



ACUERDO N° 90. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los cinco días del mes de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada por los **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, Expte. 4059/12, en trámite ante la mencionada Sala y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 7/13 vta. se presenta el Sr. Francisco Eduardo Araoz, mediante apoderado, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicita que se revoquen las Disposiciones N° 1122/11 y su ratificatoria N° 112/12 dictadas por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén y el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 2267/12 que convalida el actuar del órgano previsional.

Sostiene que los actos lesionan gravemente los derechos subjetivos públicos, adolecen de vicios graves y muy graves y son de notoria irrazonabilidad, al no ajustarse a los hechos materialmente verdaderos, en violación al principio de legalidad objetiva.

En definitiva, pretende que se condene al organismo a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez, conforme a los artículos 39, 40 y cc. de la Ley Provincial 611.

Relata que el 1 de enero de 1993 ingresó a trabajar como enfermero profesional al servicio del Ministerio de Salud de la Provincia de Neuquén, en perfectas condiciones de salud (Apto A).

Luego, dada su capacitación profesional (más de 20 años de antigüedad) fue enviado a prestar servicios en el



Hospital de la Villa El Chocón, con turnos rotativos, con un franco cada seis días.

Manifiesta que, por un control de rutina detecta que estaba infectado con el virus de la hepatitis B, de tipo crónico, por lo que inició tratamiento. A partir de ese diagnóstico sufre severos y profundos cambios en la psiquis debido al impacto de la grave noticia, así como otros síntomas.

Indica que el 8 de junio de 2009 -la ART- le otorga el alta médica, reincorporándose al servicio de la empleadora en fecha 1 de octubre de 2009. En esa fecha se determina por Salud Ocupacional que no puede retomar las tareas habituales, como tampoco tener contacto con pacientes, fluidos y/o secreciones que resultan habituales en su trabajo.

A partir del 1 de junio de 2011 es reubicado como "Auxiliar administrativo", por debajo de su entrenamiento profesional, generando desánimo y confusión ante la imposibilidad de adaptarse.

Señala que ni la empleadora ni la ART han realizado ninguna actividad para la recalificación profesional (incumpliendo con uno de los primordiales objetivos de la Ley 24557).

Asimismo, menciona que la situación descripta afecta notablemente su capacidad de ganancia por no tener ingresos por guardias pasivas, horas extras, guardias por derivación, etc. e incidirá negativamente en su haber jubilatorio.

Alude que el Instituto demandado sustentó el rechazo de la solicitud de jubilación por invalidez, en los dictámenes de la Junta Médica que fijaron un grado de incapacidad del 39,66% y, posteriormente, del 25,77%, porcentajes que, entiende, no se condicen con las afecciones invalidantes que sufre.



Reitera que el actual estado de invalidez psicofísica, total, permanente e irreversible se halla plenamente acreditado por la documental médica aportada a las actuaciones administrativas y la existente en su legajo médico laboral, antecedentes que consideran no fueron tenidos en cuenta o no valorados adecuadamente.

Cita doctrina y jurisprudencia que avala su postura. Brinda fundamentos de su pretensión. Ofrece prueba.

II.- A fs. 25/25 vta. se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 335/13.

La actora ejerció la opción por el proceso ordinario (fs. 27/28) y se confirió traslado de la demanda.

III.- A fs. 31 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 37/44 vta. obra la contestación de la demandada quien, luego de reconocer la existencia y validez de los actos impugnados y efectuar las negativas de rigor, expresa que no corresponde que se le otorgue al actor el beneficio peticionado.

Dice que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, debe cumplir con la Ley 611 y por ello no puede otorgar un beneficio a quien se encuentra fuera de los presupuestos fácticos previstos.

Señala que en esta rama de la seguridad social el problema técnico más importante y probablemente más espinoso es el de definir y evaluar la invalidez. A tal efecto se establece en la legislación argentina el baremo previsional a través de la Ley 24241 y su decreto reglamentario.

Afirma que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén utiliza, cuando realiza juntas médicas, un baremo de uso obligatorio para la legislación argentina y totalmente específico para este tipo de situaciones (Anexo del Decreto N° 748/98 reglamentario de la Ley 24241).



Refiere que desconoce los informes médicos, certificados y análisis presentados por el actor, realizados con posterioridad a las juntas médicas en que se fundan los actos administrativos impugnados.

Describe el método para asignar incapacidad, donde a cada afección se le fija el porcentual correspondiente, conforme la capacidad residual restante, en función de la valoración del deterioro de cada patología.

Plantea que, por aplicación del criterio expuesto, la Junta médica del ISSN determinó que la invalidez del actor era de naturaleza psicofísica, de carácter parcial y permanente y ascendía al 39,66%.

Ante la apelación deducida, la Comisión Médica Central de la Provincia estableció un grado de incapacidad del 25,77%, por lo cual no alcanza al 66% requerido por la Ley 611 para acceder al beneficio previsional.

Resalta que las juntas médicas han valorado la capacidad residual del accionante, según la documentación, estudios médicos y complementarios aportados hasta el momento de su realización estableciendo que la incapacidad padecida no alcanza el porcentual exigido por la Ley 611.

Indica que aún al aplicar los factores compensadores previsionales previstos en el baremo previsional nacional, no alcanza el porcentual del 66% que requiere la legislación para acceder al beneficio previsional.

Concluye que los actos administrativos que rechazan la pretensión -fundados en las juntas médicas- son legítimos y válidos, no siendo susceptibles de cuestionamiento o revocación.

Advierte que el Ministerio de Salud ha decidido que el actor retome el empleo bajo un régimen adecuado a su situación psico-física (reducción horaria y tareas adecuadas), considerando que se condice con el resultado de ambas juntas



médicas que afirman que es posible sustituir actividades por otras compatibles con sus aptitudes.

Transcribe el artículo 39° de la Ley 611 y expresa que la norma describe e impone dos presupuestos fácticos para viabilizar la procedencia del beneficio: porcentaje de incapacidad e imposibilidad de sustituir las tareas. Considera que el Sr. Araoz no acredita ninguna de las dos condiciones.

Aclara que la norma se refiere a la incapacidad física e intelectual en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales y no únicamente a la incapacidad para la tarea específica que venía desarrollando hasta la realización de la junta Médica efectuada por el Organismo Previsional.

Cita jurisprudencia. Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

V.- A fs. 46/46 vta. la parte actora responde el traslado conferido y solicita se abra la causa a prueba.

A fs. 47 se abre la causa a prueba. A fs. 186 se clausura el período probatorio y se ponen los autos para alegar.

A fs. 197/198 se agrega el alegato de la parte actora y a fs. 200/202 el correspondiente al organismo demandado.

VI.- A fs. 204/206 vta. se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia se haga lugar a la demanda impetrada.

VII.- A fs. 207, se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- La cuestión debatida en autos nos sitúa en el ámbito de la seguridad social (cfr. Ac. 27/12 "Aedo", 39/13 "Ortiz", 31/14 "Ramello", 49/14 "Bastias", 18/16 "Moscoso", entre muchos otros).

Esta rama supone un conjunto de normas que determinan los derechos de aquellas personas que sufren



"contingencias sociales", entre las que se encuentra prevista, la invalidez.

Puntualmente el retiro por invalidez es la prestación anticipada que se otorga al afiliado que no puede trabajar en razón de encontrarse incapacitado para el ejercicio de sus tareas, encontrándose en juego no sólo el derecho alimentario sino también el derecho a la vida e integridad física.

Todos los sistemas de protección social, incluyen el retiro por invalidez o bien un equivalente en su denominación.

Y, como correlato de ello, siguiendo esta línea en el ámbito provincial, la Ley 611 prevé la jubilación por invalidez en los artículos 39, 40 y ccdtes.

Así, el artículo 39° dispone que:

"Tendrán derecho a la jubilación por invalidez, cualesquiera fueren su edad y antigüedad en el servicio, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, siempre que la incapacidad se hubiera producido durante la relación de trabajo, salvo los supuestos previstos en el párrafo segundo y tercero del artículo 50. La invalidez que produzca en la capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más, se considera total.

La posibilidad de sustituir la actividad habitual del afiliado por otra compatible con sus aptitudes profesionales será razonablemente apreciada por el Instituto teniendo en cuenta su edad, su especialización en la actividad ejercitada, la jerarquía administrativa que hubiere alcanzado y las conclusiones del dictamen médico respecto del grado y naturaleza de la invalidez...

Incumbe a los interesados aportar los elementos de juicio tendientes a acreditar la incapacidad invocada y la



fecha en que la misma se produjo. Los dictámenes que emitan las Juntas Médicas y las autoridades sanitarias nacionales, provinciales y municipales, deberán ser fundados e indicar, en su caso, el porcentaje de incapacidad del afiliado, el carácter transitorio o permanente de la misma y la fecha en que dicha incapacidad se produjo.

Cuando estuviere acreditada la incapacidad a la fecha de la cesación en la actividad y el afiliado hubiera prestado servicios ininterrumpidamente durante los diez (10) años inmediatamente anteriores, se presume que aquélla se produjo durante la relación laboral...".

En autos, las partes discrepan sobre el grado de incapacidad atribuible al actor frente a la denegación del beneficio de jubilación efectuado por la demandada.

En consecuencia, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si el accionante se encuentra comprendido en la situación de hecho reglada por el artículo transcrito, es decir, si posee una disminución de su capacidad laborativa del 66% o más.

IX.- Por ello, en atención a las particularidades de estas actuaciones, el análisis de la cuestión debe partir de dos pautas interpretativas aplicables en la materia.

En primer lugar, la sentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación -postura compartida por este Tribunal en numerosos antecedentes similares entre ellos Ac. 31/14, 49/14 y recientemente Ac. 18/16-, en cuanto a que: "*las leyes de seguridad social deben ser interpretadas en forma amplia y que, la exigencia del 66%, configura una pauta de referencia para evaluar la aptitud laboral y la posibilidad de continuar en la actividad rentada, en la misma tarea o, en otras compatibles con sus actitudes personales* (Fallos: 317:70 y 323:2235) (CSJN, 26/02/2.008, "P., J.C. c/ORÍGENES A.F.J.P - Publicado en LL 14/04/2008, 11 - LL 06/05/2008,7)".



En segundo lugar, debe enfatizarse en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que *"...para decidir el grado de incapacidad a los efectos del otorgamiento de la jubilación por invalidez, la prueba pericial médica posee una eficacia decisiva para resolver el caso, no sólo por la naturaleza de la cuestión debatida (doc. art. 457 CPCC y art. 25 CCA) sino en la medida que también puede proporcionar una valoración concreta de la incapacidad con relación a la tarea específica, acorde con las normas aplicables, frente a la insuficiencia de fundamentación que exhiben los informes médicos en que se sustenta la denegación del beneficio"* (SCBA, B 49038 S 18-8-1987, Juez VIVANCO (SD) Carátula: "Maziotti, Juan Antonio c/Pcia. de Bs. As s/Demanda Contencioso Administrativa", Publicaciones: AyS 1987-III, 352).

Sobre estas líneas de interpretación del derecho previsional, entonces, se resolverá el caso.

X.- Para comenzar, corresponde considerar la pericia médica realizada.

A fs. 96/97 el perito designado en autos realiza un examen al actor.

Luego, manifiesta en el punto: *"Consideraciones médico-legales" que "No existe duda alguna que el actor es portador del virus de la hepatitis B, que es un paciente inhibido de desempeñarse en su tarea como enfermero por los riesgos hacia los pacientes y suyos al presentar depresión inmunológica (baja de sus defensas) ..."*.

Asimismo, detalla los siguientes porcentajes de incapacidad: por hepatitis "B" el 55% (cincuenta y cinco por ciento), por la patología vertebral un 20% (veinte por ciento) y un 10% (diez por ciento) por la depresión que padece, total 85% (ochenta y cinco por ciento).

Posteriormente, aclara que si aplica el método de la capacidad residual restante, los valores porcentuales



serían: $55\% + 9\% + 3,6\% = 67,6\%$ (sesenta y siete con seis por ciento). Concluye que la incapacidad del actor es considerada total.

El perito médico al contestar los puntos de pericia propuestos por las partes, señala que el grado de incapacidad que afecta a la actora no puede ser modificado en el estado actual de la ciencia médica.

En cuanto a la evolución desfavorable de las patologías expresa que: *"Existe una estabilidad clínica en cuanto a la hepatitis, hubo cambios en la patología vertebral"*.

Por último, concluye que el actor es enfermero profesional y ser portador del virus de la hepatitis "B" restringe totalmente el ejercicio específico de su profesión. Agrega que a su vez tiene limitaciones en cuanto a la patología óseo-articular en su columna vertebral que interfiere en la tarea que desempeña ante la necesidad del empleo de la fuerza física y referencia un cuadro depresivo leve como consecuencia de las limitaciones que le imprimen sus patologías.

Por consiguiente, reitera que el accionante posee una incapacidad del 85% (ochenta y cinco por ciento) en forma llana y si se aplicara el método de la capacidad residual restante es del 67,6% (sesenta y siete con seis por ciento).

La pericia fue impugnada por el organismo demandado (a fs. 108/110).

Cuestiona la "depresión inmunológica", considera que es escueto el perito al referenciar las patologías de columna vertebral lumbar y respecto del cuadro depresivo leve expresa que no medió comprobación diagnóstica.

Sostiene que el informe elaborado por el experto carece de validez técnica y solicita se subsanen las observaciones efectuadas y se haga uso del baremo 478/98 para evaluar las patologías del actor.



A fs. 112/112 vta. el perito responde la impugnación. Ratifica la pericia -basándose en la misma obra citada por el organismo demandado al impugnar- afirma que el diagnóstico de la patología viral es indiscutible y no merece otra consideración, el Sr. Araoz es portador del virus de la hepatitis "B" e insiste en la depresión inmunológica. Respecto de la patología de columna lumbrosacrasostiene que padece lumbalgia y protrusiones discales y resalta que en el examen del actor no solo se corroboró ese dolor, sino que expresó trastornos de la sensibilidad epicrítica y protopática y diferencia de los reflejos profundos respecto éstos del otro miembro homónimo, es decir existe participación de raíces nerviosas.

Por último, respecto a la depresión manifiesta que el paciente tiene varios certificados que avalan la misma.

XI.- Ahora bien, el pronunciamiento judicial debe ser el resultado de la confrontación del informe pericial con los antecedentes de hecho suministrados por las partes y con el resto de las pruebas producidas.

Por su parte, la valoración del dictamen pericial depende del razonable equilibrio entre dos principios: el desconocimiento técnico del juzgador y la sana crítica judicial. Pero así como el juez debe ser auxiliado por peritos sobre cuestiones técnicas no jurídicas, por otro lado no puede llegarse a convertir al magistrado en rehén de cualquier dictamen pericial que se le presente.

En atención a ello se afirma que, las respuestas brindadas por el experto y las conclusiones a las que arriba - en la pericia-, no se contraponen a la prueba rendida en autos (documental, instrumental y declaraciones testimoniales -de fs. 79/82 vta.-). Destacándose -principalmente- los estudios médicos, certificaciones, análisis de laboratorio y licencias (fs. 90/95, 139/141 y 143/160), como así también, la documentación enviada por la Directora del Hospital "El



Chocón" en sobre cerrado (copias certificadas de la historia médica y certificados médicos, en 313 fojas), que fueran reservadas y se tienen a la vista -ver fs. 171/172-.

Así, el dictamen médico de fs. 96/97 reúne los requisitos de pericia fundada, en cuanto enuncia los hechos del caso, determina el estado de salud de la accionante y expresa el razonamiento que fundamenta la opinión técnica a que llega (art. 475 y concordantes del CPC y C aplicable por remisión Ley 1305).

Y, en este sentido, las observaciones realizadas por la parte demandada en la impugnación de la pericia no logran conmover sus conclusiones.

En síntesis: la prueba rendida en autos es suficiente a los fines de acreditar la incapacidad del actor en el marco del artículo 39° de la Ley 611, por lo que propicio hacer lugar a la demanda.

En cuanto a las costas, en orden al principio objetivo de la derrota, serán soportadas por la parte demandada perdidosa (cfr. art. 68 del C.P.C.C., de aplicación supletoria en la materia). **MI VOTO.**

El señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: Adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que votara en primer término, por lo que voto en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1°) Hacer lugar a la demanda incoada por el Señor **Francisco Eduardo Araoz** y, en consecuencia, condenar al Instituto de Seguridad Social del Neuquén a otorgar el beneficio de jubilación por invalidez en el marco del art. 39°, ss. y conc. de la Ley 611.; 2°) Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1305); 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., apoderado de la actora, en la suma de pesos \$3.150,00 y al Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de pesos \$7.900,00;



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

al Perito Médico Dr. ..., en la suma de pesos \$4.500,00 (arts. 6, 9, 10 y ccdtes. de la Ley 1594); **4º**) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria