

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

Lima, doce de octubre de dos mil once.-

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

VISTA: La causa número nueve mil ciento sesenta y siete guión dos mil nueve, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; producida la votación con arreglo a Ley, se ha emitido la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la codemandada Unidad de Gestión Educativa de Jaén – UGEL Jaén mediante escrito de fojas trescientos catorce, de fecha cinco de octubre de dos mil nueve, contra la sentencia de vista su fecha veintidós de setiembre de dos mil nueve, corriente a fojas doscientos ochenta y uno, que revoca la sentencia apelada y reformándola declararon fundada la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución de fecha veintinueve de noviembre de dos mil diez, corriente a fojas treinta y uno del cuadernillo formado por esta Sala Suprema se ha declarado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa relacionada con: **i)** Artículo 1° del Decreto Supremo N° 110-2001-EF; **ii)** Novena Disposición Transitoria literal b.2) de la Ley N° 28411; **iii)** artículo 3 de la Ley N° 28389; y, **iv)** artículo 4 de la Ley N° 28449.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que, del petitorio de la demanda, se advierte que el presente proceso tiene por objeto que el Órgano Jurisdiccional deje sin efecto la Resolución Directoral Regional N° 3590-2008/ED-CAJ y de la Resolución Directoral N° 441-2008-GR-CAJ-UGEL/J, y como consecuencia de ello se ordene a la entidad demandada cumpla con nivelar su pensión de cesantía incluyendo los incentivos de

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

productividad dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 088-2001, reglamentado con la Directiva N° 012-2003-GR.GAJ-GRPPAT/SGDI, Directiva que norma la asignación del incentivo laboral de productividad y asistencia económica en las entidades y dependencias del Gobierno Regional de Cajamarca, así como los devengados que señales les corresponden como ex trabajadores administrativos cesantes del sector educación del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530 con derecho a pensión nivelable conforme a la Ley N° 23495, argumentando que dicho beneficio es percibidos por los trabajadores activos con similares cargo en servicio activo.

Segundo.- Que, la causal casatoria de infracción normativa que incide directamente en la decisión contenida en la resolución impugnada, se configura por la no adecuada aplicación del derecho objetivo y siempre que ello incida directamente sobre la decisión, el vocablo Infracción es un sustantivo que proviene de la raíz latina “infractio” que significa trasgresión o quebrantamiento de una ley, y como señala Sánchez Palacios Paiva es el género de las causales clásicas y puntuales: interpretación errónea, aplicación indebida o inaplicación, por su carácter genérico da flexibilidad en la calificación y en la resolución de fondo del recurso¹, su finalidad esencial es la observancia correcta de la norma jurídica en las resoluciones judiciales impugnables , fin nomofiláctico materializando el principio derecho de igualdad ante la ley recogido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, así como los principios de seguridad y certidumbre jurídica.

Tercero.- Que, en el caso concreto, respecto a la infracción de las normas a que se refieren los *ítems iii) y iv)* se ha denunciado que la sentencia de vista ha incurrido en dicha causal casatoria, toda vez que, conforme a la modificatoria Constitucional producida por la Ley N° 28389 así como la modificatoria al sistema de pensiones del Decreto Ley N° 20530, producida por la Ley N° 28449, la teoría de los derechos adquiridos ha sido reemplazada por la del los hechos cumplidos y nivelación de pensiones se encuentra proscrita; sin tener en cuenta que el pedido de nivelación de pensiones tramitado en sede administrativa data de una fecha posterior a la dación de las Leyes N° 28389 y N° 28449.

¹ SANCHEZ PALACIOS, Manuel; “El Recurso de Casación Civil Praxis” (actualizada con las modificaciones de la Ley N° 29364. Jurista Editores EIRL, Primera Edición, Lima – 2009, pág. 155.

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

Cuarto.- Que, efectivamente la revisión de la sentencia de vista de fecha veintidós de setiembre de dos mil nueve que corre a fojas doscientos ochenta y uno se verifica que los argumentos de la Sala Superior son básicamente los siguientes: **1)** si bien es cierto el Decreto Supremo N° 110-2001-EF y la Directiva N° 012-2003-GR-CAJ establecen que los incentivos, programas o actividades de bienestar aprobados por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, no tienen naturaleza remunerativa también lo es que la Ley N° 23495 y el Decreto Ley N° 20530 son normas de mayor jerarquía que prevalecen frente a las normas acotadas. **2)** Debe tenerse presente que el Decreto de Urgencia N° 088-2001 cuya aplicación solicitan los demandantes ha sido expedido con anterioridad a la modificatoria del Decreto Ley N° 20530 y de la Ley N° 23495 efectuada por la Ley N° 28449.

Quinto.- Que, es decir, de lo reseñado en el anterior considerando, queda claro que la Sala Superior al emitir su sentencia no ha analizado que, independientemente que el Decreto de Urgencia N° 088-2001 haya sido expedido con anterioridad a la modificatoria del Decreto Ley N° 20530 y de la Ley N° 23495 efectuada por la Ley N° 28449, a la fecha de presentación de la solicitud de nivelación de pensiones por parte de los demandantes, esto es, al veintiuno de enero de dos mil ocho, según se verifica del sello de recepción que aparece a fojas sesenta y siete, la norma que consagraba “*teoría de los derechos adquiridos*”, prevista en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú², fue modificada y sustituida por la “*teoría de los hechos cumplidos*” la cual fue incorporada mediante el artículo 3° de la Ley N° 28389³; publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el diecisiete de

² **Primera.-** “Regímenes pensionarios de los Servidores Públicos”

Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

³ **Artículo 3.-** Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú
Sustitúyase el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente: “Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional”:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

noviembre de dos mil cuatro y vigente desde el día siguiente a su publicación, norma en cuya virtud se expidió la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, que fue publicada el treinta de diciembre de dos mil cuatro, que modifica diversos artículos del Decreto Ley N° 20530 y en su artículo 4° proscribire la nivelación de las pensiones con las remuneraciones⁴, estableciendo además, de manera taxativa, en su Tercera Disposición Final que la Ley N° 23495 queda derogada; lo que nos lleva a afirmar que a la fecha que los demandantes solicitan a la administración que en aplicación de la Ley N° 23495 se cumpla con la nivelación de su pensión de cesantía con relación a los ingresos percibidos por los servidores activos de su mismo nivel, ya no era factible atender de manera favorable su solicitud por cuanto tal pretensión carece de sustento normativo y constituye una aplicación retroactiva de estas normas, que contraviene el artículo 103° de la Constitución razón por la cual, se acredita que en la sentencia de vista se ha incurrido en infracción normativa de los artículos 3 de la Ley N° 28389 y artículo 4° de la Ley N° 28449.

Sexto.- Que, en cuanto al asunto de fondo, esto es, las causales contenidas en los **ítems i) y ii)**, se denuncia que no se ha tenido en cuenta que conforme al artículo 1 del Decreto Supremo N° 110-2001-EF, los incentivos de productividad no tienen naturaleza remunerativa ni pensionaria, razón por la cual la Novena Disposición Transitoria literal b.2 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, prescribe que los incentivos laborales que se otorgan a través de Comité de Administración de los Fondos de Asistencia y Estímulo (CAFAE), no tienen el carácter remunerativo, pensionable ni compensatorio.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito.

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

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

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

Sétimo.- Que, para resolver el fondo de la litis, esto es, analizar si antes de la entrada en vigencia de las Leyes N° 28389 y N° 28449 le correspondía a los demandantes el derecho a nivelación de sus pensiones, resultaba pertinente que el caso se analice teniendo en cuenta las normas que regular el otorgamiento de los incentivos por productividad que invocaron los demandantes como sustento de su solicitud de nivelación de pensiones, como son el Decreto de Urgencia N° 088-2001, el Decreto Supremo N° 110-2001-EF y la Directiva N° 012-2003-GR-CAJ.

Octavo.- Que, para ello es menester recordar que previamente que el Decreto Ley N° 20530 que regula el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado, no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990, publicado el veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, fue expedido con el objeto de: **i)** perfeccionar el Régimen de Cesantía, Jubilación y Montepío regulado por la Ley de Goces de mil ochocientos cincuenta que constituyó el Estatuto Pensionario de los Servidores Público hasta el once de junio de mil novecientos sesenta y dos; y, **ii)** Asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal, por ello la propia norma en su artículo 2° establece que es un régimen de carácter cerrado.

Noveno.- Que, por su naturaleza el derecho a la pensión es de configuración legal, por lo que las instituciones vinculadas a él como la nivelación de las pensiones se encuentran reguladas en las disposiciones emitidas por el legislador en desarrollo de dicho derecho como es la Ley N° 23495, ello es así por cuanto tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias⁵.

Décimo.- Que, el artículo 5° de la Ley N° 23495 establecía que cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñen el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado, dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1417-2005-PA/TC Fundamento Jurídico N° 34.

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

Décimo Primero.- Que, el Decreto de Urgencia N° 088-2001, que establece disposiciones aplicables a los Comités de Administración de los Fondos de Asistencia y Estímulo de las entidades públicas, establece entre otras normas que: *“artículo 2.- El Fondo de Asistencia y Estímulo establecido en cada entidad, en aplicación del Decreto Supremo N° 006-75-PM/INAP, será destinado a brindar asistencia, reembolsable o no, a los trabajadores de la entidad, de acuerdo a su disponibilidad y por acuerdo del Comité de Administración, en los siguientes rubros: a) Asistencia Educativa, destinada a brindar capacitación o perfeccionamiento al trabajador público, cónyuge e hijos. b) Asistencia Familiar para atender gastos imprevistos no cubiertos por la seguridad social. c) Apoyo de actividades de recreación, educación física y deportes, así como artísticas y culturales de los servidores y sus familiares. d) Asistencia alimentaria, destinada a entregar productos alimenticios. e) Asistencia económica, incluyendo aguinaldos, incentivos o estímulos, asignaciones o gratificaciones”; “artículo 3.- De los recursos del Fondo.- Constituyen recursos del Fondo de Asistencia y Estímulo los siguientes: a) Los descuentos por tardanza o inasistencia al centro de labores. b) Las donaciones y legados. c) Las transferencias de recursos que por cualquier fuente reciban de la propia entidad, autorizadas por su Titular. d) Las rentas generadas por los activos propios y/o bajo su administración. e) Los demás ingresos que obtenga por actividades y/o servicios.”*

Décimo Segundo.- Que, por su parte en el Decreto Supremo N° 110-2001-EF, precisa en su artículo 1 que en concordancia con lo regulado en el Artículo 43° del Decreto Legislativo N° 276 y el Artículo 8° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, los incentivos y/o entregas, programas o actividades de bienestar aprobados en el marco de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM no tiene naturaleza remunerativa. A su vez, en la Directiva N° 012-2003-GR.CAJ-GRPPAT/SGDI, que norma la asignación del incentivo laboral por productividad y por asistencia económica en las entidades y dependencias del Gobierno Regional de Cajamarca, que obra en autos a fojas ochenta y cinco a precisa que la naturaleza de los incentivos que se otorgan no son de naturaleza remunerativa, ni pensionables y no constituyen base de cálculo para los incrementos de Ley y por tanto, no es aplicable a los pensionistas bajo ninguna modalidad, a su vez, señala que estos incentivos

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

están destinados a estimular la permanencia de los trabajadores en las entidades y dependencias del Gobierno Regional de Cajamarca y su aplicación corresponderá a los servidores activos que laboren un mínimo de una hora adicional a la jornada legal de trabajo en forma efectiva.

Décimo Tercero.- Que, estando a lo dispuesto en las normas glosadas, es pertinente tener en cuenta que el Decreto Supremo N° 159-2002-EF, que establecen disposiciones relativas al reconocimiento, declaración, calificación y pago de derechos pensionarios a que se refiere el D.L. N° 20530, precisa en el numeral 4.6 de su anexo cuales son los conceptos que deben servir como referente para proceder a la nivelación de las pensiones, y en el numeral 4.7 señala que de acuerdo a la Ley N° 20530 es pensionable toda remuneración afecta al descuento para pensiones que sean permanentes en el tiempo y regulares en su monto. Por lo tanto, no procede disponer la inclusión de tal concepto en la pensión de este régimen y menos nivelar aquellos conceptos que por norma se ha señalado de manera expresa su carácter de no pensionables y que inclusive no han estado afectos a descuento alguno. Más aún si se tiene en cuenta que la Novena Disposición Transitoria literal b.2 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, prescribe que los incentivos laborales que se otorgan a través de CAFAE no tienen el carácter remunerativo, pensionable ni compensatorio.

Décimo Cuarto.- Ahora bien, estando a que la demandante solicita la nivelación de su pensión con relación a los haberes percibidos por un servidor activo de su mismo nivel, señalando que la pretendida nivelación debe realizarse en función a los conceptos denominados productividad, debe tenerse en función a las normas antes glosadas, dicha solicitud no es atendible por cuanto: **a)** su percepción esta condicionada a que sea personal administrativo en actividad que labore efectivamente; **b)** no tiene naturaleza remunerativa ni pensionable y no se encuentra afecta a cargas sociales.

Décimo Quinto.- Este criterio también ha sido asumido en reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia STC N° 3741-2009-PA/TC ha variado su anterior criterio y en el Fundamento 7. de esta sentencia ha expresado que: *“Respecto al Decreto de Urgencia 088-2001, es necesario precisar que los CAFAE*

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

constituyen organizaciones administradas por trabajadores en actividad, para beneficio de los mismos, y, en ese sentido, son solo ellos los destinatarios de sus prestaciones, sean estas de carácter dinerario o no. En esa medida, los montos otorgados por CAFAE a los trabajadores no ostentan un carácter remunerativo sino básicamente asistencial y de estímulo para el mejor desempeño de sus funciones. Por tanto, los beneficios o incentivos que los trabajadores perciben a través del CAFAE no forman parte de sus remuneraciones, por cuanto los fondos que se transfieren para su financiamiento son administrados por el propio CAFAE, organización que no tiene la calidad de empleador y es distinta a aquella en la que los servidores prestan servicios, razón por la cual el empleador no se encuentra obligado a hacer extensivos tales beneficios a los pensionistas.⁶

Décimo Sexto.- Que, en consecuencia, estando a la naturaleza no remunerativa ni pensionable del concepto cuyo otorgamiento vía nivelación de pensión se pretende, la demanda deviene en infundada, por cuanto los actores no han acreditado que el concepto cuyo otorgamiento pretende sea de carácter remunerativo y por ende nivelables.

Décimo Sétimo.- Por todo lo expuesto, se concluye que en la sentencia de vista no sólo se ha incurrido en infracción del artículo 1 del Decreto Supremo N° 110-2001-EF y la Novena Disposición Transitoria literal b.2 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, sino de las demás normas conexas que prescriben que los incentivos laborales que se otorgan a través de CAFAE no tienen el carácter remunerativo, pensionable ni compensatorio, por lo cual respecto a esta denuncia el recurso también resulta *fundado*.

Décimo Octavo.- Que, siendo ello así, corresponde declarar fundado el recurso y actuando en sede de instancia, al haberse establecido la ocurrencia de las infracción *in iure* de las normas denunciadas, confirmar la apelada, toda vez que, las resoluciones administrativas materia de impugnación, Resolución Directoral Regional N° 3590-2008/ED-CAJ y Resolución Directoral N° 441-2008-GR-CAJ-UGEL/J, son actos válidos conforme al artículo 8° de la Ley N° 27444, Ley del

⁶ Criterio que fue asumido con anterioridad por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 6117-2005-PA/TC (Fundamentos Jurídicos N° 07 y N° 08)

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

CASACIÓN N° 9167-2009

LAMBAYEQUE

Procedimiento Administrativo General, al no estar incursos en ninguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 10° de la misma Ley.

FALLO:

Por estas consideraciones; con lo expuesto en el Dictamen Fiscal: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la Unidad de Gestión Educativa Local de Jaén – UGEL Jaén de fecha cinco de octubre de dos mil nueve, a fojas trescientos catorce; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y uno su fecha veintidós de setiembre de dos mil nueve; y, actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas doscientos catorce, su fecha once de mayo de dos mil nueve que declara **INFUNDADA** la demanda; **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a Ley; en los seguidos con la Oficina de Normalización Previsional, en los seguidos por Godofredo Herrera Campojo y otros contra el Gobierno Regional de Cajamarca y otros sobre Acción Contencioso Administrativo; y, Interviene como Juez Supremo ponente la señora Mac Rae Thays, los devolvieron.-

S.S.

MAC RAE THAYS

ARAUJO SÁNCHEZ

AREVALO VELA

MORALES GONZÁLES

CHAVES ZAPATER

leoe/Zchl