



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 02677-2016-PA/TC**

**PRESENTADO POR
DIANA PATRICIA FUENTES VERÁSTEGUI**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el
Título de Abogada
Informe Jurídico sobre Expediente N° 02677-2016-PA/TC**

Materia : Previsional

Entidad : Tribunal Constitucional

Demandante : L. C. E.

Demandado : O.N.P y R.S

Bachiller : Fuentes Verástegui, Diana Patricia

Código : 0088497540

LIMA – PERÚ

2021

Este informe jurídico, data del 2 de marzo del año 2011 fecha en el que el demandante L.C.E, interpone demanda de amparo contra la O.N.P, solicitando el recalcule de su pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional concedida mediante resolución 4170/2007 ONP/DC/DL 18846, dentro de los alcances del DL 18846, a fin de que sea otorgado conforme a la ley 26790 y su reglamento, puesto que consideraba que la contingencia (la fecha del informe de evaluación médica) se produjo en vigencia de la referida norma.

La O.N.P absuelve la demanda y expresa que debe declararse infundada porque si bien el informe de comisión médica de incapacidad tiene como fecha del 18092006 se indica que la probable fecha de inicio de la enfermedad es el 01011992, razón por lo cual se le debería aplicar el DL 18846.

Mediante la resolución 12 del 30012014, el Juez incorpora al proceso a la empresa Rímac Seguros en calidad de codemandada, sustentándose en la información brindada por la empleadora S. H. P. S.A.A.

R.s. y reaseguros contesta y sostiene que la ONP a quien le corresponde efectuar el recalcule de la pensión del demandante de acuerdo a la 26790 y su reglamento tal como se consigna en la resolución que otorgo la pensión además manifiesta que el informe de comisión médica de incapacidad, presentado por el demandante, es contradictorio, puesto que en dicho informe se determina que el trabajador adolece de hipoacusia neurosensorial con 20% de menoscabo.

El primer juzgado especializado en lo Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda, argumentando que el precedente emitido en el expediente 00061/2008PA/TC del 28012008 establece la fecha del dictamen de comisión médica como aquella que determina la contingencia, fue publicada con posterioridad a la Resolución Administrativa que le otorgo pensión de invalidez al actor y por lo tanto, en el presente caso, correspondía la aplicación del DL 18846. Atendiendo a la fecha de inicio de la enfermedad y no a la de informe de comisión médica.

La sala superior competente, confirmó la apelada por similar fundamento.

El TC resuelve la demanda declarándola fundada, por acreditarse la vulneración del derecho a la pensión y en consecuencia se declara en nulidad la resolución 4170/2007 ONP/DC/DL 18846 argumentando que la fecha que se genera el derecho es cuando se realiza el pronunciamiento de la Comisión médica de Essalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional por un porcentaje global de 55%, y a partir de dicha fecha se debe abonar la pensión de invalidez, por lo tanto le corresponde a Rímac seguros cubrir el referido pago conforme a la ley 26790, asimismo establece el presente vinculante del fundamento 21 de esta sentencia.

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO	3
1.2. Hechos expuestos por los demandados.....	3
1.2.1. O.N. P.	3
1.2.2. R. S.....	4
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	5
2.1. ¿Se ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión?	5
2.2. ¿Es necesario establecer un precedente vinculante en el presente caso?	12
2.3. ¿Resuelve correctamente el Tribunal Constitucional la solicitud de aclaración?	16
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	18
3.1. Respecto a las resoluciones emitidas.....	18
3.1.1. Sobre la resolución emitida en Primera Instancia.....	18
3.1.2. Sobre la resolución emitida en Segunda Instancia	18
3.1.3. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional	19
3.1.4. Sobre la resolución al pedido de aclaración.....	19
3.2. Respecto a los problemas jurídicos identificados	20
3.2.1. ¿Se ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión?	20
3.2.2. ¿Es necesario establecer un precedente vinculante en el presente caso?	21
3.2.3. ¿Resuelve el Tribunal Constitucional la solicitud de aclaración?	22
IV. CONCLUSIONES	23
V. BIBLIOGRAFÍA.....	24
VI. JURISPRUDENCIA	24

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

1.1. Hechos expuestos por el demandante

El recurrente alega que laboró en el Centro de Producción Minera desde el 06 de setiembre de 1968, en la Empresa Minera S. H. Perú S.A.A., y pertenece al Régimen de la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

El 1 de agosto de 2007 se expide la Resolución N° 00000004170-2007-ONP/DC/DL 18846, a través de la cual se le otorgaría la pensión de invalidez por enfermedad profesional aplicándole normas derogadas, puesto que, se le aplica el Decreto Ley N° 18846 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 002-72-TR, debiendo aplicarse la Ley N° 26790 y su Reglamento, así como el Decreto Supremo N° 003-98 SA.

El demandante ha presentado su Informe de Evaluación Médica de Incapacidad N° 00093 de fecha 18 de setiembre de 2006, expedido por el Hospital III Félix Torrealva Gutiérrez demostrando que adolece de Neumoconiosis, Hipoacusia Neurosensorial y Trauma acústico crónico, sin embargo el demandante refiere que se le ha entregado la pensión de invalidez con normas que no le corresponden, puesto que, entiende al ser trabajador minero, está comprendido como asegurado obligatorio en el Régimen de Enfermedad Profesional, seguridad que no es financiado por la cuenta del empleador.

Alega también que la Constancia de Modalidad de Trabajo expedida por el Jefe de Administración Personal de la Empresa Minera S. H. Perú S.A, se establece que ha laborado como “Oficial”, “Ayudante” “Gruero B”, “Gruero A” y “Gruero” donde se desempeña hasta el momento de la demanda. Asegura que se expone a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, durante más de 42 años.

1.2. Hechos expuestos por los demandados

1.2.1. O.N.P.

La ONP señala que el demandante solicitó en vía administrativa el otorgamiento de la renta vitalicia bajo los alcances del Decreto Ley N° 18846.

En mérito a ello, se emitió la Resolución N° 0000004170-2007-ONP/DC/DL 18846 de fecha 1 de agosto de 2007, mediante la cual se le otorga la renta vitalicia por la suma de S/. 100.58 Nuevos Soles, y actualizados a S/. 135.34 Nuevos Soles a partir del 1 de enero de 1992, teniendo en cuenta el Informe de

Evaluación Médica de Incapacidad N° 00093 de fecha 18 de setiembre de 2006, donde la Comisión Evaluadora de Enfermedades Profesionales determinó que el actor padece de enfermedad profesional con menoscabo del 55%, a partir del 1 de enero de 1992. En dicha fecha se encontraba vigente el Decreto Ley 18846 y no la Ley N° 26790, pues esta última sería de aplicación a todos los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales producidas recién a partir del 15 de mayo de 1998.

Además, la ONP señala que la Resolución N° 00000004170-2007-ONP/DC/DL 18846 es producto de un procedimiento administrativo regular, que se rige por sus propias pautas en aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En ese orden, indica que el demandante interpuso su Recurso de Apelación contra la referida resolución.

El 28 de agosto de 2008 fue emitida la Resolución N° 2585-2008-ONP/DPR/DL 18846 que resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto, en vista que, el demandante solicitó se le otorgue Renta Vitalicia en base a la Ley 26790 y Decreto Supremo No. 003-98-SA, pero las citadas normas cubren las contingencias a partir del 16 de mayo de 1998, por lo tanto, al 1 de enero de 1992, fecha de inicio de la renta vitalicia por enfermedad profesional, la norma no se encontraba vigente, por tanto esas normas no deberían ser aplicables.

1.2.2. R. S.

R.S. señala que no participó en la relación laboral referida por el demandante, así como tampoco en el procedimiento administrativo en el que fue emitida la Resolución N° 00000004170-2007-ONP/DC/DL 18846.

Sin perjuicio de ello, señala que el Tribunal Constitucional en oportunidades anteriores ha indicado que la ONP debe cumplir con otorgar la pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790, y no conforme al Decreto Ley N° 18846, pues este último se encuentra derogado (sentencias recaídas en los Expedientes N° 110-2013-PA/TC, y 1131-2010-PA/TC).

Respecto al Informe de Evaluación Médica de Incapacidad N° 00093 de fecha 18 de setiembre de 2006, señala que este es contradictorio con el Informe de Evaluación Médica de Incapacidad de fecha 17 de julio de 2008 expedido por la Comisión Médica Calificadora de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud, que establece un menoscabo de 20% por hipoacusia, sin menoscabo neumológico.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. ¿Se ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión?

El derecho a la seguridad social se encuentra regulado en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú, teniendo como finalidad asegurar el bienestar personal de las personas que se afilien a los distintos regímenes de pensiones y que servirán para brindarle calidad de vida en una etapa donde las habilidades cognitivas van reduciendo su efectividad.

En la actualidad, los países que no lo regulaban ya comparten la visión del derecho a la pensión como un derecho social reconocido en la Constitución, el cual es definido por Rocío Vásquez bajo los siguientes términos:

No siempre fue protegido el derecho a la seguridad social, de alguna manera esta necesidad de protección del trabajador en torno a su ambiente laboral, sus herramientas, técnicas, riesgos que podía correr y sobre todo, que al pasar el tiempo, cuando ya no fuera posible trabajar, se contará con un apoyo, para llevar una vida digna. Este derecho intenta devolver el esfuerzo y tiempo consagrado a ese oficio y a determinada empresa y garantizar unas condiciones de vida suficientes para enfrentar los normales cambios y ajustes de la tercera edad. (Vásquez, 2010, pág. 53).

Sin embargo, debemos recalcar que los derechos sociales han tenido una difícil progresión de reconocimiento y, sobre todo, de eficacia frente a tribunales; no obstante, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como parte de los derechos que deben tutelarse en favor de la ciudadanía al igual que los derechos civiles y políticos, ha logrado un cambio significativo, no solo en los Poderes del Estado, sino también, en el propio Tribunal Constitucional.

Mediante sentencias icónicas se ha reconocido favorablemente la judicialización de este tipo de derechos, podemos observarlo en lo que menciona el profesor Felipe León al describir el caso de Aseguramiento Universal de Salud, como una de la más importante en este aspecto:

(...)

En efecto, en esta sentencia, el Tribunal procede a circunscribir mejor la forma en que dicha judicialización opera y que había quedado algo confusa en las primeras sentencias sobre el otorgamiento de antirretrovirales. Aquí el Tribunal afirma que no solo es posible judicializar los casos donde el Estado haya reconocido y regulado los aspectos del derecho afectados, sino que precisamente es posible judicializar otros

aspectos que no hayan merecido a consideración de las autoridades políticas.

(...)

en este caso el Tribunal sí afirma que la obligación de adopción de medidas concretas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales es una obligación judicialmente exigible, y que, por lo mismo, la “inconstitucionalidad por omisión” a que aludía en el caso de los antirretrovirales sí constituye un asunto a tratar en los tribunales. En esta sentencia, como vemos, el Tribunal además establece los parámetros sustantivos a partir de los cuales se puede evaluar si el diseño y ejecución de las políticas públicas resulta acorde con la Constitución. (León Florián, 2017, págs. 48-49).

Tiene una característica peculiar, porque el Estado vela de manera progresiva por los aportes que el propio empleado otorga a través de retenciones de su sueldo. Es así que, a través de regulación legal, se ha ido generando los requisitos y márgenes donde se desarrolla el derecho a la seguridad social, por lo cual podemos decir que es un derecho fundamental de configuración legal.

Es así que, que el Tribunal Constitucional ha expresado la delimitación de los derechos de configuración legal, como el derecho a la seguridad social, y el margen de elaboración que se le otorga al legislador para establecer los requisitos en los que uno pueda disfrutar del mismo de manera efectiva, así lo ha menciona en su STC 01417-2005-AA/TC, fundamento 34:

Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional,

“Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, 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 pensionarias.

Esto quiere decir, que al legislador se le ha atribuido la potestad de desarrollar este derecho en relación a márgenes establecidos con razonabilidad y proporcionalidad, lo que no quiere decir que, en virtud de esta potestad regulatoria y de esta configuración legal del propio derecho, toda normativa referida al derecho a la pensión pertenece al contenido constitucionalmente protegido por los procesos de tutela de derecho (proceso de amparo), solo aquellos contenidos que versen sobre lo primordial de la seguridad social en cada ciudadano serán tutelados por la vía constitucional. Así lo refiere, el máximo intérprete en la sentencia mencionada, en el mismo fundamento ya expuesto, cuando dice que:

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran. (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

Ahora bien, la seguridad social regulada en el artículo 10 tiene conexión directa con el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución, lo que determina que la pensión sirve como plan de contingencia para Estado asistencialista, que se la otorga a sus ciudadanos; pero basado en el propio trabajo del pensionista y no en una subvención.

Bajo estas premisas, el Máximo Intérprete ya ha determinado mediante un caso emblema STC 01417-2005-AA/TC cuáles son los requisitos, garantías y relevancia del reconocimiento constitucional del derecho a la pensión. Asimismo, se han establecido estudios que refieren de la importancia y señalan que:

Como se aprecia, la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández tiene un aspecto que consideramos positivo, en tanto restituye el carácter residual del amparo, empero, tiene a la vez un efecto negativo, al disponer que los procesos en trámite sean remitidos a los jueces especializados en lo contencioso administrativo (fundamento 54), al ser esta la vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión

(fundamento 51), pues al establecer en los fundamentos 55, 56 y 59 que no resultan aplicables a las pretensiones pensionarias los plazos de caducidad ni el agotamiento (formal y regular) de la vía administrativa, conforme a la Ley N° 27444, crea un ordenamiento legal paralelo y excepcional -en lo administrativo y lo contencioso-, con el fin político, no jurídico, de compensar en parte la restricción en el acceso de los pensionistas a la sede procesal constitucional del amparo. (Iglesias & Zambrano, 2018, pág. 55).

En ese orden de ideas, es necesario que, ante la potestad regulatoria ya mencionada por el legislador, se determinen los requisitos establecidos que forman parte del derecho fundamental a la pensión. Es por ello que, el Tribunal Constitucional mediante el precedente vinculante Anicama Hernández (01417-2005-AA/TC), estableció cuáles son los requisitos que forman parte del núcleo duro de protección del derecho fundamental a la pensión, estableciendo en su fundamento 37 como regla para todos los poderes públicos y los ciudadanos en general, lo siguiente:

(...)

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

(...)

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión

meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir,

“aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aun cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

“no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado”. (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

Es así que, en el caso estudiado, L.C.E. Espejo entiende que la ONP le otorga una pensión de Invalidez por Enfermedad Profesional en virtud del Decreto Ley Nro. 18846 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nro. 002-72-TR, cuando en realidad considera que se le debe aplicar lo dispuesto por la Ley Nro. 26790, su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nro. 009-97-SA, así como el Decreto Supremo Nro. 003-98-SA. En este sentido, y bajo los requisitos del precedente Anicama, entendemos que el demandante se encuentra dentro de los requisitos (edad y años de aportación), así como la pensión de invalidez solicitada por el demandante, es tutelada por el derecho de amparo; sin embargo, respecto a la contingencia, el debate no es su existencia, porque si se encuentra acreditada; sino el momento en que se debería

considerar el plazo de inicio de la misma; ya que, eso nos revelará cual es la ley aplicable a su caso.

Ahora bien, en relación al precedente Casimiro Hernández, se reiteró como precedente lo establecido en jurisprudencia vinculante en el Expediente 00061-2008-PA/TC que desarrolló que “la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del M. de S. o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado en el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que sea debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez de la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas”

Por lo tanto, siendo que a la fecha del 18 de setiembre de 2006 se realizó en el Hospital EsSalud Félix Torrealva Gutiérrez de Ica, estableciendo un menoscabo de 55% por neumoconiosis, hipoacusia y trauma acústico crónico, con lo cual la normativa aplicable es la Ley 26790 y sus normas complementarias.

Nos encontramos acorde con lo solicitado por el demandante y lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

2.2. ¿Es necesario establecer un precedente vinculante en el presente caso?

Como sabemos el precedente vinculante se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, donde lo estipula como una regla de alcance general que proviene de la propia jurisprudencia; sin embargo, debemos recordar que esta figura jurídica traída del continente anglosajón ha sido desarrollada de manera vasta en la abundante jurisprudencia del máximo intérprete.

Debemos señalar que no solo la decisión es parte del precedente y como es de conocimiento de los juristas y especialistas del derecho, hay una parte de la sentencia constitucional que delimita el argumento principal de lo desarrollado, así lo expresa el ex integrante del Tribunal Constitucional César Landa:

De otro lado, con respecto a la determinación de la parte de la sentencia que contiene el carácter vinculante, se precisa que no se encuentra únicamente en el *decisum* o fallo, sino en la regla jurídica que sostiene la decisión tomada, es decir, en la *ratio decidendi* que es la razón suficiente donde se establecen los principios o reglas jurídicas que se constituyen en la base de la resolución del caso. El problema que podemos encontrar en este punto radica en el hecho de determinar con claridad qué parte de la sentencia constituye la *ratio decidendi*, diferenciándola del *obiter dictum* que es la razón subsidiaria en tanto ofrece reflexiones jurídicas que fundamentan mejor una sentencia, de manera que el contenido y alcance no quede a la libre interpretación del órgano inferior. (Landa, 2010, pág. 218).

Sobre el derecho a la pensión, existen varios precedentes vinculantes que regulan el acceso, el lugar de emisión de certificados que es válido para considerarlos como prueba de inicio de la contingencia, la fecha en la que se determina en qué momento se inicia la contingencia, entre otros.

Sin embargo, es necesario entender que toda regla emitida por el Tribunal debe tener características específicas y que no cualquier caso va ser utilizado para emitir un precedente. Es así que en la STC 00024-2003-AI/TC, expresa entre sus fundamentos que:

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

- a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. (énfasis agregado)

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

Entendiendo que el Tribunal debe emitir un precedente cuando este haya resuelto el caso con la regla que está emitiendo, lo que se suele denominar (*ratio decidendi*). Ahora bien, es relevante saber bajo qué reglas el Órgano Constitucional emite estos precedentes; es así que, en la misma sentencia, se han establecido reglas claras para la emisión de los precedentes.

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho

y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

En relación a lo manifestado, debemos analizar en qué supuesto de las reglas recae el precedente vinculante que se ha emitido en el caso estudiado.

En el presente caso, la gran controversia versaba sobre la fecha en la que debía considerarse la contingencia para así evaluar con que norma se iba tutelar los derechos del demandante, el D.L. 18846 o por la Ley 26790 y sus modificatorias. El Tribunal resuelve, esta controversia con el fundamento 11 de la sentencia, manifestando “En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde el 18 de setiembre de 2006, fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica EsSalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional con un porcentaje global del 55%, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión de invalidez, por haberse calificado como prueba idónea el referido informe presentado por el recurrente”.

Asimismo, en el fundamento 12 se refiere que “Respecto a los topes previsionales del régimen del Decreto Ley 19990, este Tribunal en los fundamentos 30 y 31 de la STC 2313-2007-PA/TC ha reiterado las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que “los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP, no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones)”.

Por último, en su fundamento 13, menciona “(...) habiéndose constatado que a la fecha de la contingencia (18 de setiembre de 2006) la empleadora Shougang Hierro Perú S.A.A. tenía contratado el SCTR con Rímac Seguros y no con la ONP (f.149), debe disponerse que sea la mencionada aseguradora quien asuma la responsabilidad del pago de la pensión de invalidez del actor conforme a la Ley 26790, con los reintegros que correspondan al demandante y a la ONP”.

Siendo estos los argumentos con los que se resuelve (ratio decidendi) la controversia del caso, se complica el panorama cuando se intenta esclarecer porque se emite un precedente vinculante, si la regla esbozada no está directamente relacionada a la resolución del caso.

Asimismo, es una tarea titánica resolver en qué supuesto podríamos apoyarnos para afirmar la emisión del precedente, sabiendo que ya existe jurisprudencia vinculante sobre la resolución del caso en concreto; por lo tanto, el apartamiento del precedente o de la jurisprudencia vinculante debe ser desarrollado por el juez

que resuelve en instancias ordinarias la demanda de amparo. Así lo entiende el maestro Domingo García Belaunde cuando expone que “las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución” (García Belaunde, 2017, pág. 92).

Al haber jurisprudencia vinculante en nuestro ordenamiento jurídico y el juez encontrarse obligado a cumplirla, en menor medida que el precedente vinculante, pero con fuerza normativa, queda entendido que no existía una controversia constante sobre como interpretar las normas, solo errores propios de la judicatura que analizó el caso.

Por tanto, no encontramos sentido para la emisión de un precedente si las reglas del fundamento 21 de la sentencia analizada por el Tribunal no aportan a la resolución de la litis.

2.3. ¿Resuelve correctamente el Tribunal Constitucional la solicitud de aclaración?

El legislador tiene regulado a la aclaración como una figura jurídica que sirve para esclarecer hechos propios de la sentencia, pero que no tiene como función modificar, ni variar el sentido de la misma, únicamente sirve para aclarar lo que el Tribunal ha estipulado en alguno de sus fundamentos o explicar el sentido específico de alguna de sus interpretaciones.

La aclaración se encuentra regulada en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, estableciendo que el tribunal pueda aclarar los conceptos oscuros o ambiguos y subsanar cualquier error material u omisión en la que hubiese incurrido, dentro del plazo de dos días; vale aclarar que puede ser de oficio a instancia de parte.

Es importante señalar que la aclaración debe ceñirse a lo estipulado por el Código Procesal Constitucional, es decir, no puede variar en ninguno de sus conceptos el sentido interpretativo que el Tribunal ha desarrollado en la sentencia, porque esto sería un cambio material en relación ya no a un concepto oscuro o ambiguo; sino, al sentido de la sentencia en general, con lo cual habría una posible variación en la parte resolutive de la sentencia.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado la aclaración en su STC 03350-2018-PHC/TC, fundamento 03, al evaluar la aclaración como una figura que puede utilizar para determinadas cuestiones, resumiendo lo mencionado supra de la siguiente manera:

En este sentido, cabe enfatizar que mediante la solicitud de aclaración puede peticionarse la corrección de errores materiales manifiestos, la aclaración de algún concepto oscuro o la rectificación de alguna contradicción manifiesta contenida en el texto de la sentencia, sin que aquello comporte nuevas interpretaciones, deducciones o conclusiones sobre lo decidido.

En este orden de ideas, el Tribunal comprende que todo lo que se desarrolle en la aclaración será de manera instrumental para el mayor entendimiento de las partes y sin ningún cambio significativo.

Ahora bien, como también se explica, es de oficio o a pedido de parte que se puede realizar la aclaración de una sentencia, es así que la O.N.P. y R.S. y el demandante podrían haber solicitado la aclaración de algún concepto ambiguo respecto a algún fundamento desarrollado por el Tribunal.

En la sentencia que analizamos, evaluamos que el máximo intérprete emite auto sobre lo solicitado por la O.N.P la que pide se aclare el aspecto referido a la aplicación del precedente vinculante expuesto en el fundamento 21, en relación a si corresponde a todos los regímenes que administra la ONP o solo lo regulado por el Decreto Ley Nro. 18846 y la Ley Nro. 26790, sobre la enfermedad profesional que fue abordada en el precedente del caso analizado. Así como, sobre la regla 1 que exonera al demandante de la obligación de devolver lo percibido en exceso, preguntando si se generaría la inaplicación tácita de la

Ley Nro. 28110.

El Tribunal declara improcedente el pedido por considerar que se está solicitando de manera subrepticia la invalidación de la parte resolutive, considerando que todo ha quedado claramente explicado en las reglas emitidas y; por ende, lo que se busca es el cambio de sentido interpretativo de un precedente. Sin embargo, disentimos mucho de la interpretación que realiza el Tribunal sobre las preguntas que realiza la O.N.P.

En primer lugar, existe una predisposición de acatar lo referido por el Tribunal, cuando se pregunta de manera explícita si corresponde a todos los regímenes o solamente al régimen referido al Decreto Ley Nro. 18846 y la norma posterior que lo derogó, la pregunta tiene como función disponer de los criterios desarrollados por el máximo intérprete de manera extensiva, si es para todos los regímenes o de manera restrictiva, si solamente es para los regímenes a los que hace mención la ONP en su pregunta. Debemos recordar que el Tribunal suele dejar reglas materiales y formales, que, por la trascendencia de las mismas, sus efectos alcanzan a otras normas o disposiciones y, por lo tanto, es común que existan dudas respecto a si la misma regla se aplica para todos los regímenes o solo para el que se analiza en el presente caso, todo ello, con el fin de no dañar el derecho-principio de la igualdad.

En segundo lugar, respecto a la duda de si la aplicación de la regla dejaría sin efecto la Ley Nro. 28110, se tiene que puntualizar que el precedente vinculante tiene fuerza normativa; puesto que, adentra en el ordenamiento jurídico una nueva norma de derecho creada desde la jurisprudencia y que regula supuestos que mediante normativas no han sido lo suficientemente desarrollados o en su defecto no han sido regulados por el legislador. En este sentido, si se crea un precedente que sea contrario o que inaplique disposiciones de la ley, el Tribunal tendría que aclarar cuáles son los alcances del precedente o si este tiene mayor fuerza que la ley para poder imponerse en su fuerza activa a la norma.

Bajo estos dos puntos, es imperiosa la necesidad de disentir con el auto que declara la improcedencia de la solicitud, puesto que, consideramos pertinente resolver las dudas a fin de aclarar aspectos legales que se originan con la presencia de las reglas creadas por el propio Tribunal; sin perjuicio de ser contrarias a las intenciones de la demandada.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

3.1. Respecto a las resoluciones emitidas

3.1.1. Sobre la resolución emitida en Primera Instancia

En primera instancia, se ha evidenciado omisiones en la interpretación de la normativa estrictamente aplicable; sobre todo en lo concerniente al derecho a la pensión en su contenido constitucionalmente protegido.

Si bien menciona la fecha de emisión del precedente con el cual el petitorio del accionante tendría asidero, considerar que la fecha de la enfermedad inicia en 1992 y por ende se encuentra en la norma anterior, resulta poco tuitiva para la protección que debería brindarse en un proceso de tutela de derechos la postura adoptada por el A quo determinar que la contingencia sucede en el año 1992 y por ende no tiene tutela bajo la ley que reclama el reclamante.

Asimismo, no se hace la mención expresa de los efectos en el tiempo que devienen del precedente por el cual si tendría asidero la pretensión del demandante, lo cual es no justificar de manera adecuada la resolución en la cual se le deniega el petitorio al actor, lo que termina siendo inconstitucional por parte de un juez que se encuentra en vigor de la defensa de los derechos fundamentales.

Por último, la resolución no estipula en que causal de improcedencia del Código Procesal Constitucional se funda la improcedencia que ha resuelto el juez de primera instancia.

3.1.2. Sobre la resolución emitida en Segunda Instancia

En segunda instancia se han cometido evidentes errores de interpretación y, en la estricta exégesis, un apartamiento injustificado de la jurisprudencia obligatoria del Tribunal Constitucional, considerando que la jurisprudencia obligatoria tiene efectos persuasivos muy fuertes y que su no seguimiento será argumentado por el juez en relación a los hechos del caso que analiza. El gran inconveniente es evaluar la enfermedad desde la posible presencia en el solicitante, cuando la jurisprudencia ya antes mencionada, claramente desarrolla que la contingencia debe ser evaluada desde que se emite el certificado médico que indique el nivel de afectación de la enfermedad en el paciente, este certificado debe ser emitido por las entidades validadas por el propio Tribunal, por lo cual queda claro que no hay lugar a dudas en relación a cómo se debía interpretar la jurisprudencia vinculante. La sanción a los jueces que desacaten la obligación de justificar sus apartamientos debería ser aplicada en este caso en particular.

Por otro lado, evaluar en conjunto la actuación y contestación de R.S y, la consecuente carga que se le aplica, ya que, al determinar que es la Ley Nro. 26790 la que debe ser aplicada a la litis en cuestión, la que se encargará de las enfermedades que sufran los trabajadores debido a la actividad laboral que

realizan dentro de sus empresas es la aseguradora con la que se encuentran contratados; aunque se termine resolviendo mal por causales distintas.

3.1.3. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional

En el presente caso, nos encontramos de acuerdo con la decisión a la que arriba el Tribunal Constitucional respecto a la litis; puesto que, ha sido consecuente con la abundante jurisprudencia que a lo largo de los años ha ido emitiendo respecto a la seguridad social como derecho fundamental y, más específicamente, al derecho a la pensión de las personas.

Se puede constatar que se ha cumplido con los requisitos obligatorios propios del precedente Anicama; aunque en el caso que estudiamos, la divergencia es sobre la normativa aplicable respecto a las contingencias que dañan la salud del demandante por la actividad que realiza dentro de su centro de labores. El demandante consideraba que la ley con la cual sus derechos debían encontrarse regulados es la Ley Nro. 26790, con sus referidas modificatorias; mientras que, la Oficina de Normalización Previsional, consideraba que la norma que se le debía aplicar al solicitante, era el Decreto Ley Nro. 18846 con sus normas complementarias.

En relación al precedente vinculante que se creó a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, consideramos que no hay motivo que sustente su establecimiento. La posición fundamentada sobre el particular se encuentra en el numeral 3.2.3 del presente informe.

3.1.4. Sobre la resolución al pedido de aclaración

Por último, es necesario pronunciarse sobre el pedido de aclaración que realiza la ONP respecto a la aplicación de las reglas que se han establecido como precedente vinculante, no estamos de acuerdo con la declaración de improcedencia respecto a las solicitudes de aclaración; puesto que, consideramos que son válidas las preguntas que realiza la demanda, sobre todo si es la entidad encargada de llevar a cabo y cumplir en su cabalidad el precedente que el Tribunal ha emitido. En ningún momento, evidenciamos que exista una intención de variar la interpretación del precedente o la resolución de la sentencia, por lo cual es incongruente lo que resuelve el Tribunal en relación a los conceptos que definen a la aclaración, ya explicados precedentemente en este informe.

3.2. Respecto a los problemas jurídicos identificados

3.2.1. ¿Se ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión?

Se advierte del expediente que el accionante interpreta que la ONP le otorgó una pensión de Invalidez por Enfermedad Profesional con una ley que no se encontraba vigente y que debería ser considerado dentro de la normativa 26790, su Reglamento y; además, por el Decreto Supremo 003-98-SA. Es así que se puede interpretar que la pretensión del actor se encuentra dentro de los requisitos que ha establecido el precedente Anicama Hernández, específicamente en el requisito de edad y años de aportación; así como la pensión de invalidez solicitada por el demandante permitiendo ser tutelada por la vía del amparo.

Asimismo, la controversia suscitada no es en relación al acceso, sino a la obtención en relación a qué normativa le es aplicable según el momento en que se inicia la enfermedad sufrida por el trabajador.

El Tribunal ha verificado la situación en relación al precedente Casimiro Hernández, aunque es cierto que lo tenía adaptado ya desde jurisprudencia vinculante anterior, por lo cual los jueces de primera y segunda instancia no podían desconocer que además del precedente, existía ya jurisprudencia que marcaba la pauta en relación al momento en que se debía dar inicio a la enfermedad y la ley con que se tutelaba. En ese precedente, se desarrolló que la fecha en que se genera el derecho debía ser desde que se emite el certificado médico por la Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, Ministerio de Salud o de una EPS, certificado que debía acreditar la existencia de la enfermedad, considerando así desde esa fecha que se debía suponer acreditada la enfermedad y contabilizar desde ese momento la pensión de invalidez.

Es así que el demandante, de manera adecuada, pretende que se dilucide la situación a través del amparo por ser propio del contenido constitucionalmente protegido a la pensión, siendo que la fecha del 18 de setiembre de 2006 se realizó en el Hospital EsSalud Félix Torrealva Gutiérrez de Ica, confirmando que existía un menoscabo del 55% por neumoconiosis, hipoacusia y trauma acústico crónico, con lo cual la ley al momento es la 26790 y sus normas complementarias.

El Tribunal al declarar fundada la pretensión mediante el uso de la jurisprudencia vinculante y el precedente ha actuado de manera adecuada en tutela del derecho a la pensión del demandante.

3.2.2. ¿Es necesario establecer un precedente vinculante en el presente caso?

El Tribunal establece un precedente vinculante, lo cual no era necesario para decidir el caso porque ya existía jurisprudencia vinculante que remarcaba en qué momento se decide la contingencia que da inicio a la enfermedad, si bien es importante el argumento que define el Tribunal para decidir el caso en cuestión, no era necesario aplicar un precedente vinculante porque no se respetó las características para emitir uno, ya que este siendo un caso semi complejo por sus características y los sujetos participantes, tenía argumentos precedentes que definían la litis.

Cabe recordar que el Tribunal ha elaborado los puntos en los cuales se debe emitir un precedente vinculante y la subsunción del caso en cuestión no se aplica a ninguno; ya que no hay controversia a resolver por interpretaciones dispares, puesto que el máximo intérprete ya ha definido en jurisprudencia vinculante, que es una figura que se encuentre dentro del Código Procesal Constitucional, como se deben resolver este tipo de casos.

Por último, hay una contradicción lógica en la justificación de la sentencia porque es el propio Tribunal que menciona que ya existe sentencias en las cuales se ha reiterado lo que es la ratio decidendi para el precedente establecido, con lo cual no tiene correlación que líneas abajo se deslegitime sus propias figuras jurídicas (jurisprudencia vinculante) a través de la justificación de esta sentencia.

Por lo cual, no nos encontramos de acuerdo con establecimiento de un precedente vinculante en este caso.

3.2.3. ¿Resuelve el Tribunal Constitucional la solicitud de aclaración?

A nuestra consideración, el Tribunal se abstiene de resolver los cuestionamientos que plantea el demandado considerando la improcedencia al justificar que la verdadera intención del perdedor en el proceso es variar la situación jurídica resuelta, lo cual no se puede sostener, puesto que las preguntas se refieren a cómo deberá actuar la administración respecto a situación que varían con el precedente establecido.

En este sentido, el Tribunal es poco flexible ante las interrogantes expuestas y no es consecuente con su rol de optimizador, no solo de los derechos, sino también de la mejor de las funciones de las instituciones públicas a través de sus decisiones.

IV. CONCLUSIONES

- El demandante alega la vulneración de su derecho a la pensión, por haber sido regulado dentro del Decreto Ley 18846 y sus modificatorias y no dentro de la Ley 26790, alegando que existe una interpretación errada por parte la O.N.P respecto al momento de la contingencia.
- En primera instancia y segunda instancia han fallado en contra de la demandante, sosteniendo que la norma aplicable es el Decreto Ley 18846, ya que, al momento de las primeras apariciones de la enfermedad el trabajador (01 de enero de 1992) se encontraba vigente la norma antes mencionada, con lo cual no sería conforme a derecho que el solicitante se acoja a las disposiciones de la ley que derogó dicho decreto.
- El Tribunal Constitucional decide declarar fundada la demanda presentada por el solicitante, en estricto cumplimiento de su jurisprudencia obligatoria y de los precedentes vinculantes que lo anteceden. Arguye que la fecha de contingencia es el 18 de setiembre de 2006, porque es en ese momento que se puede comprobar mediante emisión de certificado médico que hay un deterioro en la salud del demandante producto de las actividades que realizaba dentro de su centro labores.
- El máximo intérprete recurre a la figura jurídica del precedente vinculante para emitir reglas de aspecto material y procesal respecto al ámbito pensionario, lo realiza en su fundamento 21 y con efectos posteriores a la sentencia emitida; sin embargo, no señala mediante que supuesto habilitantes para emitir precedentes lo realiza y, tampoco se muestra la relación del precedente con la resolución de la litis en cuestión.
- La O.N.P presenta solicitud de aclaración respecto a las reglas emitidas como precedentes vinculantes, toda bien que tienen relación con sus funciones como entidad encargada sobre la validación y el pago del derecho a las pensiones; no obstante, se le declara improcedente la aclaración por considerar que intenta, mediante sus interrogantes, manipular el sentido interpretativo de la sentencia que se ha emitido (parte resolutive) como del precedente que regirá en adelante.

V. BIBLIOGRAFÍA

García Belaunde, D. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *Pensamiento Constitucional*(22). Iglesias, M., & Zambrano, G. (2018). *La vía de aplicación del amparo respecto a los derechos pensionarios - Sentencia perteneciente al Expediente N° 141-2005- AA/TC (Trabajo de suficiencia profesional para optar el Título Profesional de Abogado)*.

Landa, C. (2010). Los Precedentes Constitucionales: El caso el Perú. *AnuarioIberoamericano de Justicia Constitucional*(14).

León Florián, F. (2017). ¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano. *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*(12).

Vasquez, R. (2010). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Revista del Pensamiento Americano*(4).

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-AA/TC, recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en los Expedientes acumulados 050- 2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007 -2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 00024-2003-AI/TC, recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente 0335 0-2018- PHC/TC, recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/03350-2018-HC%20Aclaracion.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC

LIMA

JANISLA GARRIDO FERRERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de la magistrada Ledesma Narváez, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo de fecha 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don [redacted] contra la sentencia de fojas 466, de fecha 13 de enero de 2016, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de marzo de 2011, el recurrente interpone demanda de amparo contra la [redacted] (ONP) y solicita el recalcule de su pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional concedida mediante Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL18846, dentro de los alcances del Decreto Ley 18846 (f. 3), a fin de que sea otorgada conforme a la Ley 26790 y su Reglamento, por cuanto la contingencia (fecha del Informe de Evaluación de Comisión Médica) se produjo en vigencia de esta norma.

La ONP contesta la demanda y expresa que debe declararse infundada, por cuanto si bien el Informe de Comisión Médica de Incapacidad tiene como fecha el 18 de septiembre de 2006, también se indica que la probable fecha de inicio de la enfermedad es el 1 de enero de 1992, razón por la cual se aplicó el Decreto Ley 18846.

Mediante Resolución 12, de fecha 30 de enero de 2014 (f. 155), el Juez incorpora al proceso a la Empresa [redacted] en calidad de codemadada, sustentándose en la información proporcionada por la empleadora [redacted] (f. 149).

y Reaseguros contesta la demanda y sostiene que es la ONP a quien le corresponde efectuar el recalcule de la pensión del demandante de acuerdo a la Ley 26790 y su reglamento, conforme se consigna en la resolución que otorgó la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC
LIMA

pensión; asimismo, manifiesta que el Informe de Comisión Médica de Incapacidad de autos es contradictorio, toda vez que en el Informe de Evaluación de Comisión Médica de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) que se anexa, se ha determinado que el actor adolece de hipoacusia neurosensorial con 20% de menoscabo.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 16 de octubre de 2014 (f. 421), declara improcedente la demanda, por estimar que el precedente emitido en el Expediente 00061-2008-PA/TC del 28 de enero de 2008, que establece la fecha del dictamen de comisión médica como aquella que determina la contingencia, fue publicada con posterioridad a la resolución administrativa que le otorgó pensión de invalidez al actor, y por lo tanto, en el presente caso, correspondía la aplicación del Decreto Ley 18846 atendiendo a la fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992) y no la del informe de comisión médica.

La Sala superior competente confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se ordene a la I-ONP que efectúe el recálculo de su pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley 26790 y su reglamento.

Procedencia de la demanda

2. En el presente caso, aún cuando en la demanda se cuestione la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital y en atención a su estado de salud.

Análisis de la controversia

3. Este Tribunal, en el precedente establecido en la sentencia 02513-2007-PA/TC, ha unificado los criterios respecto a las situaciones relacionadas con la aplicación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).
4. En tal sentido, el precedente recaído en el fundamento 14 de la STC 2513-2007-PA/TC, ha establecido que la acreditación de la enfermedad profesional únicamente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC

LIMA

podrá efectuarse mediante un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26 del Decreto Ley 19990.

5. Cabe precisar que el régimen de protección de riesgos profesionales fue inicialmente regulado por el Decreto Ley 18846 y luego sustituido por la Ley 26790, del 17 de mayo de 1997, que estableció en su Tercera Disposición Complementaria que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) administrado por la ONP.
6. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del SCTR, estableciéndose las prestaciones asistenciales y pecuniarias que se otorgan al titular o beneficiarios a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.
7. En cuanto a considerar la fecha del dictamen de comisión médica como la fecha de la contingencia en las pensiones de invalidez del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790, importa mencionar que este Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente 1008-2004-AA/TC publicada en la página web institucional el 7 de julio de 2005 y como doctrina jurisprudencial, determinó que es la fecha del pronunciamiento médico que acredita la enfermedad profesional la que se debe considerar para establecer la contingencia y el otorgamiento de la pensión.
8. Al respecto, de los actuados se desprende que la ONP le otorgó al demandante pensión de invalidez basándose en el Informe de Evaluación de la Comisión Médica de Incapacidad del Hospital Félix Torrealva Gutiérrez de EsSalud – Ica, de fecha 18 de septiembre de 2006 (f. 7), en el que se determina que presenta 55% de menoscabo global, por adolecer de neumoconiosis, hipoacusia neurosensorial bilateral profunda y trauma acústico crónico.
9. De otro lado, _____, incorporada al proceso como emplazada, adjunta el Informe de Evaluación de Comisión Médica de Incapacidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) de fecha 17 de julio de 2008 (f. 348), en el que se diagnostica que el actor adolece de hipoacusia neurosensorial bilateral con 20% de menoscabo. No obstante, se advierte que los exámenes de pulmones y la audiometría fueron realizados el 11 de agosto de 2006, esto es, con anterioridad al Informe de Evaluación de la Comisión Médica de Incapacidad de EsSalud presentado por el actor, razón por la cual no genera convicción.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC

LIMA

LA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. En tal sentido, habiéndose determinado que a la fecha de expedición del informe de la comisión médica de incapacidades de EsSalud (18 de septiembre de 2006), el actor se encontraba dentro del ámbito de protección legal de la Ley 26790 y su reglamento, le corresponde gozar de la prestación estipulada por esta norma y no por el Decreto Ley 18846, y percibir una pensión de invalidez permanente parcial regulada en el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo 003-98-SA (del 50% al 66.66% corresponde la invalidez permanente parcial), equivalente al 50% de su remuneración mensual y sin el tope de la pensión máxima regulada por el artículo 3 del Decreto Ley 25967.
11. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde el 18 de septiembre de 2006, fecha del pronunciamiento de la Comisión Médica de EsSalud que acredita la existencia de la enfermedad profesional con un porcentaje global de 55%, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión de invalidez, por haberse calificado como prueba idónea el referido informe médico presentado por el recurrente (f. 7).
12. Respecto a los topes previsionales del régimen del Decreto Ley 19990, este Tribunal en los fundamentos 30 y 31 de la STC 2313-2007-PA/TC ha reiterado las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que “los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP, no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones)”.
13. Asimismo, habiéndose constatado que a la fecha de la contingencia (18 de septiembre de 2006) la empleadora S.A.A. tenía contratado el SCTR con Rímac Seguros y no con la ONP (f. 149), debe disponerse que sea la mencionada aseguradora quien asuma la responsabilidad del pago de la pensión de invalidez del actor conforme a la Ley 26790, con los reintegros que correspondan al demandante y a la ONP.
14. Por consiguiente, habiéndose acreditado en autos la vulneración del derecho a la pensión del demandante, corresponde estimar la demanda y ordenar el otorgamiento de la pensión de invalidez, así como el pago de las pensiones devengadas e intereses legales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC
LIMA

15. Respecto a los intereses legales, este Tribunal ha establecido en la STC 05430-2006-PA/TC puntualizando que el pago de dicho concepto debe efectuarse conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil y conforme a lo dispuesto en el considerando 20 del auto recaído en el Expediente 2214-2014-PA/TC, que constituye doctrina jurisprudencial.
16. En cuanto al pago de los costos procesales, por las especiales circunstancias del caso, no corresponde la condena de costos.

Error de la ONP que afecta el

17. En el presente caso se ha determinado que la **incurrió en error** al calificar la solicitud de pensión de invalidez presentada por el actor. En efecto, en primer lugar, se atribuyó la obligación de pago de la pensión de invalidez, pese a que, como se ha establecido en autos, dicha obligación corresponde a Seguros y Reaseguros, lo cual ha traído como consecuencia que se afecte indebidamente el fondo del Sistema Nacional de Pensiones; en segundo lugar, estableció como fecha de la contingencia y de inicio de pago de la pensión de invalidez no la fecha de emisión del dictamen médico (18 de setiembre de 2006), como lo establece la doctrina vinculante de este tribunal, establecida en la sentencia emitida en el Expediente 01008-2004-AA/TC, sino la fecha que se consigna en dicho dictamen como fecha probable de inicio de la enfermedad (1 de enero de 1992), lo cual trajo como consecuencia que: a) se aplique al caso del actor el Decreto Ley 18846, en lugar de la Ley 26790, acarreando perjuicio al actor, puesto que se fijó en una cantidad diminuta el monto de su pensión de invalidez; y b) que se haya beneficiado al demandante con el pago en exceso por concepto de pensiones devengadas e intereses legales, toda vez que se le otorgó la pensión de invalidez a partir del 1 de enero de 1992, no obstante que la contingencia se produjo el 18 de setiembre de 2006, fecha a partir de la cual corresponde que se pague dicho concepto.

18. Este Tribunal ha constatado que en otros casos se han presentado situaciones semejantes, en los que se advierte que al demandante se le ha otorgado pensión de jubilación o de invalidez en un monto superior al que legalmente le corresponde, lo cual, además de afectar indebidamente el

coloca al actor en una posición de privilegio con respecto a los pensionistas que, cumpliendo los mismos requisitos, perciben un monto menor en su pensión, afectándose el derecho a la igualdad ante la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC

LIMA

19. Es evidente que la responsabilidad de la calificación y determinación errónea del monto de la pensión de jubilación o invalidez no recae en el pensionista, sino en la entidad encargada del otorgamiento y pago de las pensiones; sin embargo, se afecta el Sistema Nacional de Pensiones.

Precedente sobre el pago en exceso de la prestación

20. El Tribunal Constitucional no puede mantenerse indiferente frente a esta situación anómala, máxime si se tiene en cuenta que el **error** en el que ha incurrido la Administración al calificar y otorgar la pensión se renueva en cada oportunidad de pago, esto es, cada vez que el pensionista hace efectivo el cobro de su pensión de jubilación o invalidez; debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, que el **error** no genera derecho.

21. En la sentencia emitida en el Expediente 00799-2014-PA/TC, este Tribunal ha establecido un Estado de Cosas Inconstitucional en relación a la ausencia de una efectiva vigencia del derecho a la pensión por parte de las entidades públicas encargadas de la prestación correspondiente; por consiguiente, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedente de observancia obligatoria respecto las reglas que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo en los que se advierte este tipo de anomalías:

- a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
- b. **Regla sustancial:** Cuando en un proceso de amparo se advierta que, por error imputable a la Administración, se abona al pensionista un monto de pensión superior al que le corresponde, o se le ha reconocido un beneficio o bonificación que no le corresponde, se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1:

Cuando se determine que el monto de la pensión de jubilación o invalidez que percibe el demandante es superior al monto que legalmente corresponde, pese a lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC
LIMA

cual solicita incremento del mismo, se dispondrá en la sentencia desestimatoria que la entidad prestadora emita una nueva resolución administrativa otorgando la pensión con arreglo a ley, dejando sin efecto aquello que **no corresponde**; exonerándose al demandante de la obligación de devolver lo percibido en exceso, razón por la cual no se realizará ningún descuento en la pensión actual o futura que perciba.

Regla sustancial 2:

En el supuesto mencionado en la Regla sustancial 1, se deja a salvo el derecho que tiene la ONP de repetir lo pagado en exceso en los funcionarios responsables del error incurrido.

Regla sustancial 3:

Quando en el caso se advierta que el cálculo del monto de la pensión se ha efectuado en perjuicio del pensionista, resultando un monto inferior al que realmente le corresponde, pero se determine al mismo tiempo que ha sido favorecido **erróneamente** en cuanto a la determinación de las pensiones devengadas, intereses legales o la aplicación de alguna bonificación, aumento o incremento por aumento de menoscabo que no le corresponde, en la sentencia que declara fundada la demanda se dispondrá: 1) que, **en el término de 2 días de notificada la sentencia**, se emita nueva resolución administrativa efectuando una debida calificación y otorgamiento de la pensión, dejando sin efecto aquello que ha sido ilegalmente otorgado; y 2) que del monto de los reintegros que le corresponden al actor como consecuencia de haber percibido un monto menor como pensión de jubilación o de invalidez, se proceda a la compensación correspondiente de lo que ha cobrado **en exceso**, a favor de la entidad que efectuado el pago.

Regla sustancial 4:

La compensación a la que se hace referencia en la Regla sustancial 3 solo procederá si la liquidación de devengados e intereses arroja un monto a favor del pensionista, monto que será el tope de la compensación, no procediendo, en ningún caso, descuento alguno en la pensión actual o futura del pensionista.

Regla sustancial 5:

La ONP deberá determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC

LIMA

LA JEFATURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Regla sustancial 6:

La [redacted] informará al Juez ejecutor acerca de las rectificaciones efectuadas, así como del establecimiento de la responsabilidad funcional, adjuntando las resoluciones administrativas expedidas.

Regla procesal 7:

El criterio vinculante establecido en el Precedente de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite.

Efectos de la presente sentencia sobre el caso concreto

22. En el presente caso, corresponde que se corrijan los errores en que ha incurrido la [redacted], adoptándose las siguientes medidas: a) que se deje sin efecto la pensión de invalidez otorgada por la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 19990; b) que se ordene a [redacted] Seguros y Reaseguros que otorgue pensión de invalidez al actor al amparo de la Ley 26790, a partir del 18 de setiembre de 2006, con el pago de las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes; c) que del monto que arroje la liquidación de las pensiones devengadas e intereses legales, a que está obligada [redacted] Seguros y Reaseguros, se descuente el monto total que ha recibido el actor de la ONP por concepto de la renta vitalicia mensual, devengados e intereses legales y que el Juez ejecutor entregue dicho monto a la ONP, en vía de compensación; y d) que la ONP determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo la calificación de la solicitud de pensión y emitieron las resoluciones administrativas que generaron el error.

23. En la etapa de ejecución de sentencia, el Juez de la causa dispondrá que se efectúe una liquidación a fin de que se determine: 1) el monto total de las pensiones devengadas e intereses legales que le adeuda [redacted] Seguros y Reaseguros al actor, desde el 18 de setiembre de 2006 hasta la fecha en que empiece a abonarle la pensión de invalidez; 2) el monto total de la renta vitalicia mensual que ha percibido el actor de parte de la ONP, desde la fecha en que inició dicho pago; y 3) el monto de los devengados e intereses legales que la ONP ha abonado al actor. Una vez que quede firme la liquidación, el Juez ejecutor dispondrá que [redacted] Seguros y Reaseguros, del monto que adeuda al actor por concepto de devengados e intereses, consigne a nombre del Juzgado la cantidad total que ha recibido el actor de parte de la ONP, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02677-2016-PA/TC
LIMA

concepto de la renta vitalicia mensual, devengados e intereses, a fin de que dicho monto sea entregado a la ONP y el saldo que quede Seguros y Reaseguros lo abone directamente al actor.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haber habérse acreditado la vulneración del derecho a la pensión; en consecuencia, se declara la nulidad de la Resolución 4170-2007-ONP/DC/DL 19990.
2. Ordena que Seguros y Reaseguros otorgue al demandante pensión de invalidez de conformidad a la Ley 26790, a partir del 18 de septiembre de 2006, con el reintegro de las pensiones devengadas y los intereses legales.
3. Ordena que, en ejecución de sentencia, el Juez de la causa disponga que se practique la liquidación de pensiones devengadas e intereses legales y adopte las medidas pertinentes.
4. Ordena que la ONP determine la responsabilidad administrativa de los funcionarios que tuvieron a su cargo las decisiones administrativas que originaron el error.
5. Establecer como **PRECEDENTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 21 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL