



INFORME DE ADJUNTÍA N° 004 -2017-DP/AAE

Opinión sobre los reglamentos que ordenan la realización de comprobaciones médicas periódicas de la incapacidad a pensionistas por invalidez permanente del régimen militar-policial para percibir el subsidio por invalidez

I.- Antecedentes

El Frente de Asociaciones de Discapacitados, Viudas y Deudos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú presentan queja ante la Defensoría del Pueblo cuestionando la legalidad del Decreto Supremo N° 013-2013-EF, al considerar que este instrumento introduce el requisito de la comprobación médica periódica del estado de incapacidad de los/as pensionistas, el cual no se encuentra contenido en la décimo primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1132, que dispone el otorgamiento del “subsidio por invalidez” a los pensionistas por invalidez permanente, acaecida en acción de armas, acto de servicio, consecuencia de servicio o con ocasión de servicio.

Al respecto debe recordarse que el subsidio por invalidez tiene su antecedente en el Decreto de Urgencia N° 020-2011 que establece la “Bonificación Extraordinaria por Gratitude”, la cual se otorgó entre los años 2011 y 2012:

“(…) a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 19846 (...) que hayan pasado a situación de retiro por invalidez o incapacidad total y permanente como consecuencia de acción de armas o acto de servicio (...)”.

De acuerdo a los considerandos del propio Decreto de Urgencia, la bonificación fue otorgada en el marco de la “*fase inicial del proceso progresivo de mejoramiento de los ingresos del personal militar y policial en actividad, así como de quienes padecen discapacidad vinculada con el servicio (...) teniendo en cuenta que el Estado tiene el deber de reivindicar a estos efectivos valerosos que lucharon por (...) la paz de la nación*”.

El monto de la bonificación extraordinaria era equivalente al 25% de lo que se venía percibiendo como pensión. Debido a su excepcionalidad se pagó, en parte, con cargo a transferencias presupuestales de pliegos distintos a los del Interior y Defensa. La Bonificación fue extendida durante todo el año 2012 mediante Decreto de Urgencia N°014-2012.

Posteriormente, habiéndose concretado el reordenamiento del régimen remunerativo de las FF.AA. y la PNP, a través de la dación del Decreto Legislativo N° 1132, la bonificación extraordinaria fue reemplazada¹ por el Subsidio por Invalidez que quedó regulado de la siguiente manera en la referida décima primera disposición complementaria y final:

“El subsidio (...) por invalidez para los actuales pensionistas por invalidez permanente (...), se otorga a aquellos beneficiarios que han obtenido el derecho”

¹ De acuerdo a la séptima disposición complementaria transitoria del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1132, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2013-EF.



a la pensión en los casos de invalidez (...) acaecido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio”.

Según señala el texto legal el monto del subsidio por invalidez es equivalente a la mayor de las bonificaciones que actualmente percibe el personal en actividad; correspondiente al grado ostentado en la fecha de la declaración de invalidez. Su pago es de cargo de los pliegos de los Ministerios de Defensa e Interior, según corresponda.

El reglamento del Decreto Legislativo N° 1132, aprobado en enero de 2013 mediante Decreto Supremo N° 013-2013-EF, no reguló los requisitos para el otorgamiento del subsidio póstumo para los pensionistas, mientras que sí lo hizo para el caso del personal en actividad (artículo 21), en cuyo caso exigió la presentación de los siguientes documentos:

- a) Solicitud del titular;
- b) Copia del Documento Nacional de Identidad;
- c) Certificado Médico de Invalidez permanente emitido por comisión médica del Hospital de Sanidad de las Fuerzas Armadas u Hospital de Sanidad de las Fuerzas Policiales;
- d) Documento emitido por el instituto armado o policial que acredite que el suceso por el que el personal militar y policial en situación de actividad quedó en estado de invalidez permanente, haya ocurrido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio.

En dicho reglamento, al no haberse fijado el monto correspondiente a todas las bonificaciones asignables al personal en actividad, criterio utilizado justamente para la determinación del Subsidio, y con la finalidad de ejecutar prontamente su pago, determinó unilateralmente el monto fijado a otorgarse por concepto de Subsidio por Invalidez *“Excepcionalmente, durante el primer año de vigencia del Decreto Legislativo N° 1132 (...)”* precisando que el pago del Subsidio por Invalidez se efectúa en reemplazo de la Bonificación Extraordinaria por Gratitud regulada por los Decretos de Urgencia N° 020-2011 y 014-2012”.

Es recién con la expedición del Decreto Supremo N° 223-2014-EF, en agosto de 2014, que se establece reglamentariamente que:

“Corresponde a los pensionistas del Decreto Ley N° 19846, el pago del Subsidio (...) por Invalidez (...) siempre que hayan obtenido el derecho a la pensión por invalidez permanente (...) en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio (...)”.

“(...) los pensionistas (...) deberán someterse periódicamente a una evaluación médica ante una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de Hospitales de la Sanidad de las Fuerzas Armadas o Policiales”.



“Es de obligatorio cumplimiento someterse a dicha evaluación médica (...) y que en esta se determine su condición de inválido y de incapaz para el servicio, para continuar percibiendo el subsidio por invalidez (...)”

(...) *precísese que la percepción de dicho subsidio por invalidez es incompatible con la percepción de remuneración o de cualquier otro ingreso (...)*”.

Dispóngase que en el año 2014 se efectúe la primera evaluación médica (...) sin que se condicione a efectuar dicha evaluación médica para el otorgamiento del subsidio (...)”

Estos enunciados fueron reemplazados por los Decretos Supremos N° 399-2015-EF y 293-2016-EF, manteniéndolos casi invariables, salvo el siguiente agregado del último dispositivo mencionado:

“El Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior, según corresponda, informarán de los resultados de las mismas a la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad”.

II.- Análisis

1. **Un primer paso necesario: La distinción entre Incapacidad e Invalidez**

Los términos invalidez e incapacidad son términos que muchas veces son usados como sinónimos sin embargo en ocasiones guardan un significado normativo propio que se debe tener en cuenta.

En el ámbito de la seguridad social “abierta”, desde la Ley N° 8433 de 1936, Ley del Seguro Social Obrero, se diferenciaba entre “prestaciones de incapacidad” cuando la naturaleza de la afectación de la salud del trabajador era temporal y “prestaciones de invalidez” cuando se excedía el criterio de temporalidad fijado para las “prestaciones de incapacidad” y además se le adicionaba un criterio adicional: el menoscabo en la capacidad laboral. Este criterio es el que de algún modo se ha mantenido hasta la fecha.

En el régimen de pensiones militar y policial (régimen cerrado), el Decreto Ley N°19846 de 1972, al regular el acceso a la pensión hace referencia, al parecer indistinta, a la invalidez y la incapacidad. La distinción sustancial que se evidencia a este nivel es que cuando la invalidez del personal es generada “*en acto o consecuencia del servicio*” se percibiría una tasa de reemplazo del 100% mientras que cuando “*El personal que se invalide o se incapacite fuera del acto del servicio*”, la tasa de reemplazo sería del 50%.

El reglamento del Decreto Ley N° 19846 intenta evidenciar cual sería la distinción (aunque con algún desliz terminológico) entre la “pensión de invalidez” y “pensión de incapacidad”, de la siguiente manera:

- ✓ *“Para el efecto de obtener pensión de invalidez, se considera inválido al servidor que deviene inapto o incapaz para permanecer en la Situación de*



Actividad, por acto directo del servicio, con ocasión o como consecuencia de las actividades que le son propias; de tal modo que la lesión, enfermedad o sus secuelas no puedan provenir de otra causa”.

- ✓ *“Se otorgará pensión por incapacidad al servidor que deviene inválido o incapaz para permanecer en la Situación de Actividad, cuando la lesión, enfermedad o sus secuelas no provienen de acto, con ocasión o como consecuencia del servicio”.*

En la actualidad la aptitud psicosomática para la permanencia en la situación de actividad del personal militar y policial de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, se determina en aplicación del Reglamento General aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2016-DE. El anterior reglamento fue el aprobado mediante Decreto Supremo N° 057-DE/SG.

2. La naturaleza (criterio temporal), el menoscabo y el grado de la “invalidez”

Dicho lo anterior utilizaremos el término invalidez para referirnos a la situación de los pensionistas beneficiarios del subsidio objeto de análisis. Las normas laborales y de la seguridad social usualmente han establecido los criterios que hacen que la “invalidez” tenga relevancia jurídica: la naturaleza (criterio temporal), el menoscabo y el grado.

El criterio más básico está probablemente referido a la naturaleza de la invalidez, es decir a su temporalidad. Así, la invalidez es temporal o es permanente. Así, por ejemplo en el régimen laboral de la actividad privada la invalidez temporal para el trabajo no da lugar a la terminación de la relación laboral, en algunos casos esta incapacidad estará cubierta por la Seguridad Social en Salud –EsSalud- a través de subsidios económicos y en otros por el Sistema Nacional de Pensiones – SNP a través de pensiones. La incapacidad permanente, en conjunción con otros criterios, podría dar lugar a la terminación de la relación laboral.

El criterio del menoscabo a la capacidad laboral por lo general se presenta en un valor porcentual. Así, en el SNP, en la práctica, se exige un menoscabo que supere 33.3% para tener derecho a una pensión de invalidez. La persona que no alcance ese valor porcentual no tiene derecho.

El criterio del grado en nuestro país se ha registrado en los siguientes niveles (considerando el ámbito pensionario y laboral): invalidez parcial, invalidez total e invalidez absoluta. Estos grados usualmente son traducidos en porcentajes (de menoscabo a la capacidad laboral) siendo que la invalidez parcial representa un 50% de menoscabo y la incapacidad total un 66.6% de menoscabo.

En el caso específico del Decreto Ley N° 19846, la versión original de la norma no aparejó ninguno de estos criterios a la invalidez que debía dar origen al derecho a la pensión. De acuerdo a esta norma bastaba que la invalidez se genere:

“en acto o consecuencia del servicio (...) cualquiera que fuese el tiempo de servicios”.



El artículo 13 de la citada norma legal precisa que:

“Para percibir pensión de invalidez (...) el personal deberá ser declarado inválido (...) para el servicio, previo informe médico presentado por la Sanidad (...)”.

Como se ha señalado, de acuerdo al Reglamento del Decreto Ley N° 19846, para efectos pensionarios, se considera inválido al servidor que deviene inapto o incapaz para permanecer en la Situación de Actividad.

Es el Reglamento de Aptitud Psicosomática para la permanencia en la Situación de Actividad del Personal Militar y Policial de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, vigente en cada momento, el que contendrá los criterios que se utilizaron para evaluar la “invalidez” del personal.

De la revisión del actual Reglamento General para determinar la aptitud psicosomática para la permanencia en la Situación de Actividad del personal militar y policial de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2016-DE, no se advierte la directa utilización de alguno de los criterios referidos la naturaleza, menoscabo o grado de la invalidez.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha precisado que las Leyes N° 24373, 24916, el Decreto Legislativo N° 737 y la Ley N° 25413, modificaron el Decreto Ley N° 19846. La última de las mencionadas, de marzo de 1992, dejó establecido que:

“Los miembros (...) que sufren invalidez total y permanente en acto, con ocasión o como consecuencia del servicio, serán promovidos económicamente al haber de la clase inmediata superior cada cinco años a partir de ocurrido el acto invalidante [...]. La promoción máxima para el nivel de oficiales será equivalente a la que corresponde al grado de Coronel o Capitán de Navío, y para los Suboficiales y personal del Servicio Militar Obligatorio, hasta el grado de Técnico de Primera o su equivalente”.

Se introduce así la alusión aparente a los criterios de grado y naturaleza de la invalidez, sin embargo, en la mayoría de jurisprudencia analizada no se llega a advertir que los documentos administrativos, que sustentaron y decretaron el paso a la “situación de retiro” y el otorgamiento de la pensión, contengan una mención expresa a los criterios cualificados de la invalidez (total y permanente). No obstante, aquello no fue óbice para que el Tribunal Constitucional, examinando la referida documentación determine el cumplimiento de los requisitos legales para el acceso al beneficio prescrito. Así, a modo de ejemplo, se ha señalado:

“2.3.10. En el presente caso, la Resolución Directoral 127-95-DGPNP/DIPER, de fecha 13 de enero de 1995 (f. 9), resuelve considerar las lesiones sufridas por el Suboficial Técnico de 3era. - SOT3 PNP PACHECO MORÁN Víctor, el día 28 de abril de 1988, como “ACTO DE SERVICIO”.

2.3.11. Asimismo, según lo señalado por el propio recurrente (f. 25), mediante Resolución Directoral 4139-95-DGPNP-DIPER, de fecha 5 de setiembre de



1995, se resuelve pasarlo a la situación de retiro contraído en acto de servicio (...)

2.3.12. (...) se advierte de la Carta 4837-GP-CPMP-2004, de fecha 22 de diciembre de 2004 (...) que al actor se le deniega la promoción económica (...) por considerar que el derecho a promoción económica para el caso del personal inválido se genera cuando el servidor pasa a la situación de retiro por inaptitud psicosomática. Por lo tanto (...) le es aplicable la Ley 25413 (...)

2.3.13. Al respecto, cabe precisar que en atención a lo establecido en las normas que a través del tiempo han regulado la pensión de invalidez del Régimen Militar-Policial, la promoción económica a la clase inmediatamente superior debe efectuarse a partir de la fecha del acto invalidante que, en el caso del actor, ocurrió el día 28 de abril de 1988.

A continuación se explicarán los motivos de este razonamiento.

3. La naturaleza permanente de la invalidez que origina la pensión en el régimen militar y policial

Como hemos señalado, la redacción original del Decreto Ley N° 19846 no estableció formalmente criterio que cualifique expresamente la invalidez requerida para acceder a una pensión, son las normas modificatorias de la pensión de invalidez las que aludieron al grado (total) y su naturaleza (permanente), las cuales no merecieron desarrollo normativo. Sin embargo considerando el ordenamiento militar y policial en su conjunto, debemos señalar que en efecto estamos ante una invalidez de carácter permanente.

Siguiendo los parámetros del Reglamento General para determinar la Aptitud Psicosomática para la permanencia en la Situación de Actividad, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-DE, se advierte el uso del criterio de temporalidad cuando se señala que:

“El personal militar y policial cuando se encuentre en la condición de enfermo o lesionado en tratamiento médico o de rehabilitación (...) hasta por un máximo de dos (02) años (...) sin que se haya podido reincorporar laboralmente al servicio, pasará al grado de aptitud Inapto”.

“Los derechos previsionales del personal militar o policial pasados a la situación de retiro por Inaptitud Psicosomática, son regulados (...) en el Decreto Ley N°19846 (...).”

Así, se aprecia que una invalidez que médicamente podría ser recuperable eventualmente, en mayor o menor grado, en un periodo no tan extenso, se convierte de temporal en permanente por el solo hecho del vencimiento de un plazo reglamentariamente fijado. Sin embargo, esto no es lo más relevante de esta disposición, ya que es evidente que si en el resto de los casos, antes de ese plazo se determina la inaptitud del personal este también deberá pasar a la Situación de Retiro;



esta vez sin base en un criterio temporal positivamente fijado sino a través del criterio médico.

Lo realmente importante es evidenciar que una vez que el personal es declarado inapto y es pasado a la "situación de retiro", no existe posibilidad de reingreso a la "Situación de Actividad", por lo que, desde el punto de vista jurídico la invalidez tiene efectos permanentes.

Es justamente por esta razón que la pensión de invalidez en el régimen militar y policial no prevé causales de extinción del beneficio, mientras que el SNP sí prevé la caducidad de la pensión de invalidez cuando el pensionista haya recuperado la capacidad o cuando haya alcanzado una capacidad que le permita percibir una suma cuando menos equivalente al monto de la pensión.

La razón de tal diferencia se encuentra en la naturaleza especial del régimen militar y policial, que es un régimen cerrado de carrera en el cual es imposible reingresar después de haber sido declarado inapto y de haber pasado a la "situación de retiro", aunque posteriormente se haya recuperado la capacidad.



La idea del régimen militar es incentivar la incorporación de cada vez más miembros a una profesión de riesgo y muy sacrificada (por ejemplo, debido a los traslados), con la promesa de que en caso de accidente o enfermedad se les deba compensar de manera vitalicia el truncamiento de su plan de vida y probable única profesión, los cuales no se podrán retomar.

De esta manera, jurídicamente la pensión de invalidez que se otorga en el régimen militar y policial es de carácter especialmente permanente, básicamente al no permitir la reincorporación del personal a la situación de actividad. Esta sería la razón por la cual el Tribunal Constitucional no alude, en la gran cantidad de fallos que tiene sobre la materia, a esta característica implícita del régimen.

Sobre el criterio médico no cabe pronunciarse por razones evidentes. Sin embargo, al referirnos al caso de la Marina de Guerra del Perú se aludirá al criterio establecido en la Directiva Sanitaria N° 003-MINSA/DEGSP-V.01 expedida por el Ministerio de la Salud, para el caso del Sistema Nacional de Pensiones.

4. La ratio legis del subsidio por invalidez y el parámetro legal impuesto

Si, tal y como se ha señalado, el subsidio por invalidez reemplaza a la Bonificación Extraordinaria por Gratitude, entonces debemos entender que, de algún modo, comparten la misma esencia. Este dato es relevante pues a diferencia del Decreto Legislativo N° 1132, el Decreto de Urgencia N° 020-2011 sí precisa en su Exposición de Motivos cual es el fin perseguido por el legislador con la entrega de un monto adicional a las pensiones del personal militar y policial, así como a los pensionistas por invalidez.

De acuerdo a la referida Exposición de Motivos la necesidad de otorgar la Bonificación extraordinaria se debía a que:



“Las remuneraciones del personal (...) así como las pensiones del personal discapacitado por acto vinculado con el servicio (...) resultan bajas e insuficientes para afrontar en la actualidad el costo real de vida. Por tanto, surge la imperiosa necesidad de recompensar económicamente al conjunto de beneficiarios antes señalado con el objeto de revertir el estado de vulnerabilidad (...) de quienes sufren los rezagos y consecuencias de su entrega heroica al servicio de la nación, para asegurar la elevación de su calidad de vida”.

Asimismo, recordando lo dispuesto por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2011, que establecía la obligación del Poder Ejecutivo de elaborar los proyectos de ley en materia de ingresos y pensiones en el régimen militar y policía, la aludida Exposición de Motivos precisaba que:

“(...) el otorgamiento de las bonificaciones extraordinarias (...) cuyo objeto primordial es procurar un inmediato incremento en los ingresos del personal en actividad (...) y discapacitado (...) no podría esperar el tiempo que demandará el trámite para la aprobación de la ley (...) a nivel parlamentario (...)”.

La focalización de un mayor beneficio económico al personal en actividad y en los pensionistas por invalidez supone un trato justificado en la medida en que ante los primeros es importante incentivar el cumplimiento de sus funciones en un contexto de mayores exigencias del servicio y en el caso de los pensionistas por invalidez se trata de recompensar a aquellas personas que tuvieron que afrontar un evidente “rezago y consecuencias” negativas en su persona que los ha colocado en una situación de desventaja respecto de los demás pensionistas del régimen militar-policía.

Esta finalidad se ha mantenido con la dación del Decreto Legislativo N° 1132, que finalmente reordenó los ingresos del personal en situación de actividad, ya que para ellos la bonificación extraordinaria del Decreto de Urgencia N° 021-2011 pasó a formar parte la remuneración consolidada, es decir se incorporó de manera permanente a sus haberes, mientras que a los pensionistas por invalidez la incorporación se produjo bajo la forma de subsidio.

Entonces, podemos concluir que la finalidad del subsidio es principalmente el otorgamiento de una mejora económica o recompensa focalizada.

4.1. Parámetro legal

En función a lo señalado y con la finalidad de evaluar la ilegalidad acusada el parámetro utilizado será la ya citada décima primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N° 1132 que señala que:

“El subsidio (...) por invalidez para los actuales pensionistas por invalidez permanente (...), se otorga a aquellos beneficiarios que han obtenido el derecho a la pensión en los casos de invalidez (...) acaecido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio”.



Teniendo en cuenta la diferencia existente entre texto o enunciado legal y norma, siendo esta última el sentido interpretativo que se da al primero, en el presente caso el parámetro legal queda configurado del siguiente modo:

Norma legal: El subsidio por invalidez está destinado al sujeto cualificado “pensionista por invalidez permanente” (Condición legal 1). El Subsidio se otorga siempre que la invalidez se haya producido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio (Condición Legal 2).

El respeto del referido mandato legal por parte de los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo, viene ordenado por el artículo 118 de la Constitución Política que le reconoce: “(...) *la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (...)*”.

Los denominados reglamentos ejecutivos, es decir aquellos expedidos al amparo y de manera subordinada a una ley concreta con el fin de facilitar su correcta aplicación y efectividad, como ocurre en el presente caso, tienen reconocida vocación de actuar únicamente a manera de “complemento indispensable”, de tal manera que la introducción de contenido no indispensable podría llegar a contravenir la propia ley. A decir de MORÓN URBINA:

“En una palabra, es función de estos reglamentos asegurar la correcta aplicación y la real ejecución de la voluntad de la ley (...) por lo que no está permitido modificar, suspender, desnaturalizar los fines de la norma, limitar o corregir una ley, ni puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables a los ciudadanos establecidos en la ley, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables. Hacerlo será incurrir en una ilegalidad material o sustancial”².

“La Corte Suprema ha establecido como inválido el reglamento que contraviene no solo el texto de la ley que desarrolla sino cuando su alcance contraviene la finalidad de la ley establecida en sus considerandos o exposición de motivos desnaturalizándola”³.

5. Normas reglamentarias: Análisis de legalidad

Del texto de los artículos pertinentes del Decreto Supremo N° 293-2016-EF se desprenden las siguientes normas reglamentarias cuya legalidad se analiza a continuación:

² MORÓN URBINA, Juan Carlos, *El control jurídico de los reglamentos de la administración pública*, Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, p. 98-99

³ *Ibidem*, nota al pie 107.



Norma reglamentaria 1: Para ser beneficiario del Subsidio se requiere haber obtenido el derecho a pensión por invalidez permanente en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio (Condición reglamentaria 1).

Respecto de esta norma debemos señalar su plena coincidencia con la segunda condición establecida por la norma legal que sirve de parámetro. Por tanto, no es ilegal.

Norma reglamentaria 2: Como regla general los pensionistas deben someterse a evaluaciones médicas periódicas obligatorias para continuar percibiendo el subsidio (Condición reglamentaria 2.1). La evaluación debe determinar su condición de inválido y de incapaz para el servicio, para continuar percibiendo el subsidio (Condición reglamentaria 2.2).

Las dos condiciones impuestas por la norma reglamentaria son concurrentes, es decir que debe haber una evaluación periódica y esta debe tener un resultado específico.

En el plano jurídico, hemos señalado que la norma legal que sirve de parámetro introduce el criterio temporal al calificar de permanente a la invalidez que da origen a la pensión. También se ha afirmado que cuando la invalidez tiene como consecuencia el pase a la “situación de retiro” esta debe ser considerada siempre como permanente pues impide definitivamente el retorno de personal a la carrera militar y policial.

Asimismo, debe tenerse presente que de acuerdo al texto expreso de la norma legal, el beneficio ha sido dirigido a quien ostente la calidad de “pensionista por invalidez permanente” del régimen militar y policial. Es decir, que tendrá derecho a percibirlo la persona que ostenta dicho estatus legal – pensionista por invalidez-, pero que además la causa de su invalidez haya tenido lugar en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio.

La condición que exige la norma legal, que sirve de parámetro, se funda en un hecho consolidado en el pasado y no en una condición actual que deba ser verificada.

Adicionalmente, debe señalarse que constituye, por lo menos, una incoherencia sumamente grave disponer normativamente la evaluación periódica de una “invalidez” que ha sido caracterizada como permanente. De hecho el Sistema Nacional de Pensiones lo ha entendido así, al igual que Tribunal Constitucional que ha señalado:

“En la medida que la incapacidad puede ser temporal o tratarse de una incapacidad presumida permanente en el Sistema Nacional de Pensiones se regula la comprobación del estado de invalidez (...) Si



bien (...) se entiende, que la periodicidad de la comprobación opera para la incapacidad temporal, esto no implica que una incapacidad permanente no pueda ser comprobada. (...) sólo está excluida la comprobación periódica –que en esencia está regulada para la incapacidad de carácter temporal- mas no la comprobación o fiscalización posterior (...) en mérito a la facultad (...) otorgada por el artículo 32.1 de la Ley 27444⁴”.

Como bien lo señala el Tribunal Constitucional el hecho de que la incapacidad permanente no esté sujeta a la regla de la comprobación periódica, no merma en absoluto la facultad de fiscalización posterior que ostentan todas las administraciones públicas para comprobar la veracidad de los documentos e información presentada en un procedimiento administrativo. La primera es una acción médica típica de la evaluación de la incapacidad de naturaleza temporal en los sistemas de la seguridad social. La segunda es una acción genérica de tipo administrativo.

Es de suma importancia distinguir ambas actividades pues una aplicación errónea de la figura de la fiscalización posterior podría convertirse en una forma velada de comprobación periódica, proscrita para los casos de invalidez permanente.

Para que esto no ocurra, deben respetarse escrupulosamente las características de la fiscalización posterior, esto es regirse por la regla del muestreo–mas no aplicarse a la totalidad de los expedientes- y por su propia naturaleza no podrá ser reiterada o periódicamente aplicable a un mismo caso -pues la acción de fiscalización se agotará al comprobar la regularidad o irregularidad de un acto-. Finalmente, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio todo costo que se genere debe ser asumido por la Administración Pública y no por la ciudadanía.

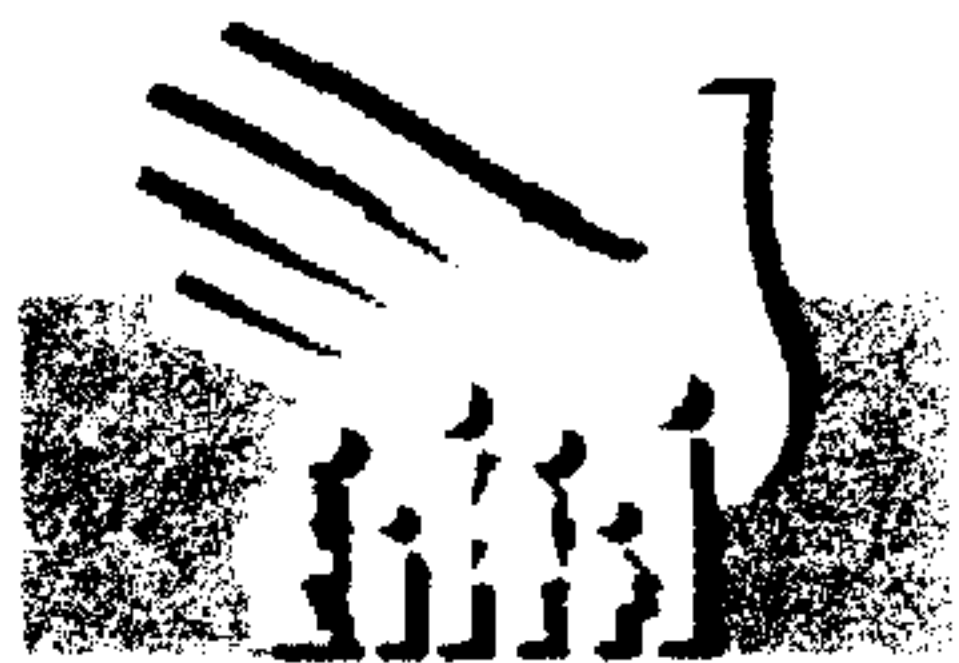
En este sentido, es que el artículo 32 de la Ley del Procedimiento Administrativo General ha precisado que:

*“Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de (...) evaluación previa (...) queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones (...) proporcionadas por el administrado
(...)”*

En caso de comprobar fraude o falsedad (...) la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo”.

Por lo hasta aquí expuesto, debemos concluir que la norma reglamentaria 2 se torna en ilegal al exceder lo previsto en la norma legal que le sirve de parámetro: al exigir la acreditación de una situación actual, cuando

⁴ Ver por todas la sentencia recaída en el Expediente N° 02937-2008-PA/TC.



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

claramente la Ley hace referencia a un estatus ya configurado, en una situación pasada. Asimismo, la norma es incongruente con el ordenamiento jurídico al exigir una comprobación periódica para una incapacidad que legal y médicamente se presume permanente.

Adicionalmente, cabe señalar que la finalidad de la norma reglamentaria se apartaría de la finalidad prevista para la norma originaria, que es simplemente otorgar un mayor beneficio económico a *“quienes sufren los rezagos y consecuencias de su entrega heroica al servicio de la nación, para asegurar la elevación de su calidad de vida”*, esto es: *“los/as pensionistas por invalidez permanente”*, siempre que la invalidez se haya producido en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio.

De otro lado, desde el punto vista médico, indefectiblemente asociado a esta temática, se podría llegar a aceptar el planteamiento de que para la procedencia del pago del subsidio es necesario contar con algún pronunciamiento técnico-médico que certifique que la *“invalidez”* que ocasionó el pase a la *“situación de retiro”* tenía la calidad de permanente, no obstante aquello no necesariamente requeriría la realización de una nueva evaluación, sino que en algunos casos bastaría la revisión del expediente que definió la *“situación”* del personal. En este sentido, la exigencia de la norma reglamentaria 2 por lo menos resultaría irrazonable.

Solamente en el caso que la información obrante en el expediente del pensionista de invalidez no contenga la información necesaria para determinar la naturaleza o temporalidad de la incapacidad, sería viable el requerimiento de una evaluación de invalidez (sin que esta tenga que ser periódica).

El caso de la Directiva para normar el procedimiento de evaluación médica periódica del personal que percibe el subsidio por invalidez permanente (COMGEMAR N° 86 – 15), de la Marina de Guerra del Perú

Un caso preocupante de aplicación de las normas reglamentarias cuestionadas tiene lugar en la Marina de Guerra del Perú, a través de la mencionada directiva. Al no existir un antecedente propio en el sector, la directiva ha sido desarrollada sobre la base de la Directiva Sanitaria N°003-MINSA/DEGSP-V.01, diseñada por el Ministerio de Salud – Minsa para la evaluación médica de la incapacidad laboral en el marco del procedimiento de otorgamiento de pensiones de invalidez en el Sistema de Pensiones.

A propósito de este antecedente normativo, es pertinente mencionar que de acuerdo a la citada Directiva Sanitaria del Minsa la naturaleza permanente de una incapacidad se determina en función de la respuesta ergonómica de la persona, la cual viene dada por la correlación entre la incapacidad y el trabajo habitual de la persona. De acuerdo a esta directiva la incapacidad permanente debe ser producto





de un desempeño no tolerable, restrictivo y permanente: es decir que el daño o la secuela se configura como permanente y no le permite reinsertarse al trabajo habitual.

Como hemos precisado justamente el otorgamiento de una pensión de invalidez en el régimen militar es prueba irrefutable de que el personal no podrá reincorporarse a la situación de actividad, es decir a su trabajo habitual. No obstante la directiva dispone la reevaluación del pensionista se producirá cada 2 años.

Adicionalmente, se advierte que el certificado de invalidez aprobado por la directiva de la Marina de Guerra contempla la evaluación del grado de la invalidez (parcial o total), supuesto que no es mencionado por la norma legal. Se introduce de este modo un criterio abiertamente no considerado por la ley y por lo tanto deviene en ilegal.

Norma reglamentaria 3: Como medida transitoria y de excepción se “convoca” a las primeras evaluaciones sin que su realización sea condición para el otorgamiento del subsidio.

La norma reglamentaria 3 pareciera la norma más inocua de las 3 estudiadas sin embargo resulta de una relevancia de grado sumo para analizar este caso. Esto se debe a que su existencia evidencia arbitrariedad en la fijación de las condiciones 2.1 y 2.2.

Si el Decreto Legislativo N°1132 contiene una exigencia que justifica intervención reglamentaria para garantizar su cumplimiento, esta exigencia no puede dejar de ser cumplida a discreción, sin embargo el pago del subsidio se ha efectuado, mes a mes, y a la fecha, sin haber realizado evaluación médica alguna.

Así, la norma reglamentaria 3 reitera que dicha evaluación no es necesaria (y por ende obligatoria) al no generar consecuencia alguna su incumplimiento.

La arbitrariedad también queda evidenciada cuando al emitirse el reglamento del Decreto Legislativo N° 1132 no se introdujeron las normas reglamentarias cuestionadas, sino un año y medio después de la publicación del primero.

III. Conclusiones

En atención a lo expuesto concluimos que:

- De acuerdo al Decreto Legislativo 1132, el monto complementario a la pensión denominado subsidio por invalidez es concedido a “los actuales pensionistas por invalidez permanente que han obtenido el derecho a la pensión, en los casos de invalidez acaecida en acción de armas, acto de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión del servicio.



- La invalidez que da origen a una pensión en el régimen pensionario militar y policial tiene carácter permanente ya que jurídicamente supone la imposibilidad del personal militar y policial de reincorporarse a "situación de actividad".
- El Subsidio por Invalidez tiene por finalidad brindar una recompensa económica mayor a aquellos pensionistas que vieron truncado su proyecto de vida a causa de una invalidez que les impidió continuar con su carrera, teniendo en cuenta que adicionalmente la condición de "invalidez" supone la asunción de cargas adicionales a la del resto de personas.
- En este sentido, realizar evaluaciones médicas periódicas para reiterar una situación que es -por naturaleza- permanente, resulta ilegal. Esto debido a que el complemento pensionario se otorga en función a una condición o estatus ya reconocido, mas no a uno actual.
- El hecho de que la Marina de Guerra del Perú haya aprobado el formato de un certificado médico de incapacidad que considera la asignación del grado de la misma excede abiertamente los parámetros fijados por la ley.

IV. Recomendaciones

Por lo expuesto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, es pertinente **RECOMENDAR**:

Al Ministerio de Defensa, en coordinación con el Ministerio del Interior y el Ministerio de Economía y Finanzas, formular un proyecto de decreto supremo que disponga la derogación del artículo 15, la segunda disposición complementaria final y la disposición complementaria transitoria única del Anexo del Decreto Supremo N° 293-2016-EF.

Al Ministerio del Interior, al Ministerio de Defensa y a los institutos armados y policiales suspender la programación de las evaluaciones médicas, las cuales podrían reorientarse a efectuar la revisión de los expedientes de los pensionistas con la finalidad de dejar constancia administrativa de la "naturaleza permanente de la invalidez" que dio origen a la pensión.

A la Marina de Guerra del Perú y cualquier otro instituto armado o policial que haya establecido la calificación del grado de la incapacidad y la periodicidad de 2 años, debe dejarla sin efecto, de modo inmediato, por resultar ilegal e innecesaria.

De acuerdo al citado artículo 26 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, las autoridades, funcionarios y servidores destinatarios de las recomendaciones están obligados a responder por escrito en el plazo improrrogable de 30 días.

Lima, 10 de marzo de 2017