



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00810-2015-PA/TC

JUNÍN

FRANCISCO YAURI MALQUI

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 28 de noviembre de 2017

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Yauri Malqui contra la resolución de fojas 395, de fecha 2 de diciembre de 2014, expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín que declaró improcedente la observación del demandante; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante sentencia de vista, de fecha 31 de enero de 2005 (f. 125), la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín declaró fundada la demanda de amparo y ordenó que la Oficina de Normalización Previsional (ONP) le otorgue al actor la pensión de invalidez vitalicia por enfermedad profesional con arreglo al Decreto Ley 18846 y su Reglamento, a partir del 10 de noviembre de 1998, más el pago de las pensiones devengadas.
2. En cumplimiento del citado mandato judicial, la entidad previsional expidió la Resolución 1130-2005-ONP/DC/DL 18846, de fecha 30 de marzo de 2005 (f. 136), en la que dispuso otorgar por mandato judicial una renta vitalicia por enfermedad profesional al actor por la suma de S/. 331.20 a partir del 10 de noviembre de 1998, la misma que se encuentra actualizada a la fecha de expedición de la resolución en la suma de S/. 384.19.
3. El recurrente formuló observación contra la referida resolución manifestando que la demandada no ha calculado su pensión de invalidez vitalicia teniendo en cuenta la última remuneración percibida, y que su pensión debería ascender a la suma de S/. 661.00, en aplicación del artículo 46 del Decreto Supremo 002-72-TR, Reglamento del Decreto Ley 18846.
4. La Sala superior, revocando la apelada, declaró infundada la observación del demandante (f. 185) por considerar que la pensión otorgada es la correcta, en atención a los topes establecidos en el artículo 31 del Decreto Supremo 002-72-TR.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00810-2015-PA/TC

JUNÍN

FRANCISCO YAURI MALQUI

5. Mediante escrito de fecha 22 de setiembre de 2014 (f. 375) el actor solicitó que el juez de ejecución requiera a la ONP para que cumpla la sentencia materia de ejecución.

6. Tanto en primera como en segunda instancia se declaró improcedente la solicitud del actor, por considerar que la demandada ha dado cumplimiento al mandato contenido en la sentencia de vista y que la pensión de invalidez vitalicia del demandante se ha calculado correctamente.

7. En la resolución 00201-2007-Q/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

sobre la base de lo desarrollado en la resolución expedida en el Expediente 0168-2007-Q/TC, este Tribunal considera que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional (RAC) cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Tribunal, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial.

La procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el RAC, teniendo habilitada su competencia este Tribunal, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

8. A través del recurso de agravio constitucional, el actor refiere que la sentencia materia de ejecución no se ha cumplido en sus propios términos, dado que la pensión de invalidez vitalicia que se le ha otorgado judicialmente, debe ser calculada tomando en cuenta la última remuneración percibida y aplicándose lo establecido en el artículo 46 del Decreto Supremo 002-72-TR, razón por la cual corresponde determinar si en fase de ejecución de sentencia se desvirtuó lo decidido a favor del recurrente en el proceso de amparo a que se ha hecho referencia en el considerando 1 *supra*.

9. En el tercer considerando de la sentencia de fecha 31 de enero de 2005 (f. 125), se señaló lo siguiente:

TERCERO.- Que, según el examen Médico Ocupacional expedido por la Dirección Región al de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud corriente a fojas cuatro de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00810-2015-PA/TC

JUNÍN

FRANCISCO YAURI MALQUI

fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, el demandante padecía de la enfermedad de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución con setenta por ciento de incapacidad; que siendo esto así le corresponde percibir la renta vitalicia por enfermedad profesional conforme al régimen pensionario del Decreto Ley dieciocho mil ochocientos cuarenta y seis y su reglamento Decreto Supremos 002-72-TR (sic).

10. Como es de verse, de acuerdo con lo establecido en la sentencia materia de ejecución, corresponde que el actor perciba una prestación equivalente al 70% de incapacidad.
11. Para determinar cuál es la fórmula de cálculo sobre la que corresponde que el actor goce la prestación pensionaria otorgada mediante la sentencia materia de ejecución, resulta necesario acudir a los artículos 45, 46 y 47 del Decreto Supremo 002-72-TR. Los referidos artículos, disponen lo siguiente:

Artículo 45. Al asegurado declarado con incapacidad parcial permanente hasta el 40 por ciento, se le abonará en sustitución de la pensión dos anualidades de la pensión mensual que le correspondería.

Artículo 46. El incapacitado permanente total tendrá derecho a una pensión mensual equivalente al 80 por ciento de su remuneración mensual.

Artículo 47. El asegurado que fuere declarado con gran incapacidad tendrá derechos a una pensión mensual equivalente al 100 por ciento de su remuneración.

12. De acuerdo con lo establecido en la sentencia de autos y la normatividad aplicable a su caso, el actor padece de una incapacidad permanente total, razón por la cual, le correspondería gozar una pensión equivalente al 80% de la remuneración mensual que percibía, esto según lo dispuesto por el artículo 46 del Decreto Supremo 002-72-TR.
13. Sin embargo, es necesario manifestar que el actor cesó el 9 de mayo de 1996, y su contingencia se presentó el 10 de noviembre de 1998 –fecha del diagnóstico de su enfermedad profesional de neumoconiosis–, es decir, que a la fecha del diagnóstico no contaba con ingresos remunerativos.
14. Al respecto, cabe mencionar que la regla establecida en el Auto 00349-2011-PA/TC, que posteriormente fuera precisada a través del Auto 01186-2013-PA/TC, resulta de aplicación para aquellos casos en los que la pensión de invalidez vitalicia se hubiera otorgado con arreglo a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA.

En efecto, en el Auto 01186-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que el cálculo de la pensión vitalicia regulada por la Ley 26790 y el Decreto Supremo 003-98-SA se efectuará sobre el 100 % de la remuneración mínima mensual vigente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00810-2015-PA/TC

JUNÍN

FRANCISCO YAURI MALQUI

en los doce meses anteriores a la contingencia, salvo que el 100 % del promedio que resulte de considerar las doce últimas remuneraciones asegurables efectivamente percibidas antes del término del vínculo laboral sea un monto superior, en cuyo caso será aplicable este promedio por resultar más favorable para el demandante.

Sin embargo, aun cuando el referido criterio se encuentra vinculado a las pensiones vitalicias reguladas por la Ley 26790, ello no impide que pueda ser aplicado *mutatis mutandis* para la determinación de las rentas vitalicias otorgadas al amparo del derogado Decreto Ley 18846, para aquellos casos en los que el diagnóstico de la enfermedad profesional se produjo con posterioridad al cese laboral del trabajador; por lo que en este supuesto al efectuarse el cálculo de la renta vitalicia se tomará en cuenta o bien la remuneración mínima mensual vigente al momento de producirse la contingencia o bien la última remuneración efectivamente percibida por el asegurado, optándose por la que resulte más favorable a la parte demandante; sin que ello importe la modificación de la fórmula de cálculo prevista en el artículo 30 del Decreto Supremo 002-72-TR.

15. Teniendo en cuenta el criterio esbozado en el considerando anterior y los términos de la sentencia materia de ejecución, se aprecia que en el caso concreto, la resolución dos del 15 de agosto de 2006 (f. 185), indica que la ONP calculó la pensión del actor sobre la base del 80% de la remuneración mínima legal vigente a la fecha del diagnóstico, hecho que generó el pago de una pensión ascendente a S/ 331.20 soles; sin embargo, este cálculo efectuado por la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín (similar al contenido en la resolución 1130-2005-ONP/DC/DL 18846, f. 136), no corresponde a un cálculo efectuado sobre la base de la remuneración percibida por el demandante, sino en aplicación de la remuneración mínima vital vigente al 10 de noviembre de 1998 y conforme a lo dispuesto por el Decreto de Urgencia 074-97.

16. En tal sentido, dado que en el presente caso no se ha efectuado ningún cálculo de la pensión del actor aplicando la última remuneración percibida por este, corresponde ordenar a la ONP que efectúe dicho cálculo, a fin de que el juez de ejecución pueda determinar el mejor cálculo a favor del actor. Cabe precisar que, de no encontrarse documentación respecto de la última remuneración percibida por el actor a su fecha de cese, corresponderá tomar en consideración los datos contenidos en la declaración jurada del empleador de fecha 10 de diciembre de 2003 (f. 214), para dar cumplimiento a la presente resolución.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, que se agrega,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00810-2015-PA/TC
JUNÍN
FRANCISCO YAURI MALQUI

RESUELVE

1. **REVOCAR** la resolución de fecha 2 de diciembre de 2014, expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín.
2. Declarar **FUNDADA** la observación planteada por el recurrente.
3. **ORDENAR** a la ONP efectúe un nuevo cálculo de la pensión de invalidez vitalicia del recurrente conforme a lo ordenado en el considerando 16 *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA**

Lo que certifico:

07 AGO. 2018



JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00810-2015-PA/TC
JUNÍN
FRANCISCO YAURI MALQUI

FUNDAMENTO VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Concuero con los fundamentos de la resolución de mayoría, por eso, estimo que debe declararse **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del cumplimiento de la sentencia de autos.

Si bien la parte resolutive del auto señala que “revoca”, es necesario precisar que se trata en realidad de una estimación del “recurso”, pues así es como resuelve la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional y así es como el Código Procesal Constitucional denomina al medio impugnatorio contra las resoluciones que esta instancia revisa.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

07 AGO. 2018



JANEI OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria de la Sala Segunda
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL