

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

SUMILLA.- *Las últimas remuneraciones asegurables son las que se considerarán para determinar la pensión de referencia a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, y no los últimos meses calendarios antes de la última aportación; razón por la cual la liquidación practicada por la Oficina de Normalización Previsional, vulnera el derecho del actor a obtener una pensión acorde a lo dispuesto en el artículo 2° inciso c) del Decreto Ley N° 25967, concordante con el artículo 70° del Decreto Ley N° 19990.*

Lima, diecinueve de junio de dos mil trece.-

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

VISTOS: con el acompañado, la causa número cinco mil cuatrocientos dieciséis guión dos mil once guión Arequipa, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema **Rodríguez Chávez** y, producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante **Rufino Torres Torres**, de fecha veintiséis de agosto de dos mil once, que corre de fojas ciento cuarenta y nueve a ciento cincuenta y tres, contra la sentencia de vista de fecha cinco de agosto de dos mil once, obrante de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha catorce de febrero de dos mil once, obrante de fojas noventa y ocho a ciento dos; en los seguidos contra la **Oficina de Normalización Previsional - ONP**, sobre Reajuste Pensionario.

CAUSAL DEL RECURSO:

Por resolución de fecha tres de setiembre de dos mil doce, que corre de fojas veintiuno a veintidós del cuaderno de casación, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto, por la causal de: ***infracción normativa del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967***, que establece lo siguiente: “La

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

remuneración de referencia a los efectos del Sistema Nacional de Pensiones, se calculará únicamente, de la siguiente manera: (...) c) Para los asegurados que hubieran aportado durante veinte años completos de aportación y menos de veinticinco, es igual al promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta, el total de remuneraciones asegurables, percibidas por el asegurado en los últimos sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación.

Si cualquiera de los casos mencionados en los incisos precedentes, durante los meses especificados, no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios, en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados.”; correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento sobre dicha causal.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, el recurso de casación tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme lo señala el artículo 384° del Código Procesal Civil, vigente a la fecha de la presentación del recurso.

Segundo.- **Antecedentes:**

En el caso de autos, el actor solicita que se declare inaplicable la Resolución de Jubilación N° 00040-2001-ONP/DC del veintidós de enero de dos mil uno, y, consecuentemente, se ordene que la entidad demandada efectúe el cálculo de la remuneración de referencia, conforme a los meses efectivamente aportados, según lo dispone el último párrafo del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967; más el pago de los reintegros dejados de percibir y el pago de intereses legales. Por cuanto la empleada ha calculado dicha remuneración tomando en cuenta el periodo comprendido entre el año mil novecientos noventa y siete al año dos mil, considerando periodos en los que no han existido aportes efectivos; otorgándole

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

una pensión de jubilación ascendente a doscientos ochenta y cinco con 18/100 Nuevos Soles (S/. 285.18).

El Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, declaró infundada la demanda, mediante sentencia de fecha catorce de febrero de dos mil once, obrante de fojas noventa y ocho a ciento dos; decisión que fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la citada Corte Superior, a través de la sentencia de vista de fecha cinco de agosto de dos mil once, obrante de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro.

Tercero.- Delimitación de la controversia

La presente controversia, se circunscribe en determinar si corresponde ordenar o no a la demandada efectuar un nuevo cálculo de la pensión de jubilación del actor sobre la base de lo dispuesto por el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967, esto es, que el cálculo se realice en función a los sesenta (60) últimos meses de aportaciones efectivas.

Cuarto.- La sentencia de vista, confirmando la apelada declaró infundada la demanda, al considerar que el actor no acreditó encontrarse en alguno de los supuestos previstos en el precitado inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967, es decir, no haber aportado por falta de prestación de servicios (accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso); razón por la cual, no se puede sustituir los periodos del año mil novecientos noventa y siete, mil novecientos noventa y ocho, mil novecientos noventa y nueve y parte del año dos mil, por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados; máxime si el actor ha reconocido no haber laborado en dichos periodos.

Quinto.- La correcta interpretación de las normas legales, debe hacerse acorde con los parámetros constitucionales, lo que se denomina "*interpretación conforme a la Constitución*", la cual parte del reconocimiento de que la Constitución es la norma jurídica primaria y fundamental, y que ésta no sólo contiene principios y valores abstractos, sino que posee eficacia normativa. Bajo esta premisa, tenemos que el eje de toda la estructura de derechos contenidos en nuestra Carta Magna

es la persona humana y la defensa de su dignidad, tal como lo estipula en su artículo 1°: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y el Estado”*, mientras que, en sus artículos 11° y 12° se reconocen y garantizan el derecho a una pensión digna y al eficaz funcionamiento del sistema pensionario. Este reconocimiento constitucional no es meramente declarativo sino que posee connotación práctica al momento de interpretar las normas legales, lo cual debe hacerse bajo los parámetros de los principios de equidad y del mayor favor y optimización del plexo de derechos, los que bien podrían contenerse en el principio “PRO HOMINE”, el cual Mónica Pinto define como: *“Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”*¹.

Sexto.- Interpretación de esta Sala Suprema:

El marco anterior, debe tenerse en cuenta para la interpretación correcta de la disposición normativa contenida en el artículo 2°, inciso c) del Decreto Ley N° 25967, dado que en ella no se utiliza la frase “60 meses calendario”, expresión que inequívocamente identificaría a todos los meses correlativos, por el contrario, la norma indica que el cálculo de la remuneración de referencia, debe efectuarse obteniéndose el promedio mensual que resulte de dividir entre sesenta (60) el total de **remuneraciones asegurables** de los últimos sesenta (60) meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación; es decir, conforme a la norma, los sesenta (60) meses consecutivos que se deben tomar en cuenta para establecer la remuneración de referencia, son, empezando por el último mes de aportación hacia atrás, esto es, los sesenta (60) meses consecutivos en que existan remuneraciones asegurables, puesto que, sólo éstos generaran la

¹ Citada por: CARPIO MARCOS, Edgar. “La Interpretación de los Derechos Fundamentales”. Palestra Editores. Lima. 2004, p. 28.

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

obligación de aportar al Sistema, omitiendo considerar aquellos meses en que no existan remuneraciones asegurables ni tampoco la obligación de aportar.

Sétimo.- Esta interpretación no sólo tiene sustento en la literalidad de la norma; sino en los principios de equidad y congruencia, pues si conforme a las reglas fijadas por el Decreto Ley N° 19990, para que una persona alcance el derecho pensionario, se requiere la concurrencia de los requisitos de edad y años de aportación, resultaría contradictorio e injusto que si ésta ha alcanzado su derecho a la pensión de jubilación, para la determinación de su remuneración de referencia, y por ende, del monto de su pensión, se le consideren los meses en blanco, en los que por algún motivo no trabajó o no pudo acreditar suficientemente la prestación, por cuanto, no percibió remuneración asegurable, como “cero aportes”, cuando lo cierto es que ya demostrados sus años de prestación de servicios y de aportación, debieran considerarse para la determinación del importe pensionario, las sesenta (60) remuneraciones asegurables que generó con efectividad; de lo cual resulta que los períodos en que no tuvo remuneraciones asegurables; tampoco se deberían tomar en cuenta para establecer el monto de la pensión.

Octavo.- Que, la interpretación expresada en las considerativas precedentes no colisiona con la parte in fine del artículo 2° del Decreto Ley N° 25967, cuando prescribe que: *“Si cualquiera de de los casos mencionados en los incisos precedentes, durante los meses especificados, no se hubiese aportado por falta de prestación de servicios, en razón de accidente, enfermedad, maternidad, licencia con goce de haber o paro forzoso, se sustituirán dichos períodos por igual número de meses consecutivos inmediatamente anteriores aportados”*; por cuanto esta norma se refiere a los casos en que, estando vigente el vínculo laboral y, por ende, la obligación de efectuar aportes, éstos no se hubiesen cumplido por alguno de los motivos enunciados en el aludido artículo. En efecto, al no encontrarse regulado en la norma el modo de proceder cuando se deja de aportar por cese laboral o extinción del contrato de trabajo y un posterior reinicio de labores, una

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

*interpretación a la luz de la Constitución*² nos ratifica en la conclusión arribada precedentemente.

Noveno.- Bajo los parámetros anteriores, esta Sala concluye que la interpretación correcta de la disposición contenida en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25697, es la siguiente: ***“Para el cálculo de la remuneración de referencia de los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c), se debe tomar en cuenta el promedio mensual que resulte de dividir entre treinta y seis (36), cuarenta y ocho (48) y sesenta (60), respectivamente, el total de remuneraciones asegurables de los últimos treinta y seis (36), cuarenta y ocho (48) y sesenta (60) meses consecutivos, inmediatamente anteriores al último mes de aportación; considerando para ello, sólo los meses en que existen remuneraciones asegurables porque sólo éstos generan la obligación de aportar al sistema y no los meses calendario, en los cuales se pueden presentar ‘meses en blanco’, donde no se generaron aportes al sistema”.***

Décimo.- Solución del caso concreto:

A fojas quince obra la Resolución N° 00040-2011-ONP/DC, de fecha veintidós de enero de dos mil uno, por la cual, la Oficina de Normalización Previsional, reconoció al demandante veinticuatro (24) años y diez (10) meses de aportaciones, otorgándole pensión de jubilación minera por la suma de doscientos ochenta y cinco con 18/100 Nuevos Soles (S/. 285.18), advirtiéndose de la Hoja de Liquidación y del cuadro de remuneraciones, corrientes de fojas dieciséis y veintiuno, respectivamente; que para el cálculo de la remuneración de referencia, la entidad demandada ha tenido en cuenta el período comprendido desde el uno de abril de mil novecientos noventa y cinco al treinta y uno de marzo de dos mil,

² Sobre la interpretación a la luz de la Constitución, el Tribunal Constitucional en el fundamento dieciséis de la sentencia recaída en el **Expediente N° 4853-2004-PA/TC**, ha señalado: “ (...) **los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto (...)**”.

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

esto es, computando los sesenta meses consecutivos inmediatamente anteriores al último mes de aportación (abril de dos mil).

En consecuencia, teniendo en cuenta que las últimas remuneraciones asegurables son las que se considerarán para determinar la pensión de referencia a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, conforme se ha establecido, y no los últimos meses calendarios antes de la última aportación; la liquidación practicada por la Oficina de Normalización Previsional, a la que hacemos referencia, vulnera el derecho del actor a obtener una pensión acorde a lo dispuesto en el artículo 2°, inciso c) del Decreto Ley N° 25967, concordante con el artículo 70° del Decreto Ley N° 19990; razón por la cual, la causal denunciada resulta **fundada**.

Décimo Primero.- Que, el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, autoriza a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, a establecer precedentes vinculantes en sus resoluciones que contengan principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa; así, en el caso de autos, habida cuenta de la importancia de la materia que se ha puesto a su consideración, esta Suprema Sala considera procedente declarar que el criterio establecido en el considerando noveno, constituye precedente judicial vinculante para los órganos jurisdiccionales de la República, debiendo publicarse en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página web del Poder Judicial.

Décimo Segundo.- Cabe señalar que, la interpretación realizada por este Colegiado Supremo en los considerandos sexto, sétimo, octavo y noveno, obedece a que el desarrollo jurisprudencial permite a los magistrados asumir criterios interpretativos a través de los cuales concuerdan sus posiciones individuales, inclusive apartándose de criterios anteriores, según lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS; coincidiendo en este caso, en que lo señalado en los citados considerandos es la correcta interpretación de la norma analizada.

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

FALLO:

Por estos fundamentos, y **con lo expuesto en el Dictamen Fiscal Supremo**; la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

HA RESUELTO:

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Rufino Torres Torres**, de fecha veintiséis de agosto de dos mil once, que corre de fojas ciento cuarenta y nueve a ciento cincuenta y tres.
2. **CASAR** la sentencia de vista de cinco de agosto de dos mil once, obrante de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro; **y actuando en sede de instancia**; **REVOCARON**, la sentencia apelada de fecha catorce de febrero de dos mil once, de fojas noventa y ocho a ciento dos, que declara infundada la demanda; reformándola la declararon **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable la Resolución de Jubilación N° 00040-2001-ONP/DC del veintidós de enero del dos mil uno; y **DISPUSIERON** que la demandada expida nueva resolución administrativa cumpliendo con calcular la pensión del actor de conformidad con el artículo 2° inciso c) del Decreto Ley N° 25967, esto es, sobre la base de las sesenta remuneraciones asegurables percibidas, con el reintegro de las pensiones devengadas e intereses legales, sin costas ni costos.
3. **DECLARAR** que lo resuelto en el noveno considerando de la presente resolución constituye precedente judicial vinculante conforme al artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.
4. **ORDENAR** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial.

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

CASACIÓN N° 5416 - 2011
AREQUIPA
Reajuste Pensionario
PROCESO ESPECIAL

5. **REMITIR** copia de la presente sentencia a los Presidentes de las Cortes Superiores de todos los Distritos Judiciales de la República para su difusión entre los magistrados de las diversas instancias del Poder Judicial.

6. **NOTIFICAR** con la presente sentencia a **Rufino Torres Torres** y a la **Oficina de Normalización Previsional - ONP**, en el proceso sobre Reajuste Pensionario.

S.S.

GÓMEZ BENAVIDES

MORALES GONZÁLEZ

YRIVARREN FALLAQUE

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

AYALA FLORES

*MPZO
DKRP*