



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 891/2023

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JOEL GAYOSO SÁNCHEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de setiembre de 2023, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Morales Saravia y Domínguez Haro, ha emitido la presente sentencia. Los magistrados intervinientes firman digitalmente en señal de conformidad con lo votado.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Joel Gayoso Sánchez contra la resolución de fojas 107, de fecha 3 de noviembre de 2022, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con escrito de fecha 30 de setiembre de 2021, interpone demanda de amparo contra el comandante general del Ejército del Perú, solicitando como pretensión principal que se le otorgue el subsidio por invalidez y que, una vez que cumpla el tiempo de servicios, se le otorgue la pensión de invalidez “nivelable” con promoción económica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19º del Decreto Legislativo 1133 y su reglamento, con el pago de las pensiones devengadas desde el 25 de setiembre de 2019 hasta la fecha, más los intereses legales de conformidad con lo indicado en el artículo 1246 del Código Civil. Solicita como pretensión accesoria que se le otorgue los beneficios de la Ley 29643 y como pretensión subordinada que se expida la resolución respectiva, mediante la cual se le otorgue pensión de incapacidad con arreglo a lo establecido en el artículo 21º del Decreto Legislativo 1133 y su reglamento, con el pago de las pensiones devengadas desde el 25 de setiembre de 2019 hasta la fecha, más los intereses legales en armonía con lo dispuesto en el artículo 1246 del Código Civil. Solicita también el pago de los costos del proceso de acuerdo con lo ordenado en el artículo 28º del Nuevo Código Procesal Constitucional.

La Procuraduría Pública del Ejército del Perú contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada en su oportunidad, alegando que el accionante con Libreta Militar Nº 0077286058 prestó



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

servicio militar desde el 1 de enero de 2018 hasta el 28 de febrero de 2020, habiéndose licenciado por motivo de tiempo cumplido sin ningún problema de salud. Agrega que, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 19º del Decreto Legislativo 1133, tiene derecho a la pensión de invalidez el personal militar y policial declarado con invalidez permanente debidamente comprobada, por acto de servicio, previo dictamen de Comisión Médica elaborado por la Sanidad respectiva, conforme a lo establecido en los artículos 12º y 23º del citado decreto legislativo; sin embargo, el accionante no cumple las exigencias y requisitos que la ley señala, y no existen en autos documentos indubitables o prueba idónea que permita determinar con certeza que la causa de la lesión del actor tenga relación con la actividad militar-relación de causalidad (causa-efecto) y si su invalidez es total y permanente.

El Segundo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 29 de abril de 2022¹, declaró fundada la demanda, por considerar que de autos puede constatar que a consecuencia o con ocasión del servicio militar voluntario que el recurrente prestaba le apareció una hernia núcleo pulposo lumbar operado, por lo que debió permanecer hospitalizado desde el 25 de setiembre hasta el 29 de noviembre de 2019, y dejar de realizar actividades militares. A su vez, el 28 de mayo de 2021, la Junta Médica del Hospital Militar Central, el 28 de mayo de 2021 emitió el Certificado de Discapacidad N° 00300457 del cabo militar José Jhoel Gayoso Sánchez con el siguiente resultado: Diagnóstico de daño: Lumbago no especificado; Diagnóstico etiológico: Trastornos de disco lumbar y otros, con radiculopatía; Discapacidad: que las actividades de Conducta, Cuidado Personal, Disposición Corporal y Situación deba realizarlas con dificultad, pero sin ayuda, y que las actividades de locomoción y destreza deba realizarlas solo con dispositivos o ayuda; Gravedad: Discapacidad Moderada (2) Requerimiento de productos de apoyo: para terapia y mantenimiento médico esenciales y de uno permanente.

La Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 3 de noviembre de 2022² revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que para acceder al subsidio y pensión de invalidez del Decreto Ley 1133 solicitados por el demandante, es necesario acreditar que la invalidez se ha producido en acto de servicio, situación que el accionante no ha podido demostrar en

¹ F.79

² F. 107



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

autos, ya que, según el Acta de Junta de Sanidad Institucional N° 2448-2019-COSALE, del 28 de noviembre de 2019, su enfermedad fue producida “Fuera del Servicio”; y que, con respecto a la pensión de incapacidad, de la referida Acta de Junta de Sanidad Institucional N° 2448-2019-COSALE, expedida por la Dirección Médica del Hospital Militar Central, se advierte que la evolución de la enfermedad del demandante es “favorable y que no presenta “ninguna” secuela, situación que a criterio de ese Colegiado, hace que la lesión que el demandante padecería no sea calificada como “incapacidad permanente debidamente comprobada”, requisito para gozar de una pensión de incapacidad conforme a lo establecido en el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 1133. En consecuencia, considera que la pretensión del actor debe dilucidarse en un proceso que cuente con mayor estación probatorio, en donde el actor pueda actuar nuevas pruebas y acreditar lo ahora petitionado, por lo que deja a salvo el derecho del actor de recurrir a la vía correspondiente.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El accionante interpone demanda de amparo contra el comandante general del Ejército del Perú, solicitando como pretensión principal que se le otorgue el subsidio por invalidez y que, una vez que cumpla el tiempo de servicios, se le otorgue la pensión de invalidez “nivelable” con promoción económica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Legislativo 1133 y su reglamento, con el pago de las pensiones devengadas desde el 25 de setiembre de 2019, más intereses legales y costos del proceso. Como pretensión accesoria solicita que, amparada su pretensión principal, se le otorgue los beneficios de la Ley 29643. A su vez, solicita como pretensión subordinada que se expida la resolución respectiva otorgándole pensión de incapacidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1133 y su reglamento, con el pago de las pensiones devengadas desde el 25 de setiembre de 2019, más intereses legales y costos del proceso.
2. Conforme a reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para el disfrute de tal derecho y que la titularidad del derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir pronunciamiento.

3. En consecuencia, corresponde analizar si la parte demandante cumple los presupuestos legales que permitirán determinar si tiene derecho a percibir la pensión que reclama, pues si ello es así se estaría verificando arbitrariedad en el proceder de la entidad demandada.

Consideraciones del Tribunal

4. El Decreto Legislativo 1133 que aprueba el “Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial”, publicado el 09 de diciembre de 2012, aplicable al personal militar y policial que, a partir de la entrada en vigencia de la referida norma, inicie la carrera de oficiales o suboficiales, según corresponda, respecto a las pensiones de invalidez, en los artículos 12º y 19º al 23º, establece lo siguiente:

Artículo 12º. - Acto de Servicio

Para los efectos del presente Decreto Legislativo se entiende por acto de servicio, el que realizan el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú en acción de armas, con ocasión o consecuencia del servicio; y, en cumplimiento de las funciones y deberes que le son propios o de órdenes de la superioridad. (subrayado agregado).

Artículo 19º. - Acceso a la pensión de invalidez para el servicio

Tiene derecho a la pensión de invalidez el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú declarado en invalidez permanente debidamente comprobada por acto del servicio conforme a lo establecido en los artículos 12º y 23º del presente Decreto Legislativo, siempre que acredite un mínimo de treinta (30) años de servicios reales y efectivos.

En el caso de invalidez permanente, si el personal no cumple con el tiempo mínimo de servicio señalado en el párrafo anterior, tendrá derecho a recibir el **Subsidio por Invalidez** a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú.

Este subsidio será percibido hasta el momento en que dicho personal alcance la promoción máxima para el subsidio por invalidez a que se refiere la norma antes citada, cumpliendo además los requisitos establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez. (subrayado y remarcado agregado).

Artículo 20º. - Cálculo de la pensión de invalidez para el servicio

20.1. Para el caso del personal militar y policial la pensión de invalidez se determina aplicando las reglas para el cálculo de la pensión de retiro.

(...)

20.4. Para el personal del servicio militar acuartelado, la pensión de invalidez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

corresponde al 55% de la remuneración pensionable correspondiente a un Sub Oficial de Tercera o su equivalente en situación de actividad (subrayado agregado).

Artículo 21° - Acceso a la pensión de incapacidad para el servicio

Tiene derecho a la pensión de incapacidad el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú declarado en incapacidad permanente debidamente comprobada, por causa distinta al acto del servicio a que se refieren los artículos 12° y 23° del presente Decreto Legislativo (subrayado agregado).

Artículo 22° - Cálculo de la pensión de incapacidad para el servicio

(...)

22.5. Para el personal del servicio militar acuartelado, la pensión corresponde al 27,5% de la remuneración pensionable del Sub Oficial de Tercera o su equivalente en situación de actividad.

Artículo 23° - Determinación de la condición de invalidez o incapacidad

Para percibir la pensión de invalidez o de incapacidad para el servicio, el personal militar y policial deberá ser declarado inválido o incapaz para el servicio, según corresponda, previo dictamen de comisión médica elaborado por la Sanidad respectiva.

Determinada la condición de invalidez o incapacidad, el Administrador del Régimen de Pensiones del personal militar y policial procederá al otorgamiento de la pensión, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto Legislativo. El reglamento establecerá los procedimientos para su otorgamiento.

- De lo expuesto se advierte que tanto la pensión de invalidez como la pensión de incapacidad regulada por el Decreto Legislativo 1133 se otorga al personal militar y policial que resulta inválido o incapacitado, esto es, el personal que es declarado con “invalidez permanente” debidamente comprobada o que es declarado con “incapacidad permanente” debidamente comprobada, con la diferencia de que, para otorgar una pensión de invalidez, la condición de “invalidez permanente” declarada proviene de un acto del servicio (en acción de armas, con ocasión o consecuencia del servicio y en cumplimiento de las funciones y deberes que le son propios o de órdenes de la superioridad); mientras que, para otorgar una pensión de incapacidad, la condición de “incapacidad permanente” declarada procede de una causa distinta al acto del servicio. Dicho de otro modo, NO proviene de un acto del servicio.
- Cabe precisar que, con respecto a la determinación de la condición de invalidez o incapacidad contemplada en el artículo 23 del Decreto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

Legislativo 1133, el Decreto Supremo 101-2021-EF, que aprueba las Normas Reglamentarias y Complementarias del Decreto Legislativo N° 133, publicado el 7 de mayo de 2021, en su artículo 9, numeral 1, inciso b), establece que, “En el caso de pase a la situación de retiro por las causales de invalidez o incapacidad para el servicio, adicionalmente, se adjunta el dictamen de comisión médica elaborado por la Sanidad respectiva que sustente la causal de pase a la situación de retiro”.

7. A su vez, el Decreto Supremo N° 009-2016-DE, que aprueba el Reglamento General para determinar la aptitud psicosomática para la permanencia en situación de actividad del personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, publicado el 24 de julio de 2016, aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, personal de oficiales, personal de supervisores, técnicos y suboficiales u oficiales de mar, personal de cadetes y alumnos de los centros de formación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y personal del servicio militar y reenganchado, en sus artículos 2°, 10°, 11° y 12° establece lo siguiente:

Artículo 2° - Objetivos

(...)

2.2. Objetivos Específicos

(...)

2.2.4. Establecer los procedimientos técnicos administrativos para la evaluación y determinación del grado de Aptitud Psicosomática del Personal Militar y Policial, para la aplicación de los derechos de pensión que otorgan el Decreto Ley N.º 19846, que unifica el Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional del Perú por servicios al Estado, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-DE-CCFA; y conforme al Decreto Legislativo 1133, que regula el Ordenamiento Definitivo del Régimen de Pensiones del Personal Militar y Policial.

Artículo 10° - Determinación de la Junta de Sanidad

La Junta de Sanidad de las respectivas instituciones deberán evaluar si la enfermedad tiene relación con el servicio, debiendo determinar en cuál de las siguientes condiciones se generó: “A Consecuencia directa del Servicio” o “Fuera del Servicio”, conforme a la normativa vigente.

Artículo 11° - Determinación del Consejo de Investigación Junta de Calificación Junta Permanente Técnico Legal

El Consejo de Investigación/Junta de Calificación/Junta Permanente Técnico Legal nombrado por las respectivas instituciones, de acuerdo a la normativa vigente, quienes definirá si la lesión tiene relación con el servicio, debiendo determinar en cuál de las siguientes condiciones se generó: “En Acción de Armas”, “En Acto del Servicio”; “A Consecuencia directa del Servicio”, “Con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

Ocasión del Servicio” o “Fuera del servicio”.

Artículo 12º. - Requisitos de orden médico legal y administrativo que deben tenerse en cuenta cuando se evalúa la condición de Inapto

Para efectos de determinar el origen de la enfermedad o lesión para el otorgamiento de los derechos y beneficios de carácter previsional, de acuerdo a las causales previstas en el artículo 10 del Reglamento del Decreto Ley N° 19846- Ley que unifica el Régimen de pensiones del personal militar y policial de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, por servicios al Estado, del Decreto Supremo N° 009-DE-CCFFAA y del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1133, concordante con el artículo 2 de la Ley N° 29643 - Ley que otorga protección al personal con discapacidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, los órganos administrativos correspondientes deberán tener en cuenta los siguientes criterios:

12.1 Que la enfermedad, lesión o sus secuelas, no hayan sido adquiridas como resultado de:

- Acto de negligencia atribuible a la persona.
- Acto intencional atribuible a la persona.
- Uso/Abuso/Dependencia al alcohol.
- Uso/Abuso/Dependencia a sustancias psicoactivas, y/o drogas prohibidas.
- Incumplimiento de prescripción médica, quirúrgica o administrativa, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 11º del Reglamento de la Ley N° 12633.

12.2 Que la enfermedad, lesión o sus secuelas, no sean resultado de proceso adquirido con anterioridad al ingreso a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, y que no fueron advertidas al realizarse el examen de Aptitud Psicosomática. Esta condición deja de ser exigible luego de transcurridos tres (03) años desde el otorgamiento del Despacho o Título respectivo para el caso de Oficiales y Suboficiales u Oficiales de Mar.

12.3 Que la enfermedad, lesión o sus secuelas, no sean resultado de disposición genética, malformación de órganos internos, alteraciones congénitas, enfermedades hereditarias, trastornos neurológicos o mentales, las que, por razón de su origen y difícil accesibilidad en las evaluaciones diagnósticas, no fueron advertidos al realizarse los exámenes de Aptitud Psicosomática al ingreso a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. Esta condición deja de ser exigible luego de transcurridos tres (03) años desde el otorgamiento del Despacho o Título respectivo para el caso de Oficiales y Suboficiales u Oficiales de Mar.

12.4 Que la enfermedad, lesión o sus secuelas, no sean resultado de trastorno que hubiere sido negado u ocultado.

8. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a la *pensión de invalidez*, en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 07171-2006-PA/TC, publicada el 28 de marzo de 2008, ha dejado sentado que en una situación ordinaria es el servidor militar o policial, presuntamente afectado de una causa de inaptitud psicofísica, quien debe someterse a las exigencias previstas en el ordenamiento legal para que pueda establecerse la relación de causalidad que necesariamente debe existir entre los servicios prestados por el servidor y la inaptitud



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

psicofísica generada. Solo de este modo se podrá determinar si la afección que padece el personal militar o policial se ha generado en un acto de servicio o es como consecuencia de dicho acto.

9. En el presente caso, el accionante con la finalidad de acceder a una pensión —de invalidez o de incapacidad— con arreglo a lo regulado por el Decreto Legislativo 1133, adjunta los documentos siguientes: (i) Informe N° 440-AA-11/5/b/6/15.08, de fecha 29 de noviembre de 2019³, en el que se da a conocer el estado de salud y alta del cabo SMV José Jhoel Gayoso Sánchez, indicándose como Fecha de Ingreso al HMC: 29 de setiembre de 2019; Fecha de alta del HMC: 29 de noviembre de 2019; Diagnóstico: Hernia Núcleo pulposo con radiculopatía derecha-operado; Recomendaciones: a) De orden médico: No debe continuar realizando actividades en la vida militar, Control por Consultorio Externo en MINSA-SIS de ser necesario; b) De orden administrativo: Acta de Junta Médica Institucional en trámite, Tipo de Labor: Ninguno para el Ejército, cualquiera en la vida civil; y (ii) Certificado de Discapacidad N° 00300457, de fecha 28 de mayo de 2021⁴, en el que se consigna lo siguiente: Diagnóstico de Daño: Lumbago no especificado; Diagnóstico Etiológico: Trastornos de disco lumbar y otros, con radiculopatía; Discapacidad: Moderada; Requerimiento de Productos de Apoyo: Ayudas técnicas, biomecánicas y personales: para terapia y mantenimiento médico esenciales; Porcentaje de restricción en la participación: 5.76 %.
10. Por otra parte, consta del Acta de Junta de Sanidad Institucional N° 2448-2019-COSALE, de fecha 20 de diciembre de 2019⁵, que los integrantes de la Junta de Sanidad Institucional tras realizar la categorización del grado de la aptitud psicosomática y condición de salud del paciente, cabo José Jhoel Gayoso Sánchez, consignan los siguientes resultados: Diagnóstico: Hernia núcleo pulposo con radiculopatía derecha operado; Etiología: Degenerativa; Pronóstico y Evolución: a) Pronóstico: malo para la vida militar, bueno para la vida civil, b) Evolución: Favorable; Secuela: Ninguna; Conclusiones: a) Grado de Aptitud Psicosomática: Inapto, b) Condición de Salud: ---; c) Magnitud de Discapacidad: ----, Grado de Dependencia: I; d) Clase de trabajo que pueda realizar: Ninguno en el Ejército-Primer AJMI: 7 mayo

³ F.3

⁴ FF. 6 y 7

⁵ F. 60



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00887-2023-PA/TC
LIMA
JOSÉ JHOEL GAYOSO SÁNCHEZ

2019; Guarniciones en la que pueda servir: Ninguno; Si la enfermedad tiene relación con el Servicio: Fuera del Servicio.

11. De la revisión de los autos se advierte que el accionante, que prestó servicio militar en el Ejército del 1 de enero de 2018 al 28 de febrero de 2020, no ha cumplido con acompañar la documentación que sustente el cumplimiento de los requisitos en los términos establecidos en el Decreto Supremo N° 009-2016-DE, que aprueba el Reglamento General para determinar la Aptitud Psicosomática para la permanencia en Situación de Actividad del Personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, publicado el 24 de julio de 2016, que le permita acceder a una pensión —de invalidez o de incapacidad— conforme a lo regulado por el Decreto Legislativo 1133.
12. En consecuencia, esta Sala del Tribunal Constitucional considera que el presente caso plantea una controversia que corresponde discernir en la vía ordinaria, por lo que queda expedita la vía para que el actor acuda al proceso a que hubiere lugar.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GUTIÉRREZ TICSE
MORALES SARA VIA
DOMÍNGUEZ HARO**

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO