



GOBIERNO REGIONAL LAMBAYEQUE

SEDE REGIONAL

GERENCIA GENERAL REGIONAL

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N°/88 -2011-GR.LAMB/GGR

Chiclayo, 12 DIC. 2011

VISTO:

El Recurso de apelación de don Wilson Gregorio Rojas Montalvo; y,

CONSIDERANDO:

Que, con Oficio N° 148-2011-GR.LAMB/GRA-OFAJ, el Gerente Regional de Agricultura Lambayeque eleva a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por don **Wilson Gregorio Rojas Montalvo** cesante del régimen pensionario del Decreto Ley 20530, contra la Resolución de Dirección Regional Sectorial N° 281-2011-GR.LAMB/DRA de fecha 07 de julio del 2011, con la que se declara improcedente su petitorio respecto a nivelación de pensión, pago a la productividad y reintegro de las pensiones de dejadas de percibir, por cuanto el incentivo a la productividad es un estímulo que perciben solo los trabajadores nombrados de la Administración Pública a través del CAFAE que se encuentran en actividad y que laboran fuera del horario normal en sus centros trabajo de conformidad con el D.U. N° 088-2001 y demás normas conexas;

Que, el recurrente interpone recurso de apelación dentro del término de ley fundamentando que la impugnada carece de motivación, mostrando una errada interpretación de normas, no se ha tenido en cuenta la jurisprudencia existente; que el art. 6° del D. Ley 20530 señala como pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que esté afecta al descuento para pensiones; y que no se ha tenido en cuenta la sentencia recaída en el expediente N° 2616-2004 emitida por el Tribunal Constitucional respecto al pago de la bonificación del Decreto de Urgencia N° 037-94;

Que, en el presente caso la Resolución de Dirección Regional Sectorial N° 281-2011-GR.LAMB/DRA de fecha 07 de julio del 2011 ha sido impugnada por el administrado don **Wilson Gregorio Rojas Montalvo** dentro del plazo establecido por la Ley N° 27444 en su Art. 207° inciso 2, esto es, dentro del término de quince (15) días que dicha norma precisa para la interposición de los recursos, en concordancia con el artículo 212° de la acotada ley;

Que, la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, en su Artículo 209°, precisa que el Recurso Administrativo de Apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico, con la finalidad de que revise, modifique y emita nuevo pronunciamiento acorde a derecho, no siendo necesaria la presentación de nueva prueba por tratarse de aspectos de puro derecho. Del mismo modo el Artículo 211° concordante con el Artículo 113° de la citada norma legal, establece los requisitos de admisibilidad y procedencia que debe reunir este recurso impugnativo; requisitos que cumple el recurso de Apelación promovido por don **Wilson Gregorio Rojas Montalvo** contra la Resolución de Dirección Regional Sectorial N° 281-2011-GR.LAMB/DRA;

Que, siendo así, es necesario pronunciarnos sobre el fondo del asunto, deduciéndose que el recurso de apelación interpuesto tiene el propósito que la instancia administrativa primigenia, remita los actuados administrativos a la Gerencia General Regional de la Sede del Gobierno Regional de Lambayeque para que ésta revise en segunda instancia la petición de otorgamiento de pensión nivelable en base a los incentivos a la productividad, debiendo precisar que la real denominación de dicho concepto es el de incentivos laborales;





RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N°/88 -2011-GR.LAMB/GGR

Chiclayo,

12 DIC. 2011

Que, conforme al artículo 2° del D.U. 088-2001 el Fondo de Asistencia y Estímulo establecido en cada entidad, en aplicación del Decreto Supremo N° 006-75-PCM/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 rubros que la citada norma establece;

Que, en el artículo 5° de la norma en referencia se ratifica la vigencia de los Decretos Supremos N°s. 006-75-PM/INAP, 052-80-PCM, 028-81-PCM, 097-82-PCM y 067-92-PCM, y demás regulatorias del Fondo de Asistencia y Estímulo, en lo que no hayan sido modificados o no resulten incompatibles con lo dispuesto en el presente Decreto de Urgencia; en su Tercera Disposición Transitoria precisa que los incentivos, entregas, programas o actividades de bienestar a que hace referencia el artículo 1° del Decreto Supremo N° 110-2001-EF **no se encuentran comprendidos dentro de los conceptos remunerativos** que señala el artículo 52° de la Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado (hoy derogada);

Que, conforme a la norma legal descrita en los numerales 4 y 5, la entrega de los incentivos están sujetos a ciertas condiciones, y contienen determinadas características: a) para percibirlos **es necesario ser trabajador activo**; b) **efectuar voluntariamente labores en la entidad** fuera del horario normal de trabajo, dado a que se ratifica la vigencia del D.S. 067-92-EF y demás regulatorias de CAFAE, siendo que en estas se establece esta condición; c) **no constituyen conceptos remunerativos, por tanto no son pensionables**, pues no están afectos a descuento de ley ni retención alguna, salvo las que el propio trabajador dispone, o las judiciales, de ser el caso;

Que, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, N° 28411, en su Novena Disposición Transitoria estipula que las transferencias de fondos públicos al CAFAE, en el marco de los Decretos Supremos N°s. 067-92-EF y 025-93-PCM y D.U. 088-2001 se realizan entre otros, de acuerdo a lo siguiente:

(...)

- a.2 Sólo se podrán transferir fondos públicos al CAFAE para el financiamiento de los Incentivos Laborales que corresponda otorgar al personal administrativo, bajo el régimen laboral del D. Leg. 276 que ocupa una plaza destinada a funciones administrativas en el Cuadro para asignación de Personal (CAP) de la correspondiente entidad. (...)

(...)

- a.5 El monto total de fondos públicos que los pliegos transfieran financieramente a sus respectivos Fondos de Asistencia y Estímulo - CAFAE durante el año fiscal, no podrá ser mayor al monto total transferido durante el año fiscal próximo pasado adicionando el financiamiento para el pago de los Incentivos Laborales que corresponda otorgar en las plazas que hayan sido cubiertas en dicho año fiscal. Los pliegos, en ningún caso, podrán transferir recursos al CAFAE para el pago de Incentivos Laborales de las plazas del personal que no se encuentren ocupadas o de las plazas del personal que no perciba efectivamente las remuneraciones que corresponden a la misma.

(...)

- a.7 Los pliegos antes del Inicio del año fiscal, y bajo responsabilidad, informarán a la Contraloría General de la República y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, el programa de beneficios que ha sido aprobado en forma conjunta por el Pliego y el CAFAE, a favor de sus funcionarios y servidores, (...).





RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N°/88 -2011-GR.LAMB/GGR

Chiclayo, 12 DIC. 2011

(...)

Los Incentivos Laborales que se otorgan a través del CAFAE se sujetan a lo siguiente:

(...)

b.2 No tienen carácter remunerativo, pensionable, ni compensatorio.

b.3 Son beneficiarios de los Incentivos Laborales los trabajadores administrativos bajo el régimen laboral del D. Leg N° 276 que tienen vínculo laboral vigente con el Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales (...).

Que, la Octava Disposición Final de la indicada Ley señala que "de acuerdo al Decreto Ley 20530, es pensionable toda remuneración afecta al descuento para pensiones que sea permanente en el tiempo y regular en su monto. Por lo tanto, no procede disponer la inclusión en el monto de la pensión de este régimen, de aquellos conceptos que, por norma expresa han sido establecidas con el carácter de no pensionables, como tampoco aquellos que no han estado afectos al descuento efectivo para las pensiones de dicho régimen";

Que, la Ley acotada en los numerales 7 y 8 no hace sino reafirmar las condiciones descritas en las normas materia de análisis de los numerales precedentes, incluso para deducir que los incentivos laborales no solamente no constituyen remuneraciones, sino tampoco son pensionables ni compensatorias, es decir no pueden tomarse en cuenta para efectos de realizar la nivelación de pensiones, por no estar afectos a descuentos a favor del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, ni de ningún otro régimen pensionario, como que tampoco los recurrentes están comprendidos en los programas de beneficios que el Pliego y el CAFAE elaboran a favor de sus funcionarios y servidores antes del inicio del año fiscal, con informe a la Contraloría General de la República y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República;

Que, la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los Artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú señala en su artículo 3°, numeral 2, segundo párrafo, que "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";

Que, el artículo 4° de la Ley 28449 que establece las nuevas reglas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley 20530, señala que está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad;

Que, el Tribunal Constitucional en su sentencia como consecuencia del expediente N° 050-2004-AI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad contra las Leyes N°s. 28389 y 28449 falla declarando infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 28389, y fundada en parte las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley 28449, declarando la inconstitucionalidad de dicha Ley sólo en los siguientes casos:

a) Del conectivo "y" del inciso c del artículo 32 del D.L. 20530 modificado por la Ley 28449.





RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N°/88 -2011-GR.LAMB/GGR

Chiclayo, 12 DIC. 2011

- b) De la frase "hasta que cumplan los 21 años" del literal a del artículo 34 de la Ley 20530, y por conexidad, la frase "en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan 21 años" del literal b del artículo 55 del D.L. 20530, así como también la palabra "universitarios" del mismo literal; así mismo, de la frase "hasta que el beneficiario cumpla 21 años" del literal a del artículo 56 del D.L. 20530.
- c) Del primer párrafo del artículo 35 del D.L. 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley 28449, y por conexidad de la oración "el monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al 20% del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante" del artículo 57 del D.L. 20530.
- d) De la frase "de viudez" de la primera oración y del literal b del artículo 32 del D.L. 20530; y por conexidad la frase "de viudez" del artículo 54 del D.L. 20530.

Que, como se podrá apreciar, la inconstitucionalidad contenida en dicha sentencia no es a la prohibición de la nivelación de pensiones establecida en las Leyes 28389 y 28449, por lo tanto no hay norma legal que se oponga a tal prohibición; incluso el Tribunal en la referida sentencia en su fundamento 116 cuando se refiere a las sentencias del Poder Judicial que declaran fundadas las demandas sobre nivelación de pensiones, dice que "en estos supuestos la Constitución admite que una resolución puede devenir en ineficaz (...), y que no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente. En consecuencia han devenido en ineficaces.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional". De dicha fundamentación podemos precisar que la nivelación de pensiones teniendo en consideración los incentivos laborales que percibe el trabajador activo, al margen del análisis para determinar si estos constituyen base de cálculo para dicho propósito, por aplicación del fundamento 116 de la sentencia del Tribunal Constitucional en referencia, solo procede en los casos en que exista sentencia del Poder Judicial hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 28389 (17 de noviembre del 2004) que reformó los artículos 11° y 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú en torno al principio de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no procediendo la nivelación después de dicha fecha, tanto para los actuales trabajadores que pasen a la condición de cesantes, ni para quienes ya son cesantes;

Que, el mismo Tribunal Constitucional en su sentencia como resultado del Expediente N° 6117-2005-PA/TC sobre proceso de Acción de Amparo seguido por don José Elías Rodríguez Domínguez declara infundada dicha demanda sobre pago de incentivos fundamentando que "los CAFAE constituyen organizaciones administradas por trabajadores en actividad, para beneficio de los mismos, y





GOBIERNO REGIONAL LAMBAYEQUE

SEDE REGIONAL

GERENCIA GENERAL REGIONAL

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 88 -2011-GR.LAMB/GGR

Chiclayo, 12 DIC. 2011

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, porque 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**”;

Que, finalmente, debemos tener en consideración el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece **“Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.**

(...)

No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, **ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso**”, siendo así, la jurisprudencia que hace referencia el recurrente solo es de alcance a quienes estuvieron inmersos en los procesos judiciales pertinentes, no habiendo acreditado el recurrente encontrarse en tales circunstancias; por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de apelación interpuesto debe desestimarse;



Estando al Informe Legal N° 285-2011-GR.LAMB/ORAJ y a las facultades conferidas por la Ley N°27867 Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y su modificatoria la Ley N°27902;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- Declarar por los fundamentos expuestos, infundado el recurso de apelación interpuesto por don **Wilson Gregorio Rojas Montalvo** contra la Resolución de Dirección Regional Sectorial N° 281-2011-GR.LAMB/DRA, pensionista de la Gerencia Regional de Agricultura Lambayeque, sobre nivelación de pensiones incluyendo incentivos laborales, en consecuencia confirmese la apelada.

ARTICULO SEGUNDO.- Dar por agotada la vía administrativa y notificar la presente Resolución de acuerdo a Ley.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE.

GOBIERNO REGIONAL LAMBAYEQUE

Dr. Juan Francisco Cardoso Romero
GERENTE GENERAL REGIONAL