender la naturaleza solidaria del Sistema, basado en el reparto del fondo común, para el que se contribuye con la finalidad de pagar las pensiones sobre la base de los aportes de los asegurados activos (trabajadores).

En aplicación de la normativa vigente en aquella época, el monto máximo de las pensiones se reguló mediante Decretos Supremos, ello de acuerdo a las posibilidades financieras del Sistema, en cifra determinada, hasta la publicación del Decreto Ley Nro. 22847. En efecto, el 31 de diciembre de 1979 se dictó el Decreto Ley N.º 22847, mediante el cual se sustituyó el texto de los artículos 10° y 78° del Decreto Ley N° 19990, con el objeto de reajustar el monto de la

remuneración máxima asegurable y el de las pensiones máximas, quedando redactados de la siguiente manera:

“Artículo 10º.- “La remuneración máxima asegurable sobre la que se pagará aportaciones por cada empleo, a partir del 1 de enero de 1980, será una suma igual a cinco remuneraciones mínimas vitales señaladas para la Provincia de Lima, reajustadas, en su caso al millar superior siguiente”.

Artículo 78º.- “La pensión máxima mensual que abonará el Seguro Social del Perú a partir del 1 de enero de 1980, será una suma equivalente al 80% de la cantidad fijada en el artículo 10º”.

Luego, el Decreto Supremo Nro. 078-83-PCM dispuso un aumento a partir del 1 de octubre de 1983, incrementando la remuneración asegurable en una suma igual a siete y medio remuneraciones mínimas vitales, y la pensión máxima en el equivalente al 80% de dicha suma.

Posteriormente, el Decreto Supremo Nro. 077-84-PCM, publicado el 30 de noviembre de 1984, señaló que la remuneración máxima asegurable, será igual a diez veces el monto de la remuneración mínima mensual que perciba un trabajador no calificado de la provincia de Lima. Asimismo, que la pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social sea el equivalente al 80% de la suma de 10 remuneraciones mínimas mensuales asegurables, con arreglo a las normas contenidas en el Decreto Ley N.º 19990. Finalmente, el Decreto Ley N.º 25967, modificatorio del Decreto Ley N.º 19990 vigente desde el 19 de diciembre de 1992, estableció nuevas condiciones para el otorgamiento de las pensiones, un nuevo sistema de cálculo y reguló expresamente en su artículo 3º el monto máximo de las pensiones que otorga el Instituto Peruano de Seguridad Social, fijándolo en S/ 600.00 soles. Dicho monto a la fecha se encuentra modificado por el artículo 5 del D.U. 105-2001 que determinó que el monto de la pensión máxima mensual asciende a S/ 857.36 soles; monto que se ha mantenido invariable hasta el momento.

Tal como se puede apreciar, desde que los inicios de la promulgación del D.L. 19990 se han regulado los topes a los montos de las pensiones mensuales, así como los mecanismos para su modificación. Respecto de la procedencia y constitucionalidad de la implementación de topes

máximos, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento en el expediente Nro. 050-2004-AI/TC, sentencia que realza la naturaleza de solidaridad sobre la cual se sustenta el fondo del Sistema Nacional de Pensiones, lo cual implica que los pensionistas no puedan obtener importantes sumas de dinero como pensión de jubilación, ya que rompería con los parámetros de lo que se conoce como el principio de solidaridad y se daría lugar a grandes brechas entre los asegurados. En este sentido, el Tribunal Constitucional establece que no es inconstitucional de existan topes porque *“(…) las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, derivadas justamente de los beneficios que forman parte del contenido no esencial y adicional derecho fundamental, sí pueden ser objeto de modificación, por tratarse de temas de legislación ordinaria (monto de la pensión en la medida que no se comprometa el mínimo legal, topes, condiciones de nivelación, entre otros), los que se rigen por la legislación vigente al momento en que pueden ser realizados o ejecutados.”*¹⁴ Asimismo, señala: *“Lo que debe quedar claro es que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales, a saber: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad. (...) En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema.”* Y concluye: *“Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional. Será, entonces, constitucionalmente razonable y legítimo que se disponga la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas -propio del contenido no esencial- y el incremento de las pensiones más bajas a un tope mínimo vital -propio del contenido esencial.”*¹⁵

La ley de jubilación minera también establece un “trato especial” para aquellos trabajadores mineros que hayan sido diagnosticados con silicosis o su derivados (neumoconiosis, antracosilicosis, asbestosis). El artículo 6 de la mencionada ley establece como excepción el acreditar el requisito del número de años aportaciones que establece la norma, ello en razón que tal enfermedad significa un grave deterioro en la salud de quien lo padece, que le impide trabajar; por lo que sin importar el número de año aportados, se procederá con el otorgamiento

¹⁴ Expediente Nro. 050-2004-AI/TC – Fundamento 85

¹⁵ Expediente Nro. 050-2004-AI/TC – Fundamento 100

de pensión de jubilación minera completa, ello en concordancia con lo señalado por el artículo 20 del reglamento de la Ley 25009. El Tribunal Constitucional respecto a este tema, ha efectuado una interpretación del artículo 6 a la luz de la Constitución en el Expediente Nro. 02599-2005-PA/TC (Caso Sanchez Samata), y ha señalado que: *“(…) se torna menos que contradictoria la exigencia del cumplimiento de una edad determinada, pues es harto evidente que bajo esas circunstancias el afectado no puede seguir desempeñado sus labores ordinarias. Es irrazonable, conviene reiterar nuevamente, que se tenga que obligar a cumplir la edad prevista cuando, por efecto directo del trabajo realizado, se ha perdido la fuente de ingresos.”*¹⁶ A pesar de tal interpretación, la ONP en vía administrativa sigue considerando que los trabajadores mineros deben aportar como mínimo 20 años, ello en razón que el Decreto Ley Nro. 25967 estableció como requisito el acredita 20 año para acceder a una pensión en cualquier régimen administrado por la ONP, dentro del cual se encuentra el régimen minero.

CAPITULO III: Análisis del caso contenido en el Expediente N°5603-2008

¹⁶ Expediente Nro. 02599-2005-PA/TC - Fundamento 11

3.1. Determinación de la Acción a interponer

Como bien se ha desarrollado en el Capítulo I “Antecedentes”, el proceso contencioso administrativo recaído en el Expediente N° 6266-2008, es uno que tiene como pretensión principal la declaración de nulidad de la resolución ficta de silencio administrativo negativo respecto del recurso de apelación planteado, y en consecuencia se declare la inaplicación de la resolución de jubilación N°00040-20001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001 que otorgó pensión de jubilación minera a favor del señor Rufino Torres Torres (en adelante EL DEMANDANTE), y solicita se ordene a la Oficina de Normalización Previsional (en adelante LA ONP) que el periodo para el cálculo de la remuneración de referencia se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados, tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967. Como pretensión acumulativa, objetiva, originaria y accesoria solicita el pago de reintegros dejados de percibir y el pago de intereses legales.

La demanda contencioso administrativa presentada por EL DEMANDANTE pretende la revisión de la resolución administrativa emitida por LA ONP, que otorgó la suma de S/285.18 soles como monto de pensión de jubilación minera, toda vez que para el cálculo de la remuneración de referencia se habría considerado periodos que figuraban como cero, es decir donde no habría existido ningún aporte.

Pues bien, tal como se ha precisado en el capítulo anterior, presentar una demanda contenciosa administrativa era la opción correcta, jurisprudencialmente hablando. Para el caso de análisis, debe considerarse lo señalado por el Tribunal Constitucional quien estableció los parámetros a tomar en cuenta para que los justiciables pudieran discernir sobre qué tipo de acción interponer, y considerando que en el caso de autos el demandante si venía percibiendo una pensión, es decir no se le habría denegado su derecho y que además percibía por mandato legal el monto mínimo de pensión, no correspondía la interposición de una acción de amparo.

Sin embargo, es necesario aclarar que la resolución Nro. 00040-2001-ONP/DC materia de revisión judicial, al no ser apelada en su oportunidad, obtuvo la calidad de cosa decidida, que es el similar a la cosa juzgada pero en materia administrativa. Es decir, que sus efectos deberían mantenerse inmutables en el tiempo, ya que EL DEMANDANTE, de no haber

estado satisfecho con el monto de pensión obtenido, pudo haber planteado ya sea un recurso de reconsideración (en caso de tener nuevas pruebas que no se presentaron anteriormente) o el recurso de apelación, ello a fin que en segunda instancia administrativa se emitiera una nueva resolución y de esta forma dar por agotada la vía administrativa, situación que recién permitiría tener la oportunidad de iniciar un proceso contencioso administrativo. Lo que el abogado de la parte demandante muy astutamente efectuó en el proceso, fue presentar una nueva solicitud recepcionada seguramente como una “activación de expediente” y solicitar en ese acto el recálculo de la pensión de jubilación minera, sabiendo de antemano que la resolución administrativa emitida en el año 2001 había quedado consentida, y que la ONP estaría obligada a emitir un acto administrativo que le pusiera ello en conocimiento, para de esta manera presentar un recurso de apelación en contra de este acto y de esta manera poder acreditar el agotamiento de la vía administrativa.

En otro tipo de procesos, este tipo de situaciones normalmente no se avalan por parte de los Juzgados, pero cuando se tratan de procesos que versan sobre derechos pensionarios los Jueces prefieren no valorar que la resolución administrativa quedó consentida en su oportunidad, ya que los pensionistas en su mayoría son personas mayores que no tienen mucha instrucción respecto de sus derechos y no pueden ejercerlos de manera oportuna, por lo que se proceden a admitir este tipo de prácticas en pro de los derechos de los pensionistas.

15) Demanda.-

a) Sumilla:

En cuanto a la Sumilla, se debe tener presente lo establecido por la Resolución Administrativa 014-93-CE-PJ, la cual establece los lineamientos generales y obligatorios que deben tener todos los escritos que se presenten en los procesos judiciales. En su artículo primero, inciso 4) establece textualmente que: *“En la parte superior derecha de los escritos, se indicará en orden descendente lo siguiente: Nombre del secretario, si es el caso; número de expediente; cuaderno del expediente en el que el escrito presenta; numeración del escrito en el orden correspondiente al que sucesivamente sean presentados por la parte; y la sumilla del pedido”*. Como se

puede apreciar, en la sumilla de la demanda se respetan lo señalado por la norma, por lo que se encuentra correcta.

b) Identificación de la parte demandada:

El código procesal civil establece la obligación de determinar claramente la identidad de la persona demandada. En el caso del proceso contencioso administrativo, la Ley Nro. 27584 establece que la demanda contencioso administrativa se dirige en contra de la entidad administrativa, sin precisar obligación alguna sobre la individualización del jerárquico superior encargado. Por lo tanto, al demandarse a la ONP no era necesario establecer que la misma se dirigía en contra del Jefe de la Oficina de Normalización Previsional, tal como lo ha efectuado la parte demandante. Respecto del domicilio consignado, si bien es cierto la dirección consignada es correcta al haberse determinado la dirección de la oficina principal ubicada en la ciudad de Lima, también hubiera sido correcto que se notifique en la dirección de la oficina departamental de Arequipa, ya de esa forma evitar la dilatación del proceso (se prescindiría de la tramitación del exhorto, así como la parte demandada no contaría con el plazo adicional por el término de la distancia para contestar la demanda).

c) Petitorio:

El petitorio al ser el núcleo de la pretensión incluso también en un proceso contencioso administrativo tiene como requisito de admisibilidad ser claro, concreto, preciso y completo. Para el caso de las demanda contencioso administrativas, es necesario además consignar si se está solicitando la nulidad (ya sea parcial o total) o ineficacia de la resolución administrativa materia de revisión judicial, así como también se debe consignar en que va a consistir la actuación del Juez, es decir que pronunciamiento se desea obtener de la entidad demandada, conforme lo establece el artículo 5° de la Ley Nro. 27584.

El petitorio de la demanda estudiada posee dos partes: pretensión principal y dos pretensiones accesorias.

Respecto de la pretensión principal, EL DEMANDANTE solicita la nulidad de la resolución ficta que deniega en silencio administrativo negativo el recurso de apelación interpuesto, y asimismo solicita se declare la inaplicabilidad de la resolución administrativa Nro. 00040-2001-ONP/DC. Tal como se ha explicado anteriormente, conforme lo señalado en la Ley Nro. 27444, la resolución administrativa habría quedado consentida y con la calidad de cosa decidida. Sin embargo, y considerando el monto que venía percibiendo el demandante como pensión de jubilación minera, debió solicitar al Juzgado la nulidad total de la resolución ficta que denegó su apelación en silencio administrativo negativo, así como también debió solicitar la nulidad parcial de la resolución administrativa.

Ahora bien, conforme lo establece la Ley Nro. 27854 no correspondía solicitar la inaplicabilidad de la resolución administrativa, ya que la ley es clara al señalar que puede solicitarse o la nulidad o la ineficacia. En mi opinión personal, solicitaría la nulidad parcial de la resolución administrativa, ya que de solicitar la nulidad total también se declararían nulo el extremo que reconoce su derecho a percibir una pensión de jubilación; por lo que, si nos encontramos disconformes únicamente con el monto otorgado, se debería solicitar únicamente la nulidad parcial.

Por otro lado, una vez solicitados los aspectos que se quieren anular, se debe solicitar al Juez en qué debe consistir su actuación, en el caso de autos válidamente se solicitó se ordene a LA ONP que para el cálculo de la remuneración de referencia se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados, tal como lo dispone el artículo 2 del D.L. 25967, ya que conforme se verifica de la Hoja de Liquidación la entidad ha tomado en cuenta meses donde las aportaciones figuraban en cero, es decir o durante ese periodo el demandante no aportó o simplemente no se registraron las aportaciones.

En cuanto a las pretensiones accesorias, solicita el pago de reintegros dejados de percibir así como los intereses legales. Sobre este aspecto, considero que únicamente debió agregarse que el cálculo de los intereses legales debía efectuarse desde el día siguiente de la omisión de pago hasta la fecha efectiva de pago de los devengados, así

como debió solicitar que el pago de los intereses se efectúe conforme al artículo 1246° del Código Civil.

d) Fundamentos de Hecho, Fundamentación Jurídica, Monto del Petitorio y Vía Procedimental:

En cuanto a los fundamentos de hecho.- La Ley Nro. 27584 establece requisitos propios respecto a este tema, por lo que es de aplicación supletoria lo señalado en el artículo 424 inciso 6 del Código Procesal Civil que establece que los hechos deben ser expuestos enumeradamente, en forma precisa, con orden y claridad. Según se desprende de la demanda, el punto 1 relata brevemente los hechos que acreditan el agotamiento de la vía administrativa que lo habilita a iniciar el proceso, y desde el punto 2 y siguientes relata sustancialmente lo que se resuelve administrativamente y cuáles son los motivos que lo llevan a solicitar un recálculo. Sin embargo, en el punto 04 señala que no se ha añadido suma alguna por su menor hijo, supuesto que no se encuentra dentro de sus pretensiones, ni principal ni accesoria, lo cual no se ajusta a los parámetros exigidos.

EL DEMANDANTE, básicamente señala que LA ONP le ha considerado únicamente 27 meses efectivos de aportes, ya que los 33 restantes figuran como 00, e ilegalmente ha procedido a dividir la sumatoria de los 27 meses entre 60, dando como resultado una suma incorrecta, ya que no estaríamos ante un promedio que se ajuste a la realidad, omitiendo LA ONP aplicar el último párrafo del artículo 2° del D.L. 25967, ya que durante el periodo de 1998 a 2000, no laboró por cese forzoso en su centro laboral, por lo que correspondía que se tomen en cuenta los meses inmediatamente anteriores a los meses donde si hubo aportación efectiva

Asimismo, señala que LA ONP no ha cumplido con efectuar el incremento por su hijo en su pensión, el cual equivale entre el 2% al 5% de la remuneración de referencia; señalando, que en la Hoja de Liquidación el incremento aparece “00”, por lo que solicita el pago del incremento que por derecho le corresponde a su hijo.

En cuanto a la fundamentación jurídica.- No se puede apreciar una clara adecuación de los hechos al derecho, ya que únicamente señala la cita legal y la desarrolla brevemente respecto a su contenido.

e) Monto del Petitorio y Vía Procedimental:

El monto del petitorio.- No corresponde en este tipo de acción, ya que se trata de una pretensión declarativa, por lo que es correcto que haya señalado: “Inapreciable en dinero”.

La vía procedimental.- El Decreto Ley Nro. 1067 que modificó la Ley Nro. 27584 estableció dos “modalidades” de procesos: el proceso urgente y el proceso especial. Para su tramitación tienen plazos distintos, siendo el urgente el proceso con plazos igual de cortos que los del proceso de amparo. En este orden de ideas, el demandante solicitó se tramite su proceso en la vía del proceso urgente al ser su pretensión de puro derecho, pedido que no se encuentra conforme lo señalado por el artículo 24 del mencionado Decreto Legislativo.

f) Agotamiento de la Vía administrativa:

El demandante alega haber agotado la vía administrativa al haberse presentado el silencio administrativo negativo al no darse respuesta a la apelación presentada en contra de la Notificación de fecha 02 de junio del 2008 que dio respuesta a su solicitud de recálculo de pensión presentado el 12 de noviembre del 2007, alegando haber transcurrido más de los 30 días que otorga la norma para que la ONP se pronuncie. Al respecto debo señalar que a mi parecer el demandante no habría agotado la vía administrativa, ya que la resolución respecto de la cual se pretende replantear su contenido ha obtenido la calidad de firme, conforme lo señala el artículo 212 de la Ley Nro. 27444. Mediante resolución Nro. 00040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001 se resolvió otorgar pensión de jubilación al demandante, resolución en contra de la cual presentó recurso de reconsideración y que fue resuelto mediante la Resolución Nro. 0000076563-2003-ONP/DC/DL19990 de fecha 30 de setiembre del 2003 que declaró infundado dicho recurso.

Bajo estas consideraciones, y considerando la naturaleza del procedimiento administrativo se debía entender por agotada la vía administrativa a la interposición del recurso de apelación, ya sea que este sea resuelto a través de una resolución o por efecto del silencio administrativo negativo, encontrándose dentro del supuesto b) del artículo 218.2 de la Ley Nro. 27444; por lo tanto, se entiende que el demandante dejó consentir la resolución Nro. 0000076563-2003-ONP/DC/DL19990 y no agotó la vía administrativa en su oportunidad.

Ahora bien, respecto de la solicitud presentada en noviembre del 2007, esta no podría calificar como una solicitud de revisión por error aritmético, ya que lo que pretendía el demandante alteraría sustancialmente el contenido de la resolución administrativa, ya que pretendía una variación en el monto de la pensión que se le otorgó.¹⁷ Por lo que a mi opinión personal, la presentación de dicha solicitud únicamente fue un pretexto para iniciar un proceso judicial, ya que la oportunidad para iniciarlo anteriormente había caducado.

g) Medios Probatorios y Anexos

En cuanto a los medios probatorios.- Los medios probatorios son considerados como la prueba presentada a fin de que se acrediten los fundamentos de hecho, creen convicción en el Juez y que este pueda fundamentar su sentencia debidamente. Es así que EL DEMANDANTE ofrece como medios probatorios los siguientes: a) Escrito de solicitud de recalcule y otros de fecha 12 de noviembre del 2007. b) Escrito de agilización de trámite de mi pedido de fecha 10 de enero del 2008. c) Acto de Notificación de fecha 02 de junio del 2008 y otros que da respuesta a la solicitud en forma negativa. d) Escrito de recurso de apelación de fecha 16 de junio del 2008. e) Resolución de Jubilación Nro. 00040-2001-ONP/DC de fecha 22 de enero del 2001 con su respectiva Hoja de Liquidación. f) Constancia de pago de Jubilado del recurrente.

¹⁷ Artículo 201 de la Ley Nro. 27444, Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Tal como se desprende del propio escrito de la demanda, se verifica que EL DEMANDANTE no ha señalado en los tres primeros medios probatorios ofrecidos la pertinencia y lo que se quiere demostrar con cada uno de ellos, supuesto que sí cumplió en los últimos tres, tal como lo señala el inciso 5 artículo 425° del Código Procesal Civil.

☞ Medios Probatorios que se debieron presentar:

- a) Documento que acredite el cese colectivo alegado, ya sea a través de una resolución del Ministerio de Trabajo o algún acta firmada por los trabajadores que se encontraron en esa situación.

☞ Medios Probatorios que no se debieron presentar:

- a) La Notificación de fecha 31 de enero del 2007, la Notificación de fecha 13 de marzo del 2007 y sus cedulas de notificación, ya que el contenido de estas notificaciones ponen en evidencia dos situaciones: la primera que no se cumplió con agotar la vía administrativa en la forma y plazo que establece la norma y, la segunda que habrían presentado otras solicitudes de similar contenido en enero y febrero del 2007, y que evidentemente ante la inacción por parte de su abogado no inició en dicho año el proceso judicial respectivo y se tuvieron que presentar nuevas solicitudes en el año 2008.

En cuanto a los anexos.- En cuanto a este extremo no se ha señalado que se adjunta la tasa judicial correspondiente a las cédulas de notificación; sin embargo, por la naturaleza del proceso se entiende que podría quedar exonerado del pago de tasas judiciales.

Como apreciación general de la demanda, se puede señalar que básicamente se encuentra bien planteada, es una demanda que fácilmente puede ser admitida a trámite, y aunque es evidente que lo discutido no es especialidad del abogado demandante, se logra entender la verdadera intención del DEMANDANTE. Como ejemplo, se establece que LA ONP no le ha otorgado el aumento por su hijo, pero no

ha considerado el demandante que este incremento se encuentra incluido en la pensión mínima que a la fecha viene percibiendo, ya que tal como obra de la hoja de liquidación debería percibir S/. 285.18 soles, y que por ser un monto inferior al monto mínimo institucional, se le paga mensualmente la suma de S/.415.00 soles. Por otro lado, respecto de las pretensiones debió solicitar como segunda pretensión principal la nulidad parcial de la resolución Nro. 00040-2001-ONP/DC y la nulidad total de la resolución Nro. 0000076563-2003-ONP/DC/DL19990, ya que no existe pronunciamiento alguno respecto de estos actos administrativo que en estricto deberían dejarse sin efecto una vez se resuelva el proceso. Por otro lado, era de vital importancia que acreditara que efectivamente EL DEMANDANTE en el periodo de mayo de 1997 a enero del 2000 fue parte de un cese colectivo en su centro laboral, o que en dicho periodo por algún motivo no aportó por no tener algún vínculo laboral que pudiera respaldar sus aportes a LA ONP.

16) Auto Admisorio.-

Con fecha 25 de agosto del 2008 se emitió la resolución número uno que resolvió admitir a trámite la demanda de nulidad de resolución ficta y otros vía proceso contencioso administrativo interpuesta por Rufino Torres Torres en contra de la Oficina de Normalización Previsional, tramitándola en la vía del proceso especial, en consecuencia se dispone correr traslado por el término de diez días a la parte demandada, librando exhorto al Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima a efecto de comisionar la notificación de la parte demandada.

Por tratarse de un proceso en materia previsional, se declara que el demandante se encuentra exonerado de pago de tasas judiciales, y además dispone que la ONP remita copias certificadas del expediente administrativo derivado de la actuación impugnada, bajo apercibimiento de multa de 1 URP en caso de incumplimiento.

Los requisitos esenciales para que proceda una demanda y se califique positiva en su momento son los Presupuestos Procesales y las Condiciones de la Acción.

Condiciones de la Acción:

- **Legitimidad para obrar.-** Activa y Pasiva. Es la facultad legal que tienen los demandantes y demandados para formular una determinada pretensión y contradecirla. En este caso EL DEMANDANTE alega que no se han considerado las remuneraciones asegurables para el cálculo de su remuneración de referencia, habiendo considerado la ONP periodos que figuran en cero, por lo que la actuación administrativa debe declararse nula y se efectúe nuevo cálculo considerando las aportaciones efectivamente aportadas; por lo que considerando que LA ONP es la entidad administrativa que emitió el acto administrativo “inaplicable”, es el organismo que debe demandarse, completando de esta forma los supuestos de la legitimidad para obrar activa y pasiva.
- **Interés para obrar.-** Es básicamente un estado de necesidad provocado por el hecho de que la persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material, en el presente caso EL DEMANDANTE señala haber agotado la vía administrativa al operar el silencio administrativo negativo.

Presupuestos Procesales:

- **Competencia.-** Por razón de materia, es competente el Juez Contencioso Administrativo o Civil por tratarse de un proceso contencioso administrativo (art. 9 Ley 27584); por razón de Cuantía, no tiene relevancia en este caso, por razón de Territorio, a elección del demandante es competente el Juez de domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada (art. 8 Ley 27584); por lo que, siendo que la ONP tiene una oficina descentralizada en Arequipa, a elección de EL DEMANDANTE es competente el Juez del Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Nro.27584.
- **Capacidad procesal.-** EL DEMANDANTE acredita estar en pleno goce de sus derechos civiles por lo que presenta copia simple de su Documento Nacional de Identidad vigente a la fecha de interposición de la demanda.

- **Requisitos de la demanda.-** Artículos 8, 9, 11, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley Nro. 27584 y de forma supletoria conforme la Primera Disposición Final de la Ley Nro. 27584 los artículos 130, 131, 132, 424, 425 del Código Procesal Civil.
- **Procedimiento.-** Al respecto, debemos precisar que el texto original de la Ley Nro. 27584 establecía dos tipos de procedimiento: el procedimiento sumarísimo y el procedimiento abreviado. Dichos procedimientos fueron derogados a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo Nro. 1067, que introdujo como procedimientos el urgente y el especial. La norma señala que para que un proceso se tramite en la vía del proceso urgente, deben presentarse cualquiera de las siguientes pretensiones: a) cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo, b) cumplimiento por parte de la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligado por mandato de ley o en virtud a un acto administrativo firme, c) relativas a materia previsional siempre y cuando se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión. Asimismo, establece la concurrencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto, necesidad impostergable de la tutela y que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado. Se exigen todos estos requisitos para el acceso a esta vía, toda vez que este tipo de procedimiento posee plazos mucho más cortos a los establecidos para un proceso especial que implican una actuación mucho más ágil por parte del Juzgador, que se asemeja mucho a un proceso de amparo.

En este orden de ideas, se verifica de la demanda que el demandante solicitó que su demanda se tramite en la vía del procedimiento urgente; sin embargo, el Juzgador consideró que aunque se esté discutiendo una materia previsional, no se encuentra dentro del contenido esencial del derecho a la pensión, por lo que corresponde se tramite en la vía especial.

A criterio personal, considero que la calificación de la demanda fue efectuada de forma correcta al concurrir todos los requisitos de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, y coincido con el criterio respecto de la vía procedimental

adoptada, ya que en definitiva no se estaba discutiendo un aspecto relacionado al contenido esencial del derecho a la pensión toda vez que el demandante viene percibiendo una pensión mínima y según los criterios vertidos por el Tribunal Constitucional no habría una evidente vulneración al contenido esencial del derecho a la pensión, y por ende tampoco una situación que implique la necesidad de implementar un proceso urgente.

17) Contestación.-

LA ONP, dentro del plazo establecido por el artículo 442° del Código Procesal Civil y considerando además el término de la distancia (10 días más 2 días por el término de la distancia, considerando que la demanda fue notificada en Lima, y el proceso se lleva a cabo en Arequipa), procede a contestar la demanda. La demandada indica que no se han logrado acreditar los supuestos que permitan determinar que la resolución administrativa que otorga su pensión de jubilación minera adolezca de vicio alguno. Igualmente señala que al acreditar 24 años completos de aportaciones, se ha procedido a calcular su remuneración de referencia conforme el inciso c) del artículo 2 del D.L. 25967, es decir se calculó el promedio de las 60 últimas remuneraciones asegurables percibidas en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación, calculo que efectivamente realizó LA ONP. Ahora bien, señala que si bien es cierto la norma señala como excepción la sustitución de periodos, ello únicamente opera cuando no se hubiera aportado por falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, conforme lo señala el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967; sin embargo, para el caso del demandante no se ha logrado acreditar ninguna de las situaciones antes precisadas, por lo que no se debe asumir simplemente la sustitución y extender un efecto normativo que estuvo sujeto a condiciones cuando resulta evidente que el actor cesó en la actividad laboral entre el año 1997 y el año 2000. Sobre el incremento por hijo reclamado, señala que su pensión equivale al 100% de su remuneración de referencia por lo que no existe porcentaje alguno que abonar.

Valoración: En este extremo, se debe mencionar que no se ha cumplido cabalmente con los requisitos expuestos en el artículo 442° del Código Procesal Civil, ya que se ha omitido consignar correctamente la sumilla de la siguiente manera: “Sumilla: Contesto Demanda”. Por otro lado, sobre la fundamentación jurídica no se ha cumplido con enumerar y establecer la normatividad que debe aplicarse y efectuar una subsunción de los hechos al derecho, se ha procedido a enumerar de forma general las normas que deben considerarse, sin explicar por qué debe aplicarse y en qué forma. Por otro lado, lo ideal sería que como medio probatorio se presenten las copias certificadas del Expediente Administrativo, ya que sería prueba suficiente para acreditar la adecuada actuación de la Administración que ha sido alegada, y además coadyudaría con la celeridad del proceso.

18) Saneamiento Procesal.-

El saneamiento procesal es el segundo filtro que tiene el Juez para analizar los aspectos formales del proceso, a fin de evitar obstáculos y nulidades posteriores. El saneamiento procesal es también conocido como el Principio de Expurgación, por el cual se otorga facultades al Juez para que elimine todas las cuestiones que pudieran entorpecer la emisión de una sentencia válida o determinar la conclusión en caso así correspondiera¹⁸. De conformidad con el artículo 465 del Código Procesal Civil, el Juez en esta etapa del proceso tiene tres alternativas a declarar:

1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o,
2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o,
3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

¹⁸ RIOJA BERMUDEZ, Alexander, “El Saneamiento Procesal: Necesaria Eliminación de la Audiencia”, BLOG DE LA PUCP, 22 de octubre del 2009, Perú. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/10/22/el-saneamiento-procesal-necesaria-eliminacion-de-la-audiencia/>, visitado el 08/07/2017.

Como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, la Ley Nro. 27584 en sus artículos 24 y 25 establecían que el proceso contencioso administrativo se podía llevar a cabo como un proceso sumarísimo o un proceso abreviado, dependiendo de las características especiales de cada pretensión. Remitiéndonos al Código Procesal Civil de aplicación supletoria para el proceso contencioso administrativo, se verifica que para un proceso sumarísimo se debía citar a las partes para llevar a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, de procedimientos: abreviado y sumarísimo.

Sin embargo, la Ley Nro. 28531 modificó el artículo 25 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y establece que para el proceso especial debe dictarse Auto de Saneamiento, por lo que ya no es necesario citar a una Audiencia Única. El mencionado Auto de Saneamiento debe declarar la existencia de una relación jurídica procesal válida, declarar lo pertinente en caso se hayan planteado excepciones, fijar los puntos controvertidos y establecer la admisión de los medios probatorios que se actuarán, precisando que de existir medios probatorios que requieran ser actuados en audiencia, se deberá fijar hora y fecha, de lo contrario se prescindirá de la misma.

En el caso que analizamos, mediante resolución Nro. 08 se verificó que se cumplen los presupuestos procesales y las condiciones de la acción (capacidad de las partes, competencia del Juzgado y requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda) por lo que se resolvió declarar saneado el proceso.

Fijación de Puntos Controvertidos.-

Ahora bien, respecto de los puntos controvertidos la Ley Nro. 28531 no establece la obligación que las partes propongan los puntos controvertidos, como normalmente se efectúa en la vía civil, por lo que el Juez determina los siguientes puntos controvertidos:

- a) Determinar si procede declararse la nulidad de la resolución ficta e inaplicable la resolución que otorga pensión de jubilación minera, ordenándose que para el cálculo de la remuneración de referencia se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados y en forma acumulativa se disponga el pago de reintegros dejados de percibir.

Sobre este punto, debo precisar que podrían haberse fijado hasta tres puntos controvertidos a pesar que uno sea consecuencia de lo otro, ello a fin de mantener un

orden respecto de las cuestiones que deben evaluarse y si definitivamente cada punto debe ser declarado fundado o infundado. Por lo que propongo los siguientes puntos controvertidos: a) Se determine si procede declarar la nulidad de la resolución ficta que deniega en silencio administrativo el recurso de apelación y declarar la nulidad parcial de la resolución Nro. 0040-2001-ONP/DC, b) Se determine si corresponde ordenar el recálculo de la remuneración de referencia, considerando para ello los meses efectivamente aportados, y, c) Se determine si debido al recálculo procede el pago de devengados e intereses legales.

Admisión de medios probatorios.-

Considerando las pruebas documentales presentadas por el demandante, que LA ONP en aplicación del principio de adquisición procesal presenta los mismos medios probatorio del demandante y que además no se han interpuesto tachas en contra de ninguno de dichos documentos, el Juzgado procede a admitir los medios probatorios ofrecidos en los puntos 1 a 6. Es importante señalar que respecto de los medios probatorios presentados no cabía de forma alguna que sean declarados inadmisibles, impertinentes o improcedentes, ya que dichos documentos son parte del expediente administrativo y por tanto están íntimamente vinculados con la pretensión del demandante.

Audiencia de Pruebas.-

Considerando que todos los medios probatorios admitidos son documentales, se resuelve prescindir de la audiencia de prueba.

19) Dictamen Fiscal.-

La Constitución Política establece como funciones del Ministerio Público en el artículo 159° lo siguiente:

“Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.

(...).

6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

(...)”.

En este sentido, se entiende que la intervención del Ministerio Público tiene como finalidad la defensa de la legalidad, vela por el respecto al ordenamiento jurídico, defiende los intereses públicos y vigila la independencia de los jueces, acciones que también están reconocidas dentro de la propia Ley Orgánica del Ministerio Público.

Muchos juristas opinan que la emisión de un dictamen fiscal resulta un retraso en el curso del proceso, puesto que a pesar que la norma establezca que el Ministerio Público tiene solamente un plazo de quince días para la emisión del dictamen fiscal, la realidad no permite que dichos plazos sean respetados. Sin embargo, y en mi experiencia he podido apreciar que muchas veces es a raíz del pedido del Fiscal que se ordena la actuación de ciertos medios probatorios que podrían haber sido solicitados de oficio por el Juez, pruebas que en definitiva están dirigidas a tener un panorama más claro para resolver la controversia planteada; pedidos como por ejemplo se curse oficio a la SBS para verificar si el demandante se encontraba cubierto bajo alguna póliza de seguro privado, o también información adicional a los ex empleadores declarados a fin de acreditar aportaciones.

De conformidad con lo señalado por el artículo 14 de la Ley Nro. 27584 establece que el Ministerio Público actúa como parte dictaminadora antes de la emisión de la sentencia, tanto de primera como segunda instancia y en casación; asimismo, en el tercer párrafo establece la obligatoriedad de la emisión del dictamen fiscal bajo sanción de nulidad. Estando a ello, en el Auto de Saneamiento se dispuso la remisión del expediente al

Ministerio Público para la emisión del dictamen correspondiente. Antes de disponer la remisión del expediente al Ministerio Público, es necesario que la entidad demandada, en este caso LA ONP, presente el Expediente Administrativo, ya que el fin del proceso contencioso administrativo es efectuar una revisión a la actuación administrativa. En el caso de análisis, el expediente administrativo fue presentado el 05 de enero del 2010 y mediante decreto (resolución Nro. 07) se tuvo por presentado el expediente administrativo, por lo que en el Auto de Saneamiento se dispuso inmediatamente la remisión al Ministerio Público.

La Segunda Fiscalía Provincial Civil de Arequipa fue la encargada de emitir el Dictamen Nro. 1430-2010-MP-2FPC. El dictamen consta de tres partes: antecedentes, análisis de los hechos y opinión. En los antecedentes el fiscal hace un resumen de los aspectos demandados, de los argumentos de defensa de LA ONP, y de lo actuado en el expediente. Sobre el análisis de los hechos, el Fiscal considera que la causal de cese forzoso en el centro laboral del demandante no ha sido acreditada en el proceso, y respecto del incremento por su menor hijo al no haber sido parte del reclamo en vía administrativa es improcedente su revisión al no haberse agotado la vía administrativa. Por lo que finalmente emite como opinión que la demanda se declare infundada la demanda.

Valoración: La opinión fiscal está basada estrictamente en lo que establece el D.L. 25967 sobre la forma de cálculo de la remuneración de referencia. Si bien es cierto el Ministerio Público tiene a su cargo se respete la legalidad del proceso, considero que no podría hablarse de una extralimitación en sus funciones si efectuara un análisis más crítico, sopesando lo dispuesto en la norma con los derechos fundamentales que le atañen al demandante y la situación tan injusta por la que debe atravesar pese a haber laborado más de 20 años.

El expediente es devuelto al Juzgado, y mediante resolución Nro. 11 se pone en conocimiento de las partes el contenido del dictamen fiscal, y se dispone el ingreso de autos a despacho para emitir sentencia.

20) Sentencia de Primera Instancia.-

La sentencia de primera instancia emitida en el presente proceso, cumple con los requisitos señalados en el artículo 122 del Código Procesal Civil, siendo una sentencia formalmente correcta.

Ahora bien, la sentencia se divide en tres partes: vistos, considerando y fallo. En la parte expositiva (vistos) se hace una breve referencia al contenido de la demanda, contestación y el saneamiento. En la parte considerativa hace mención a la finalidad del proceso contencioso administrativo, efectúa un análisis de la *causa pretendi* y finalmente considerando lo señalado en el artículo 2 del D.L. 25967 hace una valoración de los medios probatorios, señalando que no se ha acreditado alguna de las excepciones que establece la norma antes mencionada y que por tanto no se pueden sustituir aportaciones. De igual forma, hace mención que LA ONP no procedió a reconocer 09 años de aportación, sin embargo no emite pronunciamiento de fondo al no ser materia pretendida. Por otro lado, hace mención que respecto a la pretensión del pago de costos, esta no es procedente por cuanto el artículo 50 de la Ley Nro. 27584 señala la exoneración de pago de costas y costos.

Por lo que en la parte del fallo declara infundada la demanda en todos sus extremos, sin costas ni costos.

Valoración: La sentencia emitida por el Séptimo Juzgado Civil de Arequipa, al igual que el dictamen fiscal, efectúa un análisis muy cuadrado sobre la aplicación de la norma y enfatiza falta de medios probatorios que acrediten las excepciones señaladas en el D.L. 25967 para la sustitución de periodos de aportación. Por otro lado, se debe hacer mención que el primer considerando no efectúa un adecuado resumen de lo que realmente pretende el demandante, que es el recálculo de su remuneración de referencia a través de la sustitución de aportes efectivos que ha originado en consecuencia tener un monto de pensión ínfimo, por lo que no es cierto que deba señalarse que debe determinarse si se ha aplicado de forma correcta el monto de su pensión, ya que la forma de cálculo de pensión no está siendo cuestionada. Por otro lado, si bien es cierto el reclamo del aumento por hijo no ha sido parte del petitorio, es un extremo que el demandante ha solicitado dentro de sus fundamentos de hecho, por lo que el Juez pudo emitir

pronunciamiento expreso sobre este extremo. Además, considerando lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Nro. 27584, debió disponerse la notificación de la sentencia al Ministerio Público. Por último, considerando que se ha declarado infundada la demanda, debió también disponerse el archivo definitivo del proceso una vez quede consentida la sentencia.

21) Apelación de Sentencia.-

Según inciso g) del artículo 25.2 del Decreto Legislativo Nro. 1067 que modifica la Ley Nro. 27584, el plazo para interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia es de cinco días. Evidentemente, el recurso de apelación debe respetar los requisitos de procedencia del artículo 366 del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente.

EL DEMANDANTE apela la sentencia dentro del plazo legal, señalando que se ha efectuado una apreciación subjetiva y literal de lo señalado en el artículo 2 del D.L. 25967, siendo lo correcto se interprete de forma más extensiva y favorable al pensionista, a fin de no vulnerar su derecho a una seguridad social adecuada, justa y equitativa; por lo que lo correcto sería sustituir los meses donde si existen aportaciones, y considerarlos para el cálculo de la remuneración de referencia.

Valoración: Considero que los argumentos presentados por el demandante son correctos e instan al Superior a efectuar una interpretación del artículo 2 del D.L. 25967 en comunión con la Constitución y los derechos fundamentales de toda persona. Sin embargo, como crítica señalo que el demandante establece que se la otorgado un pensión de S/. 285.18 soles y que ese monto percibe mensualmente, sin verificar previamente que percibe el mínimo institucional conforme se desprende de la boleta de pago. Asimismo, no se desprende del escrito de apelación que el demandante haya cumplido con establecer como anexo el recibo de tasa judicial, siendo que tampoco en autos se ha dispuesto la exoneración de gastos judiciales o que el mismo cuente con auxilio judicial.

Considerando que el escrito de apelación cuenta con los requisitos establecidos por el Código Procesal Civil, mediante resolución Nro. 13 se resuelve concede apelación con

efecto suspensivo, expediente que debe ser elevado al Superior una vez sean devueltas las cédulas de notificación.

22) Dictamen Fiscal

Una vez elevado el expediente, la sala dispone la remisión de copias al Ministerio Público para la emisión del dictamen fiscal, poniendo en conocimiento los integrantes de la Sala. Considerando que el proceso se encuentra en segunda instancia, el dictamen debe ser emitido por el fiscal superior de aquel que emitió el primer dictamen. En este sentido, es la Segunda Fiscalía Superior Civil la encargada de emitir el dictamen Nro. 537-2011-2FSC, que respeta el mismo orden del dictamen de “primera instancia”, es decir el Fiscal hace un recuento de los antecedentes, de los fundamentos de apelación y finalmente su opinión.

En principio, el Fiscal Superior efectúa un análisis sobre las normas que deben aplicarse para el otorgamiento de pensión de jubilación minera, y concuerda lo dicho con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 02509-2006-PA/TC respecto a lo regulado en el artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967, haciendo hincapié en las excepciones que deben cumplirse para acceder a la sustitución de los aportes; y, precisa finalmente que el demandante no ha demostrado que su inactividad laboral se haya debido a las causales legalmente previstas para sustituir el periodo de marzo de 1995 a marzo de 1997 por otros meses, tal como lo reconoció en su escrito de apelación, y considerando que su pensión equivale al 100% no cabe añadir ningún porcentaje a la remuneración de referencia.

Mediante resolución Nro. 15 (DOS-2SC) se tiene por recibido el dictamen fiscal, y se tiene por señalada la vista de la causa para el veintisiete de julio del dos mil once, siendo la ONP la única parte que solicita informe oral.

23) Sentencia de Vista.-

La Sentencia de Vista de estudio tiene tres partes: A) Vistos, B) Considerando, y C) Fallo, iniciando la parte considerativa el Juez Superior hace un breve resumen de los argumentos de apelación, ello a fin de marcar los parámetros sobre los cuales se emitirá pronunciamiento, ello a fin de respetar el principio *tantum appellatum quantum*

*devolutum*¹⁹. Considerando la pretensión contenida en la demanda, los jueces superiores integrantes de la Segunda Sala Civil empleando el mismo criterio del Juzgado de origen, establecen que el demandante no cumple con los requisitos de excepción establecidos en el último párrafo del artículo 2 del D.L. 25967, por lo que resuelven confirmar la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda. Por otro lado, la Sala señala no poder emitir pronunciamiento respecto a la aplicación de la pensión mínima institucional al no haber sido materia de la demanda.

Valoración: A mi parecer, la sentencia formalmente es correcta; sin embargo, en cuanto al fondo considero que se está interpretando y aplicando la norma de forma lesiva y perjudicial para el demandante, quien aparentemente reconoció no haber laborado en los periodos consignados como cero para el demandante.

24) Recurso de Casación.-

Al no encontrarse conforme con la decisión adoptada por la Sala, el DEMANDANTE presentó recurso de casación, con la finalidad que se revoque la sentencia venida en grado y se resuelva conforme el artículo 396 del Código Procesal Civil.

El recurso de casación es un recurso excepcional, es decir que la norma prevé ciertos requisitos especiales para que no todos los procesos puedan recurrir a una tercera instancia. El artículo 377 del Código Procesal Civil establece los requisitos de forma, que en síntesis son: a) debe interponerse ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada, b) el plazo para interponer la demanda es de 10 días desde que se notificó con la resolución impugnada, c) adjuntar el pago de la tasa judicial por interposición de recurso de casación, y, d) solo se puede interponer en contra de autos y sentencias de vista expedidas en revisión por la Corte Superior de Justicia. Por su lado, el artículo 378 del Código Procesal Civil señala los requisitos de fondo que debe contener el recurso de casación, siendo los siguientes: a) Que el recurrente no hubiera consentido la resolución de primera instancia cuando fuese confirmada en segunda

¹⁹ "Acorde al Principio *Tantum Apellatum Quantum Devolutum* el órgano judicial revisor que conoce de la apelación sólo debe avocarse sobre aquello que le es sometido en virtud del recurso por ello el artículo 370 del Código Procesal Civil establece que el juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante salvo que la otra parte también se haya adherido o apelado." – Casación 4630-2012-LIMA

instancia, b) Describir con claridad la infracción normativa o el apartamiento al precedente judicial, c) Demostrar la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada, y, d) señalar si el pedido es anulatorio o revocatorio; si fuera anulatorio se precisará si es total o parcial y hasta donde alcanzará la nulidad, si fuera revocatorio se precisará en qué debe consistir la actuación de la Sala; si el recurso contiene ambos pedidos, se entenderá el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

El DEMANDANTE solicita se revoque la sentencia de vista y argumenta como causal en su escrito de casación la infracción normativa que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, precisando que se ha afectado una norma precedente vinculante recaído en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes Nro. 4260-2010-PA/TC y Nro. 464-2011-PA/TC que establece que en caso que el actor no estuvo laborando los meses anteriores se deberá tomar como base de cálculo la remuneración mínimo vital. Asimismo, precisa que considerando lo señalado por el Tribunal Constitucional debió considerarse el promedio solo de las aportaciones efectivas o en todo caso sustituir los meses en ceso por la remuneración mínima vital.

Valoración: Doctrinariamente, la palabra “casar” significa anular, que proviene del latín “*cassare*”, y a su vez de “*cassus*” que quiere decir vano o nulo²⁰. Respecto al recurso de casación, se debe mencionar que formalmente hablando se encuentra conforme lo señala la norma, ya que ha cumplido con los requisitos de forma establecidos en el artículo 377 del Código Procesal Civil. Sin embargo, respecto a los requisitos de fondo considero que no han sido los correctos. En principio, no habría problema alguno si es que realmente las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional efectivamente se refirieran a lo señalado por el demandante y por otro lado, que estas hayan sido declaradas como precedentes vinculantes para ser consideradas como “normas”. Haciendo una rápida verificación de ambas sentencias, lo primero que se deslucce es que son procesos que el TC ha revisado sobre renta vitalicia conforme el D.L. 18846, que no guarda relación

²⁰ SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel, “El recurso de Casación Civil”, Cuarta Edición, pp.33

alguna con el caso de estudio considerando que el demandante solicita el recalcu de su pensión de jubilación minera regulada por la Ley Nro. 25009 en concordancia con el D.L. 19990, por lo que al ser regímenes distintos definitivamente tienen distintas formas de cálculo considerando además el origen de sus recursos. A pesar de lo dicho y considerando que se puede efectuar una aplicación extensiva de un criterio adoptado para el D.L. 18846 para la Ley Nro. 25009, debo señalar que en definitiva la sentencia recaída en el expediente Nro. 4260-2010-PA/TC así como las resoluciones que resuelven la reposición y la aclaración, no establecen como “regla” que deba considerarse únicamente para el promedio los meses aportados o incluso que se considere la RMV para los meses en cero. Por su parte, la auto recaído en el expediente Nro. 464-2011-PA/TC que declara infundado el recurso de agravio constitucional interpuesto, convalida la decisión de la Sala sobre las remuneraciones que deben tomarse en cuenta para el cálculo de la renta vitalicia, ya que en ejecución de sentencia se habrían considerado el monto de las remuneraciones mínimas vitales y no el monto de remuneraciones efectivamente percibidas por el demandante; sin embargo, ello se debe a que para el cálculo de la renta vitalicia se toma en cuenta la fecha de expedición del Certificado Médico que acredita la enfermedad laboral, que por lo general es una fecha posterior a la fecha de cese, por lo que considerando lo señalado en la norma, resulta más favorable considerar la remuneración mínima vital. En este sentido, el demandante no ha logrado fundamentar correctamente su recurso de casación, ya que ha basado su recurso en criterios adoptados por el Tribunal Constitucional que solo tienen efectos inter partes al no haber sido considerados manifiestamente como precedentes vinculantes y que no guardan relación con lo discutido en el proceso. Lo correcto hubiera sido desarrollar la infracción normativa al artículo 2 del D.L. 25967, señalando que se estaba efectuando una interpretación errónea de la norma, desarrollando cuales son las consecuencias que acarrea el error y como propuesta de interpretación correcta se tome en cuenta la interpretación *pro homine* a la luz de la constitución, así como la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que no resulta justo que se consideren periodos en cero para el cálculo de la remuneración de referencia cuando el demandante cumplió con los requisitos de edad y años de aportación exigidos por la norma. Conforme lo señala Sanchez-Palacios Paiva: “No basta proponer una interpretación cualquiera, ocurrente.

*La propuesta debe ser fundamentada, lógica y congruente con los principios del Derecho y enunciada de manera abstracta. De otro modo no satisface el requisito”.*²¹

25) Resolución de Procedencia del Recurso de Casación.-

Al tratarse de un proceso que versa sobre derechos pensionarios, es la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República la encargada de calificar la procedencia o improcedencia del recurso de casación. Para el caso de estudio, la Sala señala que la parte demandante no ha cumplido con denunciar adecuadamente su recurso conforme lo exige el artículo 388 del Código Procesal Civil, por lo que basándose únicamente en ello el recurso debería calificar como improcedente. Sin embargo, la Corte Suprema decidió declarar procedente el recurso de casación toda vez que pudo advertir que lo que realmente pretendía denunciar el actor era la infracción normativa del inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967. Habiendo declarado procedente el recurso, se dispone la remisión de actuados al Ministerio Público para la emisión del dictamen correspondiente.

Valoración: Realmente son pocos los casos en los que la Corte Suprema admite a trámite un recurso de casación en los que no se cumple a cabalidad con los requisitos que prevé la norma, sobre todo los requisitos de forma. Sin embargo, he podido notar que el caso de estudio no es el único en el que la Corte ha decidido ser menos exigente con las formas para anteponer el fondo de lo que se pretende discutir en una tercera instancia, y que asumo que a su criterio merecen un pronunciamiento de fondo de su parte, enseñándonos así que en algunos casos sí debe prevalecer el fondo de la controversia sobre los requisitos formales. En mi opinión personal, debo manifestar que la Corte Suprema no se equivocó al declarar procedente el recurso de casación, pese a que, como lo mencioné líneas arriba, no es un escrito que se haya efectuado de acorde a las normas aunque el demandante tenía toda la razón, ya que el método empleado por la ONP resulta lesivo y abusivo para los pensionistas.

²¹ SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel, Op. Cit., pp.232.

26) Dictamen Fiscal.-

Considerando que el proceso se encuentra en una tercera instancia, la fiscalía encargada de emitir el Dictamen Fiscal fue la Fiscalía Suprema Transitoria en lo Contencioso Administrativo, pronunciamiento expuesto a través del Dictamen Nro. 170-2013-MP-FN-FSTCA de fecha 23 de enero del 2013. La Fiscal Suprema señaló ser de la opinión que se declare infundado el recurso de casación, fundamentando su posición en lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro. 02050-2011 que respecto de la sustitución de meses no aportados, estos deben ser acreditados conforme los supuestos establecidos en el artículo 2 del Decreto Ley 25967, pues de no hacerlo no es posible sustituir dicho periodo por lo meses anteriores, considerando por tanto que la Sala Superior ha efectuado un adecuado análisis de los presupuestos normativos exigidos al no haber cumplido con acreditar el demandante con los supuestos de excepción que prevé la norma.

Valoración: En principio, respecto a los plazos que establece la norma para la emisión del dictamen fiscal, debo señalar que no se han respetado los mismos; sin embargo, ello es presumible por la carga procesal que afrontan tanto los Juzgados como la Fiscalía a nivel nacional en nuestro país. Ahora, sobre el fondo de la opinión, considero que si se encuentra debidamente motivado puesto que se ha basado en un pronunciamiento reciente emitido por el Tribunal Constitucional sobre la exigencia de acreditar una de las circunstancias previstas por el DL 25967 para sustituir los periodos que figuran en cero. Pese a ello, el pronunciamiento únicamente favorece a la ONP y deja en desamparo a un pensionista que debe verse obligado a subsistir con una pensión mínima sin considerar que en su vida laboral como minero obtuvo un ingreso familiar un tanto elevado, y que por tanto significa un desmedro en su calidad de vida.

27) Sentencia de Tercera Instancia.-

La sentencia emitida en tercera instancia consta de cuatro partes: a) vistos, b) materia del recurso, c) causal del recurso, d) considerando y, e) fallo. Dentro de la parte considerativa, se evalúan en primer lugar los antecedentes del proceso, luego la

delimitación de la controversia, la interpretación de la Sala Suprema y por último la solución del caso concreto. La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia establece como causal del recurso la infracción normativa al inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967, por lo que establece como antecedentes la pretensión del demandante y lo señalado dentro de su demanda de forma muy resumida, y posterior a ello relata los pronunciamientos emitidos en primera como en segunda instancia.

La Sala Suprema hace mención a la importancia de efectuar una interpretación conforme a la constitución, considerando para ello siempre el principio “pro homine”, que implica que debe interpretarse la norma de la forma extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos, o de forma restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de derechos. Considerando ello, señala que el inciso c) del artículo 2 no establece que se refiera a “meses calendario” sino hace referencia a remuneraciones asegurables siendo estos los meses que generan obligación de aportar al Sistema, y que por tanto se deben omitir para el cálculo los meses en que no existan remuneraciones asegurables ni tampoco obligación de aportar. Asimismo, la Sala Suprema fundamenta su interpretación en los principios de equidad y congruencia, toda vez que resulta injusto que a pesar de cumplir con los requisitos de edad y años de aportación, se le consideren aportes en cero cuando ha demostrado los años de aportación exigidos en la norma. Por último, precisa que dicha interpretación no colisiona con la última parte del artículo 2 del D.L. 25967, toda vez que la norma no establece el modo de proceder en las situaciones en que se dejó de aportar por cese laboral o extinción de contrato de trabajo y un posterior reinicio de labores.

Así pues, considerando que existe un vacío legal respecto a la correcta interpretación del artículo 2 del D.L. 25967, el considerando noveno de la sentencia establece como precedente vinculante lo siguiente: *“Para el cálculo de la remuneración de referencia de los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c), se debe tomar en cuenta el promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis (36), cuarenta y ocho (48) y sesenta (60), respectivamente, el total de las remuneraciones asegurables de los último treinta y seis (36), cuarenta y ocho (48) y sesenta (60) meses consecutivos,*

inmediatamente anteriores al último mes de aportación; considerando para ello, sólo los meses en que existen remuneraciones asegurables porque solo éstos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendario, en los cuales se pueden presentar 'meses en blanco', donde no se generaron aportes al sistema."

Por lo tanto, en aplicación de la interpretación efectuada la Sala Suprema, se realiza un análisis sobre el caso del demandante, y se concluye que la liquidación efectuada por la ONP vulnera el derecho al actor a obtener una pensión conforme el artículo 2º, inciso c) del D.L. 25967 al haber considerado para el cálculo meses calendario y no meses asegurables. Estando a ello, se resuelve declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia y reformándola la declararon fundada, en consecuencia inaplicable la resolución administrativa Nro. 0040-2001-ONP/DC y disponen que la ONP expida nueva resolución administrativa cumpliendo con calcular la pensión del demandante sobre la base de las sesenta remuneraciones asegurables percibidas, con el reintegro de las pensiones devengadas e intereses legales. Asimismo, resuelve declarar lo resuelto en el noveno considerando precedente judicial vinculante conforme el artículo 37º del Texto único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, por lo que dispone también la remisión de copias de la sentencia a los presidentes de las Cortes Superiores de todos los Distritos Judiciales para su difusión entre los magistrados.

28) Ejecución de Sentencia.-

LA ONP, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala Suprema, cumplió con emitir la Resolución Nro. 0000042976-2013-ONP/DPR.GD/DL19990 de fecha 07 de noviembre del 2013, mediante la cual se resolvió otorgar por mandato judicial pensión de jubilación minera a Rufino Torres Torres por la suma de S/. 508.51 soles a partir del 01 de mayo del 2000, incluido el incremento por su hijo, la misma que se encuentra actualizada a la fecha de expedición de la resolución en la suma de S/. 558.51 soles, dispone por mandato judicial el pago de devengados por la suma de S/. 29,613.11 soles y la suma de S/. 5,489.93 soles, pudiendo verificar de la Hoja de Liquidación que la ONP consideró para

el cálculo de la remuneración de referencia los meses asegurables, omitiendo considerar los meses en cero.

Al haber presentado observaciones al cálculo efectuado fuera de plazo, mediante resolución Nro. 22 se resuelve declarar la conclusión del proceso y su archivo definitivo.



CAPITULO IV: Posición personal sobre el caso

Es evidente que el caso estudiado marcó un antes y un después para los jubilados y asegurados del Sistema Nacional de Pensiones. Definitivamente, son muchos los casos en los que se han otorgado pensiones mínimas al haber considerado la ONP periodos en cero para el cálculo de la remuneración de referencia, originando de esta forma que los pensionistas se encuentren desamparados, ya que a pesar de haber cumplido con los requisitos establecidos por ley, no

perciben como pensión ni la mitad de lo que solían ganar cuando eran trabajadores activos. Esta situación, era sumamente preocupante, ya que, en su mayoría son personas de la tercera edad que requieren atenciones médicas que son costosas y la pensión percibida no alcanza para sustentar esos gastos.

La sentencia tanto de primera como de segunda instancia efectuó una interpretación literal del artículo 2 del D.L. 25967, ya que consideraba correcto considerar meses calendarios, en lugar de considerar meses donde existieran efectivamente aportaciones. Es cierto que la ley establece excepciones para reemplazar los periodos en cero; sin embargo, tal norma al parecer fue redactada para personas que laboran en un mismo lugar durante toda su vida laboral, y no tomaron en cuenta que pueden haber periodos en lo que no se aportó al Sistema Nacional de Pensiones porque se encontraba desempleada. Asimismo, las excepciones de la norma no contemplaron la posibilidad que el empleador realizara la deducción en la remuneración, mas no cumpliera con efectuar el abono a las cuentas del Sistema Nacional de Pensiones, situación que como ya lo ha señalado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional, no es responsabilidad del trabajador el abono, sino del propio empleador que efectúa el descuento, y que en todo caso la ONP está facultada para requerir el pago al empleador ante las instancias correspondientes, más de ninguna forma puede ni debe verse perjudicado el asegurado.

Respecto a la procedencia del recurso de casación, es evidente que formalmente el recurso no cumple con los requisitos de forma que establece el artículo 388 del Código Procesal Civil, y tal como se ha descrito en el capítulo anterior, el abogado fundamentó su recurso en todas las posibilidades establecidas en la norma, es decir en una contravención a la norma y también a precedentes vinculantes, olvidando que estas causales son excluyentes. Sin embargo, y tal como lo señala la propia resolución de procedencia del recurso de casación, prevaleció el fondo sobre la forma, ello en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil. El legislador ha otorgado al juzgador supremo la posibilidad de poder actuar en sede de instancia y asumir función jurisdiccional en procesos en los que es evidente la violación a los derechos fundamentales.

El caso de estudio es un típico caso de interpretación errónea de la ley, ya que se ha aplicado la norma que corresponde al caso en concreto, pero no se ha interpretado de forma adecuada. Estoy

plenamente de acuerdo con lo resuelto en tercera y última instancia, es un fallo justo y respeta los derechos constitucionales. Sin embargo, considero que la Sala Suprema pudo motivar de una forma más extensa los motivos que los llevaron a efectuar tal pronunciamiento, ya que la sentencia tiene fundamento legal pero sin mayor desarrollo jurídico, lo cual contradice una de sus finalidades: adecuada aplicación del derecho objetivo. El sentido del fallo está basado en la aplicación del principio “PRO HOMINE”, que implica efectuar la interpretación más favorable para el justiciable. Pero, también era importante establecer que la interpretación que debe efectuarse al artículo 2 del D.L. 25967 debe estar basada en el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

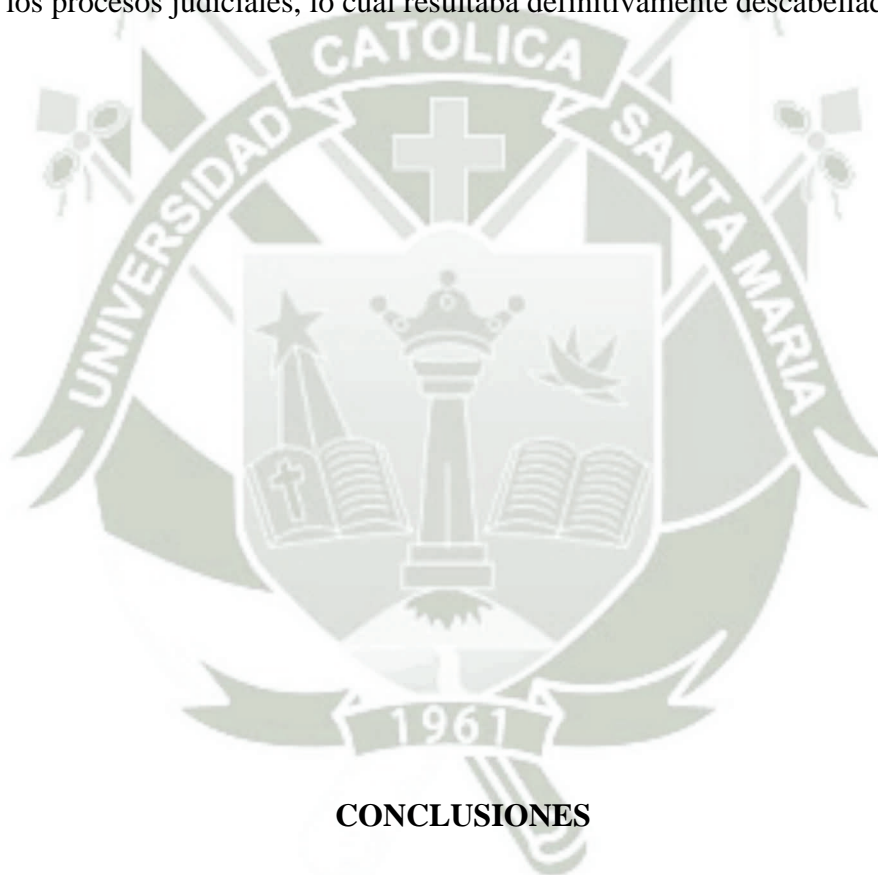
En efecto, el principio de razonabilidad se encuentra plasmado en el artículo 200 de la Constitución, y el Tribunal Constitucional lo define de la siguiente manera: *“el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión”*, mientras que respecto al principio de proporcionalidad señala: *“el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”*.

Estos dos principios se encuentran íntimamente vinculados, pues tal como lo ha descrito el Tribunal Constitucional, uno depende del otro para su aplicación. Ahora bien, aplicando estos principios constitucionales al caso estudiado, resulta lógico pensar que un asegurado que ha aportado como mínimo 20 años y que a lo largo de su periodo laborado ha ganado un sueldo mayor al ingreso mínimo vital, se entiende que debería ganar en teoría un monto superior a la pensión mínima institucional que otorga la ONP, así como también resulta lógico que si ha logrado acreditar 20 años de aportaciones solamente se consideren los meses en lo que efectivamente se registran aportaciones, ya que ha logrado acreditar uno de los requisitos exigidos para acceder a una pensión de jubilación.

El precedente vinculante emitido en la Casación Nro. 5416-2011-AREQUIPA, fue reforzada con la expedición de la Casación Nro. 2602-2013-PIURA que estableció que la interpretación debe efectuarse a todos los incisos del artículo 2 del D.L. 25967, estableciendo que debían considerarse para el cálculo de la remuneración de referencia sólo los meses en que existen

remuneraciones asegurables, porque solo estas generan la obligación de aportar al Sistema y no lo calendario, en donde se pueden presentar meses donde no se generen aportes. La interpretación efectuada fue basada en la aplicación del método literal de interpretación de la norma y en el método ratio legis, que busca encontrar el significado de la norma, desentrañando la razón de ser de la misma.

La Corte Suprema tuvo que emitir tal pronunciamiento, puesto que los abogados de la ONP efectuaron una interpretación falaz a lo señalado en la Casación Nro. 5416-2011-AREQUIPA, señalando que la casación estableció el reemplazo siempre y cuando se demuestre que durante los periodos en cero el asegurado no había laborado, obligando a los asegurados a probar tal extremo en los procesos judiciales, lo cual resultaba definitivamente descabellado.



CONCLUSIONES

1. Durante muchos años los Juzgados de primera y segunda instancia efectuaron una interpretación literal y limitativa de los derechos de los asegurados respecto del artículo 2 del Decreto Ley Nro. 25967, originando que estos asegurados no obtuvieran justicia pese a que tenían el derecho de obtener una pensión digna.

2. En el caso de estudio la Corte Suprema admitió a trámite el recurso de casación de forma excepcional, ya que no fue planteado conforme las formalidades por el artículo 388 del Código Procesal Civil, lo cual nos hace pensar que en muchas ocasiones los Jueces Supremos no pueden evitar revisar el contenido de fondo pese a que el proceso se encuentra en etapa de calificación, y ello se debe únicamente a la gran responsabilidad de impartición de justicia que reposa sobre sus hombros, y que de alguna forma los incita a preferir el fondo sobre la forma, y no vulnerar derechos fundamentales de los justiciables.
3. Asimismo, se ha podido verificar con el fallo emitido por la Corte Suprema que la interpretación efectuada por la ONP en el procedimiento administrativo resultaba lesivo para los asegurados ya que se buscaba de cualquier forma otorgar una pensión mezquina que no reflejaba los años laborados y sus aportes al Sistema Nacional de Pensiones, desvalorizando de esta forma el principio de solidaridad sobre el cual se rige este sistema.
4. De igual forma, es necesario resaltar que la ONP es una de las entidades estatales más demandadas a nivel judicial en todo el país, lo cual no solamente genera que la carga procesal que tienen los Juzgados se incrementen, sino que refleja que en sede judicial se discuten derechos que son a todas luces evidentes. Según lo informado por la Defensoría del Pueblo, la ONP es la segunda institución pública con más quejas a nivel nacional; hecho que motivó a la Defensoría del Pueblo en el año 2008 emitir el Informe Defensorial Nro. 135, en el cual proponen puntos estratégicos para que la ONP gestione mejor sus recursos, resaltando dentro de dicho informe el increíble ahorro que supondría a la institución prescindir de los millonarios pagos efectuados anualmente a los estudios de abogados.



BIBLIOGRAFIA

1. Doctrina

- FALCÓN GÓMEZ-SÁNCHEZ, Francisco. "Manual de Seguridad Social". Editora Normas Legales, Trujillo, 1994.
- GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I", Tecnos Colección, 2002.
- MONROY GALVEZ, "Introducción al proceso civil", t.I, De Belaunde & Monroy-Temis, Santa fe de Bogotá, 1996.

- MORON URBINA, Juan Carlos, “Comentarios Nueva Ley Del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2001.
- PRIORI POSADA, GIOVANNI, “Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo” (4° Edición), Ed. ARA Editores E.I.R.L., Lima Perú, 2009.
- RIOJA BERMUDEZ, Alexander, “El Saneamiento Procesal: Necesaria Eliminación de la Audiencia”, BLOG DE LA PUCP, Publicado el 22 de octubre del 2009.
- SANCHEZ PALACIOS PAIVA, Manuel, “El Recurso de Casación Civil”, Cuarta Edición, Jurista Editores, Lima, setiembre 2006.
- VEGA-CENTENO MAXIMO Y M.A. REMENYI, “El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones”, Revista de Economía de la PUCP, Volumen XIX N°37-38, Julio – Diciembre 1996.

2. **Jurisprudencia**

- STC Nro. 0050-2004-AI/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 21 de abril del 2004.
- STC Nro. 02599-2005-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 17 de mayo del 2007.
- STC Nro. 01417-2005-AA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 12 de julio del 2005.
- STC Nro. 05392-2009-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 25 de mayo del 2010.
- STC Nro. 00984-2009-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 25 de enero del 2010.
- STC Nro. 05626-2009-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 23 de abril del 2010.
- STC Nro. 00272-2009-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 06 de abril del 2009.
- STC Nro. 02080-2009-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 11 de agosto del 2009.
- STC Nro. 03581-2008-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 14 de abril del 2009.
- STC Nro. 03851-2010-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 15 de marzo del 2011.
- STC Nro. 2746-2011-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 23 de setiembre del 2011.
- STC Nro. 02513-2007-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 08 de enero del 2009.
- STC Nro. 4260-2010-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 28 de marzo del 2011.
- STC Nro. 464-2011-PA/TC, publicada en la Web del Tribunal Constitucional el 28 de marzo del 2011.
- Casación N° 4667-2013-DEL SANTA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de mayo del 2014.

- Casación N° 4630-2012-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de enero del 2014.
- Casación N° 2602-2013-PIURA, publicada en el Diario Oficial El Peruano 02 de enero del 2014.



ANEXOS



28

cont.

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN PREVISIONAL N° 5416-2011
AREQUIPA
Reajuste pensionario
PROCESO ESPECIAL**

Lima, tres de setiembre de dos mil doce.-

VISTOS; con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurso de casación interpuesto por el demandante Rufino Torres Torres, de fecha veintiséis de agosto de dos mil once, cumple los requisitos de forma previstos en el texto original del numeral 3.1 del inciso 3) del artículo 32° de la Ley N° 27584 - *Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo) modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1067* - y los contenidos en el artículo 387° del Código Procesal Civil, para su admisibilidad;

Segundo: Que, cuando el ordenamiento procesal señala estrictos requisitos de forma y fondo que tiene que cumplir todo recurso de casación, lo hace así en razón de que este medio impugnatorio es especialísimo, a través del cual, la Corte Suprema ejecuta su facultad casatoria a la luz de lo que estrictamente se denuncia como vicio o error en el recurso y no actúa como una instancia final de fallo en el que se analiza primero el proceso y luego el recurso;

Tercero: Que, en principio cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, esto es: *i) La Infracción normativa y ii) El Apartamiento inmotivado del precedente judicial*;

Cuarto: Que, asimismo, el recurrente debe describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial que se denuncia; así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, tal como lo exigen los incisos 2) y 3) del artículo 388° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364;

Quinto: Que, en el caso de autos el actor solicita la inaplicabilidad de la Resolución de Jubilación N° 00040-2001-ONP/DC de fecha veintidós de enero de dos mil uno, ordenándose que el período para el cálculo de la remuneración referencial se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2° de la Ley N° 25967. Asimismo, se le pague los reintegros dejados de percibir y el pago de intereses legales;

Sexto: Que, el recurrente denuncia *Infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, apartamiento inmotivado de precedentes judiciales recaídos en sentencias del Tribunal Constitucional*;

Sétimo: Que, del análisis de la fundamentación de la denuncia del actor, se advierte que éste no ha

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN PREVISIONAL N° 5416-2011
AREQUIPA
Reajuste pensionario
PROCESO ESPECIAL

cumplido con denunciar adecuadamente su recurso, tal como lo exige el artículo 388° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364; razón por la que la causal deviene en improcedente; Octavo: Que, sin embargo, de la argumentación en que basa su causal el recurrente se advierte que lo que realmente pretende denunciar es la infracción normativa del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967; Noveno: Que, este Colegiado Supremo considera que el resolver el recurso interpuesto va a permitir el cumplimiento de la función nomofiláctica de la casación, por lo que aplicando el artículo 392°-A del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, en forma excepcional debe declararse procedente el recurso interpuesto. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 392-A° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, declararon: **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Rufino Torres Torres**, de fecha veintiséis de agosto de dos mil once, a fojas ciento cuarenta y nueve, por la siguiente causal: **infracción normativa del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967**; en consecuencia y de acuerdo a lo establecido por el inciso 1) del artículo 14° de la Ley N° 27584, **DISPUSIERON** remitir los actuados al Ministerio Público para la emisión del dictamen correspondiente, designándose oportunamente fecha para la vista de la causa; en los seguidos contra la **Oficina de Normalización Previsional - ONP**, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Arévalo Vela**; Notificándose.-

S.S.

Rafael V. Cano

DE VALDIVIA CANO

ARÉVALO VELA

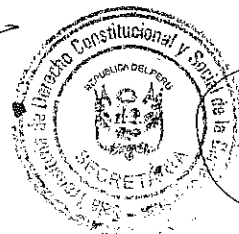
MAC RAE THAYS

MORALES GONZÁLEZ

CHAVES ZAPATER

07 DIC. 2012

Maga
Ppc



Rosmary Cerrón Bani
Dra. ROSMARY CERRÓN BANI
Secretaria (P)



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Transitoria
en lo Contencioso Administrativo

DICTAMEN N° ^{FO} 2013-MP-FN-FSTCA
EXPEDIENTE N° 5416 -2011
SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
CASACION
AREQUIPA

24 26
V. J. J. J.

Señor Presidente de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social
Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

RUFINO TORRES TORRES, interpone Recurso de Casación a fojas 150-153, contra la Sentencia de vista, de fojas 142-144, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 5 de agosto de 2005, la misma que confirma la sentencia de primera instancia, que declara infundada la demanda; en los seguidos por el recurrente contra la **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**, sobre **Proceso Contencioso Administrativo**.

Mediante resolución de fojas 21-22, del cuaderno respectivo, la Sala de su Presidencia desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandada; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en forma excepcional y extraordinaria declara procedente el recurso de casación por la causal de **infracción normativa del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley 25967**. Causal prevista en el artículo 386° del Código Procesal Civil, modificado mediante Ley N° 29364, publicada el 28 de mayo de 2009.

Antes de iniciar el análisis de la norma cuya infracción se denuncia, debemos establecer cuál es la pretensión del demandante. Del escrito de demanda de fojas 24-30, se advierte que solicita, se ordene a la demandada que el período para el cálculo de la remuneración de referencia, se haga de acuerdo a los meses efectivamente aportados tal como lo dispone el último párrafo del artículo 2 de la Ley 25967.

La sentencia de vista, confirma la sentencia de primera instancia declarando infundada la demanda, al considerar que, al haber acreditado 24 años de aportaciones se ha calculado la remuneración de referencia de conformidad al inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley 25967, con el promedio mensual que resulta de dividir entre 60 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación. Sostiene la Sala que, si bien el último párrafo del artículo 2° del Decreto citado, señala que en caso no se aporte por falta de prestación de servicios en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia sin goce de haber o paro forzoso se sustituirán dichos períodos por igual número de meses consecutivos anteriores aportados; estas causales deben ser acreditadas, no siendo el caso del actor, quien reconoce no haber laborado en los períodos de 1997 hasta parte del año 2000. Por lo que considera que el Juez de Primera Instancia ha hecho una debida interpretación de la norma.

Transitoria en lo Contencioso Administrativo



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Transitoria
en lo Contencioso Administrativo

28 24
San José

Al respecto, cabe precisar que, en efecto el artículo 2° del Decreto Ley 25967¹ establece criterios para el cálculo de la remuneración de referencia en relación a la cantidad de años de aportaciones, dividiéndose entre 36, 48 y 60 meses el total de remuneraciones asegurables; asimismo, dicha norma señala en el último párrafo "Si cualquiera de los casos mencionados en los incisos precedentes, durante los meses especificados, no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios, en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos periodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados". (énfasis nuestro)

De la norma glosada, se advierte claramente que si el trabajador no tuviere aportaciones dentro de los meses de los períodos especificados debe sustituir dichos meses por igual número de meses anteriores en los que sí figure aportación, solo si, las razones de la falta de aportación se debe a accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso. Siendo evidente que de alegarse dichos supuestos debe acreditarse con prueba idónea.

Sobre el tema, el Tribunal Constitucional en sentencia reciente expedida en el Expediente N° 02050-2011², ha señalado respecto a la sustitución de los meses no aportados por los períodos donde se efectuó aportes, que los mismos deben ser acreditados conforme a los supuestos establecidos en el artículo 2 "in fine" del Decreto Ley 25967, pues de no hacerlo, no es posible sustituir dicho período por los meses anteriores aportados.

En el presente caso se observa que la Sala Superior atendiendo a la pretensión del recurrente dirigida al recálculo de la remuneración de referencia y nueva liquidación de pensión, ha efectuado un adecuado análisis de los presupuestos normativos exigidos por mencionado

¹ Artículo 2.- La remuneración de referencia a los efectos del Sistema Nacional de Pensiones, se calculará únicamente, de la siguiente manera:

- a) Para los asegurados que hubieran aportado durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treintiséis, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos treintiséis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.
- b) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinticinco años completos y menos de treinta, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre cuarentiocho, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos cuarentiocho meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.
- c) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

Si cualquiera de los casos mencionados en los incisos precedentes, durante los meses especificados, no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios, en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos periodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados.

² De fecha 04 de julio de 2011, el Tribunal estimó conocer el proceso a pesar que no constituía afectación al contenido esencial del derecho a la pensión, debido al estado de salud grave del recurrente, declarando infundada la demanda.



Ministerio Público
Fiscalía Suprema Transitoria
en lo Contencioso Administrativo

26
28
V. J. J.

artículo 2 "in fine" del D.L. N° 25967, verificando de autos que el recurrente no ha cumplido con acreditar alguno de los supuestos contemplados en la referida ley, para la sustitución de meses no aportados por periodos en los que sí se efectuaron aportes, esto es, no ha cumplido con acreditar que tales periodos en los que no efectuó aportes se produjeron por razones de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso.

Cabe acotar que, en atención a la pretensión del recurrente correspondía a éste demostrar encontrarse inmerso en alguno de los supuestos de la mencionada norma, sin embargo tanto del contenido de la demanda, como de los recursos impugnatorios planteados por el recurrente no se invoca argumento alguno destinado a acreditar alguno de los supuestos establecidos en el mencionado último párrafo del artículo 2 del Decreto Ley 25967.

De lo expuesto, podemos señalar que la sentencia recurrida al confirmar la apelada, se encuentra adecuadamente y suficientemente motivada, pues ésta ha sido emitida en base a los hechos expuestos y aplicando el derecho que corresponde para la resolución del conflicto de intereses, siendo así, no se advierte infracción normativa del inciso c) del artículo 2 del Decreto Ley 25967.

Por las consideraciones expuestas, esta Fiscalía Suprema es de Opinión que se declare **INFUNDADO** el presente Recurso de Casación, interpuesto por el recurrente contra la **OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**; sobre Proceso Contencioso Administrativo.

Lima, 23 de enero de 2013

Dra. Zoraida Avalos Rivera
Fiscal Suprema (P) de la Fiscalía Suprema
Transitoria en lo Contencioso Administrativo

ZAR//sda.
Ingreso: 48-13



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04260-2010-PA/TC
LIMA
GREGORIO BARRIOS ROJAS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 15 de marzo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Gregorio Barrios Rojas contra la sentencia expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 718, su fecha 21 de julio de 2010, que confirmó la apelada y declaró infundada la observación planteada por el recurrente contra la Resolución 1792-2008/DPR.SC/DL 18846 (f. 634), en el extremo referido al monto fijado como renta vitalicia y desde la fecha en que ésta debe liquidarse, y fundada con relación a la liquidación de devengados, la cual debe realizarse por un perito del Equipo Técnico Pericial desde la fecha del informe médico, 20 de marzo de 2003; y,

ATENDIENDO A

1. Que en el marco de la etapa de ejecución de sentencia del proceso de amparo seguido contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) se le ordenó a ésta que cumpla con ejecutar la sentencia de vista de fecha 16 de agosto de 2005 (f. 206).

Inicialmente la ONP emitió la Resolución 3325-2006-ONP/DC/DL 18846, de fecha 25 de mayo de 2006 (f. 234) por la cual otorgó al actor, por mandato judicial, pensión de invalidez vitalicia por el monto ascendente a S/. 161.38 a partir del 20 de marzo de 2003.

Ante ello, el recurrente formuló observación manifestando que el cálculo de dicha pensión no era conforme al artículo 46 del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846, y que se le debía reconocer el porcentaje de incapacidad permanente total (65%), tal como se señalaba en el certificado médico de invalidez, D.S. 057-2002-EF, de fecha 13 de abril de 2005. Al respecto, el Cuadragésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de octubre de 2007 (f. 339), declaró improcedente la observación planteada por estimar que la demandada cumplió con establecer el cálculo de dicha pensión conforme a las normas aplicadas para tal efecto. Sin embargo, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con fecha 23 de junio de 2008 (f. 559), revocando la apelada, declaró fundada la referida observación en atención a que si bien se le otorgó al actor la pensión de invalidez vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 y sus normas reglamentarias,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04260-2010-PA/TC

LIMA

GREGORIO BARRIOS ROJAS

esta se encontraba derogada a partir del 18 de mayo de 1997, fecha en que entró en vigencia la Ley 26790, normativa que debió ser aplicada por la emplazada, motivo por el cual ordenó a la ONP que cumpla con efectuar una nueva liquidación de pensiones al actor conforme a la Ley 26790, sus normas complementarias y a la STC 1008-2004-PA/TC.

En esa línea, la ONP en cumplimiento de lo expuesto expidió la Resolución 1792-2008-ONP/DPR.SC/DL 18846, de fecha 27 de octubre de 2008, por la cual otorgó al recurrente la pensión solicitada por un monto ascendente a S/. 205.00, la cual posteriormente ha sido observada.

El recurrente, al cuestionar dicha resolución, expresa que: "(...) no se ha realizado ningún cálculo aritmético conforme a Ley, que se estableció su pensión inicial en base a la remuneración mínima vital (S/. 410.00 nuevos soles) vigente al 20 de marzo de 2003, sin consignar dato alguno acerca de su remuneración mensual que percibía los 12 últimos meses antes de su cese laboral; y, que no se ha efectuado el abono de las pensiones devengadas dejadas de percibir, a partir del 2 de agosto de 1992".

Por su parte, la entidad emplazada señala que la referida pensión debe ser calculada teniendo en cuenta la remuneración vigente a la fecha del siniestro, entendiéndose por esta la fecha en que se detectada la enfermedad profesional, lo cual aconteció con fecha 20 de marzo de 2003; asimismo, arguye que al actor le corresponde el 50% de la remuneración mensual equivalente al promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro.

2. Que el Trigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima con fecha 25 de enero de 2010, declaró fundada la observación del actor en el extremo referido a la liquidación de devengados desde el 20 de marzo de 2003, e infundada en cuanto al monto fijado como pensión de invalidez vitalicia y a la fecha en que debe liquidarse dicha pensión. A su turno, la Sala revisora confirma la apelada por similar fundamento.
3. Que aun cuando la observación planteada por el demandante, en etapa de ejecución, ha sido declarada fundada/en parte, éste solicita al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional (f. 725) que la entidad demandada emita una nueva resolución otorgándole pensión de invalidez vitalicia conforme al Decreto Ley 18846; establecer el cálculo de dicha pensión sobre la base de su remuneración asegurable mensual anterior a su cese laboral (1/8/1992), y el pago de las pensiones generadas e intereses legales desde el 2 de agosto de 1992, puesto que la emplazada modificó radicalmente la cosa juzgada con el informe técnico de fecha 27 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04260-2010-PA/TC
LIMA
GREGORIO BARRIOS ROJAS

octubre de 2008.

4. Que el Tribunal Constitucional ha comprendido que el derecho a la ejecución de resoluciones constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las Sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC este Colegiado ha dejado establecido que “[e]l derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis* expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido” [Fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento, este Colegiado ha precisado en otra sentencia que “la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que “el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución” (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).
5. Que en efecto, “la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos” (STC 1042-2002-AA/TC).
6. Que de autos se desprende que la controversia consiste en determinar, si en fase de ejecución de sentencia se desvirtuó lo decidido a favor del recurrente en el proceso de amparo a que se ha hecho referencia en el fundamento 1, *supra*.
7. Que la resolución de vista estimatoria de fecha 16 de agosto de 2005, resolvió:
(...) Declarar FUNDADA EN PARTE la referida demanda; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución 1371-2001-GO-18846/ONP, de fecha 6 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04260-2010-PA/TC
LIMA
GREGORIO BARRIOS ROJAS

setiembre de 2001, y por consiguiente, se ordena que la entidad emplazada Oficina de Normalización Previsional –ONP–, emita nueva resolución administrativa otorgándole al actor renta vitalicia por enfermedad profesional con arreglo a los alcances al Decreto Ley 18846 y sus normas reglamentarias, así como, el abono de las pensiones devengadas dejadas de percibir, abono que se efectuará en la forma establecida en los considerandos precedentes, más los intereses legales correspondientes (...).”

8. Que de lo actuado se advierte que la entidad emplazada, al cumplir con la sentencia de vista antes referida, la cual tiene la calidad de sentencia firme, emitió resolución otorgándole al recurrente pensión de invalidez vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, a partir del 20 de marzo de 2003 (f. 234), fecha en que se diagnosticó que el actor padece de enfermedad profesional, y en la cual se procedió a abonar las pensiones dejadas de percibir.
9. Que siendo así, habiéndose ejecutado la sentencia de vista, en sus mismos términos, no se ha acreditado la vulneración de derecho alguno del demandante, por lo cual corresponde desestimar el recurso de agravio constitucional presentado por el actor.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

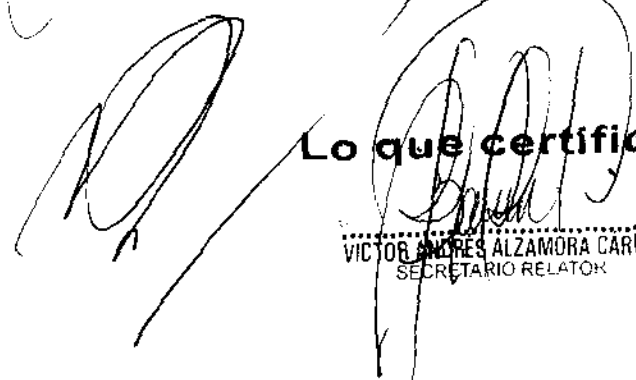

RESUELVE

Declarar **INFUNDADO** el recurso de agravio constitucional interpuesto por el recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN**



Lo que certifico:
VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00464-2011-PA/TC
LIMA
JUAN MALLQUI ROJAS

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 17 de marzo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Mallqui Rojas, contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 152, su fecha 20 de octubre de 2009, que declaró fundada en parte las observaciones formuladas por el accionante; y,

ATENDIENDO A

1. Que en la etapa de ejecución de sentencia del proceso de amparo seguido contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) se le ordenó a ésta cumpla con ejecutar la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 29 de setiembre de 2005 (f. 36). En respuesta la ONP emitió la Resolución 4690-2006-ONP/DC/DL 18846, de fecha 18 de julio de 2006 (f. 46), por la cual otorgó al actor, por mandato judicial, pensión de invalidez vitalicia por el monto ascendente a S/. 161.38 nuevos soles, a partir del 28 de octubre de 2002.

Ante ello el recurrente formula observación manifestando que el cálculo de dicha pensión no es acorde con el artículo 30 del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846, al no haberse tomado en consideración sus ingresos percibidos en el último mes de la fecha de la verificación del riesgo, esto es en el mes de octubre del 2000, toda vez que prestó servicios hasta el 30 de noviembre de 2000, debiendo ser calculada su pensión conforme a sus ingresos reales, los cuales ascendían a S/. 1,950.80, habiéndose calculado la pensión en base al sueldo mínimo vigente al mes de octubre del 2002, esto es, S/. 410.00 nuevos soles. Al respecto el Cuadragésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 15 de mayo de 2009 (f. 122), declaró fundadas las observaciones planteadas, incluyendo la observación planteada por el actor al Informe Pericial Contable 020-2008-PJ-FRR, de fecha 22 de enero de 2008, (f. 88), ordenado por Resolución 15, de fecha 4 de mayo de 2007 (f. 83). En esa línea la ONP en cumplimiento de lo expuesto expidió la Resolución 2789-2009-ONP/DPR.SC/DL 18846, de fecha 24 de setiembre de 2009 (f. 171), que otorga al actor la suma de S/. 600.00 nuevos soles a partir del 28 de octubre de 2002.

2. Que mediante Resolución 3, de fecha 20 de octubre de 2009, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (f. 152), se revoca la apelada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00464-2011-PA/TC
LIMA
JUAN MALLQUI ROJAS

declarando fundada en parte las observaciones formuladas por el actor, y en consecuencia se ordena a la ONP que proceda a realizar una nueva liquidación de la renta vitalicia del accionante, tomando en consideración la remuneración mínima vital vigente a la fecha de pronunciamiento médico que determina la existencia de la enfermedad profesional (28 de octubre de 2002), y en base al grado de incapacidad no menor del 50% hasta el 66.65%.

3. Que en el caso de autos el actor solicita que en ejecución de sentencia se ordene a la ONP expedir nueva resolución administrativa, calculándose la pensión del actor en base a las remuneraciones reales y efectivas percibidas de acuerdo al artículo 30 del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846, tomando en consideración, en caso que no se cuente con remuneraciones en los 12 meses anteriores al siniestro (28 de octubre de 2002), el promedio de las remuneraciones que haya recibido el actor durante su vida laboral.
4. Que de lo expuesto este Colegiado concluye que habiéndose ejecutado la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 29 de setiembre de 2005, en sus propios términos, se aprecia que la actuación de la emplazada, así como la evaluación efectuada por las instancias judiciales en ejecución, resultan conformes con lo decidido en la Resolución 3, de fecha 20 de octubre de 2009, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que es materia del presente recurso.
5. Que en consecuencia habiéndose ejecutado la sentencia en sus propios términos, el presente recurso de agravio constitucional debe ser desestimado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **INFUNDADO** el recurso de agravio constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR