



**ACUERDO N° 65.** En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de agosto 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: **"ROSALES SILVIA NORA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. n° 4107/13**, en trámite ante la mencionada Sala y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: **I.-** A fs. 33/40 vta. se presenta la Sra. Silvia Nora Rosales, 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° 1952/10 y su ratificatoria N° 704/11 dictadas por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén y el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 090/13 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 a la accionada a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez, conforme a los artículos 39, 40 y cc.de la Ley Provincial 611.

Relata que, trabaja desde junio de 2004 en el ámbito del Consejo Provincial de Educación, como "Auxiliar de Servicios" cumpliendo tareas inherentes a su actividad laboral específica (maestranza, mantenimiento, higiene y funcionalidad del establecimiento escolar).



Manifiesta que, desde su ingreso (Apto "A") a la actualidad se ha instalado un paulatino pero progresivo desmejoramiento de su estado de salud (disminución de la agudeza visual de ambos ojos, asma bronquial crónica, flebopatía periférica ambos miembros inferiores, HTA, diabetes y severo trauma con limitación funcional de hombro (lesión del manguito rotador) y marcado deterioro de su columna vertebral (artrosis con relación a escoliosis lumbar izquierda Nivel L4-L5: hernia discal, L5-S1 protrusión discal global posterior, que reduce ambos recesos, L3-L4 abombamiento discal posterior, nódulo de Schmorl en plataforma superior de L3 e inferior de L2), que en los dos últimos años le ha impedido trabajar en condiciones de eficiencia, continuidad y salubridad.

Detalla que ha cumplido el proceso de largo tratamiento médico y las diversas juntas médicas llevadas a cabo en el ámbito de salud ocupacional convalidaron la licencia médica, hasta el 16 de marzo de 2012, fecha en que debió retomar el empleo al sólo efecto de preservar los ingresos, encontrándose con cambio de funciones en el sector de Biblioteca.

Dice que su incapacidad psicofísica se produjo durante la relación laboral y es de carácter absoluta, permanente e irreversible, afectándose la posibilidad de "Competencia igualitaria", tornándose inexistente el concepto de "plasticidad profesional" empleado como uno de los parámetros destinados a ponderar la capacidad de reinserción en el mercado laboral.

Alude que el Instituto demandado sustentó el rechazo de la solicitud de jubilación, en los dictámenes de la Junta Médica que fijaron un grado de incapacidad del 35,20% y posteriormente del 40,88%, porcentajes que, entiende, no se condicen con las afecciones invalidantes que sufre.

Sostiene que su incapacidad fue incorrectamente valorada en sede administrativa. Cita doctrina y



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

**II.-** A fs. 24 se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 344/13.

La actora ejerció la opción por el proceso ordinario (fs. 25) y se confirió traslado de la demanda.

**III.-** A fs. 28 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

**IV.-** A fs. 33/40 vta. obra la contestación de la demandada quien, luego de efectuar las negativas de rigor, expresa que no corresponde que se le otorgue a la actora 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. En el caso, la actora no padece la incapacidad que la norma exige (superior al 66%) conforme el baremo previsional de la Ley 24.241 y su decreto reglamentario.

Alude al concepto de invalidez como contingencia de la seguridad social.

Refiere que la accionante presenta documentación que ya fue desconocida por su parte y valora sus incapacidades con metodologías y baremos improcedentes desde el punto de vista previsional.

Explica que, cuando se realizan las juntas médicas, se utiliza un baremo obligatorio para la legislación argentina y específico para este tipo de situaciones.

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 determinó que la invalidez de la actora era de



naturaleza psicofísica, de carácter parcial y permanente, ascendía a un 35,20%.

Manifiesta que, ante la apelación deducida, la Comisión Médica Central de la Provincia determinó que la incapacidad era de un 44,88%, 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 de la accionante, según la documentación, estudios médicos y complementarios aportados hasta el momento de su realización. Asimismo, indica que aún al aplicar los factores compensadores previsionales previstos en el baremo previsional nacional, no alcanza el 66% que requiere la legislación para acceder al beneficio previsional.

Manifiesta que la Sra. Rosales no acredita los dos presupuestos fácticos que impone el art. 39° de la Ley 611 para acceder al beneficio (porcentaje de incapacidad e imposibilidad de sustituir las tareas) y sostiene que es la empleadora -Consejo Provincial de Educación- a quien le corresponde sustituir las actividades por otras acordes con su aptitud física.

Afirma que, nunca un trabajador podría sustituir tareas y considera que la actora podría ser útil en muchos ámbitos relacionados con el organismo educacional, sin necesidad de desempeñarse en las tareas que originalmente efectuaba.

Brinda los fundamentos que avalan los actos administrativos que rechazan la pretensión de la accionante, siendo legítimos y válidos.

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

**V.-** A fs. 42/42 vta. la parte actora responde el traslado conferido y solicita se abra la causa a prueba.



A fs. 43 se abre la causa a prueba. A fs. 350 se clausura el período probatorio y se ponen los autos para alegar.

A fs. 361/362 se agrega el alegato de la parte actora y a fs. 364/365 vta. el correspondiente al organismo demandado.

**VI.-** A fs. 367/369 se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia se haga lugar a la demanda impetrada.

**VII.-** A fs. 370, 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 a la actora frente a la denegación del beneficio de jubilación efectuado por la demandada.*

*En consecuencia, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si la accionante se encuentra comprendida en la situación de hecho reglada por el artículo*



trascripto, 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. 264/266 el perito designado en autos, luego de identificar a la actora y realizar un interrogatorio clínico (anamnesis) realiza un examen físico, describe los exámenes complementarios agregados (dictámenes de las juntas médicas del ISSN, de salud ocupacional, análisis, radiografías y adjunta fotos).

Luego, manifiesta en el punto: "Consideraciones médico-legales" que *"La actora presenta múltiples patologías invalidantes que le impiden realizar sus tareas habituales e incluso algunas actividades propias de la vida cotidiana"*.

El perito calcula la incapacidad con las pautas del Decreto N° 478/98 y concluye que la incapacidad total es del 68,81%.

Detalla los porcentajes de cada patología: "Flebopatía periférica estadio II-III: 25%; Hipertensión arterial estadio II (20% de 75%): 15%; Limitación funcional hombro der (17% de 60%): 10,20%; Asma bronquial estadio II (15% de 49,8%): 7,47%; Limitación funcional columna lumbar (11% de 42,33%): 4,66%; Diabetes tipo II (10% de 37,67%): 3,77% y Limitación funcional rodilla der. (8% de 33,9%): 2,71%".

Finalmente, contesta los puntos de pericia indicados por las partes.

Allí indicó que: *"La actora presenta todas las afecciones denunciadas y en forma agravada por el paso del tiempo. Considera que la actora no puede realizar ninguna tarea y reitera que la incapacidad se calculó en 68,81% siendo permanente y definitiva"*.

Por otro lado, en cuanto a los puntos propuestos por la parte demandada aclaró que: *"En la oportunidad de la junta médica previsional no llegaba al porcentaje necesario para jubilarse. En el momento de las juntas mencionadas la*





*incapacidad era del 40,88%. Afirma que la incapacidad por las características de la patología es progresiva, la evolución fue absolutamente desfavorable y el estado actual (incapacidad de 68,81%) no es reversible".*

La pericia fue impugnada por la demandada fuera de término, por lo que se ordenó la devolución del escrito. No obstante, en los alegatos consideró llamativo que la perito otorgue un 7,47% de los 68,81% en el ítem "Asma bronquial estadio II" atento "que científicamente se encuentra comprobado que el estado de "asma bronquial", es un aspecto simplemente psicológico". Asimismo señala que la perito "omitió describir o mencionar específicamente cuales son las tareas que la actora no puede realizar y si era posible que cumpliera tareas remuneradas acordes a su condición psicofísica y nivel educacional. Es decir que la actora puede sustituir sus tareas habituales por otra/s compatibles con las aptitudes de la misma".

Destaca lo dispuesto por Disposición del Director de Recursos Humanos del Consejo Provincial de Educación N° 524/13, que ordena la adecuación de tareas en forma definitiva.

**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 alejan del análisis de la situación psicofísica realizado en sede administrativa mediante las llamadas "Juntas Médicas", sumado a los estudios médicos, certificaciones, análisis de laboratorio y licencias obrantes en autos (véase fs. 70/157, 201/251, 285/315) patologías que coinciden con las analizadas en las juntas médicas realizadas por el organismo demandado las que, por otro lado, el perito asegura que son de tipo progresivo, con estado de evolución desfavorable y que producen una incapacidad permanente y definitiva.

Así, el dictamen médico de fs. 264/266 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 actora en el alegato no logran conmovier sus conclusiones.

Por lo demás, corresponde considerar que la prueba rendida en autos no se contrapone con el dictamen pericial siendo, tanto la documental adjunta como la instrumental producida que se refuerza con las declaraciones testimoniales (de fs. 63/64), suficiente para demostrar la incapacidad invocada.

En síntesis: la prueba rendida en autos acredita la incapacidad de la actora 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:** **1º)** Hacer lugar a la demanda incoada por la Señora Silvia Nora Rosales contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén; **2º)** Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1.305); **3º)** 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; al Perito Médico Dr. ..., en la suma de pesos \$4.500,00 (arts. 6, 9, 10 y ccetes. 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