

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Segunda Especialidad en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo



EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

06016-2013-0-0401-JR-LA-05

Trabajo Académico presentado por la Abogada:

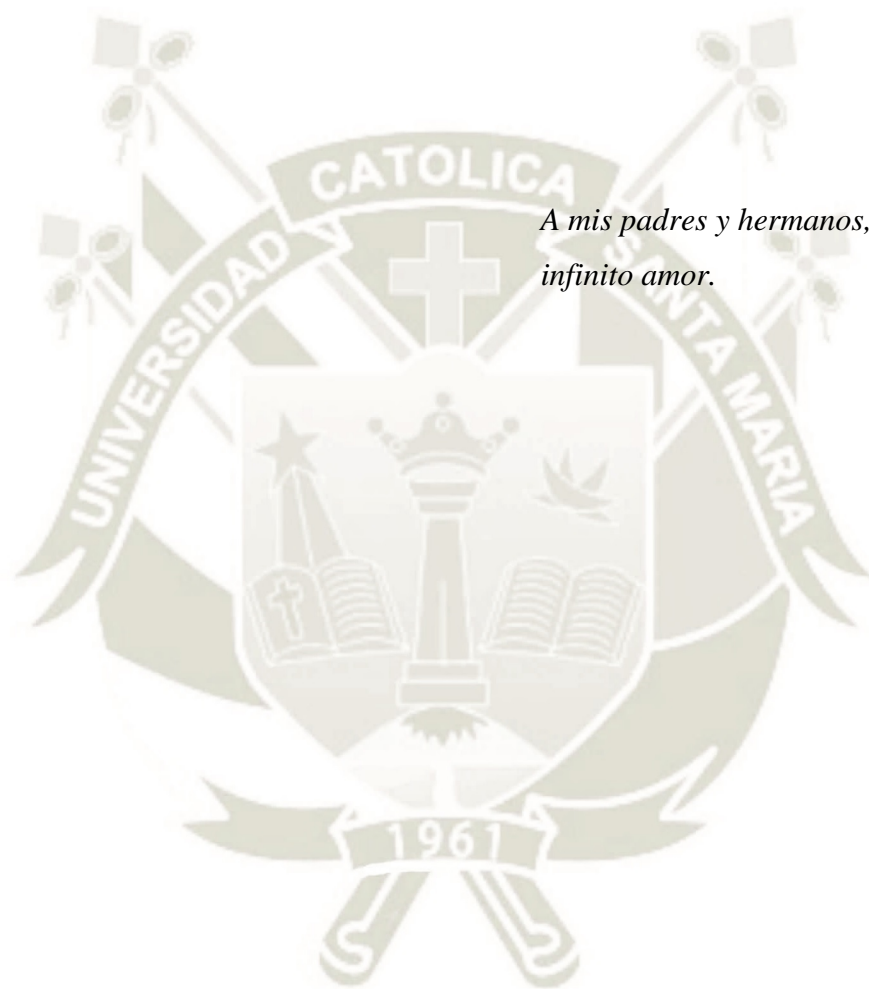
Marrón Morales, Yesenia Margarita

para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal Constitucional y Administrativo

Asesor: Dr. Fernández Salguero, James

AREQUIPA-PERU

2019

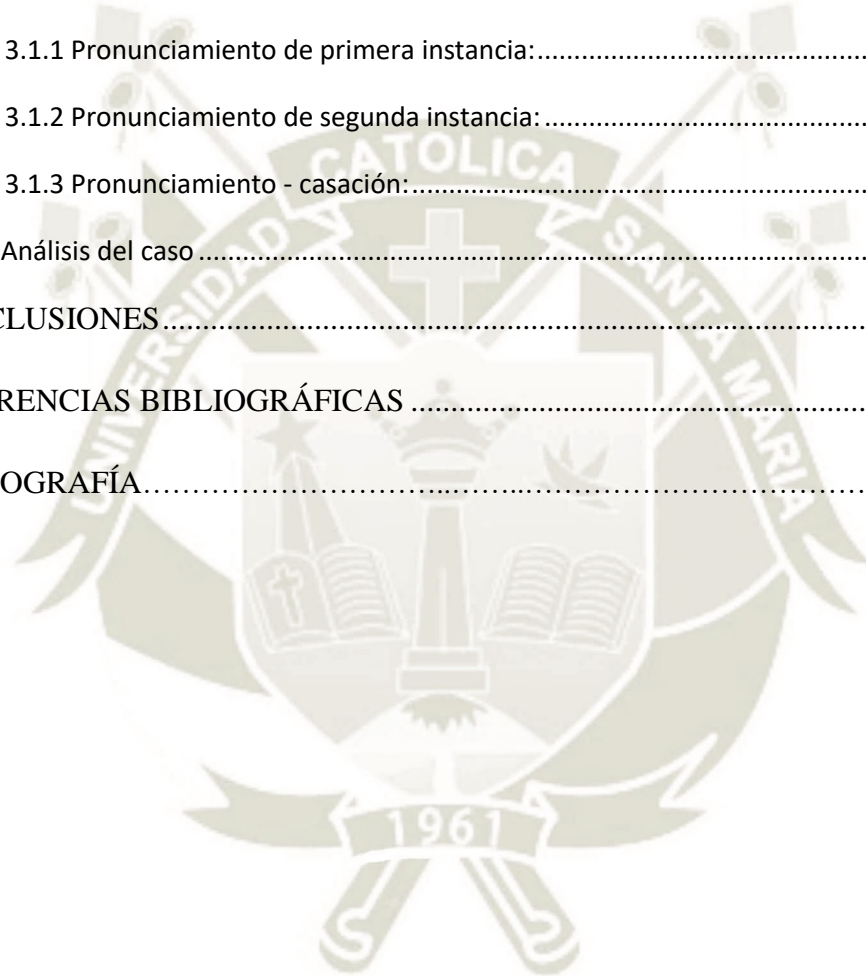


*A mis padres y hermanos, por su
infinito amor.*

ÍNDICE

RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
INTRODUCCIÓN	VI
CAPITULO PRIMERO: EXPEDIENTE JUDICIAL	1
1. Planteamiento del problema:	1
1.1 Actuaciones procesales de primera instancia:	1
1.1.1 Formulación de la demanda:	1
1.1.2 Calificación de la demanda:	3
1.1.3 Saneamiento procesal:	6
1.1.4 Dictamen del Ministerio Público – primera instancia:	7
1.1.5 Sentencia de primera instancia:	10
1.2 Actuaciones procesales de segunda instancia:	11
1.2.1 Formulación de recurso de apelación:	11
1.2.2 Calificación del recurso de apelación:	13
1.2.3 Remisión de actuados a dictamen de Ministerio Público:	14
1.2.4 Dictamen fiscal de segunda instancia:	14
1.2.5 Sentencia de segunda instancia:	17
1.3 Actuaciones procesales - casación:	20
1.3.1 Formulación de recurso de casación:	20
1.3.2 Dictamen fiscal - casación:	21
1.3.3 Sentencia - casación:	24
1.4 Problema a debatir:	29
CAPITULO SEGUNDO: NORMATIVIDAD A SER APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO	31

2. Marco Legal:.....	31
2.1 Normatividad:.....	31
2.2 Precedentes jurisprudenciales:.....	45
CAPITULO TERCERO: ANALISIS DEL EXPEDIENTE.....	54
3. Análisis del expediente:.....	54
3.1 Pronunciamientos judiciales:.....	54
3.1.1 Pronunciamiento de primera instancia:.....	54
3.1.2 Pronunciamiento de segunda instancia:.....	55
3.1.3 Pronunciamiento - casación:.....	55
3.2 Análisis del caso.....	56
CONCLUSIONES.....	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	70



RESUMEN

La Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur reconoció a doña Norma Zoraida Carbajal Borda la Bonificación Especial Mensual por Preparación de Clases y Evaluación en mérito a lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley Nro. 24049 - Ley del Profesorado y modificatoria Nro. 25212, en cuanto prescribe el derecho del profesor de percibir dicha Bonificación equivalente al 30% de su remuneración total.

La administrada solicitó la ejecución de la resolución que le reconoció la bonificación, recurso que no fue resuelto dentro del plazo legal, por lo que apelando al silencio administrativo negativo formuló apelación, escrito que no siendo resuelto motivó se dé por agotada la vía administrativa y se interponga acción contencioso administrativa, vía cumplimiento, a fin se declare la nulidad de las Resoluciones Fictas y se reconozca la indicada bonificación.

Que, en primera instancia se declaró infundada la demanda argumentando que conforme al artículo 48° de la Ley Nro. 24029 y modificatoria Ley Nro. 25212, corresponde dicha Bonificación a los docentes en actividad y no a los cesantes.

Que, en segunda instancia, en pronunciamiento confirmatorio, se señaló que el reconocimiento de bonificación es un acto administrativo sujeto a controversia, no alcanzando virtualidad el derecho reclamado.

Que, se declaró fundado el recurso de casación, ordenando se expida nueva resolución a favor de la demandante efectuando el nuevo cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base al 30% de la remuneración total fundamentando la aplicación del principio de especialidad.

Palabras claves:

- Bonificación Especial.
- Art. 48° Ley 24029.

ABSTRACT

The Local Educational Management Unit Arequipa South, recognized Mrs. Norma Zoraida Carbajal Borda the Special Monthly Bonus for Class Preparation and evaluation in merit to the provisions of article 48° of Law No. 24049 – Law of Teachers and Amendment No. 25212, insofar as it prescribes the right of the professor to receive such a Bonus equivalent to 30% of his total remuneration.

The administrator requested the execution of the resolution that recognized the bonus, a remedy that was not resolved within the legal term, so appealing to the negative administrative silence, formulated an appeal, a written document that, not being resolved, was deemed to be administratively exhausted and file a contentious administrative action, via compliance, in order to declare the nullity of the fictitious and the aforementioned bonus is recognized.

That, in the first instance, the claim was declared unfounded, arguing that pursuant to article 48 of law 24029 and amending law N° 252121, said bonus corresponds to the teachers in activity and not to the dismissed.

That, in the second instance, in confirmatory pronouncement, it was pointed out that the recognitions of bonus is an administrative act subject to controversy, the claimed right not reaching virtuality.

That, the appeal was declared well founded, ordering a new resolution to be issued in favor of the plaintiff, making the calculation of the special monthly bonus for class preparation and evaluation based on 30% of the total remuneration, basing the application of the principle of specialty.

Palabras claves:

- Bonificación Especial.
- Art. 48° Ley 24029.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo permitirá analizar el marco jurídico para el otorgamiento de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación a un docente cesante, considerando el reconocimiento previo de este beneficio por parte de la administración, pero la posterior renuencia de ésta a ejecutar su propia resolución, afectando los derechos del administrado.

En el Capítulo I se abordará la secuencia documental del proceso, detallando los diferentes actos procesales en las tres instancias de la competencia judicial, a fin de conocer los fundamentos alegados por la administrada y los fundamentos del Órgano Jurisdiccional.

En el Capítulo II se tratará la normatividad aplicable al caso, considerando no solo normas, sino precedentes vinculantes, plenos jurisdiccionales y pronunciamientos referentes, que permitan establecer el marco jurídico integral para analizar y resolver la controversia.

En el Capítulo III se analizará el caso concreto, apelando al marco jurídico integral y a fin de arribar a las conclusiones plasmadas en el trabajo.

CAPITULO PRIMERO: EXPEDIENTE JUDICIAL

1. Planteamiento del problema:

1.1 Actuaciones procesales de primera instancia:

1.1.1 *Formulación de la demanda:*

Doña Norma Zoraida Carbajal Borda interpone demanda contencioso administrativa en contra de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur, con emplazamiento al Procurador del Gobierno Regional de Arequipa, al amparo de lo previsto en el artículo 4 inciso 1) de la Ley TUO de la 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo, formulando en acumulación objetiva originaria las siguientes pretensiones:

Pretensión Principal: artículo 5 inciso 1) de la Ley Nro. 27584

- La nulidad total de la Resolución Directoral Ficta, por silencio administrativo negativo que desestima el pedido de pago continuo y mensual de S/. 264.00, el pago de los devengados y los intereses legales, por el concepto de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación.
- La nulidad total de la Resolución Gerencial Ficta, por silencio administrativo negativo que desestima el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución anterior.

Pretensión Accesorio: artículo 5 inciso 2) de la Ley Nro. 27584

- Vía nivelación de pensiones, el pago mensual y continuo de S/. 264.00 de acuerdo a la Resolución Directoral Nro. 06108, por concepto de Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación equivalente al 30% de la remuneración total actualizada, así como pago de adeudos por el mismo concepto desde el 21 de mayo de 1990, de acuerdo al artículo 48° de la Ley Nro. 24029 y artículo 1236° del Código Civil, más intereses legales, de acuerdo al artículo 1245° del Código Civil.

Fundamentos de la demanda:

La demandante es docente pensionista del D.L 20530, a partir del 31-03-1987, por lo que solicita la nivelación de su pensión con los aumentos de las remuneraciones pensionables de los docentes en actividad hasta el 16-11-2004, fecha en la que mediante Ley Nro. 29389 se deroga el derecho de nivelación de pensiones - regulado mediante Ley Nro. 23495.

Que, al estar legalmente reconocido el derecho a la nivelación de pensión a la fecha en que la demandante exigió tal derecho, fue que la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa - Sur mediante Resolución Directoral Nro. 02472 y su aclaratoria 06108, le reconoció el otorgamiento de la Bonificación Especial Mensual por Preparación de Clases y Evaluación por S/. 264.00 nuevos soles, en mérito a lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley Nro. 24049 y su modificatoria Nro. 25212, que regula el derecho del profesor de percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total.

En tal sentido, siendo la recurrente beneficiaria de la indicada bonificación, solicitó su pago continuo, así como también el pago de los devengados e intereses, mediante escrito con registro Nro. 17947, de fecha 10-05-2013, presentado ante la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur.

Que no habiéndose resuelto dicho pedido dentro del plazo legalmente previsto (30 días hábiles), apelando al silencio administrativo negativo, interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución Directoral Ficta consiguiente, a través del escrito con registro Nro. 22191 de fecha 25-06-2013, pedido que tampoco fue resuelto dentro del plazo legal.

Que, habiéndose así agotado la vía administrativa, interpone demanda contencioso administrativa, en la vía de proceso especial.

Para dicho efecto, ofrece como medios probatorios:

- a) Resolución Directoral Nro. 0652 de fecha 01-04-1987, con la que la demandante acredita ser pensionista del D.L. 20530 en el cargo de docente desde el 31-03-1987.
- b) Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012, que en su numeral 1.3., rectifica la Resolución Directoral Nro. 02472 de fecha 30-03-2012, con la que acredita que la demandada le reconoció la bonificación por preparación de clases y evaluación por el monto de S/. 264.00 nuevos soles mensuales.
- c) Boleta de pago del mes de enero del 2013 con la que acredita que la demandada no le está pagando el monto de S/. 264.00 nuevos soles mensuales por el concepto de bonificación por preparación de clases y evaluación (artículo 48° de la Ley Nro. 24029) y los intereses legales.
- d) Escrito con registro Nro. 17947 de fecha 10-05-2013, con el que acredita que se ha requerido a la demandada el pago de S/. 264.00 nuevos soles mensuales según numeral 1.3 de la Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012, así como el reconocimiento de los adeudos de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación y el reconocimiento de los intereses desde el 21 de mayo de 1990, sin embargo, dicho pedido no fue resuelto.
- e) Escrito con registro Nro. 22191 de fecha 25-06-2013, con el que acredita que ha interpuesto recurso de apelación, por silencio administrativo negativo, en contra de la resolución ficta que desestima el pedido referido en el literal anterior, el cual tampoco ha sido resuelto dentro del plazo de 30 días hábiles, acreditando el agotamiento de la vía administrativa.
- f) El informe que se le requerirá a la demandada, a fin de que indique desde cuándo y hasta cuándo le pagó a la docente pensionista Sonia Ysabel Silva Hurtado, la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación y si dicho pago estaba afecta a cargas sociales y descuento por pensiones.

1.1.2 Calificación de la demanda:

- a) Mediante Resolución Nro. 01 de fecha 23-10-2013, el 5to Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa resolvió declarando

inadmisible la demanda interpuesta, por observación a la acumulación de pretensiones planteadas por la demandante, precisando que:

- Las pretensiones accesorias son estimadas como consecuencia de estimarse la pretensión principal, por derivarse de ella.
 - Que, en el caso que se analiza, si bien se habría efectuado una petición por ante la administración para el pago por concepto de bonificación por preparación de clases y evaluación agotando la vía administrativa, también es cierto que se ha emitido precisamente en dicha vía la Resolución Directoral Nro. 6108 por la cual se reconoce a la demandante dicha bonificación, por lo que la pretensión que se solicita accesoriamente, no tendría sustento como tal, sino como una pretensión originaria, como tampoco los extremos en los que pretende el pago de los adeudos por dicha bonificación desde el 21-05-1990.
 - En ese sentido, el Órgano Jurisdiccional rechazó la admisión de la demanda presentada a fin se precise y aclare el petitorio formulado.
- b) Mediante escrito de fecha 06-11-2013 se subsana la demanda, reformulando el planteamiento de pretensiones principales, de la siguiente forma:
- En acumulación de pretensiones principales:
 - o Pretensión principal: prevista en el artículo 5°, inciso 1) de la Ley Nro. 27584:
 - Nulidad Total de la Resolución Directoral Ficta, por silencio administrativo negativo que desestima el pago continuo y mensual de S/. 264.00 nuevos soles, pago de devengados e intereses legales por concepto de Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación; y,
 - Nulidad Total de la Resolución Gerencial Ficta por silencio administrativo negativo que desestima el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución anterior por la causal prevista en el artículo 10°, inciso 1) de la Ley Nro. 27444.
 - o Pretensión principal: prevista en el artículo 5°, inciso 2) de la Ley Nro. 27584:
 - Vía nivelación de pensiones, que la demandada pague el monto mensual y continuo de S/. 264.00 nuevos soles, de

acuerdo al numeral 1.3. de la Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012, al amparo del artículo 48° de la Ley Nro. 24029 y Ley Nro. 23495.

- Que la demandada pague la Bonificación por Preparación de Clases y Evaluación desde el 21-05-1990, calculada sobre el equivalente al 30% de la remuneración total actualizada al mes de diciembre del 2012, de acuerdo al artículo 48° de la Ley 24029 y del artículo 1236° del Código Civil.
 - Que la demandada pague los intereses legales de los adeudos anteriores, desde el 21-05-1990, de acuerdo al artículo 1245° del Código Civil.
- c) Por Resolución Nro. 02-2013 de fecha 12-11-2013, evaluando la subsanación presentada, se admitió a trámite la demanda en la vía de procedimiento especial, confiriendo traslado por el plazo de 10 días para su contestación a la Unidad de Gestión Educativa Local – Arequipa Sur, con emplazamiento al Procurador Público encargado de la Defensa de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Arequipa; ordenando asimismo, que la entidad administrativa (UGEL – Arequipa Sur) remita el expediente administrativo relacionado con la actuación impugnada en el plazo de 15 días de notificado.
- d) Mediante escrito de fecha 04-12-2013, la Procuradora Pública Regional Ajunta a cargo de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, presenta la contestación de demanda, precisando:
- Que el artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado y su modificatoria Ley Nro. 25212 reconocía a los docentes del Magisterio Nacional el pago de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación equivalente al 30% o 35% de su remuneración total íntegra y es en mérito a esta norma que se le habría otorgado a la docente demandante dicha bonificación, conforme aparece de la Resolución Directoral Nro. 02472 de fecha 30-03-2012, rectificadas por Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012.
 - Que, no obstante, mediante Ley Nro. 29944 publicada el 25-11-2012, se ha aprobado la nueva Ley de Reforma Magisterial que, en su Décima Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final precisa la derogación de las

Leyes Nros.24029, 25212, 26269, 28718, 29062 y 29762, dejándose sin efecto todas las disposiciones que se opongan a dicha ley.

- Que, en consecuencia, al haber sido derogado expresamente el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, mediante Ley Nro. 29944, no sería posible la emisión de Resolución alguna que disponga el otorgamiento y/o pago mensual de la bonificación especial por preparación de clases en base al referido artículo.
- Asimismo, en cuanto a la remisión del expediente administrativo, señala que no se ha generado dicho expediente, dado que la demandante está pidiendo el cumplimiento de resoluciones administrativas, no generando antecedentes documentales adicionales.
- e) Mediante Resolución Nro. 3, el Órgano Jurisdiccional resolvió tener por contestada la demanda por Luz Amparo Begazo de Dávila, Adjunta al Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, en representación del Gobierno Regional de Arequipa, de la Procuraduría Pública Regional y de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur.

1.1.3 Saneamiento procesal:

Que, mediante Resolución Nro. 4, se sana el proceso, declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida, señalando:

- Puntos controvertidos:
 - Determinar si corresponde declarar la nulidad total de la Resolución Directoral Ficta denegatoria que desestima el pedido de pago continuo y mensual de S/. 264. 00 nuevos soles, devengados e intereses correspondientes a la bonificación especial por preparación de clases y evaluación y nulidad de la Resolución Gerencial Ficta que desestima el recurso de apelación de la demandante.
 - Determinar si corresponde ordenar que la demandada:
 - a) Cumpla con lo dispuesto en el numeral 03) de la Resolución Directoral Nro. 06108.
 - b) Cumpla con pagar la bonificación especial por preparación de clases y evaluación desde el 21-05-1990 de acuerdo al artículo 48° de la Ley Nro. 24029 e intereses legales correspondientes.
- Admisión de Medios Probatorios: Se admite todos los ofrecidos por la demandante, a excepción del detallado en el numeral 6 - Informe que se le

requerirá a la demandada, a fin de que indique desde cuándo y hasta cuándo le pagó a la docente pensionista Sonia Ysabel Silva Hurtado, la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación y si dicho pago estaba afecta a cargas sociales y descuento por pensiones.

La demandada no ofreció medio probatorio alguno.

- Se prescindió del expediente administrativo, considerando la naturaleza de la pretensión de la demanda, además de lo señalado en la contestación de la demanda en cuanto a que no existen piezas administrativas adicionales.
- Se prescindió de la Audiencia de Pruebas, al haberse admitido sólo prueba de carácter documental.
- Se dispuso la remisión del expediente a dictamen del Ministerio Público.

1.1.4 Dictamen del Ministerio Público – primera instancia:

Con fecha 15-01-2013 se emitió el Dictamen Nro. 092-2014-MP-1FPC-AR por la Primera Fiscalía Provincial Civil de Arequipa, opinando porque se declare infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por doña Norma Zoraida Carbajal Borda en contra de la UGEL Arequipa Sur, por los siguientes fundamentos:

- Establece tres premisas previas:
 - Para que un acto administrativo sea ejecutado por la vía del proceso contencioso administrativo de cumplimiento, debe cumplir con ciertos requisitos establecidos en la STC 0168-2008-PC/TC dentro de los que resaltan, el ser un mandato cierto y claro, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo, no estar sujeto a controversia compleja, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
 - Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido como requisito, que en el caso que existiera un cuestionamiento al derecho del reclamante, a pesar de tratarse de un proceso de cumplimiento, corresponde ser esclarecido dicho cuestionamiento, a efectos de determinar si el acto goza de virtualidad o exigencia suficiente para configurarse un mandato, siendo que respecto de las pensiones del Decreto Ley 20530 ha establecido de manera enfática que este régimen

se encuentra definitivamente cerrado y que la Constitución no solo cerró la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determinó que un pedido de reintegros de sumas de dinero debe ser desestimado porque no resulta posible.

- Señala además el Tribunal Constitucional que la nivelación pensionaria establecida para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley 20530, en aplicación de lo establecido por la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye por razones de interés social un derecho exigible.
- En el caso de autos, la Resolución Directoral Nro. 06108, de fecha 06-09-2012, cuyo cumplimiento se pretende, resuelve declarar procedente la solicitud presentada por la demandante sobre cálculo de la bonificación especial mensual por Preparación de Clases y Evaluación, debiendo ser el nuevo monto, con el 30 % de la remuneración total, ascendente a la suma de S/. 264.00 nuevos soles mensuales, sin tener en cuenta que el derecho reconocido no se encuentra expresamente contemplado en el artículo 48 de la Ley Nro. 24029 modificado por la Ley Nro. 25212, pues éste corresponde sólo a los profesores activos, lo que resulta concordante con el criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en la casación Nro. 10447-2009 AREQUIPA de fecha 17-07-2012, señala que la Bonificación Especial por Preparación de Clases de Evaluación no tiene naturaleza pensionable y que por lo tanto corresponde ser percibido únicamente por los docentes activos y que al ser el demandante cesante del régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530, el pago de dicha bonificación constituye una nivelación de su pensión con la remuneración de un profesor activo, conforme a lo que disponían los derogados artículos 58 y 59 de la Ley Nro. 24029, en consecuencia, contraviene la uniforme y reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional sobre la improcedencia de la nivelación y pago de reintegros pensionarios anteriores al cierre de régimen del Decreto Ley Nro. 20530.
- Que en cuanto al análisis de la virtualidad del acto administrativo emitido, conforme al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la STC Nro. 00411-2011-PC/TC y siendo que la nivelación pensionaria a la fecha no

constituye por razones de interés social un derecho exigible, basado en la proscripción de la nivelación pensionaria a partir de la Ley de Reforma Constitucional y la sustitución de la teoría de los derechos adquiridos conforme al artículo 103 de la Constitución, no puede avalarse el actuar de la Administración, en el sentido que omitiendo señalar que se trata de una nivelación pensionaria, otorga la bonificación de preparación de clases a los cesantes del régimen del Decreto Ley Nro. 20530, por lo que la demanda debe ser desestimada, al no contener la resolución administrativa sub Litis, virtualidad jurídica.

- Que aun cuando el Juzgado considere que corresponde el otorgamiento de la bonificación a los cesantes, de igual forma se evidencia que la resolución cuyo cumplimiento se pretende, incurre en manifiesta causal de nulidad de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 10 de la Ley Nro. 27444, al proceder a efectuar el cálculo de la bonificación en base al monto percibido como pensión actual por la demandante, cuando en todo caso el cálculo debería determinarse en base al monto de la última remuneración percibida por el trabajador antes del cese, es decir en estos casos al considerarse que corresponde el reconocimiento del derecho a favor de pensionistas, la determinación de su monto debe retrotraerse al momento en que el particular laboraba en la forma que la norma había previsto y no en base a la pensión actual, como aparece de autos, de lo que se desprende que en el presente caso, también se evidencia una abierta afectación a disposiciones de carácter presupuestario, por lo que dichas vulneraciones ameritarían declarar de oficio la nulidad del Acto Administrativo en ejercicio pleno de las facultades conferidas por ley.
- Que en el presente caso siendo que la demandante conforme se desprende de la Resolución Directoral Nro. 0652, cesó en sus labores con fecha 31-03-1987, es decir antes de la vigencia de la Ley Nro. 25212; no le corresponde percibir la bonificación especial antes indicada, por no haberse encontrado comprendido entre los beneficiarios de la norma, por lo que no corresponde el cumplimiento de las resoluciones directorales como pretende la demanda, por carecer el mandato de virtualidad jurídica, como tampoco corresponde el reconocimiento del derecho al no cumplirse con el supuesto de hecho de la norma, ello estando a la fecha de cese de la demandante.

- Finalmente, de conformidad con lo establecido por el artículo 50° del TUO de la Ley Nro. 27584, las partes en este proceso no pueden ser condenadas al pago de costas y costos.

1.1.5 Sentencia de primera instancia:

Con fecha 25-02-2014, el Quinto Juzgado de Trabajo emite la Sentencia Nro. 099-2014, declarando infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por doña Norma Zoraida Carbajal Borda en contra de la UGEL Arequipa Sur, con emplazamiento del Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, por los siguientes fundamentos:

- Que el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, modificado por Ley Nro. 25212 establece que la bonificación por preparación de clases asciende al treinta por ciento de la remuneración total. En el caso de los docentes que cesaron antes de la vigencia de la norma acotada, no percibían remuneración sino pensión y, en consecuencia, el artículo 48°, que hace referencia a la remuneración total, no les resulta de su aplicación, ya que a la fecha de su vigencia percibían pensión; caso distinto es el de los profesores que cesaron con posterioridad a la vigencia del artículo 48° que, en su oportunidad, será materia de análisis particular.
- Respecto a la bonificación por preparación de clases las dos Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, vienen resolviendo de forma reiterada que la preparación de clases no corresponde a los docentes que cesaron antes de la vigencia del artículo 48° modificado por la Ley 25212 (20-05-1990), como se aprecia por ejemplo de las sentencias recaídas en los expedientes Nros. 04176-2011, 04931-2011, 05463-2011, 5276-2010 y 05236-2011(Sala Permanente), entre otros. En el caso de la Sala Transitoria denegó el pedido de los cesantes en los expedientes Nros. 2874-2010 y 02021 entre otros. Por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en las casaciones Nros, 2875-2010 de fecha junio del dos mil once y 10447-2009 de fecha 17-07-2012, ha establecido que la bonificación por preparación de clases corresponde a los docentes en actividad y no a los cesantes.

- En el caso de autos de la Resolución Directoral Nro. 0652 se aprecia que la actora tiene la calidad de cesante desde el 31 de marzo de 1987, esto es, antes de la vigencia de la Ley 24029, modificada por la Ley 25212, Ley del Profesorado.
- Que estando a lo expuesto y teniendo en cuenta lo resuelto por las Salas Laborales de la Corte Superior de Arequipa y lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se concluye que, a la demandante en su calidad de cesante, con anterioridad a la vigencia del artículo 48° de la Ley del Profesorado, modificada por la Ley 25212, no le corresponde la bonificación por preparación de clases y evaluación. A lo que se agrega que según los criterios del Tribunal Constitucional el error no genera derecho.
- Respecto a las costas y costos del proceso, no corresponde ordenar el pago de tales conceptos, tal como lo establece el artículo 50° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS.

1.2 Actuaciones procesales de segunda instancia:

1.2.1 *Formulación de recurso de apelación:*

Con fecha 10-03-2014 la demandante interpone recurso de apelación en contra de la Sentencia Nro. 099-2014, a fin vía acumulación de pretensiones principales solicita:

- Como pretensión principal: se anule por afectación a la debida motivación.
- Como pretensión subordinada: se revoque, por interpretación incorrecta del artículo 48° de la Ley del Profesorado e inaplicación del artículo 59° de la Ley del Profesorado Nro. 24029 y del artículo 6° del D.L. 20530 y se declare fundada la demanda, ordenándose la nulidad de los actos administrativos impugnados y que la demandada pague el monto de S/. 264.00 nuevos soles, el pago de los devengados de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación y los intereses legales.

Sustenta los siguientes fundamentos:

- En la sentencia impugnada se concluye que la bonificación referida debía calcularse sobre la última remuneración percibida antes del cese y no el cálculo erróneo que se hizo tomando en cuenta su pensión; sin embargo, el Juez no tuvo a la vista la boleta de pago o planilla de la última remuneración percibida antes del cese, por no obrar en el expediente, a fin de verificar el sueldo mensual y si el monto calculado es el correcto. En tal sentido, no existe medio probatorio alguno que sustente dicha decisión.
- Por otro lado, en la sentencia impugnada se concluye que la bonificación por preparación de clases no corresponde a los que cesaron antes de la vigencia del artículo 48° de la Ley del Profesorado.
- Sin embargo, debe considerarse que cuando entró en vigencia el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, estaba en vigencia, la nivelación de pensiones y todo aquello que se otorgaba a los docentes en actividad, se otorga a los docentes cesantes del D.L. 20530, es por eso que la demandante está percibiendo la Bonificación por Preparación de Clases y Evaluación.
- El Tribunal Constitucional, en el expediente Nro. 3818-2004-AA/TC ha señalado en el fundamento catorce que si bien es cierto el artículo 4° de la Ley Nro. 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley Nro. 20530, publicada el 30-12-2004, prohíbe la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad. No obstante, de acreditarse la vulneración del derecho del pensionista durante la vigencia de las normas que regularon la nivelación, corresponderá reconocerla en el periodo correspondiente.
- El artículo 59° de la Ley del Profesorado Nro. 24029, vigente al momento de otorgarle a la demandante la pensión, establece que las pensiones de cesantía se otorgan a los profesores del D.L. 20530, con base a su último sueldo percibido con todas las bonificaciones pensionables (dispositivo que estuvo vigente hasta el mes de diciembre del 2004).
- Asimismo, el artículo 6° del D.L. 20530, vigente al momento de otorgarse la pensión y actualmente, reproducido en el artículo 6° de la Ley Nro. 28449 establecen que es pensionable toda remuneración afecta al descuento para

pensiones. Están afectas al descuento para pensiones, las remuneraciones que son permanentes en el tiempo y regulares en su monto.

- En atención a ello, es que la demandada al momento de otorgarle la pensión, ésta fue calculada con la Bonificación por Preparación de Clases y Evaluación, por ser pensionable, conforme lo acredita con las boletas de pago, sin embargo, su otorgamiento se está efectuando sobre el 30% de la remuneración total permanente, lo cual es ilegal, ya que el D.S. 051-91-PCM es una norma de inferior jerarquía al artículo 48° de la Ley del Profesorado.
- Por otro lado, la casación Nro. 10447-2009-Arequipa vulnera los principios básicos del derecho procesal, en este caso, el derecho a la debida motivación, como podrá observarse de sus considerandos sólo hace referencia a que la Bonificación por Preparación de Clases y Evaluación no es pensionable, sin embargo, no sustenta las razones jurídicas o fácticas, de por qué considera que no es pensionable.
- El TUO de la Ley Nro. 27854 en su artículo 37° establece que cuando la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituirán precedente vinculante. La casación referida no fija ningún principio jurisprudencial, por lo que no es precedente vinculante. También se indica que el Juzgador está en la posibilidad de apartarse del precedente vinculante, que en el presente caso no existe.
- En todo caso, existen razones jurídicas para apartarse de la casación. En primer lugar, La casación citada vulnera groseramente la debida motivación, establecida en el artículo 139° de la Constitución Política y el artículo 9° inciso 2) del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo D.S. 013-2008-JUS, como para ser aplicada al pie de la letra. En segundo lugar, no es cierto que la Bonificación por Preparación de Clases y Evaluación no sea pensionable.

1.2.2 Calificación del recurso de apelación:

Mediante Resolución Nro. 7 de fecha 14-03-2014 se concedió apelación con efecto suspensivo en contra de la Sentencia Nro. 99-2104.

1.2.3 Remisión de actuados a dictamen de Ministerio Público:

Mediante Resolución Nro. 1-2SL, de fecha 29-05-2014 se remitieron los actuados a dictamen del Ministerio Público.

1.2.4 Dictamen fiscal de segunda instancia:

Con fecha 01-07-2014 la Primera Fiscalía Superior Civil y Familia Arequipa emite el dictamen Nro. 863-2014-CC-MP-1°FSCF-AR, opinando porque se revoque la Sentencia de Primera Instancia Nro. 099-2014 que declaró infundada la demanda y reformándola se declare fundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por doña Norma Zoraida Carbajal Borda en contra de la UGEL Arequipa Sur, con emplazamiento del Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, por los siguientes fundamentos:

- Que mediante Resolución Directoral Nro. 0652, de fecha 01-04-1987, se cesó a la demandante bajo el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530, a partir del 31-03-1987.
- Que, mediante Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012, numeral 3 de su artículo 1, se resuelve declarar procedente la rectificatoria de la R.D. Nro. 02472-2012-UGEL-AS, en cuanto al otorgamiento de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total de la demandante.
- Que, el 20-11-1982 entró en vigencia la Ley Nro. 23495, norma que establecía la nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros regímenes especiales, la que se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, señalando a su vez el artículo 5° que “cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad”.
- Ahora bien, respecto al pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación, se debe tener en cuenta que la demandante es cesante desde el 01-04-1987, siendo que el concepto por preparación de clases lo empezó a percibir en mérito a la pensión nivelable que ostenta.

- Que, el artículo 6° del Decreto Ley Nro. 20530 establece que es pensionable toda remuneración afecta al descuento para pensiones. Están afectas al descuento para pensiones, las remuneraciones que son permanentes en el tiempo y regulares en su monto.
- Que debe tenerse en cuenta también la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú (vigente desde el 17-11-2004) que señala: “Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional (...). Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria (...)”. En consideración a ello, el Tribunal Constitucional ha referido en la STC Nro. 3992-2006-PA/TC que este derecho a la nivelación de las pensiones quedó proscrito a partir de la reforma, por cuanto prohíbe la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. No obstante, ello ha precisado en el fundamento jurídico 16 de la STC Nro. 0050-2004-AI (acumulados) que un pensionista “tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional”.
- Que, en este sentido, la nivelación debía ampararse hasta el 17-11-2004, también se dejaba a salvo que luego de esa fecha debía regularse conforme la norma respectiva lo prevea.
- Que al estar la demandante bajo los alcances del Decreto Ley Nro. 20530 y habiéndose encontrado percibiendo dicha bonificación mucho antes del año 2004, fecha en que entra en vigencia la Ley de reforma constitucional Nro. 28449, es que se debe considerar que la citada bonificación ha pasado a ser parte de la pensión de cesantía al convertirse en un derecho adquirido del accionante, siendo que la limitación de la indicada norma de reforma constitucional ya no le alcanzaría puesto que como ya se ha dicho ha venido percibiendo dicha bonificación como parte integrante de su pensión y en mérito al régimen previsional en el que se encontraba.

- Que uno de los principios rectores del derecho pensionario, es el “Principio de Progresividad”. La Constitución Política del Perú hace referencia a la progresividad de los derechos sociales en su artículo 10° cuando establece que: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de su calidad de vida”.
- Se debe tener en cuenta que el acto administrativo, reconoce el derecho de la accionante a la percepción de la bonificación en base a la remuneración total, siendo que la Resolución Directoral Nro. 06108 – que reconoce el pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación – corresponde a una declaración de voluntad de la administración pública destinada a producir efectos jurídicos particulares sobre los beneficiarios, por lo que se debe dar cumplimiento al derecho reconocido en ella, bajo los parámetros desglosados en el presente dictamen.
- En cuanto a la segunda pretensión respecto de pago de devengados e intereses legales desde el 21 de mayo de 1990, en mérito a todo lo expuesto se puede concluir que:
 - A partir del 17-11-2004, fecha en la que se emitió la Ley Nro. 28389 “Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú”, no se podrá prever la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.
 - Para el caso de los cesantes que hayan obtenido un derecho pensionario con fecha anterior a la reforma constitucional del 2004, tienen derecho a una nivelación hasta el 17-11-2004, luego de los cual debe regularse conforme lo prevea la norma respectiva.
 - Para el caso de autos, la bonificación por preparación de clases al momento de entrar en vigencia la reforma constitucional, ya formaba parte de su derecho pensionario y al tratarse de un derecho pensionario mas no laboral, este se encuentra incorporado a su derecho de propiedad.
 - Uno de los principios rectores en materia pensionaria es el “Principio de Progresividad”, por lo cual queda prohibido la regresividad o desconocimiento de los derechos que ya han sido reconocidos a los ciudadanos.

- Que sobre la misma pretensión de pago de devengados e intereses, considerando que la bonificación por preparación de clases se encuentra incorporado al derecho de propiedad de la demandante, siendo por tanto que corresponde el pago de devengados, es decir, el pago correcto de la bonificación por los periodos en los cuales el ente administrativo no cumplió como ello, periodo que comprende desde el 21-05-1990 (entrada en vigencia de la ley Nro. 25212 que modificó el artículo 48° de la Ley del Profesorado) hasta que se haga efectivo dicho pago, descontándose los montos que percibió por concepto de la bonificación materia de Litis. Sobre el pago de los intereses legales, estos corresponden como parte accesorio de los devengados que se determinen, los mismos que deberán ser calculados de conformidad con el artículo 1242° y siguientes del Código Civil.

1.2.5 Sentencia de segunda instancia:

Con fecha 14-12-2011, se emitió la Sentencia de Vista Nro. 1259-2014-2SL – Resolución Nro. 06-2SL, mediante la cual la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la Sentencia Nro. 99-2014 que resolvió declarar infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por Norma Zoraida Carvajal Borda en contra de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur, por los siguientes fundamentos:

- Considerando que la pretensión solicitada en un extremo es una acción de cumplimiento de acto administrativo, se deberá observar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nro. 168-2005-PC/TC (fundamento 14), a través de la cual se delimitan los requisitos mínimos del acto administrativo a efecto de ordenar su ejecutabilidad, siendo: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) ser incondicional.

En esta línea, de acuerdo a la jurisprudencia nacional, cuando alguna pretensión vertida en un proceso de cumplimiento, no se encuentre definitivamente establecida de acuerdo a las normas vigentes y aplicables, el juzgador no podrá ordenar el cumplimiento de tal pedido puesto que las discrepancias que pueden existir deberán ser establecidas de manera previa,

estando a lo señalado precedentemente se puede determinar que existe controversia en cuanto al otorgamiento de la bonificación solicitada, por cuanto la demandante ha cesado el 31-03-1987, con anterioridad a la entrada en vigencia de la bonificación especial por preparación de clases (21-05-1990), en suma el acto administrativo (Resolución Directoral Nro. 06108 numeral 3) no cumple con uno de los requisitos del acto administrativo a efecto de ordenar su ejecutabilidad.

- Habiéndose determinado que la pretensión de la demandante se encuentra sujeta a controversia y que por lo tanto no puede ser otorgada vía proceso de cumplimiento, corresponde valorar si se le debe reconocer el derecho invocado. Así tenemos que la actora cesó en sus actividades el 31-03-1987 por Resolución Directoral Nro. 0652. Que el Tribunal Constitucional en el fundamento 8 del expediente Nro. 03975-2011-Aa/TC, señala: “Finalmente este Tribunal considera menester precisar que el goce de los derechos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derecho, consecuentemente cualquier otra opinión vertida con anterioridad por este Colegiado que haya estimado la prevalencia de la cosa decidida sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes”.
- Del acto administrativo contenido en la Resolución Directoral Nro. 02472 numeral 3 (rectificada por Resolución Directoral Nro. 06108, numeral 3), donde la administración determinó que a la demandante le correspondía percibir el monto de S/. 264.00 por concepto de bonificación especial por preparación de clases y evaluación, estando a lo expuesto, corresponde remitirnos al criterio jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nro. 00102-2007-QQ/TC cuando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal. Por tanto, los fundamentos de la demanda interpuesta no se encuentran acorde con los requisitos señalados por el Tribunal Constitucional, al no contener un mandato claro y cierto, por cuanto carece de virtualidad y legalidad suficiente para constituirse en

mandamus y por ende no podría ser exigible a través del proceso de cumplimiento.

- Como aparece de la Resolución Directoral Nro. 06108 - numeral 3, la recurrente cesó el 31-03-1987, bajo la vigencia de la Ley del Profesorado Nro.24029, fecha en la que el artículo 48 de la citada ley, aún no había sido modificado, pues el nombrado artículo fue modificado con la dación de la Ley Nro. 25212 del 20-05-1990; siendo que la actora cesó bajo el régimen pensionario de la Ley Nro. 20530 como se desprende de su Resolución de cesantía, por lo que se procedió a nivelar su pensión en la forma prevista en la Ley Nro. 23495. Sin embargo, la citada Ley de nivelación 23495 fue derogada por la Ley Nro. 28449 en su Tercera Disposición Final, siendo que esta última prevé en su artículo 4 la prohibición de nivelación de pensiones con las remuneraciones con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad, determinando a su vez la forma de reajuste de las pensiones.
- Que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el expediente Nro. 07227-2005-Pa/TC que en su quinto fundamento señala: “De esta forma, la propia Constitución no solo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como el de los demandantes deba ser desestimado en tanto que no resulta posible, el día de hoy, disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada”; y, en su sexto fundamento indica: “De lo anotado se concluye que actualmente el instituto de la nivelación pensionaria, previsto para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley Nro. 20530, en aplicación de la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye, por razones de interés social, un derecho exigible”. En consecuencia, el derecho invocado por la actora no resulta atendible, pues la nivelación de pensiones ha sido cerrada por la modificatoria del artículo 103 de la Constitución del Estado y la derogatoria de la Ley de nivelación, correspondiendo confirmar la sentencia en este extremo que declara infundada la demanda.
- Que considerando que la administración otorgó un beneficio que no le correspondía percibir a la demandante y que es en base a dicho derecho que la actora solicita el otorgamiento del beneficio y teniendo en cuenta el

criterio establecido por la jurisprudencia nacional en cuanto a que el error no genera derecho; no es posible ordenar el cumplimiento de la Resolución emitida y en este razonamiento tampoco resulta procedente el pago de los reintegros desde el 21 de mayo de 1990, así como lo intereses.

1.3 Actuaciones procesales - casación:

1.3.1 Formulación de recurso de casación:

Con fecha 16-01-2015 la demandante formula recurso de casación, contra la sentencia de vista Nro. 1259-2014-2SL – Resolución Nro. 06-2SL, con los siguientes fundamentos:

- Infracción a los incisos 3 y 5 del artículo 139 y artículo 103 de la Constitución, así como al artículo 5, inciso 4) del TUO de la Ley Nro. 27584 y al principio de la cosa decidida.
- Que según se sustentó en el recurso de apelación lo que se solicitaba era que la Sala Laboral ordene el cumplimiento de la Resolución Nro. 06108 a fin de que la demandada proceda a efectuar el pago de S/. 264.00 que fuera recalculado respecto a la bonificación por preparación de clases y evaluación, considerando que, según la boleta de remuneración, ya se percibe dicha bonificación bajo el concepto de bonesp, sin embargo, ha sido calculado sobre la remuneración total permanente. Por lo tanto, la pretensión, en puridad, no es de otorgamiento, sino de cumplimiento de una resolución respecto a un monto recalculado.
- Que la sentencia de vista haría referencia a sentencia del Tribunal Constitucional sobre cumplimiento de requisitos que debe tener el acto administrativo y que concluye que el otorgamiento de dicha bonificación se encuentra sujeto a controversia compleja, sin embargo, el petitorio no es de otorgamiento, omitiendo además pronunciarse sobre el argumento de apelación referido a la infracción al principio de la cosa decidida.
- También la sentencia cuestionada se pronuncia sobre la nivelación de pensiones y que, por ello no le correspondería a la demandante dicha bonificación, cuando la nivelación de pensiones no se fijó como punto controvertido y tal no ha se ha formulado como pretensión y sí más bien, el recalcule de la bonificación.

- Que se ha transgredido la Primera Disposición Final del TUO de la Ley Nro. 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo, en cuanto prevé que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.
- De acuerdo al petitorio de la demanda se solicita se ordene el cumplimiento de la Resolución Directoral Nro. 06108 a través de la cual la demandada corrige su error al pagarle a la demandante la bonificación sobre la remuneración total permanente al estar sustentada legalmente en el artículo 58° de la Ley del Profesorado y en el artículo 5 de la Ley Nro. 23495, por lo que no existe error en su otorgamiento; no obstante ello, la entidad demandada viene incumpliendo con abonar el monto recalculado a pesar de que dicha Resolución Directoral es cosa decidida y no ha sido anulada. Todo lo que acredita que la Sala Laboral constituye decisión extra petita que debe ser anulada.
- Asimismo, señala que no se habría considerado la casación Nro. 652-2012-LIMA en la que se precisa que el acto administrativo firme no puede ser cuestionado en el proceso contencioso administrativo ni en otro proceso análogo.

1.3.2 Dictamen fiscal - casación:

Que con fecha 22-01-2016 se emitió el Dictamen Fiscal Nro. 160-2016-MP-FN-FSCA opinando que se declare fundado el recurso de casación interpuesto, se case la sentencia de vista y actuando en sede de instancia, se revoque la sentencia apelada que declaró infundada la demanda y reformándola se declare fundada la demanda, por los siguientes argumentos:

- De lo precisado en el recurso de casación y en la sentencia de vista fluye que el problema planteado es uno de relevancia relativo a la premisa normativa, el cual se presenta en los casos difíciles cuando existe incertidumbre respecto a la norma aplicable al caso, pues la recurrente alega que en calidad de docente cesante tiene derecho a que se recalcule la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en la suma de S/. 264.00 soles, monto equivalente al 30% de su remuneración total, conforme a lo ordenado en la Resolución Directoral Nro. 06108 y acorde a lo previsto en el

artículo 48° de la Ley Nro. 24029 modificado por la Ley Nro. 25212; en tanto, las instancias de mérito consideran que la pretensión demandada no es procedente debido a que la bonificación aludida solo es aplicable a los docentes que se encuentran en actividad mas no a los docentes cesantes, máxime si se encuentra cerrado el régimen de pensiones del Decreto Ley Nro. 20530 y no está vigente la figura de nivelación de las pensiones.

- La Corte Suprema ha asumido como criterio uniforme que el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, debe realizarse teniendo como referencia la remuneración total o íntegra de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, modificado por la Ley Nro. 25212, concordado con el artículo 210° del Decreto Supremo Nro. 019-90-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado y no sobre la base de la remuneración total permanente, consignada en el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM; precepto que constituye doctrina jurisprudencial, en virtud a lo dispuesto en el artículo 22 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo Nro.017-93-JUS y que es de obligatorio cumplimiento por parte de todas las instancias judiciales.
- En aplicación del principio pro homine ante una pluralidad de normas aplicables o interpretaciones sobre estas, se debe optar siempre por aquella norma que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos, es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma, en ese sentido, el Tribunal Constitucional refiere que dicho principio implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales (STC 1049-2003-PA). En el presente caso, se da la interpretación favorable a la procedencia del pedido de re cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, por parte de aquellos profesores cesantes, como es el caso de la actora, que ya la viene percibiendo, al haber sido ésta incluida por la propia administración en el cálculo de sus pensiones y que es reconocida mensualmente en cada oportunidad de pago, pero que sin embargo, se les viene abonando en forma diminuta (al ser calculadas sobre la

base de la remuneración total permanente y no sobre lo que fuera su remuneración total).

- Que si bien, la Corte Suprema anteriormente en su jurisprudencia precisó que la bonificación especial por preparación de clases y evaluación solo corresponde a los profesores en actividad, con posterioridad ha fijado como línea jurisprudencial, que al haber sido únicamente materia de controversia la forma de cálculo de la bonificación referida y no su otorgamiento, el cual ha sido reconocido por la emplazada en cada oportunidad de pago a la parte demandante, no se puede negar el derecho reclamado, por el solo hecho de la condición de pensionista del demandante, cuando el otorgamiento de la citada bonificación no ha sido cuestionado por la parte demandada y por el contrario le viene otorgando de manera regular y permanente. De lo cual se aprecia, que hay una norma de origen judicial que ampara el pedido de recálculo de la bonificación reclamada a los profesores cesantes que ya la vienen percibiendo.
- Que la Corte Suprema de Justicia de la República en el Precedente Judicial Nro. 02-2015-2da. SDCST -14, ha precisado que la demanda sustentada en el re cálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación, en la medida que el demandante lo venga percibiendo, no constituye una nivelación pensionaria; se trata simplemente de un re cálculo de una bonificación que se estuvo otorgando en base a la remuneración total permanente debiendo corresponder que esta se calcule en base a la remuneración total o íntegra. En tal sentido, el juzgado no podrá declarar la improcedencia de la demanda al amparo de que la pretensión demandada constituye una nivelación de pensiones.
- Así las cosas, no corresponde desestimar la pretensión demandada por la sola condición de docente cesante de la actora, toda vez que se encuentra percibiendo dicha bonificación de preparación por clases y evaluación en su pensión.
- Que, en el precedente judicial Nro. 02-2015-2da.SDCST – c, se precisa: en el supuesto que la demanda se sustente en la ejecución de una resolución administrativa con la calidad de cosa decidida, en la que se reconozca el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra de conformidad con el artículo 48° de

la Ley Nro. 24029, modificada por Ley Nro. 25212, cuyo cumplimiento se solicita a través de un proceso judicial, el órgano jurisdiccional está en la obligación de admitir a trámite la demanda – luego de verificar los requisitos de procedencia de la demanda – requiriendo a la emplazada el cumplimiento de la obligación, no pudiendo el juzgador entrar a analizar de oficio la validez de la resolución administrativa materia de ejecución, al tener la calidad de firme.

- De lo anotado se deduce, que de estimar la Sala que se trata de un proceso de cumplimiento, debió limitarse a verificar la observancia de los requisitos normativamente establecidos para su procedencia, como es la existencia de un mandato expreso de la ley o un acto administrativo firme, encontrándose impedida de cuestionar el derecho reconocido en dicho acto, más, si como se ha señalado precedentemente, existen pronunciamientos reiterados por parte de la Corte Suprema en torno a la estimación del pedido de re cálculo de la “bonesp” en el caso de los docentes cesantes y en autos no se discute el reconocimiento de tal derecho.
- Consecuentemente, apreciándose del mérito de la boleta de pago correspondiente, que la demandante en su calidad de profesora cesante, percibe en su pensión la bonificación especial por preparación de clases y evaluación – bonesp- por la suma de S/. 24.06 y no por la suma de S/. 264.00 como aparentemente le corresponde según la Resolución Directoral Nro. 06108, acto administrativo cuya validez no ha sido cuestionada, corresponde a la parte demandada otorgue el pago de los reintegros por dicha bonificación, descontando lo ya abonado a la demandante en forma diminuta, más los intereses legales pertinentes.
- Por tanto, se determina que al expedirse las sentencias en ambas instancias se ha incurrido en infracción del artículo 48° de la Ley Nro. 24029 modificada por Ley Nro. 25212, habiéndose desestimado indebidamente la pretensión demandada en autos.

1.3.3 Sentencia - casación:

Mediante Resolución Nro. 1815-2015-Arequipa, La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia casaron la

sentencia de vista contenida en la Resolución Nro. 1259-2014-2SL y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución Nro. 06 de fecha 25-02-2014 reformándola la declararon fundada, en consecuencia ordenaron a la entidad demandada expida nueva resolución a favor de la actora efectuando el nuevo cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base al 30% de la remuneración total o íntegra, desde el 21-05-1990 en adelante más el pago de devengados, deduciendo los montos ya percibidos por este concepto, por los siguientes fundamentos:

- El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.
- Se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, por la causal de infracción normativa del artículo 48° de la Ley Nro. 24029.
 - Una infracción normativa puede acontecer por las siguientes causales: interpretación errónea, aplicación indebida, inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo dentro de este análisis otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.
- La demandante plantea como pretensión que se declare la nulidad de las resoluciones fictas, que deniegan el pago de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración mensual total o íntegra más el pago de los devengados e intereses legales, desde mayo de 1990 en adelante.
- Por sentencia de primera instancia se declaró infundada la demanda, sosteniendo que la demandante cesó a partir del 31-03-1987, esto es, antes de la vigencia de la modificación del artículo 48° de la Ley Nro. 24029, 21-05-1990, que estableció el otorgamiento de dicha bonificación; por lo que una vez establecida la bonificación la demandante ya no preparaba clases ni efectuaba evaluación.
 - Que dicha sentencia, fue confirmada por sentencia de vista, sosteniendo que la administración otorgó erróneamente la bonificación a la demandante y siendo que el error no genera derecho, no sería posible ordenar el cumplimiento de la resolución emitida.

- Delimitación de la controversia: determinar si corresponde o no otorgar a la demandante el recálculo o reintegro de la bonificación mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total o íntegra a partir del 21-05-1990 en cumplimiento al artículo 48° de la Ley Nro. 24029 modificada por Ley Nro. 25212, así como también el periodo en el cual debía percibir el beneficio.
- Que la sentencia de vista no tuvo en cuenta la múltiple jurisprudencia emitida en cuanto a la aplicación del principio de la especialidad, según el cual una norma especial prima sobre la norma general, es decir orienta a que en la solución de un conflicto corresponde aplicar la norma que regula de modo específico el supuesto hecho generador del derecho correspondiente. En aplicación de dicha premisa la bonificación especial por preparación de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total conforme lo dispone el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley Nro. 25212, concordante con el artículo 210° del Decreto Supremo Nro. 019-90-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM; considerando que en el caso de autos, el Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM es una norma de ámbito general que está destinada a regular los niveles remunerativos de todos los servidores del Estado, mientras que la Ley del Profesorado Nro. 24029 modificada por la Ley Nro. 25212 y reglamentada por el Decreto Supremo Nro. 19-90-ED es una norma que regula de manera especial los derechos y deberes de un sector determinado de la administración como son los profesores de la carrera pública; en este sentido, es evidente que la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación materia de demanda, al tratarse de una bonificación que es exclusivamente percibida por los docentes, la normatividad legal que resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley Nro. 24029 y su modificatoria Ley Nro. 25212 así como su reglamento aprobado por Decreto Supremo Nro. 19-90-ED y no el Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM.

Que dicha conclusión se deriva de los siguientes pronunciamientos:

- Casación Nro. 1567-2002-La Libertad – Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

- Casación Nro. 435-2008-Arequipa – Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación Nro. 9887-2009-Puno – Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema.
- Casación Nro. 9890-2009-Puno – Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.
- Resolución Nro. 2836-2010-SERVIR-TSC – Primera Sala del Tribunal de Servicio Civil.
- Que la Sala Superior precisa que la demandante tiene la condición de cesante desde el 31-03-1987, esto es, anterior a la vigencia de la Ley 24029 (art. 48 modificado por Ley 25212) por lo que al ser esta bonificación aplicable solo a los servidores que realizan labor efectiva y además ser una bonificación que no tiene naturaleza pensionable no le corresponde a la actora. Sin embargo, la sentencia de vista no ha valorado que la demandante ya viene percibiendo dicha bonificación en su pensión de cesantía incluyendo entre otros conceptos, la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación, bajo el rubro “bonesp” por S/. 24.06, la misma que ha sido calculada sobre la remuneración total permanente, no correspondiendo evaluar si le corresponde o no dicha bonificación, sino verificar que esté siendo otorgada conforme la línea jurisprudencial de esta Corte Suprema.
- Que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nro. 0007-2009-AI/TC, sobre el control de constitucionalidad ejercido a diferentes artículos del Decreto de Urgencia Nro. 026-2009 estableció que los Decretos de Urgencia dictados bajo las exigencias previstas en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución Política de 1993, debían responder a determinados criterios o exigencias de validez, como la excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad, concluyendo en su fundamento 11 que el otorgamiento de beneficios previstos por ley, no pueden modificarse a través de un derecho de urgencia, pues ello resulta inconstitucionalidad.
- Por lo tanto, teniendo en cuenta que los Decretos Supremos dictados al amparo del inciso 20) del artículo 211° de la Constitución Política de 1979, constituyen el antecedente de los decretos de urgencia dictados al amparo del inciso 19) del artículo 118° de la Constitución Política de 1993, entonces la

conclusión arribada en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional resulta aplicable al caso de autos; por lo que el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM no puede modificar el beneficio contenido en el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, pues el citado Decreto Supremo, al haberse extendido en el tiempo no ha cumplido el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario y temporal que le otorga fuerza de Ley.

- Siendo ello así, en el caso de autos el Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM no tiene fuerza de ley, al haber incumplido el carácter extraordinario y temporal que precisamente le otorgaban dicha fuerza. Por lo que el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM no puede modificar válidamente el artículo 48° de la Ley del Profesorado, al tratarse de una norma reglamentaria de inferior jerarquía.
- Que en el mismo sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema al resolver la Acción Popular Nro. 438-2007 y declarar fundada la demanda sostuvo: *“el carácter transitorio de la norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM se ha desnaturalizado”* por lo que concluyó que la Ley Nro. 24029 prevalece por tratarse de la norma de mayor jerarquía, por lo que este criterio debe ser de observancia obligatoria por todas las instancias judiciales, en razón a los efectos erga omnes de la sentencia de acción popular, similares a los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad.
- En consecuencia, se advierte que esta Corte Suprema a través de sus Salas Especializadas, ha tomado posición y criterio uniforme en reiteradas ejecutorias supremas, señalando que la Bonificación Especial Mensual por Preparación de Clases y Evaluación se calcula en base a la remuneración total o íntegra. Por lo tanto, en virtud a lo dispuesto en el artículo 22° del TUO de la LOPJ aprobado por Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS, este Supremo Tribunal ha adoptado esta línea jurisprudencial, para efectos de evaluar los casos referidos a la bonificación especial por preparación de clases y evaluación; por lo que resulta un criterio judicial válido de aplicación y observancia obligatoria para la resolución de demandas sobre la citada materia en cualquier instancia y proceso judicial, pues ello conlleva a generar estabilidad jurídica frente a la resolución de este tipo de casos, además de cumplir con uno de los fines del recurso de casación consagrado

en el artículo 384° del Código Procesal Civil, que es la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

- Asimismo, debe precisarse que desde la fecha de promulgación de la Ley Nro. 28449, esto es, el 30-12-2004 se establecieron nuevas reglas para el régimen previsional del Decreto Ley Nro. 20530, al señalar textualmente en su artículo 4° primer párrafo que “Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad. En ese sentido, no corresponde un recálculo mensual de la pensión del demandante sino que estando a su condición de cesante, dentro del régimen previsional del Decreto Ley Nro. 20530, le asiste el derecho a que el cálculo de su pensión definitiva de cesantía tenga en cuenta la incidencia del concepto de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en su remuneración de referencia, en el porcentaje del 30% de la remuneración total, hasta antes de la vigencia de la Ley Nro. 28449, percibiendo este concepto de manera permanente en su pensión de cesantía”.
- En cuanto al pago de devengados e intereses legales éstos constituyen una consecuencia del no reconocimiento oportuno del íntegro de la bonificación demandada, por tanto, debe ordenarse su pago desde el 21 de mayo de 1990, conforme a lo demandado, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1242° y siguientes del Código Civil.¹

1.4 Problema a debatir:

De lo expuesto y del análisis del caso, las cuestiones a dilucidar son las siguientes:

- Determinar si la pretensión de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación en el contexto de un proceso de cumplimiento, implica o no pronunciamiento sobre la virtualidad del derecho exigido o únicamente la verificación de requisitos de procedibilidad dentro de tal vía, para establecer la correspondencia del derecho.
- Determinar si la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación no es viable de reconocimiento a un docente cesante, por el sólo hecho de tener tal condición laboral.

- Determinar si es viable, bajo el supuesto de análisis de virtualidad del derecho de acceso a la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación, privar de su reconocimiento a un docente cesante, pese a la percepción previa de dicho beneficio como parte de su pensión de cesantía.
- Determinar la correspondencia de aplicación de la Ley Nro. 23495 – vigente desde el 20-11-1982 – norma que regula sobre nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes, frente a la Ley Nro. 28449 – Ley de Reforma Constitucional - vigente desde el 17-11-2004 – que declaró cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530.
- Determinar si corresponde el recalcular o reajuste de la pensión de un docente cesante por el concepto de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación, en mérito al artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado – modificada por Ley Nro. 25212, sin que ello signifique nivelación pensionaria.



CAPITULO SEGUNDO: NORMATIVIDAD A SER APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

2. Marco Legal:

Para analizar y resolver el expediente propuesto, se ha tenido que revisar y analizar las siguientes normas y disposiciones legales:

2.1 Normatividad:

- **Artículo 48° de la Ley Nro. 24029 - Ley del Profesorado y su modificatoria Nro. 25212:**

"El profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total.

El Personal Directivo y Jerárquico, así como el Personal Docente de la Administración de Educación, así como el Personal Docente de Educación Superior incluidos en la presente Ley, perciben, además, una bonificación adicional por el desempeño del cargo y por la preparación de documentos de gestión equivalente al 5% de su remuneración total.

El profesor que presta servicios en: zona de frontera, Selva, zona rural, altura excepcional, zona de menor desarrollo relativo y emergencia tiene derecho a percibir una bonificación por zona diferenciada del 10% de su remuneración permanente por cada uno de los conceptos señalados hasta un máximo de tres"².

- **Decreto Supremo N° 051-91-PCM - Establecen en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de Remuneraciones y Bonificaciones:**

Artículo 10.- Precítese que lo dispuesto en el Artículo 48 de la Ley del Profesorado N° 24029 modificada por Ley N° 25212, se aplica sobre la Remuneración Total Permanente establecida en el presente Decreto Supremo.

En relación a las dos normas antes mencionadas, la problemática con respecto a la forma de cálculo de la referida bonificación especial se origina dado que en la Ley del Profesorado se regula que tal beneficio será aplicado en base a la

remuneración total mientras que el Decreto Supremo N° 051-91-PCM prevé que dicha bonificación se efectuará en base a la remuneración total permanente.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 419-2001-AA/TC (sentencia de fecha 15 de octubre de 2001, caso Asunción Enríquez Suyo), con respecto al Decreto Supremo N° 051-91-PCM argumenta que esta norma fue expedida al amparo del numeral 20 del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha de su promulgación, implicando por ello que goza de jerarquía legal y, en consecuencia, resulta plenamente válida su capacidad modificatoria de la ley (en este caso, la Ley N° 24029 -Ley del Profesorado).

Sin embargo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 9887- 2009 Puno de fecha 15 de diciembre de 2011 dejó establecido que la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 419-2001-AA/TC, fue dada bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979; razón por la cual, bajo los alcances de la Constitución Política de 1993 dicha interpretación quedo superada en aplicación del artículo 51 y 138 de la citada Constitución, señalando en consecuencia que el Decreto Supremo N°051-91-PCM por su jerarquía normativa no puede modificar una norma con rango de ley, esto es, el artículo 48 de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210 del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado); más aún si dicha ley tiene carácter de ley especial para el Magisterio; reiterándose dicho criterio, en la Casación N° 0435-2008 Arequipa de fecha 01 de julio de 2009 y en la Casación N° 3333-2010 Puno de fecha 25 de abril de 2012.³

Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial vertida por la Corte Suprema la norma que resulta aplicable para el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, es el artículo 48 de la Ley N° 24029 -Ley del Profesorado modificada por la Ley N° 25212, y no el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, norma general de inferior jerarquía o rango a la citada Ley del Profesorado que constituye Ley especial.⁴

- **Ley Nro. 23495 – Nivelación Progresiva de las Pensiones de los cesantes y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al Régimen del Seguro Social o a otros Regímenes Especiales⁵:**

Artículo 1.- La nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros regímenes especiales, se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, con sujeción a las siguientes reglas:

- a) Se determinará el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado; y
- b) El importe de la nivelación se determinará por la diferencia entre el monto de la remuneración que corresponda al cargo o cargo similar determinado y al monto total de la pensión del cesante o jubilado. Para tal efecto, el monto por concepto de remuneraciones sólo comprenderá a la Remuneración Básica, Complementaria al Cargo, y especiales por condiciones de trabajo, riesgo de vida, función contralora u otro concepto similar.

Los beneficios provenientes de la Remuneración Personal y de la Transitoria Pensionable no se tomarán en cuenta para establecer la citada diferencia, debiéndose abonar independientemente, en ambos casos.

De lo indicado, se puede advertir que esta disposición se emitió con la finalidad de evitar el favorecimiento en el otorgamiento de pensiones con montos altos en mérito al ejercicio de cargos con rango remunerativo superior pero por poco tiempo antes del cese.⁶

- **Constitución Política del Perú 1993 – (Régimen pensionario):**
 - **Artículo 10.- Derecho a la Seguridad Social:** El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la Ley y para la elevación de su calidad de vida.⁷
 - **Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones:** El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.⁸

“La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.⁹

Las prestaciones de salud y las pensiones por contingencias son la esencia de la seguridad social, estableciéndose en este artículo la doble función del Estado: prestar los servicios y supervigilar.

Esta garantía institucional de la seguridad social abarca dentro del ámbito de derechos fundamentales a: derecho fundamental a la pensión y al derecho fundamental a la salud.

En cuanto al derecho fundamental a la pensión, el Tribunal Constitucional (T/C), Supremo Intérprete de la Constitución, ha señalado en la sentencia recaída en los expedientes Nros. 0050-2004-AI/0051-2004-AI/0004-2005-AI/0007-2005-AI/0009-2005-AI, acumulados, lo siguiente: “El artículo 11° de la constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo – en función a determinados criterios y límites - , dada su naturaleza de derecho de configuración legal”.

10

Añade el Tribunal en el Fundamento 74 que “el derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social – de contenido económico -. Surgido históricamente en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial”. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección – negativas – y de garantía y promoción – positivas – por parte del Estado”. Asimismo, el Tribunal Constitucional fija en el pronunciamiento glosado el contenido esencial del

derecho fundamental a la pensión, afirmando que, “(---) es deber del Estado y la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución. De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales y en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar se puede inferir que la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad”.¹¹ .

En consecuencia, se infiere que el contenido esencial derecho fundamental a la pensión está constituido por los siguientes elementos:

- El derecho de acceso a una pensión;
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y
- El derecho a una pensión mínima vital.

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponde garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.

Por tanto, se puede concluir que la pensión es un derecho fundamental que se basa en el principio-derecho de la dignidad humana, precepto recogido en el artículo 1 de la Carta Magna al establecerse que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

- **Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho:** Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.¹²

La regulación contenida en este artículo da lugar a la existencia de normas de carácter general y de normas de carácter especial, siendo la primera resultante del interés común y resultante de la convivencia social con efectos erga omnes, es decir obligatoria para todo, por tanto dirigida a todo aquél que cumpla el supuesto de la norma jurídica y no a personas específicas, individuales o en grupo; en tanto la segunda, surge de forma excepcional, que debe responder a la naturaleza, circunstancias o acontecimientos que justifiquen una regulación particular, por tanto, dirigida a una persona o a un grupo cuyos individuos son identificables.

Cabe relieves al respecto, que la naturaleza de las cosas supone la existencia de peculiaridades o características singulares en los hechos, es decir, en la realidad de la vida social. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales porque en eso consiste la verdadera regla de la igualdad.

- **Disposiciones finales y transitorias:**

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

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar

entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria. El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

De conformidad con el Resolutivo N° 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 050-2004-AI-TC, publicada el 12 Junio 2005, se INTERPRETA de, conformidad con el con el fundamento 159, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene el sentido de que la totalidad del ahorro proveniente de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, debe ser destinado a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual supone, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, entre otros. Autorícese a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito¹³.

La Primera Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, en su redacción originaria, y conforme a interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, consagraba a nivel constitucional los derechos adquiridos en

materia pensionaria de los pensionistas que estaban sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530.

En este contexto, surge la discusión sobre la aplicación de normas en el tiempo. Al respecto, la Constitución de 1993, no establecía específicamente el principio a ser aplicado, refiriendo únicamente la irretroactividad de la ley, salvo en materia penal, cuando favorecía la norma al reo, circunstancia que justificaba se acuda a la llamada teoría de los hechos cumplidos, la misma basada en el principio de innovación en virtud del cual, las leyes posteriores se presumen mejores que las anteriores, por lo que deben tener vigencia inmediata; en consecuencia, los efectos de las relaciones jurídicas existentes se regirán por la norma vigente en el momento que aquellos se cumplan. La Teoría de los derechos adquiridos, regula que la norma bajo la cual nació un derecho (o hecho) continuará rigiéndolo mientras este surta efectos (o consecuencias) pese a que en el transcurso del tiempo la norma sea derogada o modificada, por cuanto el derecho se adquirió desde el momento de su generación, incorporándose a nuestro patrimonio y no pudiendo ser afectado por ninguna norma posterior. Esta norma originaria, relieve tres aspectos, sólo alcanzaba a los trabajadores públicos, además sólo para pensionistas mas no para aquéllos trabajadores en actividad con derecho expectante y sólo se refería a los derechos legalmente obtenidos en materia de pensiones y no a prestaciones de salud. Con la emisión de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, se viabilizó la restructuración del D.L. 20530, siendo su principal modificación la supresión de los derechos adquiridos pensionarios, estableciendo tres criterios:

- El cierre definitivo del D.L. 20530.
- La aplicación inmediata de la norma y la no nivelación: en mérito a este criterio, se especificó que las modificaciones que a futuro pudieran hacerse de los regímenes pensionarios, sean públicos o privados, se deberán regir por criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación, lo que demandará la necesaria evaluación económica, previa a la modificación.
- Aplicación progresiva de topes y destino del ahorro.

Respecto a esta reforma constitucional, el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento, frente a acción de inconstitucionalidad interpuesta en su contra y de la Ley Nro. 28449, concluyendo:

- La nivelación pensionaria no era una condición intrínseca del Decreto Ley Nro. 20530, pues fue agregada con posterioridad a su creación, por lo que, el hecho que la reforma prohíba la nivelación no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.
- El establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones: la disponibilidad económica y el principio de solidaridad. Por ello, mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y el monto de estas cubra el mínimo de subsistencia, el tope no puede ser tachado de inconstitucional, siendo razonable la disminución de modo progresivo de las pensiones más elevadas.
- La aplicación inmediata de las normas, es trascendente para que puedan ser revertidas las desigualdades que atentan contra la equidad pensionaria, siendo por tanto correcto constitucionalmente el inicio de acciones legales para declarar la nulidad de las pensiones obtenidas legalmente.¹⁴

- **Ley Nro. 28449 - Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530:**

- **Artículo 1.-** Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Declárase que la presente Ley no afecta en modo alguno los derechos y beneficios del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990.¹⁵

- **Artículo 4.-** Reajuste de pensiones

Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.¹⁶

○ **Artículo 6.-** Remuneración pensionable

Es pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones. No se incorporará a la pensión aquellos conceptos establecidos por norma expresa con el carácter de no pensionable.¹⁷

● **Ley Nro. 29944 – Ley de Reforma Magisterial:**

○ **Artículo 1.-** Objeto y alcances de la Ley

La presente Ley tiene por objeto normar las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios en las instituciones y programas educativos públicos de educación básica y técnico productiva y en las instancias de gestión educativa descentralizada. Regula sus deberes y derechos, la formación continua, la Carrera Pública Magisterial, la evaluación, el proceso disciplinario, las remuneraciones y los estímulos e incentivos.¹⁸

○ **Décima Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final y Derogatoria:**

Deróguense las Leyes 24029, 25212, 26269, 28718, 29062 y 29762 y déjense sin efecto todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley,

sin perjuicio a lo establecido en las disposiciones complementarias, transitorias y finales, séptima y décima cuarta de la presente Ley.¹⁹

- **Constitución Política del Perú – (principios):**

- **Artículo 10°.-** El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.²⁰

Son principios generales de la seguridad social:

- Principio de universalidad: supone la generalización de la seguridad a todos los trabajadores e inclusive a toda la población como una meta deseada o un derecho en casi todas las constituciones.
- Principio de integralidad: Las constituciones contienen normas que declaran el carácter integral de las prestaciones o señalan los riesgos cubiertos y los demás contenidos de la seguridad social.
- Principio de solidaridad: Se advierte en casi todas las Constituciones referencias al principio de solidaridad como esencial en la seguridad social y determinante de su carácter redistributivo.
- Principio de unidad: asegurar que la gestión de la seguridad social garantice que sus grandes orientaciones y objetivos no se alteren o destruyan, sino que la administración se efectúe acorde con los propósitos de la seguridad social.
- Principio de participación: derecho de los beneficiarios y empleadores junto con el Estado de participar en la gestión de organismos de seguridad social.
- Principio de irrenunciabilidad: carácter irrenunciable de derechos de seguridad social.
- Principio de reajustabilidad: garantizar el valor real de las prestaciones.

- Principio de internacionalidad: continuidad de derechos de nacionales pese a encontrarse fuera e igualdad de trato en seguridad social de extranjeros que trabajan en el país.
- Principio de obligatoriedad: disposiciones de seguridad social son de obligatorio cumplimiento.
- Principio de inembargabilidad e intransferibilidad: garantizar que el beneficiario reciba efectivamente las prestaciones establecidas.
- Principio de gradualidad y progresividad: comprende el concepto de un avance hasta llegar a una meta ideal. (...) Se fundamenta en la imposibilidad material de garantizar la vigencia efectiva de la plenitud de los derechos de seguridad social, por lo que se ha optado por el acceso gradual a cada uno de los derechos y beneficios correspondientes (...).²¹

Asimismo, la seguridad social ha sido materia de tratamiento en el ámbito internacional en diversos instrumentos, tales como: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio 102 de la OIT, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- **Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.²²

Al respecto, el contenido constitucionalmente protegido del debido proceso, está constituido por tres elementos:

- Que la natural controversia se resuelva no desde la fuerza sino a través de la razón incita en el derecho.
 - Que el procesamiento mismo se ajuste a una serie de exigencias que favorecieran en la mayor medida de lo posible la consecución de una decisión justa.
 - Superación plena y oportuna del conflicto a través de la ejecución, también plena y oportuna, de la decisión justa al caso concreto.
- **Constitución Política del Perú – (Decretos de Urgencia) :**
 - **Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República.** Corresponde al Presidente de la República:

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.²³

En el ordenamiento constitucional peruano, la titularidad de la función legislativa le corresponde al Congreso, la Constitución reconoce que, excepcionalmente, el Presidente de la República tiene la atribución de expedir normas con rango de ley, cuales son: Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia.

El funcionamiento de los Decretos de Urgencia en el derecho comparado y su tratamiento oficial permiten apreciar que esta institución comprende cuatro elementos fundamentales: circunstancia habilitante, carácter transitorio, limitación normativa, procedimiento de expedición y mecanismo de convalidación parlamentaria. La circunstancia habilitante es el estado de necesidad que justifica la expedición de un Decreto de Urgencia.²⁴
 - **Ley N° 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo:**
 - **Artículo 5.- Pretensiones**

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
 5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.²⁵
- **TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo Nro.017-93-JUS:**
 - **Artículo 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.** Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del

precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.²⁶

- **Código Civil – Pago de interés legal a falta de pacto:**

- **Artículo 1245°.-** Cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.²⁷

2.2 Precedentes jurisprudenciales:

- **STC 00102-2007-PC/TC – fundamento sexto:**

“6. Así, cuando deba efectuarse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia se deberá revisar si existe algún cuestionamiento al derecho reconocido al reclamante, pues de haberlo –a pesar de la naturaleza del proceso de cumplimiento– corresponderá su esclarecimiento. De verificarse que el derecho no admite cuestionamiento corresponderá amparar la demanda; por el contrario, cuando el derecho sea debatido por algún motivo, como por ejemplo por estar contenido en un acto administrativo inválido o dictado por órgano incompetente, la demanda deberá desestimarse, en tanto el acto administrativo carece de la virtualidad suficiente para configurarse en un mandato por no tener validez legal. En este supuesto, el acto administrativo se ve afectado en su validez, al sustentarse en normas que no se ciñen al marco legal previsto para el otorgamiento del beneficio, lo que significa que no contienen un derecho incuestionable”²⁸.

- **STC 00411-2011-PC/TC – fundamento doce:**

“12. El fundamento en el cual se sustenta la Resolución Ejecutiva Regional 321-2010-GRL-P para reconocer la nivelación de la subvención alimenticia es que “el derecho materia de reclamación se originó al momento de cese del recurrente, es decir muchos años antes de que se expidieran la Ley N.º 28389 y la Ley N.º 28411, por lo que al tener la calidad de derecho adquirido resulta factible estimar en parte la reclamación en cuanto a la subvención alimenticia por tener las características de irrenunciables.” Tal alegación, sin embargo, resulta contraria al criterio que este Tribunal viene utilizando al resolver controversias de la misma naturaleza y que en este caso debe ser reiterado, en el

sentido de que la nivelación pensionaria no constituye por razones de interés social un derecho exigible. La inexigibilidad, como lo ha precisado este Tribunal, reposa en dos situaciones. Por un lado, la proscripción de la nivelación pensionaria a partir de la Ley de Reforma Constitucional; y por el otro, la sustitución de la teoría de los derechos adquiridos conforme al artículo 103 de la Constitución. De ahí que no pueda avalarse la tesis de la Administración, que basa el reconocimiento de la nivelación en su calidad de derecho adquirido originado al momento del cese”²⁹.

- **STC 0168-2005-PC/TC – fundamentos trece y catorce:**

“13. Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, este Colegiado ha afirmado que “(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente”³⁰.

“14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario”³¹.

- **STC 3992-2006-PA/TC – fundamento cuarto: referente:**

“4. Sin embargo, este derecho a la nivelación de las pensiones quedó proscrito a partir de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, realizada a través de la Ley N.º 28389, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de noviembre de 2004, por cuanto prohíbe la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. No obstante, ello es necesario precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento jurídico 116 de la STC 0050-2004-AI (acumulados) que un pensionista "tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional"³².

- **STC 3132-2012-AC/TC – fundamento quinto: referente:**

“5. Que fluye de autos que el mandato cuyo cumplimiento se solicita está sujeto a controversia compleja, pues, tal como lo han señalado las instancias judiciales, de autos no es posible determinar con certeza si al actor le corresponde la bonificación solicitada por haber laborado en condiciones excepcionales de trabajo. Por otro lado, si bien se ha precisado que en realidad solicita el recálculo de la bonificación demandada, también en otras vías se debe determinar el derecho y el monto que le correspondería en caso de que se estime su pedido, que incluso en el caso concreto inicialmente fue denegado (SSTC Nro. 5057-2011-PA/TC, 0314-2008-PC/TC, 1201-2006-PC/TC, 6783-2005-PC/TC). Por último, en cuanto a la pretensión del pago de una bonificación del 50% sobre la remuneración total en épocas declaradas en emergencia desde el 1 de enero de 1991, esta es una cuestión que no corresponde ser resuelta en el marco del proceso constitucional de cumplimiento pues el monto en concreto de dicha bonificación está sujeto a controversia compleja y a interpretaciones dispares”³³.

- **STC 03975-2011-PA/TC – fundamento octavo: referente:**

“8. Finalmente, este Tribunal considera menester precisar que el goce de los derechos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derecho; consecuentemente cualquier otra opinión vertida con anterioridad por este Colegiado que haya estimado la prevalencia de la cosa decidida sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes”³⁴.

- **STC 07227-2005-PA/TC – fundamentos quinto y sexto: referente:**

“5. De esta forma la Constitución no solo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como el de los demandantes deba ser desestimado en tanto que no resulta posible, el día de hoy, disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada”.

“6. De lo anotado se concluye que actualmente el instituto de la nivelación pensionaria, previsto para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley 20530, en aplicación de la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye, por razones de interés social, un derecho exigible”³⁵.

- **CAS. N° 652-2012 LIMA – fundamentos décimo y décimo primero:**

“10. Que, en cuanto al cumplimiento de un acto administrativo; que dentro de sus disposiciones contiene un derecho reconocido por la Administración a favor del demandante (nombramiento como servidor público): Al respecto, debe sostenerse que no cabe evaluar la procedencia o no de dicho derecho en un proceso como éste, cuya finalidad es sólo ordenar a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada en virtud del acto administrativo firme.(...)”

“11. Que, efectivamente, realizar lo contrario, implicaría dejar de lado la calidad de “cosa decidida” de la actuación administrativa materia de autos, contrario a lo estipulado en el artículo 139° inciso 2) de la Constitución Política del Estado (...)”³⁶.

- **STC EXP. N.º 1049-2003-AA/TC – Fundamento cuarto: referente:**

“4. (...) este Tribunal tendría que utilizar la interpretación que mejor favoreciera a la protección de los derechos constitucionales. Esta opción responde al principio pro homine, según el cual corresponde interpretar una regla concerniente a un derecho humano “del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección (...)”³⁷.

- **Casación 435-2008- Arequipa:**

“La norma que debe aplicarse al caso de autos es el artículo 48° de la Ley N° 24029 y no el artículo 10° del D.S. N° 051-91-PCM”³⁸.

- **Casación 9887-2009-Puno:**

“La bonificación especial por preparación de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total, conforme lo dispone el artículo 48° de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por Ley N° 25212, concordante con el artículo 210° del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado) y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”³⁹.

- **Casación 9890-2009 - Puno:**

“al tratarse de una bonificación que es exclusivamente percibida por los servidores comprendidos en la Ley del Profesorado, la normatividad legal que le resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley N° 24029 y su modificatoria N° 25212, así como su Reglamento aprobado por DS 19-90-ED y no así el DS 051-91-PC”⁴⁰.

Precedente Vinculante

- **Casación 6871-2013 Lambayeque – Precedente Judicial Nro. 02-2015-2da. SDCST – precedente vinculante:**

“Décimo Tercero: Precedente Judicial respecto a la aplicación de la norma pertinente para el cálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación. Esta Sala Suprema, teniendo en cuenta los fundamentos

expuestos, establece como precedente judicial vinculante de carácter obligatorio el criterio jurisprudencial siguiente:

Para determinar la base de cálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación, se deberá tener en cuenta la remuneración total o íntegra establecida en el artículo 48° de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212 y no la remuneración total permanente prevista en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”⁴¹.

“Décimo Cuarto: Supuestos de aplicación del precedente

a) Calidad de pensionista del demandante:

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos que forman parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos y que han sido debidamente ratificados por nuestro país, por tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad de obligatorio cumplimiento por todos los magistrados.

De estas normas internacionales, se desprende la obligación que tienen todos los estados partes de respetar y garantizar el derecho a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales y por lo tanto la prohibición de la regresividad o desconocimiento de los derechos que ya han sido reconocidos a los ciudadanos.

Por el principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales no puede desconocerse que la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación, que fue reconocida a favor de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530, forme parte de la pensión que desde el año mil novecientos noventa se les viene abonando, debiendo únicamente corregirse la base de cálculo al haber sido reconocida por la administración.

En tal sentido, cuando en un proceso judicial, el pensionista peticione el recálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación que viene percibiendo por reconocimiento de la administración, el juzgador no podrá desestimar la demanda alegando la calidad de pensionista del demandante, pues, se le ha reconocido como parte integrante de su pensión la

bonificación alegada y constituiría una flagrante transgresión a los derechos del demandante el desconocer derechos que fueron reconocidos con anterioridad de la vigencia de la Ley N° 28389.

b) Nivelación de pensiones:

La demanda sustentada en un recálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación en la medida que el demandante lo venga percibiendo, no constituye una nivelación pensionaria; se trata simplemente de un recálculo de una bonificación que se estuvo otorgando en base a la remuneración total permanente debiendo corresponder que esta se calcule en base a la remuneración total o íntegra; en tal sentido, el juzgador no podrá declarar la improcedencia de la demanda al amparo de que la pretensión demandada constituye una nivelación de pensiones.

c) Cumplimiento de una Resolución Administrativa Firme:

En el supuesto que la demanda se sustente en la ejecución de una resolución administrativa con la calidad de cosa decidida, en la que se reconozca el cálculo de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48° de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212, cuyo cumplimiento se solicita a través de un proceso judicial; el órgano jurisdiccional está en la obligación de admitir a trámite la demanda luego de verificar los requisitos de procedencia de la demanda – requiriendo a la emplazada el cumplimiento de la obligación, no pudiendo el juzgador entrar a analizar de oficio la validez de la resolución administrativa materia de ejecución, al tener la calidad de firme, mandato que la obligada no puede supeditar su cumplimiento a la disponibilidad presupuestal, pues, dicha conducta resulta irrazonable y pone de manifiesto una actitud insensible por parte de los funcionarios llamados a cumplirla, lo cual supone una resistencia a acatar las disposiciones legales, situación que debe ser rechazada por el juzgador a través de las acciones legales pertinentes, tal como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en las Sentencias Nos. 3149-2004-AC de fecha veinte de enero de dos mil cinco y 1203-2005-PC de fecha treinta y uno de enero de dos mil seis”⁴².

- **Pleno jurisdiccional distrital laboral en materia contencioso administrativo laboral y previsional – Arequipa 2014 – 20/06/2014:**

Tema: Bonificación por Preparación de Clases y el Docente Cesante del Decreto Legislativo Nro. 20530.

Sub tema uno: Docente cesado antes de la vigencia de la norma (21 mayo 1990).

Conclusión:

Vía nulidad o cumplimiento de la ley

No procede que perciban este beneficio en razón a que debe analizarse la virtualidad de la resolución emitida, pues tal cesante a la vigencia de la norma no se encontraba en calidad de activo en consecuencia, no percibía remuneración referente en base al cual se efectúa el cálculo para su otorgamiento.

Vía cumplimiento de resolución administrativa en proceso contencioso administrativo

No procede que perciban este beneficio en razón a que debe analizarse la virtualidad de la resolución emitida, pues tal cesante a la vigencia de la norma no se encontraba en calidad de activo en consecuencia, no percibía remuneración referente en base al cual se efectúe el cálculo para su otorgamiento.

Sub tema dos: Docente cesado después de la vigencia de la norma (21 mayo 1990).

Conclusión:

Vía nulidad o cumplimiento de la ley

Sí les corresponde luego del cese en adelante, por la naturaleza pensionable de la bonesp y por haber comenzado a percibirlo cuando aún se encontraban activos, por lo que no se trata de nivelación sino sólo de recálculo del monto que realmente corresponde.

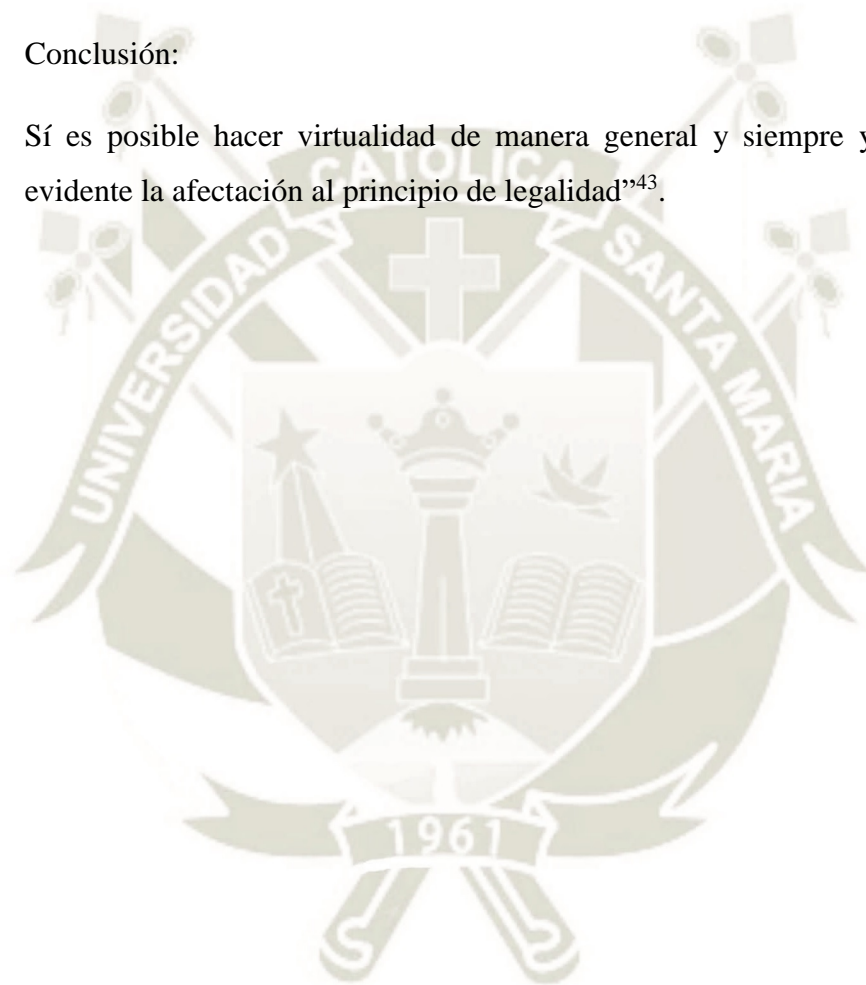
Vía cumplimiento de resolución en proceso contencioso administrativo

Sí les corresponde luego de la resolución que determina el recalcu en adelante, por la naturaleza pensionable de la bonesp y por haber comenzado a percibirlo cuando aún se encontraban activos, por lo que no se trata de nivelación sino solo de recalcu del monto que realmente corresponde.

Sub tema tres: virtualidad

Conclusión:

Sí es posible hacer virtualidad de manera general y siempre y cuando sea evidente la afectación al principio de legalidad²⁹⁴³.



CAPITULO TERCERO: ANALISIS DEL EXPEDIENTE

3. Análisis del expediente:

3.1 Pronunciamientos judiciales:

3.1.1 *Pronunciamiento de primera instancia:*

Conforme fluye de la Sentencia Nro. 099-2014, el Quinto Juzgado de Trabajo Arequipa, emitió pronunciamiento declarando infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por doña Norma Zoraida Carbajal Borda en contra de la UGEL Arequipa Sur, con emplazamiento del Procurador Público del Gobierno Regional de Arequipa, por las siguientes razones:

- Que la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación corresponde ser calculada sobre la remuneración total permanente y no sobre la remuneración total.
- Conforme al artículo 48° de la Ley del Profesorado Nro. 24029 que entró en vigencia a partir del 20-05-1990, fecha en que fue modificado por Ley Nro. 25212, corresponde el otorgamiento de la Bonificación Especial por preparación de clases y evaluación a los docentes en actividad y no a los cesantes.
- Que al haber cesado la demandante mediante Resolución Directoral Nro. 0652 con fecha 01-04-1987, es decir antes de la entrada en vigencia del art. 48°, 20-05-1990, en mérito a la Ley Nro. 25212, no le es aplicable la bonificación solicitada.
- Que los docentes que cesaron antes de la vigencia de la acotada norma - Ley Nro. 25212, no percibían remuneración sino pensión y en consecuencia, el artículo 48°, que hace referencia a la remuneración total, no les resulta de su aplicación, ya que a la fecha de su vigencia percibían pensión.
- Conforme a reiterada jurisprudencia, se ha establecido que la bonificación por preparación de clases corresponde a los docentes en actividad y no a los cesantes.

3.1.2 Pronunciamiento de segunda instancia:

- Conforme fluye de la Sentencia de Vista Nro. 1259-2014-2SL – Resolución Nro. 06-2SL, la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la Sentencia Nro. 99-2014 que resolvió declarar infundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por Norma Zoraida Carvajal Borda en contra de la Unidad de Gestión Educativa Local Arequipa Sur, por los siguientes fundamentos:
- La Resolución Directoral Nro. 06108 numeral 3 que otorgó a la demandante la bonificación por preparación de clases y evaluación, es un acto administrativo sujeto a controversia, no siendo viable reclamar su ejecución vía proceso de cumplimiento.
- Que la demandante tiene la calidad de cesante comprendida en el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530 desde el 31-03-1987 y bajo la vigencia de la Ley del Profesorado Nro. 24029, por eso se procedió a nivelar su pensión en la forma prevista en la Ley Nro. 23495, pero dado que esta última Ley ha sido derogada por la Ley Nro. 28449, no resulta atendible lo peticionado por la demandante, considerando que la nivelación de pensiones ha sido cerrada por la modificatoria del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, no constituyendo, por razones de interés social, un derecho exigible.

3.1.3 Pronunciamiento - casación:

- Mediante Resolución Nro. 1815-2015-Arequipa, La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República declaró fundado el recurso de casación y en consecuencia casaron la sentencia de vista contenida en la Resolución Nro. 1259-2014-2SL y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución Nro. 06 de fecha 25-02-2014 reformándola la declararon fundada, en consecuencia ordenaron a la entidad demandada expida nueva resolución a favor de la actora efectuando el nuevo cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base al 30% de la remuneración total o íntegra, desde el 21-05-1990 en

adelante más el pago de devengados, deduciendo los montos ya percibidos por este concepto, por los siguientes fundamentos:

- Que la sentencia de vista no tuvo en cuenta la aplicación del principio de la especialidad, según el cual una norma especial prima sobre la norma general; por lo que, respecto a la bonificación especial por preparación de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total conforme lo dispone el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley Nro. 25212, concordante con el artículo 210° del Decreto Supremo Nro. 019-90-ED, Reglamento de la Ley del Profesorado y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM.
- Que la sentencia de vista no ha valorado que la demandante ya viene percibiendo la bonificación por preparación de clases y evaluación en su pensión de cesantía incluyendo entre otros conceptos, la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación, bajo el rubro “bonesp” por S/. 24.06, la misma que ha sido calculada sobre la remuneración total permanente, no siendo procedente evaluar si le corresponde o no dicha bonificación, sino verificar que esté siendo otorgada conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema.
- Que, conforme a la Ley Nro. 28449 sobre nuevas reglas para el régimen previsional del Decreto Ley Nro. 20530, no corresponde un recálculo mensual de la pensión del demandante sino que estando a su condición de cesante, dentro del régimen previsional del Decreto Ley Nro. 20530, le asiste el derecho a que el cálculo de su pensión definitiva de cesantía tenga en cuenta la incidencia del concepto de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en su remuneración de referencia, en el porcentaje del 30% de la remuneración total, hasta antes de la vigencia de la Ley Nro. 28449, percibiendo este concepto de manera permanente en su pensión de cesantía, más reconocimiento de devengados e intereses.

3.2 Análisis del caso:

Conforme fluye del escrito de demanda, se formula como petitorio a) La nulidad de las resoluciones fictas denegatorias del pago de la Bonificación Especial Mensual

por Preparación de Clases y Evaluación, equivalente al 30% de la remuneración mensual total o íntegra, más el pago de devengados e intereses legales, desde mayo de 1990 en adelante; y b) Vía nivelación pensionaria se ordene a la administración el cumplimiento de la Resolución Directoral Nro. 06108 mediante la cual la demandada reconoció el otorgamiento de dicha bonificación a la demandante.

En ese sentido, el petitorio refleja el pedido de nulidad de las resoluciones administrativas denegatorias fictas y reconocimiento de un derecho vía proceso de cumplimiento.

Que, siendo tal la delimitación del pedido formulado, corresponde analizar los requisitos normativamente previstos que debieron delimitar el pronunciamiento emitido en la competencia judicial.

Que, conforme a lo previsto en el inciso 4 del artículo 5° del TUO de la Ley Nro. 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo – aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 013-2008-JUS, en el proceso de cumplimiento se podrán plantear pretensiones con el objeto de que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la Ley o en virtud de un acto administrativo firme. En consecuencia, dicha premisa normativa prevé como presupuestos para proceder en tal vía procedimental, que la pretensión se sustente en la existencia de mandato expreso de ley o un acto administrativo firme que debe ser acatado por la administración; y respecto a cuyo cumplimiento, se advierte renuencia del ente administrativo.

Además, la pretensión de cumplimiento de una resolución administrativa firme implica la existencia de un acto administrativo cuya validez no ha sido cuestionada, conforme lo establece el artículo 9° del TUO de la Ley Nro. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir al no haber sido declarado nulo en sede administrativa ni judicial, es obligatorio su cumplimiento por parte de la Administración, en aplicación del principio de ejecutoriedad.

Que en esa línea y para el caso específico materia de análisis cabe citar el precedente vinculante Nro. 02-2015-2da.SDCST en cuyo inciso c) del considerando décimo cuarto, se precisa: “En el supuesto que la demanda se sustente

en la ejecución de un resolución administrativa con la calidad de cosa decidida, en la que se reconozca el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado, modificada por la Ley Nro. 25212, cuyo cumplimiento se solicita a través de un proceso judicial, el Órgano Jurisdiccional está en la obligación de admitir a trámite la demanda – luego de verificar los requisitos de procedencia - requiriendo a la emplazada el cumplimiento de la obligación, no pudiendo el juzgador entrar a analizar de oficio la validez de la resolución administrativa materia de ejecución, al tener la calidad de firme (...)”.

En ese contexto, resolviendo la pretensión formulada sobre cumplimiento de la Resolución Directoral Nro. 06108, debió emitirse pronunciamiento amparándola y en ese sentido, disponer su ejecución – luego de la verificación de requisitos de procedencia – sin entrar a analizar o cuestionar la validez del indicado acto administrativo por tener la calidad de firme, considerando que la indicada Resolución Directoral Nro. 06108 no fue materia de cuestionamiento por la instancia administrativa que la emitió.

No obstante ello, en primera y segunda instancia judicial, si bien se dictó pronunciamientos considerando la pretensión como proceso de cumplimiento de la Resolución Directoral Nro. 06108, se ingresó a analizar de oficio su validez, cuestionando la virtualidad del acto administrativo.

Que, pese al indicado precedente judicial vinculante, en los pronunciamientos de primera y segunda instancia se ingresó a analizar de fondo y de oficio la validez de la Resolución Directoral Nro. 06108 y el análisis realizado concluye en la inexistencia de virtualidad de dicho acto administrativo, lo que se considera incorrecto por los argumentos que a continuación se expone:

- Que, para el análisis se deben tener en cuenta los siguientes datos:
 - Mediante Resolución Directoral Nro. 0652 de fecha 01-04-1987, se dispuso el cese de la demandante bajo el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530, a partir del 31-03-1987.
 - Mediante Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012, artículo 1ro, numeral 3, rectificando la Resolución Directoral Nro. 02472-2012-

UGEL-AS, se dispuso el otorgamiento de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total de la demandante, correspondiendo el monto de S/. 264.00.

- Boleta de pago de la demandante correspondiente al mes de enero del 2013, calificada como cesante docente nivelable, siendo uno de los conceptos percibidos la indicada bonificación en el rubro “Bonesp” y por el monto de S/. 24.06.
- Que, con fecha 20-11-1982 entró en vigencia la Ley Nro. 23495, norma que establecía la nivelación progresiva de las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al régimen del Seguro Social o a otros regímenes especiales, la que se efectuará con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías; señalando asimismo, en su artículo 5 que: cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad.
- La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, según Ley Nro. 28449 – Ley de Reforma Constitucional (vigente desde el 17-11-2004) señala: declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional y por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una UIT.

En consecuencia, la nivelación de pensiones quedó proscrita a partir de la reforma, por cuanto prohíbe la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario (STC Nro. 3992-2006-PA/TC). No obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado en el fundamento 116 de la sentencia STC Nro. 0050-2004-AI que un pensionista tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico constitucional.

Por tanto, la nivelación debía ampararse hasta el 17-11-2004, luego de esa fecha, debía regularse conforme lo prevea la respectiva norma.

- Que la demandante es cesante desde el 01 de abril de 1987 - en el marco del Decreto Ley Nro. 20530 -, siendo que la bonificación especial por preparación de clases y evaluación, la empezó a percibir - aunque en monto diminuto - en mérito a la pensión nivelable que ostenta y al amparo del artículo 48° de la Ley del Profesorado Nro. 24029 (vigente a partir del 20-05-1990).
- Que, entonces, al estar la demandante bajo los alcances del Decreto Ley Nro. 20530 y habiéndose encontrado percibiendo la bonificación demandada mucho antes del 2004 – aunque en monto menor al correspondiente -, fecha en que entra en vigencia la Ley Nro. 28449 – Ley de Reforma Constitucional – es que la indicada bonificación ha pasado a ser parte de su pensión de cesantía, convirtiéndose en un derecho adquirido del accionante, siendo que la limitación de la indicada Ley de Reforma Constitucional ya no le alcanzaría en la consideración que la bonificación demandada, es un concepto que ya venía percibiendo como parte integrante de su pensión y en mérito al régimen previsional en el que se encontraba.
- Que, al abordarse en este análisis en parte el tema pensionario – seguridad social –, cabe precisarse que el mismo conjuntamente con el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestaciones, o también denominados progresivos o programáticos, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. La ratio de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo».⁴⁴
- Por tanto, debe tenerse en cuenta que uno de los principios rectores del derecho pensionario es el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, contemplado en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos que forman parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos y que han sido ratificados por nuestro país, por tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad de obligatorio cumplimiento por los operadores de justicia.

En el ámbito de la normatividad nacional, La Constitución Política del Perú hace referencia a la progresividad de los derechos sociales en su artículo 10° al establecer que: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

- Al efecto, cabe tenerse en cuenta que no podrá recurrirse al argumento sobre la progresividad de los derechos sociales para denegar su defensa o protección, ni tampoco la satisfacción de su contenido mínimo. En este sentido, Landa Arroyo destaca la importancia de diferenciar entre la concepción de los derechos sociales como normas programáticas y su enfoque como derechos de aplicación progresiva pues, a su juicio, «[...] mientras que lo programático implica que los derechos sociales no constituyen más que simples declaraciones y, por ende, pueden ser respetados o no, el entenderlos como derechos progresivos comporta, ya de por sí, un deber ineludible para el Estado de proveer las condiciones materiales mínimas para su mayor realización posible» (Landa Arroyo, 2006, p. 45).⁴⁵
- En ese sentido, los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) dentro de los que se ubica el derecho pensionario, en tanto, denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos, implican derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que «las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente».⁴⁶
- En mérito a los puntos antes expuestos y bajo el contexto de análisis que establecieron la primera y segunda instancia jurisdiccional del proceso en cuanto a que para disponer vía cumplimiento la ejecución de un acto administrativo – en el caso materia de análisis respecto a la Resolución Directoral Nro. 06108 – demandaba que previamente esté acreditada la virtualidad de dicho acto, se puede concluir que:

El derecho que se demanda sobre reconocimiento de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total o íntegra exigida por la docente cesante, vía este proceso contencioso

administrativo de cumplimiento, sí tiene virtualidad y por lo mismo, debió declararse fundada la demanda y en ese sentido, ordenar que la entidad demandada cumpla con lo dispuesto por su propia administración mediante Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012 sobre reconocimiento de la indicada bonificación conforme al artículo 48 de la Ley 24029 – Ley del Profesorado, modificada por Ley 25212.

- Que en vía casación se resolvió declarando fundada la demanda, precisando que en este proceso delimitando la controversia, la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si corresponde o no otorgar a la demandante el recálculo o reintegro de la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación equivalente al 30% de la remuneración total o íntegra a partir del 21-05-1990, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado modificado por la Ley Nro. 25212, así como el periodo en que debía recibir dicha bonificación.
- Que en esa línea de reconocimiento de un derecho, vía casación, se centraliza el sustento de la sentencia en la fundamentación del principio de especialidad, recayendo el análisis en la contraposición del artículo 48° de la Ley Nro. 24029, Ley del Profesorado, modificado por Ley Nro. 25212 y el Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM, especificando que esta última es una norma de ámbito general destinada a regular los niveles remunerativos de todos los servidores del Estado, en tanto, la citada Ley constituye una norma que regula de manera especial los derechos y deberes de un sector determinado de la administración como son los profesores de la carrera pública; añadiendo que la Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación tiene su origen en un dispositivo con jerarquía superior y es exclusivamente percibida por los docentes, por lo tanto la normatividad legal que les resulta aplicable por razón de jerarquía y especialidad es la Ley del Profesorado.
- Concluye que atendiendo a la naturaleza de la norma, entonces, el artículo 10° del Decreto Supremo Nro. 051-91-PCM no puede modificar el beneficio contenido en el artículo 48° de la Ley Nro. 24029, pues el citado Decreto Supremo, al haberse extendido en el tiempo no ha cumplido el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario y temporal que le otorga fuerza de ley. En ese sentido, se apeló al pronunciamiento del Tribunal Constitucional contenido en el expediente Nro. 00007-2009-AI/TC a través del cual

realizando control de constitucionalidad de diversos Decretos de Urgencia, se precisa que tales normas deben responder a criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad concluyendo, finalmente, que el otorgamiento de beneficios previstos por Ley, no pueden modificarse a través de un decreto de urgencia, pues ello resulta inconstitucional.

- Que bajo el contexto de proceso de cumplimiento y observando los precedentes vinculantes establecidas por la propia instancia judicial, correspondía sin mayor análisis la aplicación del precedente Nro. 02-2015-2da-SDCST, de fecha 23-04-2015, contenido en la casación Nro. 6871-2013, en cuyo inciso c) del considerando décimo cuarto, se precisa: “En el supuesto que la demanda se sustente en la ejecución de un resolución administrativa con la calidad de cosa decidida, en la que se reconozca el cálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado, modificada por la Ley Nro. 25212, cuyo cumplimiento se solicita a través de un proceso judicial, el Órgano Jurisdiccional está en la obligación de admitir a trámite la demanda – luego de verificar los requisitos de procedencia - requiriendo a la emplazada el cumplimiento de la obligación, no pudiendo el juzgador entrar a analizar de oficio la validez de la resolución administrativa materia de ejecución, al tener la calidad de firme (...)”.

Por tanto, bajo tal pronunciamiento de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, la Sala Suprema debió declarar fundada la demanda disponiendo el cumplimiento de la Resolución Directoral Nro. 06108, al constituir acto administrativo firme, no sujeto a cuestionamiento.

- Cabe precisar, que en todo caso, si la Sala consideró correcto emitir pronunciamiento bajo el contexto de reconocimiento de un derecho, también debió observar lo indicado en el citado precedente, vigente a la fecha en que se emitió la casación y en ese sentido, no centralizar la fundamentación de sentencia en la aplicación o no del principio de especialidad, porque ello ya estaba definido y más bien, especificar la correspondencia del derecho tomando en cuenta el inciso a) del décimo cuarto considerando sustentado en el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

- Asimismo, en el contexto de determinar la correspondencia del derecho, es ineludible tener en cuenta la aplicación del principio pro homine, ante un supuesto de pluralidad de normas aplicables o interpretaciones sobre estas, se debe optar siempre por aquella norma que garantice de la manera más efectiva extensa posible los derechos fundamentales reconocidos, es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma; en ese sentido, el Tribunal Constitucional refiere que dicho principio implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales.⁴⁷
- Relievase en ese sentido que la persona es el presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, la dignidad de la persona, como principio – derecho, es el sustento de su existencia. Por tanto, la persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular y los de la sociedad, en general.⁴⁸

CONCLUSIONES

- En caso se demande, vía proceso de cumplimiento, la ejecución de una resolución administrativa con la calidad de cosa decidida, sobre bonificación especial por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48° de la Ley Nro. 24029 – Ley del Profesorado, modificada por la Ley Nro. 25212, corresponde requerir a la emplazada el cumplimiento de la obligación, no pudiendo el Órgano Jurisdiccional ingresar a analizar de oficio la validez – virtualidad – de la resolución administrativa materia de ejecución.
- Si un docente cesante se encuentra bajo los alcances del Decreto Ley Nro. 20530, percibiendo el concepto “bonificación especial por preparación de clases y evaluación” mucho antes del 2004 – aunque en monto diminuto -, fecha en que entra en vigencia la Ley Nro. 28449 – Ley de Reforma Constitucional –, se considera que la indicada bonificación ha pasado a ser parte de su pensión de cesantía, convirtiéndose en un derecho adquirido del accionante y en consecuencia, la limitación de la indicada Ley de Reforma Constitucional – en cuanto prevé que la nivelación de pensiones quedó proscrita a partir de la reforma, prohibiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario – ya no le alcanzaría en la consideración que la bonificación demandada, es un concepto que ya venía percibiendo como parte integrante de su pensión y en mérito al régimen previsional en el que encontraba.
- La Bonificación Especial por Preparación de Clases y Evaluación es viable de reconocimiento a un docente cesante, siempre que hubiere estado percibiendo dicho beneficio con anterioridad y al amparo del régimen del Decreto Ley Nro. 20530, no pudiéndose denegar o desconocer su reconocimiento, por el sólo hecho de tener tal condición laboral y más aun considerando el principio de progresividad y no regresividad de derechos fundamentales.
- La demanda sustentada en el recálculo de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación en la medida que el demandante lo venga percibiendo no constituye una nivelación pensionaria.

- El derecho que se demanda sobre reconocimiento de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total o íntegra requerido por un docente cesante, sí tiene virtualidad y por lo mismo, es un derecho válidamente exigible; en consecuencia, la Resolución Directoral Nro. 06108 de fecha 06-09-2012 sobre reconocimiento de la indicada bonificación conforme al artículo 48 de la Ley 24029 – Ley del Profesorado, modificada por Ley 25212, reconocida a la demandante, es válidamente exigible, lo que se hace constar, aún en el supuesto negado que en la vía procedimental de cumplimiento para disponer la ejecución del acto administrativo se debe analizar la virtualidad de l derecho demandado.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Expediente Contencioso Administrativo Nro. 06016-2013-0-0401-JR-LA-05 – Demandante: Norma Zoraida Carbajal Borda – Demandado: Gobierno Regional de Arequipa – UGEL SUR.
- 2 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Artículo 48° de la Ley Nro. 24029 - Ley del Profesorado y su modificatoria Nro. 25212.
- 3 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Decreto Supremo N° 051-91-PCM.
- 4 Notas Jurisprudenciales – Revista de la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo – Nro. de Edición 1, Jurisprudencia en Materia Laboral. 2013-09-16.
- 5 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 23495 – Nivelación Progresiva de las Pensiones de los cesantes y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al Régimen del Seguro Social o a otros Regímenes Especiales.
- 6 Casación N° 1579-2010 Junín.
- 7 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú 1993.
- 8 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú 1993.
- 9 Párrafo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 28389, publicada el 17-11-2004.
- 10 La Constitución comentada – Análisis artículo por artículo – Obra Colectiva escrita por 166 destacados juristas del país – Director Walter Gutiérrez. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013, César Puntriano Rosas. pág. 597.
- 11 La Constitución comentada – Análisis artículo por artículo – Obra Colectiva escrita por 166 destacados juristas del país – Director Walter Gutiérrez. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013, César Puntriano Rosas. pág. 598.
- 12 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú 1993 – art. 103° Artículo sustituido por el Artículo 2 de la Ley N° 28389, publicada el 17-11-2004.
- 13 Disposición sustituida por el Artículo 3 de la Ley N° 28389, publicada el 17-11-2004.

- 14 La Constitución comentada – Análisis artículo por artículo – Obra Colectiva escrita por 166 destacados juristas del país – Director Walter Gutiérrez. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013, César Abanto Revilla. pág. 1163.
- 15 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 28449 - Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 art. 1°.
- 16 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 28449 - Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 art. 4°.
- 17 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 28449 - Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 art. 6°.
- 18 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 29944 – Ley de Reforma Magisterial, art. 1°.
- 19 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley Nro. 29944 – Ley de Reforma Magisterial, Décima Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final y Derogatoria.
- 20 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú – (principios) – art. 10°.
- 21 La Constitución comentada – Análisis artículo por artículo – Obra Colectiva escrita por 166 destacados juristas del país – Director Walter Gutiérrez. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Enero 2013 – César Puntriano Rosas. Pág. 592.
- 22 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú – (principios) – art. 139°.
- 23 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Constitución Política del Perú – (Decretos de Urgencia), art. 118°.
- 24 Constitución Política comentada, Gaceta Jurídica, Omar Cairo Roldán. pág. 872-873.
- 25 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Ley N° 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, art. 5°.
- 26 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo Nro.017-93-JUS, art. 22°.

-
- 27 <https://spijweb.minjus.gob.pe/> - Código Civil – art. 1245° Pago de interés legal a falta de pacto.
 - 28 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 00102-2007-PC/TC.
 - 29 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 00411-2011-PC/TC.
 - 30 Exp. N.º 0191-2003-AC, fundamento 6.
 - 31 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 0168-2005-PC/TC.
 - 32 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 3992-2006-PA/TC.
 - 33 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 3132-2012-AC/TC.
 - 34 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 03975-2011-PA/TC.
 - 35 <https://www.tc.gob.pe/> - STC 07227-2005-PA/TC.
 - 36 <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo> - CAS. N° 652-2012 LIMA.
 - 37 <https://www.tc.gob.pe/> - STC EXP. N° 1049-2003-AA/TC.
 - 38 <https://vlex.com.pe/vid/650804633> - Casación 435-2008- Arequipa.
 - 39 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect> - Casación 9887-2009-Puno.
 - 40 <https://vlex.com.pe/vid/696082601> - Casación 9890-2009 - Puno.
 - 41 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect> - Casación 6871-2013 Lambayeque – Precedente Judicial Nro. 02-2015-2da. SDCST, fundamento décimo tercero.
 - 42 <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect> - Casación 6871-2013 Lambayeque – Precedente Judicial Nro. 02-2015-2da. SDCST, fundamento décimo cuarto.
 - 43 <https://www.pj.gob.pe> _ plenos_jurisdiccionales.
 - 44 <https://www.tc.gob.pe/> - (STC 011-2002-AI/TC)
 - 45 La extensión del catálogo de derechos fundamentales. Los derechos sociales: naturaleza jurídica y exigibilidad. Carlos Blancas Bustamante. <http://vlex.com.pe/vid/382400210>.
 - 46 <https://www.tc.gob.pe/> - Expediente 1417-2005-AA/TC.

-
- 47 <https://www.tc.gob.pe/> - STC N° 1049-2003-PA.
- 48 <https://www.tc.gob.pe/> - Expediente 0050-2004-AI/TC.



BIBLIOGRAFÍA

- Notas Jurisprudenciales – Revista de la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo – Nro. de Edición 1, Jurisprudencia en Materia Laboral. 2013-09-16.
- La extensión del catálogo de derechos fundamentales. Los derechos sociales: naturaleza jurídica y exigibilidad. Carlos Blancas Bustamante. <http://vlex.com.pe/vid/382400210>
- Código Procesal Constitucional, Samuel B. Abad Yupanqui, páginas 200-251 <http://vlex.com.pe>.
- Demanda de inconstitucionalidad contra la ley de reforma constitucional del sistema pensionario (presentado por el Estudio del Dr. Carlos Blancas Bustamante). Páginas: 231-320. <http://vlex.com.pe>.
- El diseño de la Constitución de 1993. Samuel B. Abad Yupanqui. Páginas: 24-72. <http://vlex.com.pe>.
- BERNAL PULLIDO, Carlos: Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Primera edición, Agosto 2003.
- ROBERT, Alexy, El Concepto y La validez del Derecho, Editorial Gedisa S.A., Primera edición, mayo de 1994.
- GARCIA DE ENTERRÍA , Eduardo, FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2006.
- MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, mayo 2018.
- GACETA CONSTITUCIONAL, Publicación mensual de Gaceta Jurídica, Tomo 106 – octubre 2016.
- GACETA JURIDICA, El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho, Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del derecho, primera edición, diciembre 2011.

-
- DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Primera Edición Peruana, Agosto 2005.

