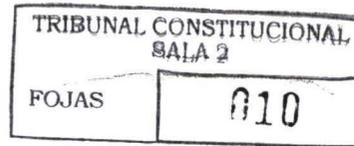




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01007-2012-PA/TC

ICA

FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de septiembre de 2012, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento de voto de Beaumont Callirgos

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fabio Ortiz Zúñiga contra la resolución expedida por la Sala Mixta y Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 73, su fecha 7 de diciembre de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto de que se establezca un nuevo cálculo de su pensión de invalidez vitalicia, conforme con lo dispuesto en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA, es decir, que se le otorgue una pensión equivalente al 70% de la remuneración de referencia, en un monto de S/. 857.36, a partir del 26 de junio de 2004, con el abono de devengados, intereses y costos del proceso. Manifiesta que erróneamente se le otorgó una pensión vitalicia diminuta de S/. 474.57, a partir del 1 de enero de 1992, conforme con el Decreto Ley 18846, no obstante que la fecha de diagnóstico médico fue el 27 de abril de 2006.

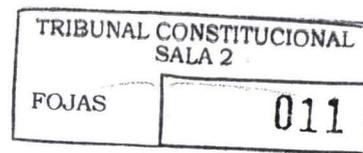
La ONP contesta la demanda sosteniendo que no se ha demostrado que se haya producido un incremento de la enfermedad o de la incapacidad del actor y que se le otorgó la pensión vitalicia a partir de la fecha de contingencia, esto es, a partir de la fecha de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992).

El Juzgado Mixto y de Investigación Preparatoria de Marcona, con fecha 18 de agosto de 2011, declara fundada la demanda, por considerar que correspondía calcular la pensión desde la fecha del pronunciamiento médico, y que las pensiones del Decreto Ley 18846 no están sujetas a la regulación de la pensión máxima.

La Sala Superior competente revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por estimar que la controversia requiere la actuación de medios probatorios, al existir contradicción entre los diagnósticos médicos y al no contarse con la información necesaria respecto a las últimas remuneraciones del actor.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01007-2012-PA/TC

ICA

FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. De acuerdo con los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 01417-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5, inciso 1) y 38 del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, aun cuando la pretensión se encuentra dirigida a cuestionar la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, resulta procedente efectuar su verificación por las objetivas circunstancias del caso (grave estado de salud), a fin de evitar consecuencias irreparables.

Delimitación del petitorio

2. En el presente caso, el demandante solicita que se efectúe la nivelación de su pensión de invalidez vitalicia, alegando que al haberse producido la contingencia el 27 de abril de 2006, fecha de diagnóstico de la enfermedad, el cálculo del monto de la pensión otorgada correspondía ser regulado por artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA, y teniendo en cuenta sus 12 últimas remuneraciones percibidas. Asimismo, solicita el reajuste de su pensión por incremento de su incapacidad.

Análisis de la controversia

3. En la STC 2513-2007-PA/TC, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha precisado los criterios a seguir en la aplicación del Régimen de Protección de Riesgos Profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), señalando que el momento en que se genera el derecho, es decir la contingencia, *debe establecerse desde la fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante*, y que es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión de invalidez vitalicia –antes renta vitalicia–, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo 003-98-SA, al haberse calificado como única prueba idónea el examen o informe médico expedido por una de las comisiones médicas evaluadoras de incapacidades.
4. De la Resolución 7305-2006-ONP/DC/DL 18846 (f. 3) se desprende que la ONP otorgó al demandante renta vitalicia (pensión de invalidez vitalicia) por enfermedad profesional conforme al Decreto Ley 18846, porque según el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	012



EXP. N.º 01007-2012-PA/TC

ICA

FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

informe de Evaluación Médica de Incapacidad de fecha 1 de abril de 2006, la Comisión Evaluadora de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, determinó que padece de una enfermedad profesional que le genera una incapacidad de 60%, a partir del 1 de enero de 1992.

5. Así, se evidencia que la emplazada otorgó al recurrente pensión de invalidez vitalicia conforme al cálculo señalado en el Decreto Ley 18846, y no al fijado en el Decreto Supremo 003-98-SA, aun cuando conforme a lo señalado en el fundamento 4, *supra*, la contingencia se produjo durante la vigencia de esta última, pues la incapacidad del actor originada en la enfermedad profesional fue dictaminada el 1 de abril de 2006.
6. En tal sentido, teniendo en cuenta la fecha de la determinación de la enfermedad profesional y consecuente incapacidad, se aprecia que la norma legal aplicable al actor para efectos de establecer el cálculo de su pensión vitalicia viene a ser la Ley 26790, que regula el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, y no el Decreto Ley 18846, conforme lo ha aplicado la emplazada a través de la resolución cuestionada, por lo que corresponde estimar este extremo de la demanda, disponiéndose el cálculo de la prestación del actor de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Supremo 003-98-SA.
7. Asimismo, corresponde estimar el pago de los devengados de acuerdo con el precedente de la STC 5430-2006-PA/TC, debiendo abonarse desde el 1 de abril de 2006, más los intereses y costos procesales, según lo dispuesto en el artículo 1246 del Código Civil y en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.
8. Sobre el pago de las pensiones dejadas de percibir, debe precisarse que el monto calculado por la ONP deberá ser verificado en su pago en la etapa de ejecución de sentencia, a efectos de realizarse el respectivo descuento de acuerdo con el nuevo cálculo de la pensión de invalidez por enfermedad profesional que le corresponde al accionante, considerando que la pensión no procede desde el 1 de enero de 1992, sino desde el 1 de abril de 2006.
9. Respecto a la pretensión referida al promedio de las 12 últimas remuneraciones percibidas por el actor para el cálculo de la remuneración mensual, el demandante ha presentado copia simple (f. 8) de una constancia de sus doce últimas remuneraciones expedida por su empleador Shougang Hierro Perú S.A.A., al mes de enero de 2002. Sin embargo, no obra en autos la hoja de liquidación u otros documentos de los cuales se pueda verificar la forma en que se calculó la pensión del demandante y si dicho cálculo se realizó



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	013



EXP. N.º 01007-2012-PA/TC

ICA

FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

indebidamente, por lo que se debe desestimar este extremo de la pretensión, dejando expedita la vía para que acuda al proceso a que hubiere lugar. No obstante ello, importa precisar que la *remuneración mensual* que sirve de base para determinar el monto de la pensión, deberá establecerse conforme a lo resuelto por este Tribunal en la RTC 0349-2011-PA/TC, en la que se ha señalado que: *“La determinación del monto de la pensión de invalidez en los casos en que la parte demandante haya concluido su vínculo laboral y la enfermedad profesional se haya presentado con posterioridad a dicho evento, el cálculo se efectuará sobre el 100% de la remuneración mínima mensual de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, vigente en los doce meses anteriores a la contingencia, salvo que en dicho lapso se hubiese tenido también la calidad de trabajador, supuesto en el cual se tomará en consideración la remuneración mensual durante los meses respectivos, de modo que, para la determinación del monto de las pensiones según el tipo de invalidez generado, habrá de seguirse lo dispuesto en los artículos pertinentes del Decreto Supremo 003-98-SA”*.

10. Finalmente, con relación al reajuste de pensión de invalidez vitalicia del actor por incremento del grado de menoscabo generado por la enfermedad profesional que padece, del análisis de lo actuado se advierte que no existe certeza respecto al estado actual de la enfermedad; y es que se observa de la copia del dictamen de comisión médica emitido por la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades del Hospital Edgardo Rebagliati Martins de fecha 26 de junio de 2004 (f. 2) que el actor padecía de neumoconiosis (f. 64) con 70% de menoscabo; sin embargo, en el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad N° 29, de fecha 1 de abril de 2006, a que se refiere el segundo considerando de la resolución cuestionada, se indica que el demandante tiene una incapacidad de 60%. En tal sentido, dicho extremo de la controversia debe ser dilucidado en un proceso que cuente con etapa probatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda en el extremo referido al recálculo de la pensión del demandante a partir del 27 de abril de 2006, fecha de diagnóstico médico, por haberse acreditado la vulneración del derecho a la pensión del demandante; en consecuencia, **NULA** la Resolución 7305-2006-ONP/DC/DL 18846.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	014



EXP. N.º 01007-2012-PA/TC
ICA
FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

2. Reponiéndose las cosas al estado anterior a la violación del derecho a la pensión, **ORDENA** a la ONP que expida una nueva resolución otorgando pensión de invalidez al actor, según lo previsto en el Decreto Supremo 003-98-SA, de conformidad con los fundamentos pertinentes de la presente sentencia. Asimismo, dispone que se abone al demandante los montos adeudados de acuerdo con lo establecido en el fundamento 7, *supra*, si fuera el caso, más el pago de los intereses legales y costos procesales.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda relativo al reajuste de la pensión de invalidez vitalicia del actor por incremento del porcentaje menoscabo y la pretensión referida al cálculo de la remuneración mensual en base a las 12 últimas remuneraciones percibidas por el actor.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ**

Lo que certifico:


VICTOR ANDES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	015

EXP. N.º 01007-2012-PA/TC
ICA
FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Si bien comparto el parecer de la resolución de mayoría, no obstante considero pertinente expresar algunas precisiones adicionales respecto de su fundamento 9:

1. La controversia que plantea el citado fundamento 9 se centra en determinar cuál debe ser la forma de cálculo más beneficiosa para el demandante en el entendido que deba aplicarse el artículo 18.2, segundo párrafo, del Decreto Supremo 003-98-SA (Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) que prescribe que la pensión de invalidez se fijará tomando como base de cálculo las doce últimas remuneraciones computadas desde el acaecimiento del siniestro (contingencia):

“18.2. Pensiones de invalidez

La ASEGURADORA pagará al ASEGURADO que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedara en situación de invalidez; las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo [003-98-SA], de acuerdo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Salud a propuesta de LA COMISIÓN TÉCNICA MÉDICA.

Los montos de pensión serán calculados sobre el 100% de la ‘Remuneración Mensual’ del ASEGURADO, entendida como el promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro [...]’.
(subrayado agregado)

2. El problema resulta de aplicar el citado artículo y, además, la regla establecida en el precedente recaído en el fundamento 26 de la STC 02513-2007-PA/TC que dispone que la contingencia debe fijarse según la fecha del dictamen o certificado médico que acredita la enfermedad profesional. Aplicado el precedente, en la práctica ocasiona que el acaecimiento de la “contingencia” pueda originarse con posterioridad al momento del cese laboral, dependiendo de la fecha de expedición del correspondiente certificado médico. Esta situación implica que en los meses inmediatos anteriores a la fecha de la contingencia, el trabajador no tenga la condición de asegurado y, por ende, no existan remuneraciones efectivas percibidas como presupone el referido artículo 18.2 del Decreto Supremo 003-98-SA, para efectos de establecer la base de cálculo de la pensión de invalidez.
3. La RTC 00349-2011-PA/TC integra este vacío normativo estableciendo como regla jurisprudencial que, en los supuestos en que el momento de la contingencia se presente con posterioridad a la culminación del vínculo laboral del trabajador (o sea, en fechas distintas), **se deberá completar la ausencia de remuneraciones**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	016

EXP. N.º 01007-2012-PA/TC
ICA
FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

efectivas con el monto de la remuneración mínima vital (RMV). De este modo, prescribe que:

“[E]n los casos en que la parte demandante haya concluido su vínculo laboral y la enfermedad profesional se haya presentado con posterioridad a dicho evento, el cálculo se efectuará sobre el 100% de la remuneración mínima mensual de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, vigente en los doce meses anteriores a la contingencia, salvo que en dicho lapso se hubiese tenido también la calidad de trabajador, supuesto en el cual se tomará en consideración la remuneración mensual durante los meses respectivos, de modo que, para la determinación del monto de las pensiones según el tipo de invalidez generado, habrá de seguirse lo dispuesto en los artículos pertinentes del Decreto Supremo 003-98-SA”.

4. La solución de la RTC 00349-2011-PA/TC, en estricto, ha sido formulada con el máximo de generalidad para asegurar la misma solución para el máximo posible de casos que presenten las características antes identificadas y salvaguardar de este modo el principio de igualdad formal; pero, deja de lado que precisamente tal generalidad tiene consecuencias desfavorables sobre el derecho a la pensión de un grupo de casos con circunstancias relevantes distintas y que, contrariamente, resultan incongruentes con la finalidad de la regla misma, que es que el monto de la pensión de invalidez sea el “máximo superior posible”. Si bien, la RTC 00349-2011-PA/TC establece que el objeto de utilizar la RMV es que en el periodo anterior a la contingencia la entidad pensionaria no asigne, como base de cálculo, un monto igual a S/. 0 (cero nuevos soles) como remuneración asegurable, asume pues el riesgo de suprimir la cuota de importancia a aquel universo de trabajadores cesados cuyas remuneraciones, percibidas en su oportunidad, sí son superiores al monto de la RMV y que, reemplazados por éste, antes que maximizar, disminuye el monto de la pensión. Así visto, desde mi perspectiva, para este universo de casos, **existe por lo tanto una discordancia entre la justificación subyacente de la regla y la construcción de la regla misma.**
5. En efecto, se supone que las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de una regla (generalización) tienen una relación de probabilidad para producir el hecho que se busca favorecer con la propia regla (justificación subyacente), pues las generalizaciones se construyen sobre la creencia de que su verificación en la realidad tendrá una incidencia directa (causa – efecto) en el incremento de la justificación. Ahora, sucede que en casos particulares la regla falla respecto de su justificación, como en el presente caso, entre otras explicaciones, porque no se valoró al momento de “generalizar” determinadas propiedades relevantes que, considerados seguramente hubieran determinado una apreciación distinta en la formulación de la regla.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2	
FOJAS	017

EXP. N.º 01007-2012-PA/TC

ICA

FABIO ORTIZ ZÚÑIGA

6. En el presente universo de casos, el deber calcular la pensión de invalidez sobre la base de la RMV por ausencia de remuneraciones efectivas (generalización), si bien, en principio, favorece que la pensión de invalidez sea la máxima superior posible (justificación subyacente), esta no se cumple en los casos particulares en que el trabajador sí haya percibido hasta la fecha del cese laboral una remuneración en un monto superior a la RMV (discordancia). Desde este punto de vista, estimo entonces que la regla general establecida en la RTC 00349-2011-PA/TC, tal como está, resulta demasiado costosa para los intereses del grupo de trabajadores mencionado, por lo que debe admitir una *excepción* consistente, en mi opinión, en que en los casos en que la fecha del dictamen o certificado médico que acredita la enfermedad profesional sea posterior a la fecha del cese laboral deberá preferirse como base de cálculo del monto de la pensión el 100% del promedio que resulte de considerar las doce últimas remuneraciones asegurables efectivamente percibidas anteriores a la fecha de la culminación del vínculo laboral, **si es que le resulta más favorable que aplicar la regla establecida en la RTC 00349-2011-PA/TC.**

Sr.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS SALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR