CASACIÓN N° 9907 – 2014
LIMA

En el presente caso la instancia superior ha establecido que las gratificaciones legales de julio y diciembre y la gratificación vacacional deben formar parte de la remuneración asegurable del actor, para el cálculo de la remuneración de referencia; por ende, de la pensión de jubilación.

Lima, veinte de agosto de dos mil quince.-

LA PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.

VISTA; Con el acompañado, la causa número nueve mil novecientos siete, guión dos mil catorce, guión LIMA; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo; producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.----------

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada **Oficina de Normalización Previsional – ONP**, mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2014 a fojas 206 y siguientes, contra la sentencia de vista su fecha 12 de setiembre de 2013, corriente a fojas 176 y siguientes, que revoca la sentencia apelada que declara infundada la demanda y reformándola la declara fundada; en consecuencia, nulas la Notificación del 11 de junio de 2009 y la Resolución ficta denegatoria del recurso de apelación del 06 de agosto de 2009; y ordena que la demandada emita nueva resolución de otorgamiento de pensión de jubilación adelantada con la remuneración de referencia que equivale a S/. 2,518.72, a partir de junio de 2001, más devengados e intereses, previo descuento de lo abonado; sin costas ni costos.----------

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por Resolución[1] a fojas 43 y siguientes del cuadernillo de casación, se declaró procedente el recurso por la causal de **infracción normativa[2] de los artículos 8° y 9° del Decreto Ley N° 19990 y 20° del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990**.----------

CONSIDERANDO:

Primero.- La infracción normativa constituye un vicio de derecho en que incurre el juzgador en una resolución; determinando que el caso sea pasible de ser examinado por medio del recurso de casación, siempre que esté ligado por conexidad lógica a lo decidido. En tal sentido, se puede conceptualizar la infracción normativa como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando apertura a que la parte que se considere afectada pueda interponer el recurso de casación.----------

Segundo.- La Corte Suprema de Justicia de la República, como órgano de casación ostenta atribuciones expresamente reconocidas en la Constitución Política del Estado, desarrolladas en el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, atribuciones que sustentan la unidad, exclusividad e independencia en el ejercicio de la función casatoria que desempeña en la revisión de casos.----------

Tercero.- De acuerdo a la demanda[3], a fojas 30 y siguientes, son pretensiones del accionante: **a)** Se declare la nulidad de la Notificación de fecha 11 de junio de 2009 y de la Resolución denegatoria ficta del recurso de apelación de fecha 06 de agosto

[1] Expedida con fecha 27 de noviembre de 2014.
[2] Causal de casación prevista en el artículo 386° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364.
[3] Incoada con fecha 27 de abril de 2010.

de 2009, con las cuales –*según el actor*- se ha confirmado el otorgamiento de una pensión de jubilación diminuta; y **b)** Se ordene a la demandada expida nueva resolución donde se realice un nuevo cálculo de la remuneración de referencia, considerando sus verdaderas remuneraciones pensionables, así como el pago de las pensiones devengadas e intereses legales.----------

Cuarto.- La Juez mediante la sentencia de primera instancia a fojas 113 y siguientes, declaró infundada la demanda, al considerar que en las boletas de pago de los meses de junio y diciembre de 2000, se incluyen las gratificaciones las que no pueden computarse en su integridad según la Ley N° 27735 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-2002-TR; así como la remuneración asegurable de diciembre de 2000, se calculó en S/. 347.81, teniendo en cuenta que el actor solo percibió ingresos por concepto de gratificaciones, además un sobregiro de S/. 274.74; y, en cuanto a la remuneración asegurable del mes de enero de 2001, ésta incluyó el concepto de gratificación vacacional, la cual tiene la calidad de gratificación excepcional, por lo que según el artículo 9° literal a) del Decreto Ley N° 19990, no forma parte del concepto de remuneración asegurable.---

Quinto.- La Sala Superior por sentencia de vista a fojas 176 y siguientes, resolvió revocar el fallo apelado, y declaró fundada la demanda, indicando que para el cálculo de la remuneración de referencia deben considerarse el monto íntegro de los meses de julio y diciembre de 2000 y del mes de enero de 2001, por haber sido objeto de retenciones para efectos de pensiones, por lo que el monto total de los ingresos del actor dentro de los doce meses para efectos de la remuneración de referencia asciende a S/. 30,224.67, que dividido entre doce hace un importe de S/. 2,518.72.----------

Sexto.- En cuanto a las normas materiales admitidas, cabe señalar que los artículos 8° y 9° del Decreto Ley N° 19990, refieren que: "*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, con las excepciones que se consignan en el artículo siguiente"; y, *"Para los fines del Sistema 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"*. Mientras que el artículo 20° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-74-TR, prevé que: *"Se considerarán gratificaciones extraordinarias las que no hayan sido pactadas con carácter permanente ni concedidas con el mismo carácter, así como aquellas que no se hayan otorgado por dos años consecutivos"*.----------

Sétimo.- Las mencionadas normas establecen los conceptos que forman parte de la remuneración asegurable y los conceptos exceptuados de ser considerados como parte de ésta. Así, la Sala Superior ha establecido que los conceptos denominados gratificación -legal- de julio y diciembre y gratificación vacacional forman parte de la remuneración asegurable, los mismos que no han sido tomados en cuenta por la emplazada, para determinar la remuneración de referencia, para el cálculo de la pensión de jubilación del accionante. Mientras que la parte demandada alega que efectuó el cálculo de la pensión, de acuerdo al artículo 73° del Decreto Ley N° 19990, considerando las 12 remuneraciones asegurables percibidas por el actor.----------

Octavo.- El artículo 73° del Decreto Ley N° 19990, establece que la remuneración de referencia es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre 12 el total de

las remuneraciones asegurables, definidas por el artículo 8°, percibidas por el asegurado en los últimos 12 meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación[4], salvo que el promedio mensual de los últimos 36 o 60 meses sea mayor, en cuyo caso se tomará en cuenta el más elevado.----------

Noveno.- Dentro de dicho contexto, en el presente caso, se debe verificar si los conceptos denominados gratificación legal de julio y diciembre y gratificación vacacional, deben o no ser considerados como remuneración asegurable, de acuerdo a la definición prevista en el artículo 8° del Decreto Ley N° 19990, o si por el contrario, se encuentran dentro de los supuestos de excepción previstos en su artículo 9, dado que la parte demandada, recurrente, alega –*al igual que la A quo*- que se tratan de gratificaciones extraordinarias, conforme además lo prevé el artículo 20| de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-74-TR.-------

Décimo.- Como ha quedado establecido por la Sala de mérito, en la sentencia de vista, de acuerdo a su apreciación de los hechos y a la valoración de la prueba aportada y actuada en el proceso, de la hoja de liquidación de fojas 158 y del cuadro de aportes y remuneraciones de fojas 161 del acompañado, la entidad demandada al efectuar el cálculo de la remuneración de referencia de la pensión del actor consideró los 12 últimos meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; sin embargo, de la revisión de las boletas de pago de los meses de julio y diciembre de 2000, y enero de 2001, de fojas 154 a 156, no se consideraron las sumas percibidas por el demandante por los conceptos de gratificaciones legales de julio y diciembre y gratificación vacacional. La propia entidad administrativa, según el precitado cuadro de aportes y remuneraciones, ha reconocido como remuneración asegurable, las gratificaciones legales de julio y

[4] La jurisprudencia ha establecido que se tratan de remuneraciones asegurables efectivas, es decir, solo se debe considerar los meses en que existan remuneraciones asegurables, porque sólo éstos generan la obligación de aportar al Sistema y no los meses calendarios, en los cuales se pueden presentar meses donde no se generen aportes al sistema; cfr. Casación N° 2602-2013-Piura, expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema con fecha 10 de octubre de 2013, cuyo sétimo fundamento ha sido declarado precedente judicial vinculante.

diciembre, pero en monto menor (1/6 de lo percibido en cada semestre); por lo que, así las cosas, ya no es objeto de controversia si dichos conceptos deben o no ser considerados dentro de la remuneración asegurable. De los montos totales de gratificaciones percibidas, la emplazada procedió a retener el 13% de tales sumas para el Sistema Nacional de Pensiones, por lo que en julio de 2000 se afectó la suma de S/. 656.66 y en diciembre del mismo año S/. 271.29; sin embargo, al momento de considerar dichos montos para efectos de obtener la remuneración asegurable procedió a dividir la gratificación entre seis, invocando (como se precisa en el recurso casatorio) la Ley N° 27735, sin tener en cuenta que dicha ley regula aspectos de las gratificaciones legales que se otorgan a los trabajadores en actividad, mas no para efectos pensionarios, como el previsto en el artículo 8 del Decreto Ley N° 19990; más aún si dicha ley entró en vigencia el 28 de mayo de 2002 y al demandante se le otorgó la pensión a partir del 03 de junio de 2001, mediante Resolución N° 0000040508-2003-ONP/DC/DL 19990, que en copia corre de fojas 15 de autos, por lo que menos cabe una aplicación retroactiva de la norma.----------

Undécimo.- Respecto a la gratificación vacacional, la demandada, en el proceso, no ha acreditado que tenga la calidad de extraordinaria; toda vez que si el accionante tuvo un débito laboral de 43 años para su empleador, *per se* no se puede asumir que este concepto no haya tenido el carácter de regular o permanente; tanto más, si de la boleta de pago del mes de enero de 2001, la emplazada efectuó el descuento del 13% de la totalidad de ingresos para el pago de aportes en la suma de S/. 540.30; por lo que dicho concepto debió ser considerado para el cálculo de la remuneración de referencia.----------

Duodécimo.- En consecuencia, en este caso particular, al verificarse que no se ha incurrido en la infracción de las normas materiales admitidas, el recurso casatorio resulta infundado.----------

RESOLUCION:

Por estas consideraciones, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **Oficina de Normalización Previsional – ONP**, mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2014 a fojas 206 y siguientes; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista a fojas 176 y siguientes, su fecha 12 de setiembre de 2013; **ORDENARON** la publicación del texto de esta resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; en el proceso seguido por **Lucio Santiago Recuay Félix**, sobre recálculo de remuneración de referencia; y, los devolvieron.- Interviene como Jueza Suprema ponente la señora **Torres Vega**.-

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA

CHUMPITAZ RIVERA

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

18 ENE. 2016

Ws./Col.

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY
Dra. ROSMARY CERRÓN BANDINI
Secretaria (P)
Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria
Corte Suprema