

# UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

TITULO:

**“PARA EL PAGO DE UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ES NECESARIO  
PREVIAMENTE LA DETERMINACIÓN CORRECTA DE LA  
REMUNERACIÓN DE REFERENCIA”**

PRESENTADO POR LA BACHILLER:

**SALAS MONTESINOS CECILIA**

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

**ASESOR: YDA CABRERA CUETO**

LIMA – PERÚ

2019

## **DEDICATORIA**

Dedicado a mis hijos, quienes motivaron  
y motivaban mi vida; a mi esposo por su  
amor y apoyo incondicional.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi Dios, Rey de Reyes y Señor de Señores, quien en su voluntad me permitió escoger tan noble profesión. El cual deseo ejercerlo en su justicia perfecta.

## ÍNDICE

Índice.....	4
Resumen.....	5
Introducción.....	6

### CAPITULO I

#### MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes legislativos. Fuentes Normativas.....	8
1.2. Marco legal.....	12
1.3. Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero.....	16

### CAPITULO II

#### CASO PRACTICO

2.1. Planteamiento del caso.....	19
2.2. Síntesis del caso.....	19
2.3. Análisis y opinión crítica del caso.....	20

### CAPITULO III

#### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1. Jurisprudencia nacional.....	31
-----------------------------------	----

CONCLUSIONES.....	35
-------------------	----

RECOMENDACIONES.....	36
----------------------	----

REFERENCIAS.....	37
------------------	----

ANEXOS.....	38
-------------	----

Anexo 1.- Sentencia de primera instancia

Anexo 2.- Sentencia de segunda instancia

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como objeto analizar un proceso judicial en donde se discute la correcta determinación de la remuneración de referencia. Cabe precisar que los asegurados o pensionistas siempre aspiran a pensiones que se acerquen a su última remuneración antes de la fecha de cese, a efectos no generar desbalances económicos, post jubilacion. Es por ello que la correcta determinación de la pensión es un punto álgido que da lugar a diversas controversias. En muchos casos se presentan reiteradamente demandas para solicitar el recalcu de pensiones sin respetar las pensiones máximas o topes legales que resultan aplicables al momento de otorgar una pensión de jubilación. Así también, los asegurados peticionan el recalcu y correcta determinación de una pensión pero que no resulta acorde con los principios de sostenibilidad financiera y la intangibilidad del Fondo del Sistema Nacional de Pensiones. La controversia se inicia porque el demandante no está de acuerdo con la norma que aplica la Oficina de Normalización Previsional para recalcular la pensión. En el presente trabajo se analiza por un lado los criterios que vienen aplicando los operados jurisdiccionales sobre el cálculo de la pensión y por otro lado, se analiza los reales alcances de la categoría conceptual de sostenibilidad financiera desarrollada por el Tribunal Constitucional

Palabras claves: remuneración, asegurable. pensión, sostenibilidad, cálculo, topes, jubilacion.

## **INTRODUCCIÓN**

El Sistema Nacional de Pensiones en nuestro País adolece de una serie de problemas financieros que hacen que el pago de pensiones sea insostenible en el tiempo. El Gobierno Central ha implementado una serie de medidas y políticas para evitar que dichos problemas financieros se agudicen.

Es así que dentro de políticas pensionarias se ha establecido el régimen jurídico de pensiones contributivas, valer decir, que el trabajador adquiere el derecho a la pensión cuando acredita determinada edad de jubilación y acumula determinados años de aportes. A diferencia de lo que sucede en otros países del globo, en nuestro país no existe el régimen de pensión no contributiva, por lo menos con contenido general. Por ejemplo, en España, un ciudadano puede acceder a una pensión de jubilación sin acumular determinados años de aportes, basta acreditar que no tiene los medios económicos para sobrevivir.

Asimismo, de acuerdo con al criterio de sostenibilidad financiera se ha establecido que las pensiones deben ser otorgadas respetando determinados parámetros de cálculo, es por eso que existe un marco normativo que establece los criterios y metodología de calculo para la determinar la pensión.

Asimismo, el legislador ha desarrollado una serie de fórmulas legales a fin de sostener financieramente al Fondo del Sistema Nacional Pensiones. Es así que se ha establecido el reconocimiento de pensiones máximas que si bien no resultan acordes con el costo de vida de nuestro país sirven para resguardar las reservas previsionales. Es por ello que

independiente de lo que haya ganado el trabajador en su vida laboral la pensión estará sujeta a un máximo o tope legal

Este trabajo pretende analizar los pronunciamientos emitidos por las diversas instancias jurisdiccionales y los criterios aplicables en los casos en que se pretende un recalcule de la pensión.

La estructura del presente trabajo se divide en tres capítulos; el primer capítulo mencionamos el marco teórico, en la segunda parte; se analiza el caso judicial, en el capítulo tres se analiza jurisprudencia relacionado con el caso y por último aportamos nuestras conclusiones y recomendaciones del caso.

## **CAPITULO I**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **1.1.Antecedente Legislativos. Fuentes normativas**

En cuanto a la determinación de la pensión hay que observar a la Ley 27617/27655. Dicha norma establece básicamente una nivelación o reajuste de la pensión mínima en correspondencia con los años de aportes. Es así que la DISPOSICIÓN TRANSITORIA Única del primer dispositivo legal citado (Ley 27617) establece que: “Pensión Mínima en el Sistema Nacional de Pensiones. Mediante la presente Ley, por única vez se fija, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 1º, que la pensión mínima en el Régimen del Sistema Nacional de Pensiones es de S/. 415,00 nuevos soles. Por su parte, el segundo dispositivo (Ley 27655) señala en su Artículo Único que el monto de la Pensión Mínima en el Régimen del Decreto Ley N° 19990 a que se refiere la Única Disposición Transitoria de la Ley N° 27617 recae sobre las pensiones percibidas con un mínimo de 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones. Los valores mínimos aplicables a las pensiones que no cumplan con el requisito de años de aportación señalado en el párrafo anterior, serán determinados con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 817.

Al respecto, debemos señalar que el inciso c) del Artículo 2 del Decreto Ley 25967 establece una regla general de cálculo, estableciendo un promedio bajo determinados parámetros que resultan de ineludible cumplimiento. Ahora bien, en caso de no cumplir a cabalidad dichos requisitos el precepto normativo ha establecido una excepción a la regla, que a la letra dice: “Si cualquiera de los casos mencionados en los incisos



precedentes, durante los meses especificados, no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios, razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos periodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados”. Lo cual quiere decir que si comprueban dichas excepciones se puede ampliar el periodo de referencia hasta encontrar aportaciones efectivas.

Por otro lado, en cuanto a la determinación de la pensión el Artículo 2 del Decreto Ley 25967, establece que el cálculo debe realizarse en base al promedio de las últimas remuneraciones asegurables según mes calendario en vez de las remuneraciones asegurables efectivamente percibidas. Al respecto, se debe realizar una interpretación sistemática de dicho artículo, estableciendo que el total de las remuneraciones asegurables percibidas por el asegurado en los últimos meses consecutivos (sin solución de continuidad) inmediatamente anteriores al último mes de aportación, ya no son consecutivos como regla general.

En efecto, artículo 2 del Decreto Ley N° 25967 establece una regla general de cálculo, estableciendo un promedio (meses) bajo determinados parámetros que resultan de ineludible cumplimiento. Así tenemos que, según su sentido gramatical, se ha determinado diversos requisitos para efectuar un cálculo correcto: i) periodo de referencia; ii) remuneración percibida en dicho periodo de referencia; iii) punto de partida constituido por el último mes de aportación.

Ahora bien, en caso de no cumplir a cabalidad dichos requisitos el precepto normativo ha establecido una excepción a la regla, que a la letra dice: “Si cualquiera de los casos

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

Como emerge de la interpretación correcta de la norma, el pensionista debió acreditar alguno de los supuestos a fin permitir su encuadramiento en la excepción contemplada.

Cabe precisar que el método de interpretación sistemática presupone que el sentido de una norma jurídica debe entenderse en armonía con el contexto de ordenamiento jurídico. Si esto es así, con mayor razón lo dispuesto por una norma debe interpretarse en armonía con su contenido.

En el caso de autos, no ha quedado debidamente acreditado que el actor durante los meses que le correspondía aportar no lo hizo por razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso.

Consideramos que el artículo 2 del Decreto Ley 25967 debe ser interpretada como una norma que fija una regla general de cálculo, estableciendo para tal efecto una serie de requisitos de ineludible cumplimiento, entre ellos el periodo de referencia. No obstante, el mismo dispositivo se encarga de precisar que ante la carencia de aportaciones en dicho periodo de referencia, excepcionalmente se podrá suplir dicho periodo con uno más amplio, siempre que el pensionista acredite y se encuentra encuadrado en los supuestos detallados en el precepto normativo. En este sentido, el real alcance es como sigue: “La remuneración de referencia se calculará teniendo en cuenta el promedio

mensual que resulte de dividir entre 24, 36 o 60, el total de las remuneraciones asegurables percibidas por el asegurado en los últimos meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación. Excepcionalmente, de no haberse aportado en el periodo de referencia, y siempre que se acredite un supuesto de enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados.”

Ahora bien, conforme es de apreciarse, la excepción contenida en dicho precepto normativo refuerza la regla general, sino no se explicaría por qué el precepto normativo pretende suplir la carencia de las aportaciones dentro del periodo de referencia cuando estamos frente a supuestos de carácter excepcional y restringido.

El artículo 78° del Decreto Ley 19990 estableció, fijando topes o parámetros máximos a las pensiones reguladas por tal Sistema Nacional de Pensiones, señalando en forma expresa que el máximo órgano del Seguro Social del Perú, encabezado por el Consejo Directivo, elaborará, en base a un estudio actuarial, una propuesta que será dirigida al Ministerio de Trabajo a fin de que se determina finalmente el tope máximo de las pensiones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones, el mismo que será determinado finalmente por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Con posterioridad se emitió el Decreto Ley 22847 de fecha 26 de Diciembre de 1979, donde se modificó el artículo 10° y 78° del Decreto Ley 19990, estableciendo la Pensión Máxima que pagará el Seguro Social a partir del 01 de Enero de 1980 a los pensionistas, la misma ascenderá a la suma equivalente al 80% de la cantidad fijada en el artículo 10 de la norma acotada. De igual manera, a través del Decreto Supremo N° 078-83-PCM,

en el artículo 2° se estableció que la pensión máxima a abonarse ascendería al 80% de siete y media remuneraciones mínimas vitales señaladas para la Provincia de Lima. De igual modo, mediante Decreto Supremo 034-84-PCM se estableció como tope la cantidad ascendente al 80% de 11 remuneraciones mínimas vitales para la Provincia de Lima. De igual manera, mediante Decreto Supremo N° 077-84-PCM de fecha 30 de Noviembre de 1984 se estableció en el artículo 4° que la remuneración de referencia o asegurable será la base de referencia sobre lo que deberá cotizarse, por cada trabajo, para los regímenes mencionados en el artículo anterior, será igual a diez veces el monto de la remuneración mínima asegurable mensual. El tope máximo de pensión que pagará el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy ONP, será el equivalente al monto de 80% del monto arriba acotado, de conformidad con lo prescrito en el Decreto Ley 19990. Asimismo, mediante Directiva No. 022-DE-IPSS-92 se fijó como Pensión máxima mensual la suma de S/. 576.00 nuevos soles que ascendía al 80% de 10 sueldos mínimos vitales para la Provincia de Lima.

## **1.2.Marco Legal**

### **Constitución Política del Perú**

Conforme lo señala el artículo 10° de la Carta Magna y en virtud del principio de economía social de mercado, el Estado debe procurar reconocer el derecho universal y progresivo de la seguridad social a todo ciudadano, lo cual le permitirá hacer frente a las contingencias reguladas normativamente.

Por su parte, el artículo 11° de la misma norma suprema establece que es parte del contenido constitucional protegido del derecho a la pensión, el libre acceso a las

pensiones. Dicho artículo de la Constitución ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional en sendos precedentes vinculantes, sobre todo en el Caso Anicama recaído en el Expediente 5189-2005-PA.

El artículo 12° otorga cobertura constitucional a los fondos y a las reservas de la seguridad social, otorgándoles carácter de intangibilidad, con lo cual ninguna institución pública y privada podrá darle un destino distinto para los que fueron creados, bajo responsabilidad de ley.

De los artículos precitados se desprende con claridad que el Derecho a la Pensión es un típico derecho de configuración legal, vale decir que para definir sus precisos alcances, contenidos y contornos necesita de normas legales de desarrollo, tarea que también le corresponde al Tribunal Constitucional a través de las sentencias emitidas como doctrina constitucional y sus precedentes vinculantes.

### **Decreto Ley 19990**

El artículo 8° señala que se considera remuneración asegurable el integro de lo que percibe el asegurado por los servicios que presta a su empleador, independiente del nombre que se le dé al monto contraprestativo de los servicios. Las únicas excepciones serán los conceptos no remunerativos que no sirven de base de cálculo para el pago de una pensión.

Por su parte, el artículo 10° establece que la remuneración de referencia sobre la que se calculará el pago de aportaciones, se determinará por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, teniendo en cuenta para ello la propuesta hecha por el Consejo Directivo de la Seguridad Social.

Dichos dispositivos leídos en forma sistemática permiten comprender que, si bien se establece un procedimiento o metodología de cálculo para determinar el monto de una pensión, en donde se toman en cuenta los parámetros personales y remunerativos del asegurado, siempre hay que tener presente que existe un máximo legal, al cual el cálculo final de la pensión deberá adecuarse.

### **Decreto Ley 25967**

El Decreto Ley 25967 en su artículo 3° continuó con el establecimiento de fijación de montos máximos por concepto de Pensión de Jubilación. Así tenemos que esta norma estableció que el tope máximo pensión que abona el órgano máximo de gestión de pensiones, ya sea del Régimen del Decreto Ley 19990 o similares, no podrá exceder de S/. 600.00 Soles. La modificación de su monto sólo podrá hacerse por Decreto Supremo, con voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo Directivo.

En este sentido, y como quiera que el demandante considera que su pensión inicial debe arrojar un monto mayor al calculado, debemos precisar que toda prestación previsional que otorga la ONP está sujeta a TOPE o PENSION MAXIMA. Ahora bien, debo señalar que en el supuesto negado que se efectúe un cálculo de su pensión tomando como referencia un nuevo parámetro remunerativo, no implicará en ningún caso una mejora de la Pensión, toda vez que el actor viene percibiendo una Pensión por la suma mensual de S/. 913.00 Nuevos Soles, esto es, muy por encima del monto señalado como tope máximo, independientemente del dispositivo legal aplicable.

En efecto, al caso sub materia es aplicación el tope previsto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 25967. De igual manera, mediante Decreto Supremo No. 106-97-EF de fecha 10

de Agosto de 1997, se estableció en forma taxativa que la Pensión Máxima que pagará la Oficina de Normalización Previsional por cualquiera de los regímenes pensionarios no podrá ser mayor de S/. 696.00 soles.

Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 056-99-EF de fecha 29 de abril de 1999 se incrementó la pensión máxima mensual en la suma de S/. 807.36 Nuevos Soles, siendo de aplicación a las pensiones que deben ser pagadas a partir del mes de junio de 1999.

Bajo este contexto, y tomando en cuenta la evolución de los topes pensionarios, al accionante se le otorgó la pensión de acuerdo a ley, tomando como referencia el Decreto de Urgencia 105-2001-EF, el mismo que ha fijado como monto máximo de las Pensiones de Jubilación en la suma de S/. 857.36 nuevos soles.

En consecuencia, habiendo establecido que existe estrecha vinculación o relación entre el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990 y la Pensión de Jubilación Minera conforme a la Ley 25009, es de colegir también que los presupuestos establecidos en el Decreto Ley 25967 es de aplicación para las pensiones reguladas por ambas normas. En efecto dicha cláusula se remite clara e imperativamente a todos los regímenes pensionarios que administra el IPSS, por lo que es fácil colegir que el trabajador minero de la Ley N° 25009 también se encuentra inmerso dentro de dicha condición y exigencia.

Es así que al caso materia de autos resulta de aplicación el artículo 1° del Decreto Ley 25967 que establece en forma expresa que: “Ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social podrá obtener el goce de pensión de jubilación si no acredita haber efectuado aportaciones por un período no menor de veinte años completos, sin perjuicio de los otros requisitos establecidos por la Ley”, de lo cual se concluye que dicho dispositivo legal de manera

tácita ha derogado cualquier otra disposición que establezca requisitos distintos a los señalados en aquella norma, por lo que queda claro que los presupuesto de esta norma también son aplicables a la Pensión de Jubilación Minera ( regulado por la Ley 25009), bajo el añadido que en la actualidad la Oficina de Normalización Previsional se encarga de la administración y pago de las prestaciones económicas derivadas de ambos regímenes pensionarios.

### **1.3 Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero**

#### **Actos administrativos**

En cuanto a los actos administrativos, de conformidad con lo normado por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos (artículo 1º, numeral 1.1) las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, siendo que el objeto o contenido del acto administrativo (artículo 5º, numeral 5.3) no debe contravenir en el caso concreto disposiciones Constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes, ni puede infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

La declaración de nulidad de los actos administrativos, conforme lo dispuesto por la Ley 27444, la validez del acto administrativo (artículo 8º) está condicionada a que su dictado se haya dado conforme al ordenamiento jurídico, presumiéndose su validez



(artículo 9º) en tanto la nulidad que se pretenda no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda; siendo que la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, entre otros, constituye *vicio* del acto administrativo (numeral 1.- del artículo 10º) que causa su nulidad de pleno derecho.

### **Derecho a la pensión**

A través del derecho a la pensión se otorga una prestación previsional para hacer frente al cese de la remuneración que el trabajador percibía fruto de la relación laboral, lo cual le permite cubrir las contingencias habituales producto del cese de su actividad productiva. El Estado como ente promotor del principio de economía social de mercado, debe crear un marco normativo que establezca las condiciones reales, asequibles y razonables para que los trabajadores en edad jubilación puedan cumplir con los requisitos concurrentes para el acceso a las pensiones, en sus diferentes modalidades, ello sin dejar el velar y garantizar el correcto funcionamiento de la entidad encargada de gestionar y administrar los fondos y el otorgamiento de las prestaciones.

En efecto, a pesar de que derecho a la pensión tiene alcance constitucional ello no quiere decir que es un derecho irrestricto e ilimitado, dado que es necesario que el asegurado acredite determinados requisitos legales. De igual forma, no es un derecho que se liquide o se calcule por iniciativa privada, dado que el sistema de calculo y el monto máximo será determinado por la norma material.

### **Sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Pensiones**

Es nuestro país existe un sistema dual de regímenes de pensiones, dado que tenemos un sistema privado de pensiones y un sistema público, sin embargo, los riesgos de

sostenibilidad y cobertura aún continúan. Es por ello que es necesario establecer un marco normativo que lo que proteja, siendo el mejor ejemplo en nuestro país el establecimiento pensiones contributivas y el establecimiento de pensiones máximas.

### **Pensiones Máxima**

En el sistema público de pensiones rigen como un límite del derecho a la pensión los principios de equilibrio presupuestal y sostenibilidad financiera, de modo tal que no podrían otorgarse pensiones demasiado elevadas que terminen generando un desfinanciamiento del mismo sistema o pongan en riesgo la capacidad del Estado de asegurar el otorgamiento de las pensiones futuras (Landa 2018: 158)

## **CAPITULO II**

### **CASO PRÁCTICO**

#### **2.1. Planteamiento del caso**

Este caso pone en evidencia la necesidad de todo trabajador, llegada la edad jubilación, de aspirar a una pensión justa, digna y equitativa que le permita cubrir sus necesidades básicas. Es por ello que en su demanda el actor pretende la inaplicación de una norma no es favorable para sus intereses. En efecto, en el marco normativo previsional existen una serie de dispositivos que establecen variados criterios de cálculo, dependiendo del que se utilice se podrá obtener una mayor o menor pensión. En cualquier caso, la decisión administrativa o judicial que se adopte deberá tener presente la sostenibilidad financiera del fondo de pensiones.

#### **2.2. Síntesis del caso**

El demandante considera que ha vulnerado su derecho a una pensión justa, es por ello que se plantea una demanda en la vía contenciosa administrativa, dado que considera que se ha vulnerado su derecho fundamental a la pensión. El actor considera que el cálculo de la pensión no se ajusta a lo establecido legalmente, en consecuencia, afecta su derecho a la pensión. En el presente caso no está en discusión el acceso a una pensión, dado que la propia Oficina de Normalización Previsional ha reconocido una prestación adicional, sino lo que se discute es si el monto reconocido es el correcto.

### **2.3. Análisis y opinión crítica del caso**

El demandante solicita como pretensión que se declare nula la resolución administrativa que le otorga una pensión por un monto ínfimo. Considera que su pensión está mal calculada y mal calificada.

En cuanto a la norma que estaría incumpliendo la administración, se invoca el Decreto Ley N° 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992. El mismo que en su artículo 2°, regula la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia, estableciendo tres supuestos diferentes, para aquellos que aportaron 20, 25 y 30 años de aporte. Así para aquellos que aportaron un número igual o mayor a 30 años de aportes (como es el caso del demandante). El literal “a” establece lo siguiente: “Para los asegurados que hubieran aportado durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación”.

Como es de verse, para efectos de calcular la remuneración de referencia, para los casos que aportaron un número igual mayor a 30 años de aporte, se debe tener en cuenta, las 36 remuneraciones asegurables inmediatamente anteriores al último mes de aportación. Para el cálculo, se debe tener en cuenta solo las remuneraciones asegurables, por la razón, que estas generan la obligación de aportar al Sistema Nacional de Pensiones. Debe enfatizarse, que los meses calendarios no son base de cálculo de la remuneración de referencia, porque estas no generan obligación de aportar.

Cabe recordar que, para los fines del Sistema Nacional de Pensiones, se considera remuneración asegurable el total de las cantidades percibidas por el asegurado por los servicios que presta a su empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se les dé, con las excepciones de: a). Las gratificaciones extraordinarias, b). Asignación Anual sustitutoria del régimen de participación en las utilidades, c) Participación en las utilidades, d). Bonificación por riesgo de pérdida de dinero, e). Bonificación por desgaste de herramientas; y f). Las sumas o bienes entregados al trabajador para la realización de sus labores, exigidos por la naturaleza de estas, como las destinadas a movilidad, viáticos, representación y vestuario, de conformidad con el artículo 8° y 9° del Decreto Ley N° 19990.

En el caso que nos ocupa, se advierte de la hoja de liquidación (F: 171 del expediente administrativo), que la demandada no ha cumplido con el procedimiento de calculo que establece el literal “a” del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967. Toda vez que la demandada si bien ha reconocido 32 años y 9 meses de aportes a favor del actor. Sin embargo, a efectos de calcular la remuneración de referencia, ha calculado la remuneración de referencia, como si fuera, que el actor hubiese aportado 20 años de aportación. Por lo tanto, advirtiéndose que el cálculo realizado por la Oficina de Normalización Previsional, no se efectuó de forma correcta, en contravención a la interpretación efectuada del artículo 2° literal a) del Decreto ley N° 25967, debe ordenarse el cumplimiento de la norma aplicable al caso. Debiendo la demandada, realizar un nuevo cálculo.

En tal sentido, el Juez considera que debe estimarse la demanda, debiendo para ello la demandada expedir nueva resolución efectuando un nuevo cálculo de la pensión de

jubilación en base a las 36 remuneraciones asegurables inmediatamente anterior al último mes de aportación, considerando para ello, solo los meses en que existan remuneraciones asegurables, porque solo estos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendarios, en los cuales se puede presentar meses donde no se generan aportes al Sistema Nacional de Pensiones.

En consecuencia, advirtiendo que la pensión de jubilación del actor, otorgada mediante la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 12 de agosto del 2014, ha sido calculada sobre la base del monto de la remuneración de referencia, monto calculado de forma errada, corresponde declarar la nulidad parcial de este acto administrativo, por infracción al artículo 1° literal a) y 2° del Decreto Ley N° 25967, de conformidad con el artículo 10° numeral 1 de la Ley N° 27444 (todo acto administrativo en contravención a la ley o la constitución, es nulo de pleno derecho).

La judicatura sostiene que no es aplicable el criterio de cálculo establecido en el Decreto Supremo N° 099-2002-EF (como sustento el Ministerio Publico). En razón, que, mediante precedente judicial, recaído en la Casación N° 4667-2013, se establecido como regla que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, solo es aplicable para los asegurados facultativos y los obligatorios con continuación facultativa. Sin embargo, no es aplicable a los asegurados obligatorios. En el caso del demandante, se advierte que tiene la condición de asegurado obligatorio, condición que es reconocida por la Oficina de Normalización Previsional; siendo así, no existe supuesto de hecho, por el cual, invocar los efectos previsto en el artículo 1° y 2° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF. Siendo así, la demandada, no debe aplicar el criterio de cálculo establecido en el DS N° 099-2002-EF.

Respecto a los devengados, habiendo concluido en el considerando precedente, que la entidad demandada, no ha calculado la pensión en base a las 36 últimas remuneraciones, anteriores al último mes de aportación, corresponde estimar, el pago de los devengados, siempre y cuando se generen por el nuevo cálculo. Los mismos que deben calcularse desde la fecha de la contingencia “1 de junio del 2014” hasta la fecha de su pago efectivo.

Respecto a los argumentos desarrollados por el Juez de primera instancia hay que señalar que La Ley N° 27617, que dispuso la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990, en su numeral 1.1 del artículo 1°, señala: “ A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación normada por los Artículos 41, 44 y 73 del Decreto Ley N° 19990 y por los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, mediante decreto supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se pondrán modificar las criterios para determinar la remuneración de referencia.

Es así que mediante Decreto Supremo N° 099-2002-EF, reglamento de la Ley N° 27617, se establecen disposiciones para la determinación del monto de pensiones de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones, modificándose el cálculo de la remuneración de referencia, estableciéndose que la remuneración de referencia es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre 60 el total de la remuneraciones, percibidos por el asegurado durante los últimos 60 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

Ahora bien, se llevamos a cabo interpretación jurídica del dispositivo legal mencionado para establecer el significado legal de la norma material, podemos concluir que el sentido o ratio legis (Decreto Supremo N° 099-2002-EF) apunta a todo el universo de afiliados independiente si son facultativo u obligatorios. Nótese que el segundo párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF hace referencia a supuestos de la SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, situación que únicamente se daría en el caso de asegurados forzosos. Asimismo, continua el artículo 5° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF agregando, respecto al ámbito de aplicación de dicho cálculo: “ Lo dispuesto en los artículos precedentes será de aplicación a toda la población afiliada al Sistema Nacional de Pensiones que haya nacido con posterioridad al 01 de enero de 1947 (...)”, con lo cual podemos concluir en base a una interpretación sistemática del referido Decreto Supremo que el cálculo de la remuneración de referencia en base a los últimos 60 meses a que hace referencia el Decreto Supremo N° 099-2002-EF es de aplicación a toda la población afiliada al Sistema Nacional de Pensiones nacida a partir del 01 de enero de 1947, tanto para os asegurados obligatorios señalados en el artículo 3° del Decreto Ley N° 19990 como para los asegurados facultativos de los incisos a) y b) del artículo 4° del Decreto Ley N° 19990.

En relación al nuevo cálculo de la pensión que es pretendido por el actor, debemos precisar que nuestra entidad mediante Resolución Administrativa otorgó al recurrente Pensión de Jubilación, la misma que fue determinada en base a criterios de cálculo estrictamente legales de aplicación obligatoria para la administración. En efecto, conforme se desprende de la Resolución acotada la Autoridad Administrativa se ciñó en forma estricta a lo estipulado en la Ley 27617 y el Decreto Supremo N° 099-2002-EF.



En este sentido, de la demanda y como de los documentos acompañados, podemos extraer que la presente demanda carece de todo sustento de hecho y derecho, pues el emplazante pretende que la ONP recalcule su Pensión de Jubilación, empleando para ello argumentaciones que no se condicen con los hechos y pruebas que constan en legajo administrativo del actor. Peor aún, lo alegado por el demandante NO TIENE ASIDERO LEGAL, no bastando para ello realizar aseveraciones y afirmaciones que se alejan de la realidad.

Ahora bien, debemos precisar que la pensión de jubilación del emplazante ha sido obtenida en base a un correcto cálculo de la pensión, y no como pretende hacer creer el emplazante, pues conforme su descripción éste confunde la manera como se obtiene el monto de pensión.

En este orden de ideas, resulta evidente que nuestra representada ha calculado la pensión de jubilación del demandante de acuerdo a ley, para ello basta apreciar la hoja de liquidación y advertir que nuestra entidad ha seguido una metodología de cálculo predeterminada por ley para determinar la prestación previsional del actor.

Ahora bien, el actor considera que la determinación y cálculo de su pensión debió realizarse de conformidad con el Decreto Ley N° 25967, sin embargo, dicha afirmación no tiene asidero legal, dado que, si tomamos en cuenta la fecha de la contingencia y la norma aplicable en ese entonces, podemos concluir claramente que la metodología de cálculo contenida en el Decreto Ley N° 25967 no es aplicable bajo ningún concepto.

En efecto, el actor ha acumulado años de aportes cuando ya no estaba vigente el artículo 9 de la Ley N° 26504 y el Decreto Ley 25967, por lo que el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión se dio con posterioridad a la vigencia de dichas normas. NÓTESE QUE EL ACTOR ACUMULÓ AÑOS APORTES Y CUMPLIÓ LA EDAD DE JUBILACIÓN CUANDO YA NO SE ENCONTRABA VIGENTE LA LEY 26504 Y EL DECRETO LEY 25967 SINO LA LEY N° 27617 Y DECRETO SUPREMO N° 099-2002-EF

En efecto, de conformidad con el artículo 1, 2 y 5° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, vigente desde el 14 de junio de 2002, se establece un procedimiento cálculo para los afiliados al Sistema Nacional de Pensiones que hayan nacido con posterioridad al 01 de enero del 1947.

Bajo este contexto, podemos concluir que no se le puede subsumir en el supuesto de hecho contenidos en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 25967, dado que ya regía los alcances de la Ley N° 27617 y el Decreto Supremo N° 099-2002-EF.

Ahora bien, habiendo determinado cuál es la norma aplicable, se debe señalar que el artículo 2 del Decreto Supremo aludido, ha establecido que la remuneración de referencia es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre setenta (60), el total de las remuneraciones o ingresos asegurables, percibidas por el asegurado durante los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último de aportación.

En caso que durante los meses especificados no se hubiere aportado por falta de prestación de servicios, en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con

goce de haber o paro forzoso, los referidos períodos serán sustituidos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores.

Es así que la ONP con el fin de determinar la pensión – que a la fecha viene percibiendo el demandante - procedió a efectuar la liquidación y el cálculo de las remuneraciones asegurables de acuerdo a la normatividad vigente, tomando como base la documentación aportada por el pensionista y la documentación que obra en el expediente administrativo. Sin embargo, a pesar de haber liquidado correctamente la pensión, el actor considera que no se ha tomado en cuenta el verdadero periodo computable para determinar la remuneración de referencia.

Ahora bien, conforme lo establece la Constitución y el Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la constitución y el órgano de cierre de nuestro sistema jurídico. En este sentido, sus sentencias, aunque no sean precedentes vinculantes son criterios orientadores que generan un efecto modélico al momento de interpretar normas jurídicas.

Por otro lado, el actor para justificar la necesidad de un nuevo cálculo de la pensión elabora un cuadro de remuneraciones, sin embargo, el actor considera que la base de cálculo para el otorgamiento de la pensión debe incluir conceptos no remunerativos.

Al respecto, y a efectos de determinar qué conceptos de la Boleta de Pago integran la remuneración de referencia, es necesario previamente determinar cuáles son los dispositivos legales que regulan la remuneración asegurable. Así tenemos al artículo 8 del Decreto Ley 19990, artículo 6 del D.S. 003-97, artículo 9 y 19 del Texto Único

Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (DS N° 001-97-TR) y artículo 2 del D.S. 003-2000-EF .

En así que la ONP con el fin de determinar la pensión inicial – que a la fecha viene percibiendo el demandante - procedió a efectuar la liquidación y el cálculo de las remuneraciones asegurables de acuerdo a la normatividad vigente, tomando como base la documentación aportada por el pensionista y la documentación que obra en el expediente administrativo.

Dichos dispositivos fueron aplicados teniendo en cuenta los antecedentes del actor, de manera tal que se respetaron los parámetros necesarios para determinar la remuneración asegurable. En este sentido, consideramos que lo que en realidad pretende el actor es contravenir los verdaderos alcances de lo que se entiende por conceptos remunerativos y no remunerativos, los mismos que al tener vocación de generalidad son aplicables a todos los ámbitos del Derecho. La aplicación de los conceptos no remunerativos como lo remunerativos, se extiende a temas como la determinación de la pensión de jubilación, los créditos laborales, etc. Una muestra de los alcances de los dispositivos glosados lo constituye el artículo 19 del D.S 011-74-TR, que a la letra dice: “Para el cálculo de la remuneración asegurable a que se refiere el artículo 8° del Decreto Ley N° 19990, se tendrá en cuenta las remuneraciones en especie, cuya equivalencia en dinero se establecerá de conformidad con las disposiciones legales de orden laboral sobre la materia.” Por otro lado, tenemos que la Norma II del TUO del D.Leg. 650, –D.Leg. 815 -ha establecido que: “Este código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos(..)”. Asimismo, el artículo 2 del D.S. 003-2000-EF establece que: “Se régimen

por el Código Tributario las contribuciones de los afiliados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones a cargo de la ONP”

Así, un concepto no remunerativo no forma parte de las remuneraciones computables para el cálculo de beneficios sociales (CTS, utilidades, gratificaciones, etc.) ni de las remuneraciones asegurables para la determinación de tributos y aportes legales. Dicho esto, consideramos que el emplazante no ha tenido en cuenta dichos dispositivos, toda vez que pretende considerar todos conceptos percibidos en la Boleta de Pago como computables para la remuneración asegurable, obviando que existe norma clara y expresa que diferencia entre remuneración computable y no computable. Cabe precisar, que la remuneración asegurable no es un concepto jurídico lato, sino un concepto delimitado por sus propias normas reguladoras.

De lo expuesto, se infiere en forma indubitable que, al momento de expedir la Resolución Administrativa, donde se otorga la Pensión de Jubilación que viene percibiendo el demandante, se ha aplicado correctamente las normas vigentes, por lo que no resulta atendible lo peticionado.

Asimismo, es necesario precisar que los documentos laborales aportados por el actor contienen información que difiere sustancialmente de lo verificado en sede administrativa. Cabe precisar que nuestra entidad para establecer la remuneración de referencia tomó como base la documentación que obra en el expediente administrativo.

Así las cosas, consideramos que resulta un despropósito hacer valer pruebas que no han sido compulsadas ni validadas en sede administrativa.

En efecto, Señor Juez, consideramos que la actividad probatoria debe restringirse exclusivamente a los antecedentes administrativos que son materia de impugnación en la presente causa, siendo ello así no se puede hacer valer un medio probatorio y/o actuación que no obra en los antecedentes administrativos del actor.

Como es de apreciar, y de acuerdo con los alcances de la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo, la prueba requerida pugna con la esencia de los procesos administrativos, pues siendo la función del proceso contencioso administrativo la sola revisión de lo decidido por la Administración resulta innecesario la actuación de medios probatorios sobre los hechos que se controvierten, pues todo ya ha sido actuado en el procedimiento administrativo. En este sentido, el medio probatorio por excelencia está constituido por el expediente administrativo, por lo que el Juzgado debió recurrir a dicha instrumental a efectos de obtener una suficiente convicción sobre la razonabilidad del petitorio.

Bajo este orden de ideas, es menester precisar a vuestro Despacho que tratándose de materia de Derecho de Seguridad Social (donde está incluido el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990), toda persona que pretenda mejorar un derecho pensionario, necesariamente deberá cumplir con los requisitos establecidos en tal regulación normativa; debiéndose entender que tales normas son de carácter imperativo y de cumplimiento obligatorio. De todo ello se colige que, en base a suposiciones o afirmaciones sin mayor sustento, no se puede acceder a determinadas derechos, sobre todo tratándose del Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990.

## **CAPITULO III**

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

#### **3.1. Jurisprudencia nacional**

Al respecto, es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que es menester precisar a que tratándose de materia de Derecho de Seguridad Social (donde está incluido el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990), toda persona que pretenda mejorar un derecho pensionario, necesariamente deberá cumplir con los requisitos establecidos en tal regulación normativa; debiéndose entender que tales normas son de carácter imperativo y de cumplimiento obligatorio. De todo ello se colige que, en base a suposiciones o afirmaciones sin mayor sustento, no se puede acceder a determinadas derechos, sobre todo tratándose del Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley 19990. En base a ello se ha señalado que las pensiones siempre han estado sujeta a topes.

**Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 4046-2005-PA/TC.  
Lima, 07 de Julio de 2006**

El Tribunal Constitucional ha aportado nuevos criterios sobre la aplicación de topes legales. Es así que en la Sentencia recaída en el expediente N° 1294-2004-AA/TC de fecha 30 de noviembre de 2004, ha establecido con meridiana claridad lo siguiente:

- El Decreto Ley N° 25967 es parte de la evolución legislativa del tope concebido – desde un inicio- por el Decreto Ley N° 19990.
- -El campo de protección de los derechos adquiridos del Decreto Ley N° 19990 estará limitado a los requisitos (edad y aportes) y la fórmula de cálculo para determinar la remuneración de referencia (base para fijar el monto de la pensión respectiva), pero en ningún caso a los topes.
- Las normas aplicables para establecer la pensión mínima y máxima (tope) serán las que se encuentren vigentes al momento de presentada la solicitud de pensión, a pesar de que el asegurado haya reunido la edad y años de aportes antes del 19 de diciembre de 1992.

Cabe señalar que la principal modificación del criterio de topes se recoge en el fundamento 15, en el cual se establece que la aplicación ultractiva de las disposiciones del Decreto Ley N° 19990 solo se referirán al respeto de los requisitos (edad y años de aportación) y el sistema de cálculo de la remuneración de referencia (los 12 últimos meses, en lugar de los 36, 48 y 60 fijados por el Decreto Ley N° 25967), siendo aplicables para la determinación de la pensión mínima y máxima la normas vigentes al momento de presentación de la solicitud de otorgamiento de pensión, en nuestro caso el Decreto Ley N° 25967. Siendo esto así, resulta errada la posición asumida por el actor en su demanda al considerar que no son aplicables los topes considerados en el Decreto Ley 25967, ya que, según se afirma explícitamente dichos topes rigen a partir del 19.12.92.

**Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 1294-2004-AA/TC. Lima, 30 de noviembre de 2004.**



La norma citada precedentemente ha sido materia de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación N° 2602-2013-Piura, que sentó como precedente judicial: “la interpretación correcta de los incisos a), b) y c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967 es la siguiente: “Para el cálculo de la remuneración de referencia a la que hacen mención los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967, se debe de tomar en cuenta el promedio mensual que resulte de dividir entre 36°, 48° y 60° respectivamente el total de remuneraciones asegurables de los últimos 36, 48 y 60 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; considerando para ello, solo los meses en que existan remuneraciones asegurables, porque solo estos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendario, en los cuales se puede presentar meses donde no se generan aportes al sistema”. (El énfasis es nuestro).

#### **Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 2602-2013-Piura**

Bajo este contexto, el procedimiento de cálculo que nos ocupa ha sido plenamente ratificado y convalidado por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Es así que, en la Sentencia de fecha 13 de mayo del 2009, recaída en el Expediente N° 03067-2007-PA/TC, en los seguidos por Ricardo Torres Estrada con la ONP, se ha establecido en el noveno y décimo considerando lo siguiente:

En cuanto a la forma de cálculo de la pensión de jubilación del demandante, debe precisarse que el Decreto Supremo 099-2002-EF estableció en su artículo 2 que “la remuneración de referencia para los asegurados facultativos y obligatorios a los que se refieren los incisos a) y b), respectivamente, del artículo 4 del Decreto Ley 19990, es

igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta (60), el total de remuneraciones o ingresos asegurables, percibidos por el asegurado durante los últimos sesenta (60) meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación”. El referido decreto entró en vigencia el 12 de junio de 2002, y es aplicable, de conformidad con su artículo 5 a los trabajadores que hayan nacido con posterioridad al 1 de enero de 1947.

En el Documento Nacional de Identidad de fojas 2 y en la resolución cuestionada (f. 3) consta que el recurrente nació el 7 de febrero de 1947 y que cesó en sus actividades laborales el 31 de enero de 2003, por lo que le es aplicable la forma de cálculo establecida en el Decreto Supremo 099-2002, vigente a la fecha de contingencia; y evidenciándose de la Hoja de Liquidación obrante a fojas 5, que la emplazada ha efectuado debidamente el cálculo de la pensión de jubilación del recurrente, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

**Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 03067-2007-AA/TC. Lima, 13 de Mayo de 2009.**

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL CASO**

### **CONCLUSIONES**

- a) Conforme se encuentra configurado nuestro Sistema Nacional de Pensiones toda persona que pretenda acceder a un derecho pensionario, necesariamente deberá cumplir con los requisitos establecidos en tal regulación normativa y sujetarse a los procedimientos de cálculo preestablecidos que se basan en los parámetros personales de cada asegurado, el cual incluye el monto de la remuneración asegurable y periodo de referencia para el cálculo de la pensión; debiéndose entender que tales normas son de carácter imperativo y de cumplimiento obligatorio.
- b) El derecho de pensión es un derecho de configuración constitucional contenido en nuestra Carta Magna y desarrollado por el Tribunal Constitucional, sin embargo, no es un derecho absoluto, puede tener restricciones y limitaciones con la finalidad de compatibilizarlo con otros derechos, principios o criterios rectores contenidos en la Constitución Política del Estado, como resulta siendo el criterio rector de sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Pensiones.

## **RECOMENDACIONES DEL CASO**

- a) Considero que, para generar predictibilidad entre los asegurados y pensionistas, el órgano administrador del Sistema Nacional Pensiones, debe ser el principal promotor de un marco normativo coherente, transparente y predecible para la calificación, determinación y cálculo de la pensión de jubilación. Ello en razón de que a la fecha existen múltiples pensiones y procedimientos de cálculo que generan confusión, generando falsas expectativas entre los asegurados, lo cual es aprovechado por profesionales del derecho inescrupulosos que plantean demandas inoficiosas y carentes de fundamento en contra de la Oficina Nacional de Pensiones, recargando y saturando innecesariamente la labor jurisdiccional.

## **REFERENCIA**

ABAD, Samuel

2004 Derecho Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica

ANACLETO GUERREO, Víctor

1998 Manual de Seguridad Social. Lima: Editorial San Marcos

ALCANTARA, Elsa

1979 La seguridad social en el Perú. Lima: Celats

CASTILLO, Luís

2008 Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Lima: Editorial Jurídica Grijley

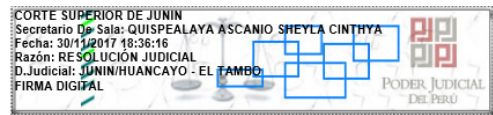
GOMEZ, Francisco

2012 Derecho Previsional y de la Seguridad Social. Lima: Editorial San Marcos

LANDA, César

2018 Derecho Procesal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP.

## **ANEXOS**



## **CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN**

**Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo  
Jirón Parra del Riego N° 400, El Tambo,  
Central telefónica (064)481490**

### **SENTENCIA DE VISTA N° 1631 - 2017**

**EXPEDIENTE : 00519-2016-0-1501-JR-LA-03**  
**ORIGEN EXP. : JUZGADO DE TRABAJO TRANS. DE EL TAMBO**  
**MATERIA : DECLARACIÓN DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL O INEFICACIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**  
**DEMANDADO : OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**  
**DEMANDANTE : MONTAÑEZ ALEGRE, NORVEL RAMULFO**  
**PONENTE : MONTES ABREGU**

#### **RESOLUCIÓN N° 17**

Huancayo, siete de noviembre  
Del año dos mil diecisiete.

**VISTOS:** Vienen en grado de apelación la sentencia N° 204-2017 contenida en la resolución doce, de fecha veinte de mayo de dos mil diecisiete, de página 165 a 172, que declara: **1)** FUNDADA la demanda contenciosa administrativa interpuesta por Norvel Ramulfo Montañez Alegre, a folios (uno al once) contra la Oficina de Normalización Previsional; en consecuencia, declara la nulidad parcial de la Resolución N° 096786-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, en el extremo del monto de la pensión de jubilación, por infracción al artículo 1 y 2 numeral a del Decreto Ley N° 25967. **2)** ORDENA a la autoridad de más alta jerarquía de la demanda, a fin de disponer expedida resolución efectuando nuevo cálculo de la pensión de jubilación adelantada del actor, conforme al artículo 2 inciso a y artículo 1 del Decreto Ley N° 25967, en concordancia con el artículo 8 del Decreto Ley N° 19990; juntamente con la liquidación de los devengados y los intereses legales, de generarse modificación en el monto.

#### **Opinión del Ministerio Público:**

Mediante Dictamen N.° 481-2017 de fecha 22 de mayo de 2017, de página 193 a 194, el señor representante del Ministerio Público opina porque se confirme la sentencia recurrida.

#### **Tema materia de decisión:**

El tema materia de decisión, consiste en determinar si al actor le corresponde o no el re cálculo de su pensión de jubilación

**Pretensión impugnatoria y fundamentos de las apelaciones:**

La demandada apela la sentencia, postulando como pretensión impugnatoria su revocatoria y reformándola se declare fundada la demanda, bajo el siguiente fundamento: **a)** si tomamos que el actor nació el 27 de mayo de 1950, podemos concluir que ha dicha fecha no cumplía con los requisitos exigidos por los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25967, motivo por el cual el actor se encontraría comprendido entre los alcances de la Ley N° 27617 y el Decreto Supremo N° 099-2002-EF. **b)** si se remiten al expediente administrativo del actor, tenemos que en el periodo comprendido entre mayo 2009 hasta abril de 2014, en el cual se estableció la remuneración de referencia que sirvió para determinar el monto de la pensión otorgada, no existen meses dejados de aportar al Sistema Nacional de Pensiones por razón de accidente, enfermedad, licencia de goce de haber o paro forzoso, motivo por el cual no corresponde la sustitución de los meses, al no encontrarse comprendido dentro de los alcances del último párrafo del artículo 2 de la Ley N° 25967.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** El artículo 10° de la Constitución Política del Estado, prescribe: **"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"**, de igual modo, el artículo 11° del mismo cuerpo normativo indica: **"El Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades privadas, públicas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento"** (énfasis nuestro).

**Segundo:** De página uno y siguientes, obra la demanda contenciosa administrativa interpuesta por el actor contra la Oficina de Normalización Previsional con la finalidad de que el órgano jurisdiccional disponga lo siguiente: **a)** La inaplicabilidad de la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990. **b)** se ordene que se emita nueva resolución administrativa otorgándole su pensión de jubilación adelantada al amparo del artículo 1 y 2 inciso a) del Decreto Ley 25967, calculando su pensión de jubilación adelantada sobre su remuneración total integra. **c)** pago del reintegro de los devengados e intereses legales.

**Tercero:** Respecto al cálculo de la remuneración de referencia el



remuneración de referencia a los efectos del Sistema Nacional de Pensiones, se calculará únicamente, de la siguiente manera:

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

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

c) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación. (...)” (énfasis nuestro)

**Cuarto:** Analizando el extremo amparado por el Juez, referido a la Nulidad parcial de la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, señalamos lo siguiente:

1. Revisado el expediente administrativo, se observa que mediante Resolución N° 000008336-2014- ONP/DPR.GD/DL 19990 de fecha 12 de agosto del 2014, la entidad demandada otorgó al actor pensión de jubilación adelantada definitiva por la suma de S/. 620.35 nuevos soles a partir del 01 de junio del 2014; reconociéndole un total de 32 años y 09 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Además de la Hoja de Liquidación se observa que para el cálculo de la referida pensión se tomo en cuenta el artículo 1 y 2 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, es decir, se le calculo en base a las 60 remuneraciones.

Siendo así, es necesario analizar si corresponde aplicar la forma de cálculo establecida en el artículo 1 y 2 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF al presente caso.

2. El artículo 2° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, establece que: *“La remuneración de referencia para los asegurados facultativos y obligatorios a los que se refieren los incisos a) y b), respectivamente, del Artículo 4 del Decreto Ley N° 19990, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta (60), el total de remuneraciones o ingresos asegurables, percibidos por el asegurado durante los últimos sesenta (60) meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.*

Decreto Ley N.º 19990, dispone: *“Podrán asegurarse facultativamente en el Sistema Nacional de Pensiones en las condiciones que fije el reglamento del presente Decreto Ley: a) Las personas que realicen actividad económica independiente; y, b) Los asegurados obligatorios que cesen de prestar servicios y que opten por la continuación facultativa.*

3. Entonces, podemos señalar que la remuneración de referencia, para los asegurados facultativos, será igual al promedio de las sesenta últimas remuneraciones anteriores al cese. En el caso de autos, de los medios probatorios advertimos que el demandante no fue asegurado facultativo, toda vez que aportó hasta su fecha de cese **32 años y 09 meses de aportes completos**, en su condición de asegurado obligatorio, y en mérito a ello se le otorgó una pensión de jubilación, por ende, no le es aplicable el artículo 4º del Decreto Ley N° 19990 ni el Decreto Supremo N.º 099-2002-EF, criterio que es concordante con la **Casación N° 4667-2013 Del Santa**, el cual ha establecido como regla vinculante que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF solo es aplicable para los asegurados facultativos y los asegurados obligatorios que optaron por la continuación facultativa.
4. Siendo así, debió calcularse la remuneración de referencia en aplicación del literal **a) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25967** el cual establece que los asegurados que hubieran aportado durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treintiséis, el total de las remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos treintiséis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación. En este contexto, resulta necesario enfatizar que el argumento b) de la apelación deviene en impertinente, por no ser materia de, por ello, no corresponde ser analizado.
5. Sin perjuicio a lo antes señalado, es pertinente señalar que la Ley 27617 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 099-2002-EF (artículos 1º y 2º), se aplica a todos los afiliados al SNP que cuenten con menos de 55 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley (01/01/2002), es decir, se aplica para quienes han nacido con posterioridad al 1 de enero de 1947 (artículo 5º del DS citado); precisándose que la aplicación del artículo 2 solo corresponde a los asegurados facultativos; por lo cual, en el caso de autos, únicamente corresponde aplicar la forma de cálculo establecida en el artículo 1 de la referida norma, pues el actor ha nacido el 27 de mayo de 1950 conforme a su DNI (p. 12).

6. En consecuencia, corresponde calcular la pensión de jubilación del actor en base a sus 36 remuneraciones (**literal a del artículo 2 del Decreto Ley 25967**) y conforme a la forma de cálculo señalado en el **artículo 1 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF** –mas no como lo ha señalado el Juez, en cuyo quinto considerando ha establecido que corresponde aplicar la fórmula de cálculo establecido en el artículo 1 del Decreto Ley N° 25967.
7. Por otro, con la finalidad de evitar retrasos en la etapa de ejecución de sentencia, es pertinente señalar que *según lo establecido por los artículos 8° y 9° del Decreto Ley N° 19990, para los fines del Sistema se considera remuneración asegurable el total de las cantidades percibidas por el asegurado por los servicios que presta a su empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se les dé, y, por otro lado no forman parte de la remuneración asegurable, únicamente las cantidades que perciba el asegurado por los siguientes conceptos: a) Gratificaciones extraordinarias; b) Asignación Anual sustitutoria del régimen de participación en las utilidades; c) Participación en las utilidades; d) Bonificación por riesgo de pérdida de dinero; e) Bonificación por desgaste de herramientas; y, f) Las sumas o bienes entregados al trabajador para la realización de sus labores, exigidos por la naturaleza de éstas, como los destinados a movilidad, viáticos, representación y vestuario. Asimismo los conceptos denominados gratificación -legal- de julio y diciembre y gratificación vacacional forman parte de la remuneración asegurable (Casación N° 9907-2014-LIMA)*

**En consecuencia,** corresponde amparar en parte los fundamentos de apelación.

**Quinto:** Por último, en la parte resolutive de la sentencia materia de grado, se ha declarado la nulidad en parte de la Resolución N° 096786-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990; sin embargo, en el quinto considerando de la sentencia, se observa que el Juez ha declarado la nulidad de la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, por lo cual, a considerar de este Colegiado, ha existido un error material que no afecta el fondo de la controversia, por ende, en aplicación del artículo 407° del Código Procesal Civil, en la que señala que “*Antes que la resolución cause ejecutoria, el Juez puede de oficio o a pedido de parte y sin tramite alguno, corregir cualquier error material evidente que contenga. Los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución*”, corresponde la corrección de la resolución señalada.

**POR ESTOS FUNDAMENTOS:**

- 1) CORRIJASE** la parte resolutive de la sentencia N° 204-2017, en el extremo que señala: *"declaro la nulidad parcial de la Resolución N° 096786-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, en el extremo del monto de la pensión de jubilación (...)"*, debiendo decir: *"declaro la nulidad parcial de la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, en el extremo del monto de la pensión de jubilación (...)"*
- 2) CONFIRMARON en parte** la sentencia N° 204-2017 contenida en la resolución doce, de fecha veinte de mayo de dos mil diecisiete, de página 165 a 172, que declara FUNDADA la demanda contenciosa administrativa interpuesta por Norvel Ramulfo Montañez Alegre, a folios (uno al once) contra la Oficina de Normalización Previsional; con lo demás que contiene.
- 3) REVOCARON** el extremo que ordena el cálculo de la pensión de jubilación conforme al artículo 1 de la Ley N° 25967. **REFORMÁNDOLA** ordenaron que el cálculo se efectué en base al artículo 1 del Decreto Supremo N° 099-2002-EF.  
**NOTIFIQUESE.-**

**Jueces.**

Corrales Melgarejo  
Cristoval De la Cruz

**Montes Abregú**



PODER JUDICIAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN  
JUZGADO DE TRABAJO TRANSITORIO DE EL TAMBO  
JR. Manuel Alonso N° 499- 6to Piso- El Tambo- Huancayo

**JUZGADO DE TRABAJO TRANSITORIO (EX. 1°) - SEDE CENTRAL**

**EXPEDIENTE : 00519-2016-0-1501-JR-LA-03**

**MATERIA : DECLARACION DE NULIDAD TOTAL O PARCIAL Ó  
INEFICACIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**JUEZ : JARA FABIAN GILMER ALBERTO**

**ESPECIALISTA : DE LA CRUZ GUTIERREZ DAISY NOELIA**

**DEMANDADO : OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL,**

**DEMANDANTE : MONTAÑEZ ALEGRE, NORVEL RAMULFO**

**SENTENCIA Nro. 204- 2017**

**RESOLUCIÓN NUMERO DOCE**

Huancayo, veinte de marzo del año  
dos mil diecisiete.

**I.- PARTE EXPOSITIVA**

**DE LA DEMANDA**

Resulta de autos que mediante escrito a folios (uno al once), **NORVEL RAMULFO, MONTAÑEZ ALEGRE**, interpone demanda contenciosa administrativa contra **LA OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**, formulando como **PETITORIO**:

- 1.- Se declare inaplicable la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990.
- 2.- Se emita resolución administrativa otorgándole su pensión de jubilación adelantada al amparo del artículo 1° y 2° inciso a) del Decreto Ley N° 25967, calculando su pensión de jubilación sobre su remuneración total íntegra.
- 3.- Se le pague el reintegro de los devengados e intereses legales.

**FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA**

A folios (1-11) obra el escrito de demanda mediante el cual expone los siguientes argumentos, que sustentan su pretensión.

El actor relata su demanda, señalando que las normas aplicables a su caso, es la prevista en el artículo 1° y 2° inciso a) del Decreto Ley N° 25967. Respaldar su demanda, en el pronunciamiento recaído en la Casación N° 2602-2013-PIURA. Indica que mediante la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, le otorgaron pensión de jubilación adelantada por la suma de S/. 620. 35 soles, reconociéndose 32 años y 9 meses de aportes

al Sistema Nacional de Pensiones. Sin embargo, de la hoja de liquidación se advierte que la entidad demandada por los primeros 20 años se le está otorgando pensión adelantada equivalente al 45% de su remuneración de referencia y cuando lo correcto debió ser que se le aplique el 50% de conformidad al artículo 1° del Decreto Ley N° 25967.

Además por los 4 años en exceso solo se le incremento en un 2% de la remuneración de referencia, cuando lo correcto debió ser que se le aplique un 4% de la remuneración de referencia por cada año adicional completo de aportación. Finalmente observa, que la demandada calculo en base a las 60 remuneraciones, cuando lo correcto era que la demandada, tome en cuenta las 36 remuneraciones, de conformidad con el artículo 2° inciso a) del Decreto Ley N° 25967.

**AUTO ADMISORIO.**-A folios (42) obra el Auto Admisorio, contenida en la Resolución número Uno de fecha diez de marzo del dos mil dieciséis; en la vía de **PROCESO ESPECIAL**, contra la entidad administrativa demandada Oficina de Normalización Previsional (ONP); se dispuso su emplazamiento, ordenándose que presente el expediente administrativo que dio origen a la presente causa; verificándose los emplazamientos respectivos según constancias de notificación obrante a (folios: cuarenta y dos).

#### **ABSOLUCION A LA DEMANDA**

A folios (43-50), obra el escrito de absolución a la demanda, mediante el cual plantea que se declare infundada la demanda, bajo los siguientes argumentos.

Esta parte sostiene que la resolución que pretende su inaplicabilidad, se encuentra expedida con arreglo a ley. Que lo pretendido por la actora, seria, percibir una pensión sin tope alguno. Que el régimen previsional pensionario, desde su origen, se estableció topes institucionales, los mismo que se regularían según derechos supremos. En tal sentido, la demanda, debe ser declarada infundada.

#### **AUTO DE SANEAMIENTO**

A fojas (62-63), obra el Auto de Saneamiento, mediante el cual se declaro saneado el proceso, y se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- 1.- Determinar si corresponde o no ordenar la inaplicable la Resolución Administrativa N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990.
- 2.- Determinar si corresponde ordenar a la demandada cumpla con emitir una nueva resolución ordenando el pago de la pensión de jubilación adelantada al amparo del artículo 1° y 2° inciso a) del Decreto Ley N° 25967, calculando la pensión de jubilación adelantada sobre la remuneración total integra.
- 3.- Determinar si corresponde el pago de los reintegros de las pensiones devengadas e intereses legales de ser el caso.

#### **DICTAMEN FISCAL**

A folios (90-94) obra el Dictamen Fiscal N° 209-2016, por el cual, se opino que la presente controversia, se declare infundada. Esta parte resalta que siendo la contingencia de fecha 31 de mayo del 2014 y a esta fecha no se

encuentra vigente el Decreto Ley N° 25967, es correcto la aplicación del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, a efecto de determinar el monto de la pensión de jubilación.

## **II. PARTE CONSIDERATIVA**

### **PRIMERO: Finalidad de la Acción Contenciosa – Administrativa.**

Que, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo - la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública, sujetas al derecho administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Asimismo el artículo 3° de la citada ley establece que las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.

**SEGUNDO: Cumplimiento de la Ley o Acto Administrativo.** Que, conforme lo dispone el inciso 4 del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584 (Decreto Supremo N° 013-2008-JUS), en el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener 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 del acto administrativo firme. Estableciendo la misma norma, en la parte pertinente del inciso 2 del artículo 21, que el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida y si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliese con realizar la actuación administrativa podrá presentar la demanda correspondiente. Que, en el caso de autos se tiene que la parte demandante ha cumplido con este requisito, conforme se advertirse del contenido de su escrito de fecha 26 de agosto del 2015. Por el cual, solicito la inaplicabilidad de la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990.

**TERCERO: La seguridad Social.-** El derecho a la seguridad social como derecho fundamental y garantía institucional, al respecto el tribunal constitucional en su STC N° 10087-2005-PA, los magistrados Mesia Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, precisaron, cuyo texto dice: <sup>1</sup>“ **la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido pero no para demandar su exigibilidad.** Por tanto, los derechos fundamentales, en este caso el derecho a la seguridad social, entendido como un derecho progresivo, es un derecho de configuración legal, es exigible cuando se cumple con los requisitos establecidos en las disposiciones legales que la regulan. ( en negrita el nuestro).

---

<sup>1</sup> STC N°: 10087-2005-PA, CASO ALIPIO LANDA HERRERA.

#### **CUARTO: Delimitación de la controversia.**

Mediante el presente proceso, el actor pretende obtener un nuevo cálculo de la pensión inicial, de conformidad con el literal a) del artículo 2° y 1° del Decreto Ley N° 25967. Antes de ingresar a resolver la controversia delimitada, cabe precisar que no está en controversia, el otorgamiento de la pensión menos el reconocimiento de años adicional de aportaciones, a los ya reconocidos por la demandada.

#### **QUINTO: Respecto a la impugnación del actor administrativo y la fórmula de cálculo para aquellos que acreditas más de 30 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.**

El actor, mediante la presente pretende que se inaplique la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, por infracción al literal a) del artículo 1° y 2° del Decreto Ley N° 25967.

En cuanto a los actos administrativos, de conformidad con lo normado por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos (artículo 1°, numeral 1.1) **las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta**, siendo que **el objeto o contenido** del acto administrativo (artículo 5°, numeral 5.3) **no debe contravenir en el caso concreto disposiciones Constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes**, ni puede infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

La declaración de nulidad de los actos administrativos, conforme lo dispuesto por la Ley 27444, la validez del acto administrativo (artículo 8°) está condicionada a que su dictado se haya dado conforme al ordenamiento jurídico, presumiéndose su validez (artículo 9°) en tanto la nulidad que se pretenda no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda; siendo que la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, entre otros, constituye vicio del acto administrativo (numeral 1.- del artículo 10°) que causa su nulidad de pleno derecho.

En cuanto a la norma que estaría incumpliendo la administración. El Decreto Ley N° 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, en su artículo 2°, regula la fórmula de cálculo de la remuneración de referencia, estableciendo tres supuestos diferentes, para aquellos que aportaron 20, 25 y 30 años de aporte. Así para aquellos que aportaron un número igual o mayor a 30 años de aportes (como es el caso del demandante). El literal "a" establece lo siguiente: *"Para los asegurados que hubieran aportado durante treinta o más años completos, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación"*.

La norma citada precedentemente ha sido materia de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la



Casación N° 2602-2013-Piura, que sentó como precedente judicial: *"la interpretación correcta de los incisos a), b) y c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967 es la siguiente: "Para el cálculo de la remuneración de referencia a la que hacen mención los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967, se debe de tomar en cuenta el promedio mensual que resulte de dividir entre 36°, 48° y 60° respectivamente el total de remuneraciones asegurables de los últimos 36, 48 y 60 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; considerando para ello, solo los meses en que existan remuneraciones asegurables, porque solo estos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendario, en los cuales se puede presentar meses donde no se generan aportes al sistema". (El énfasis es nuestro).*

Como es de verse, para efectos de calcular la remuneración de referencia, para los casos que aportaron un número igual mayor a 30 años de aporte, se debe tener en cuenta, las 36 remuneraciones asegurables inmediatamente anteriores al último mes de aportación. Para el cálculo, se debe tener en cuenta solo las remuneraciones asegurables, por la razón, que estas generan la obligación de aportar al Sistema Nacional de Pensiones. Debe enfatizarse, que los meses calendarios no son base de cálculo de la remuneración de referencia, porque estas no generan obligación de aportar.

Cabe recordar que para los fines del Sistema Nacional de Pensiones, se considera remuneración asegurable el total de las cantidades percibidas por el asegurado por los servicios que presta a su empleador o empresa, cualquiera que sea la denominación que se les dé, con las excepciones de: a). Las gratificaciones extraordinarias, b). Asignación Anual sustitutoria del régimen de participación en las utilidades, c) Participación en la utilidades, d). Bonificación por riesgo de pérdida de dinero, e). Bonificación por desgaste de herramientas; y f). Las sumas o bienes entregados al trabajador para la realización de sus labores, exigidos por la naturaleza de estas, como las destinadas a movilidad, viáticos, representación y vestuario, de conformidad con el artículo 8° y 9° del Decreto Ley N° 19990.

En el caso que nos ocupa, se advierte de la hoja de liquidación (F: 171 del expediente administrativo), que la demandada no ha cumplido con el procedimiento de calculo que establece el literal "a" del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967. Toda vez que la demandada si bien ha reconocido 32 años y 9 meses de aportes a favor del actor. Sin embargo, a efectos de calcular la remuneración de referencia, ha calculado la remuneración de referencia, como si fuera, que el actor hubiese aportado 20 años de aportación. Por lo tanto, advirtiéndose que el cálculo realizado por la Oficina de Normalización Previsional, no se efectuó de forma correcta, en contravención a la interpretación efectuada del artículo 2° literal a) del Decreto ley N° 25967, debe ordenarse el cumplimiento de la norma aplicable al caso. Debiendo la demandada, realizar un nuevo cálculo.

En tal sentido debe estimarse la demanda, debiendo para ello la demandada expedir nueva resolución efectuando un nuevo cálculo de la

pensión de jubilación en base a las 36 remuneraciones asegurables inmediatamente anterior al último mes de aportación, considerando para ello, **solo los meses en que existan remuneraciones asegurables, porque solo estos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendarios**, en los cuales se puede presentar meses donde no se generan aportes al Sistema Nacional de Pensiones.

En consecuencia, advirtiéndose que la pensión de jubilación del actor, otorgada mediante la Resolución N° 83366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, de fecha 12 de agosto del 2014 ( ver folio: 88-89 del expediente principal), ha sido calculada sobre la base del monto de la remuneración de referencia, monto calculado de forma errada, corresponde declarar la nulidad parcial de este acto administrativo, por infracción al artículo 1° literal a) y 2° del Decreto Ley N° 25967, de conformidad con el artículo 10° numeral 1 de la Ley N° 27444 (todo acto administrativo en contravención a la ley o la constitución, es nulo de pleno derecho).

Finalmente, debe aclararse que en el presente caso, no es aplicable el criterio de cálculo establecido en el Decreto Supremo N° 099-2002-EF (como sustento el Ministerio Público). En razón, que mediante precedente judicial, recaído en la Casación N° 4667-2013, se estableció como regla que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF, solo es aplicable para los asegurados facultativos y los obligatorios con continuación facultativa. Sin embargo no es aplicable a los asegurados obligatorios. En el caso del demandante, se advierte que tiene la condición de asegurado obligatorio (ver folio: 171 del expediente administrativo), condición que es reconocida por la Oficina de Normalización Previsional; siendo así, no existe supuesto de hecho, por el cual, invocar los efectos previstos en el artículo 1° y 2° del Decreto Supremo N° 099-2002-EF. Siendo así, la demandada, no debe aplicar el criterio de cálculo establecido en el DS N° 099-2002-EF.

#### **SEXTO: Respecto a los accesorios: devengados de la pensión de jubilación minera.**

Respecto a los devengados, habiendo concluido en el considerando precedente, que la entidad demandada, no ha calculado la pensión en base a las 36 últimas remuneraciones, anteriores al último mes de aportación, corresponde estimar, el pago de los devengados, siempre y cuando se generen por el nuevo cálculo. Los mismos que deben calcularse desde la fecha de la contingencia “1 de junio del 2014” (ver parte resolutive de la Resolución N° 00083366-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, folio: 88 y 89 ) hasta la fecha de su pago efectivo.

#### **SETIMO: Intereses legales en materia previsional.**

Respecto a los intereses legales, en materia previsional, mediante Casación N° 1128-2005 LA LIBERTAD (El Peruano, 05/01/2007) en cuanto a que “...**el cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación del Estado de pagar la pensión de jubilación, determina su responsabilidad, no solo de cumplir debidamente con el pago de esta prestación, sino**

**además de reparar tal afectación de este derecho fundamental, pagando en armonía con el artículo mil doscientos cuarenta y dos, segundo párrafo y siguientes del Código Civil, los intereses generados respecto del monto cuyo pago fue incumplido a partir del momento en que se produce la afectación,... (...), (Décimo sexto considerando).**

Bajo esta misma, línea de razonamiento, mediante STC N° 1087-2004-PA/TC y 5430-2006-PA/TC), como también por la Corte Suprema de la República (Casación N° 495-2003, la Libertad, Lima 06 de Setiembre del 2006; Casación N° 1474-2006 del Santa), las mismas que han desarrollado, que, es factible el pago de los intereses legales en materia previsional, sin embargo, no se anoto expresamente en su momento, que tipo de tasa legal es aplicable, a los adeudos de carácter previsional.

### **Respecto a la tasa de interés legal aplicable en materia previsional**

Esta cuestión, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial doctrinario, por parte de los órganos jurisdiccionales, así tenemos, el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, de fecha 11 y 12 de Noviembre del 2009, se Llego a la conclusión que: *“Conforme con lo establecido por el Tribunal Constitucional en las STC N° 65-2002-PA/TC Y 1087-2004-PA/TC, la obligación de pago de intereses legales provenientes de materia previsional (pensiones), debe efectuarse según los establecido en el artículo 1242 y siguientes del Código Civil. Es decir, se debe pagar el interés legal, no capitalizable.”*

En ese orden de ideas, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 21448-2007, ha señalado lo siguiente: *“Octavo.- (...) al ser una deuda pensionaria, los intereses legales que deben abonarse no resultan capitalizables, pues, no existe norma que así lo establezca, por lo que no corresponde disponer la liquidación de intereses aplicando la tasa efectiva; (...).*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, mediante Casación N° 5128-2013-LIMA, **sentó precedente vinculante**, en el decimo considerando que a letra dice: *“Siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Segunda Sección del Libro de las Obligaciones, referidas al pago de intereses, estos son los artículos 1242° y siguientes del Código Civil, **para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional, la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249° del Código Civil.**”*

A nivel legislativo, la Ley N° 29951, denominada Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, que en su Nonagésima séptima Disposición Complementaria Final, ha dispuesto: *“a partir de la vigencia de la presente ley, que el interés que corresponde pagar por adeudos*

*de carácter previsional, es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil, y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo... (....)”*

En ese orden de ideas, se concluye que en efecto, al cálculo de los intereses legales, se realiza aplicando la tasa de interés legal, fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, observando las limitaciones previstas en el artículo 1249° del Código Civil. Por lo tanto, el pago de interés legal, que demanda el actor, debe ser amparado, el mismo que debe ser **calculado desde el “1 de junio del 2014” hasta la fecha del pago efectivo de los devengados**. En este sentido amparase los intereses legales.

### **III PARTE RESOLUTIVA**

Por lo expuesto y en aplicación estricta de las normas legales antes invocadas, y además con el ejercicio de la independencia de la función jurisdiccional garantizado por el artículo 139° inciso 2), 146° inciso 1) de la Constitución Política del Estado, artículo 16°, 186° inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Impartiendo Justicia a nombre de la Nación;

#### **FALLO:**

**1.-** Declarando: **FUNDADA** la demanda Contenciosa administrativa interpuesta por **NORVEL RAMULFO, MONTAÑEZ ALEGRE**, a folios (uno al once) contra **LA OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL**; en consecuencia; declaro la nulidad parcial de la Resolución N° 096786-2014-ONP/DPR.GD/DL 19990, en el extremo del monto de la pensión de jubilación, por infracción al artículo 1°, 2° numeral a) del Decreto Ley N° 25967.

**2.-** En tal sentido **ORDENO** a la autoridad de más alta jerarquía de la demanda, a fin de **DISPONER** expida resolución efectuando un nuevo cálculo de la pensión de jubilación adelantada del actor, conforme el artículo 2° inciso “a” y artículo 1° del Decreto Ley N° 25967, en concordancia con el artículo 8° del Decreto Ley N° 19990; juntamente con la liquidación de los devengados y los intereses legales, de generarse modificación en el monto. **Notifíquese.-**