



ACUERDO N° 29. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los nueve días del mes de febrero de dos mil diecisiete, 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 titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez** para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **EXPTE. N° 5056/14**, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 8/12 se presenta el Sr. Oscar Alfredo Amarillo, por apoderado y con patrocinio letrado e inicia acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén a fin de que se condene a la accionada a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez legislado en los arts. 39°, 40°, siguientes y ccdtes. de la Ley provincial N° 611.

Solicita que se revoquen la Disposición N° 865/2012 y la Resolución N° 104/2013, ambas dictadas por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén. También pide la nulidad del Decreto N° 2134/14. Sostiene que los actos padecen de los vicios "muy graves" y "graves". Afirman que violentan los arts. 14°, 14° bis 3° párrafo, 16°, 17°, 18°, 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, arts. 1°, 12°, 24°, 26°, 51° y 54° inc. c) de la Constitución Provincial y la legalidad y supremacía de los preceptos constitucionales (arts. 28° y 31° de la Constitución Nacional) lo que torna al acto arbitrario e insanablemente nulo.

Manifiesta que se desempeña hace más de veintitrés (23) años en el ámbito del Consejo Provincial de Educación como profesor de Educación Física, haciéndolo actualmente como docente titular en la Escuela N° 280 e interino en el CEF N° 1, ambos de la Ciudad de Neuquén.



Indica que al momento de ingresar -como Apto "A"- el 15 de marzo de 1989, hasta la actualidad, ha sufrido un paulatino pero progresivo desmejoramiento de su estado de salud, que al menos en los últimos diez años le ha impedido trabajar en condiciones de eficiencia, continuidad y salubridad.

Relata el proceso de largo tratamiento médico vivido y las afecciones que padece lo condicionaron a continuar bajo licencias médicas.

Sostiene que la minusvalía invocada afecta su posibilidad cierta de "competencias igualitarias", que se refleja en el cambio de funciones y reducción horaria.

Indica que su incapacidad se produjo durante su relación laboral, debiéndose tener en cuenta el concepto de "capacidad general ganancia". En otras palabras, expresa que debiera ser considerado un "todo orgánico - funcional - social".

Asimismo, indica que se torna virtualmente inexistente el concepto de "plasticidad profesional".

Refiere que solicitó ante el Instituto demandado la Jubilación por Invalidez, beneficio que fue denegado. Las juntas médicas dictaminaron una incapacidad inferior al 66% (24,06 y 36,12%, respectivamente), considera que los porcentajes no se condicen con las múltiples afecciones invalidantes que sufre.

Destaca que la acción se halla justificada atento que las resoluciones denegatorias que se cuestionan se fundan en erróneos dictámenes médicos efectuados en las instancias administrativas previas.

Alega que los dictámenes no reflejan la situación legal y el grave estado de deterioro de la salud psicofísica del actor, apartándose de la verdad real y con graves defectos de fundamentación científica, por lo que deben considerarse insanablemente nulos.



Por último, ofrece prueba y peticiona que se condene a la demandada a otorgar el beneficio de jubilación por invalidez, con costas.

II.- A fs. 29/29 vta. se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 77/15.

Habiendo ejercido -la parte actora- la opción por el proceso ordinario (fs. 30/31), se confiere traslado de la demanda.

III.- A fs. 35 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 43/50 vta. obra la contestación de la demandada quien solicita que se rechace la demanda con costas.

Luego de reconocer la existencia de los actos administrativos impugnados, realiza las negativas de rigor.

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.

Expresa que la Junta médica del ISSN concluyó que la incapacidad del actor es de naturaleza psicofísica de carácter parcial y permanente, que asciende al 24,06% y la Comisión Médica Central de la Provincia determinó que la incapacidad era de un 36,12%, por lo cual no alcanza el 66% requerido por la Ley 611.

Destaca que las Juntas en cuestión valoraron la capacidad residual del accionante, en consecuencia los actos administrativos que rechazan la pretensión son legítimos y válidos.

Asimismo indica que si bien al ISSN no le corresponde expedirse sobre la adecuación de tareas, observa que de la valoración de los dictámenes de las juntas médicas y del relato del propio actor, las dolencias físicas que lo aquejan no lo inhiben de efectuar otros tipos de tareas, resultando a todas luces factible su reinserción en otro



puesto de trabajo, que el área específica del Consejo de Educación deberá determinar.

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

V.- A fs. 52/53 la parte actora contesta traslado y solicita la apertura a prueba.

VI.- A fs. 54 se abre la causa a prueba. A fs. 203 se clausura el período probatorio y se ponen los autos a disposición de las partes para alegar.

Ambas partes presentan alegatos. A fs. 211/212 se agrega alegato de la parte actora y a fs. 213/215 el correspondiente a la demandada.

VII.- A fs. 218/220 vta. se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia el rechazo de la demanda entablada.

VIII.- A fs. 221, 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.

IX.- 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.

La cuestión a resolver se circunscribe a determinar si el accionante se encuentra comprendido en la situación de hecho reglada por los artículos 39, 40 y ccdtes. de la Ley 611. Es decir, si posee una disminución de su capacidad laborativa del 66% o más y, si tal extremo fue acreditado por su parte en sede administrativa.

Por consiguiente, conforme 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 entre ellos Ac. 72/11 y 39/12-, 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)".

Y, 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 esta línea de interpretación del derecho previsional y, sobre la base de las constancias probatorias, ha de delinearse la resolución del caso.

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

A fs. 104/105 vta. el perito designado en autos identifica al actor, realiza un interrogatorio clínico, un examen físico y detalla los exámenes complementarios. Luego, concluye que *"El actor es profesor de educación física tiene una patología degenerativa y fluctuante, esto le impide desarrollar sus tareas docentes y se siente deprimido al verse menoscabado"*. Estima la incapacidad según las pautas del Decreto 478/98 y detalla: Neurosis depresiva GIII: 30,00%;



limitación funcional hombro derecho (12% de 70%): 8,40%;
limitación funcional hombro izquierdo (5% de 61,6%): 3,08%;
Limitación funcional col. lumbar (5% de 58,52%): 2,92%;
Limitación funcional muñeca der. (4% de 55,6%): 2,22%;
Limitación Funcional Tob. der. (4% de 53,38%): 2,13%;
Limitación Funcional Tob. izq.(4% de 51,25%): 2,05%. Subtotal:
50,80%. Agrega los factores complementarios (edad -55 años (5%
de 50,80%): 2,54% más nivel de educación univ. (2,5% de
50,80%): 1,27%): 3,81%, por lo que **el grado de incapacidad
asciende a 54,61%**.

Responde los puntos de pericias de ambas partes.

Frente a los puntos de pericia de la parte actora manifiesta que las afecciones fueron descriptas en la pericia. Sostiene que el actor no puede cumplir con sus tareas específicas. Afirma que presenta una "neurosis depresiva" y "la incapacidad de cálculo en 54,61%".

Respecto de los puntos de pericia de la parte demandada destaca que "la incapacidad se calculó utilizando el baremo del decreto 478/98 en 54.61%". Manifiesta que en el momento de la evaluación por el ISSN fue de 36,12%, con evolución desfavorable y que el actor ha cumplido los tratamientos.

A fs. 174 la parte demandada manifiesta no tener objeciones que formular a la pericia, no obstante, a fs. 175/175 vta. la parte actora solicita explicaciones sobre el informe pericial -reservándose el derecho a impugnar-.

Concretamente, manifiesta que omite el perito dictaminar el porcentaje incapacitante respecto de la rodilla izquierda y solicita que detalle el porcentaje de incapacidad correspondiente y se establezca nuevamente el definitivo.

En segundo término, solicita explique si se está frente a una incapacidad de orden permanente, total y definitivo para desarrollar sus tareas habituales, y explique si puede, según su formación profesional, desarrollarlas o



bien, que tareas podría hacer el actor con relación a su incapacidad y finalmente solicita al perito que especifique el alcance sobre la evolución desfavorable.

A fs. 178/178 vta. el perito ratifica en todos sus términos la pericia presentada.

Asimismo responde que: *"En el momento del examen pericial la movilidad de la rodilla es completa flexión 150°, extensión 0°. El dolor en la planta de los pies no tiene relación con la rodilla"*. Reitera que el actor presenta una incapacidad permanente y definitiva para sus tareas como profesor de educación física, pero dentro de la educación puede desarrollar otras tareas docentes y/o directivas. Por último responde que *"La evolución fue desfavorable porque aparecieron nuevas artropatías y se agravaron los cuadros, aumentando el porcentaje de incapacidad. El cuadro en sí mismo y la migración de los signos y síntomas es poco común y desconcertante pero no alcanza el 66% que requiere la ley"*.

Posteriormente, a fs. 182/184 la parte actora impugna la pericia, solicita se decrete la nulidad y se requiera la elaboración de una nueva pericia.

El actor sostiene que el informe pericial presenta graves omisiones y errores conceptuales que lo tornan inhábil para cumplir con su misión: evacuar adecuadamente el requerimiento técnico de las partes y asesorar científica, objetiva e imparcialmente al tribunal.

Señala una notoria discordancia entre los hallazgos psicofísicos del examen pericial y las conclusiones a las que arribara el perito médico. Asimismo, dice que el informe evidencia una infravaloración respecto del grado de incapacidad psicofísico del actor, a partir de una errónea ponderación de los elementos de juicio médico presentes y de la utilización de criterios de tarifación impropios.

A fs. 188/188 vta. el perito responde la impugnación. Manifiesta que advierte que se configura una mera



disconformidad con el informe médico pericial confeccionado en autos, sin contar con el aval de un especialista médico que realmente lo asesore técnicamente. Afirma que el cuestionamiento de la pericia resulta un pedido de aclaraciones y no una indicación de cómo, cuál o cuáles deberían ser los aspectos médicos científicos que quitan eficacia a la pericia presentada.

Reitera respecto de la readecuación de tareas que el actor puede desempeñar otras tareas docentes y/o directivas.

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, sin perjuicio de considerar el pedido de explicaciones y la impugnación realizadas por la parte actora a la pericia médica, la respuesta brindada por el experto, quien reafirma las conclusiones a las que arriba en la pericia y reitera que la actora no alcanza el porcentaje de incapacidad del 66% requerido por la Ley para jubilarse no se alejan del análisis de la situación psicofísica realizado en sede administrativa mediante las llamadas "Juntas Médicas", más allá de los diferentes porcentajes, ninguno de los informes médicos otorga el porcentaje de incapacidad establecido en la ley para acceder al beneficio solicitado.



Atento la dinámica de los diferentes estados de salud, la evolución que estos pueden sufrir y así variar el grado de incapacidad, no puede afectar principio alguno. Más aún cuando la evolución de la capacidad podría revertir incluso un beneficio ya otorgado, frente al carácter provisional del mismo (cfr. art. 42° Ley 611).

Por otro lado no se advierte arbitrariedad en la elaboración de los informes de las distintas juntas médicas (adjuntas -en copia certificada- a fs. 54, 61/66 del expediente administrativo N° 4469-096065/5 y fs. 85/90 y 112 de las presentes actuaciones).

Así, el dictamen médico 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), lo que posteriormente ratifica al contestar el pedido de explicaciones y la impugnación.

De modo que, los dictámenes no pueden ser dejados de lado ligeramente, ya que la ley no autoriza a los magistrados a determinarse de un modo puramente discrecional ni según su libre convicción, pues el pronunciamiento ha de ser el resultado de un examen crítico del dictamen en comparación con los antecedentes de hecho suministrados por las partes y con el resto de las pruebas rendidas.

En este sentido, las impugnaciones y observaciones de la parte actora, no logran conmover las conclusiones a las que arriba el perito médico.

Así, tanto la documental adjunta como la instrumental producida resultan insuficientes para acreditar la incapacidad invocada por el actor, lo que impide acoger la demanda.

Coadyuva a ello, la circunstancia invocada por la demandada y resaltada al contestar el pedido de explicaciones



-a fs. 178-, en tanto que "dentro de la educación puede desarrollar otras tareas docentes y/o directivas" situación que se refleja en los informes del Consejo Provincial de Educación de fs. 142/143 que afirman sobre el cambio de funciones del actor que "A partir del cambio de funciones realizó distintas tareas según las necesidades que la escuela así lo requería (Administrativas en la biblioteca y llevar y traer documentación del Distrito VIII). Su desempeño ha sido excelente, ya que nuestra institución es grande y solo cuenta con una secretaria). Se destaca en él la buena predisposición y responsabilidad, a pesar de las licencias que solicitó para estar al cuidado de su esposa". Lo transcripto en el informe surge también de las testimoniales de fs. 195/199vta. Respecto de las licencias, se observa que las mismas se registran hasta el 05/09/2013 (ver fs. 143).

En síntesis: la prueba rendida en autos no es suficiente para acreditar la incapacidad del actor en el marco del artículo 39° de la Ley 611, por lo que propicio el rechazo de la demanda.

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

El señor Vocal **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1°) RECHAZAR la demanda incoada por el señor **oscar amarillo** contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN. 2°) Imponer las costas a la parte actora perdedora (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1.305). 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., apoderado de la actora, la suma de \$2.205,00 y al Dr. ..., patrocinante de la actora,



la suma de \$5.530,00; y por la demandada, al Dr. ..., en el doble carácter, la suma de \$7.065,00 y a la Dra. ..., patrocinante, la suma de \$3.925,00; al Perito Médico Dr. ..., la suma de \$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. BERMUDEZ - Secretaria