

Expte. N° 13-05064301-2 “Bertello Daniel c/  
Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Ac-  
ción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- El actor, invocando la denegatoria tácita, ac-  
ciona contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza y solicita que V.E. dispon-  
ga el pago de la indemnización dispuesta por el art. 49 de la ley 5811 con más los  
intereses legales desde la fecha de aceptación de la baja.

Sostiene que la administración en el procedi-  
miento administrativo ha violado el principio pro homine, el de plazo razonable y  
el de buena administración y destaca que es una persona en situación de vulnera-  
bilidad y sujeto de especial protección.

Expresa que comenzó a trabajar en el Ministe-  
rio de Salud asumiendo cada vez mayores responsabilidades y que conservó su  
empleo hasta el 01 de agosto de 2019, en que solicita la baja en su cargo de plan-  
ta permanente del Area Departamental de San Carlos, por haber iniciado el trámi-  
te de Retiro Transitorio por Invalidez en la Anses.

Resalta que al momento de ingreso a la admi-  
nistración pública se encontraba apta para las tareas, no presentando ningún tipo  
de dolencia.

Relata que su actividad profesional se desem-  
peñó sin ningún inconveniente hasta el 22 de julio de 2019 que la Comisión Mé-  
dica N° 4 dictamina que posee un 71,33 % de incapacidad laborativa, iniciando  
por ello los trámites de jubilación por invalidez ante Anses, la cual ya ha sido  
otorgada.

Sostiene que inicia reclamo el 12 de agosto de  
2019 en el cual solicita el pago de la indemnización prevista por el art. 49 de la  
Ley N° 5811, dando lugar al inicio del expediente N° EX2019-4216233-SEGE-  
MSDSYD, carat. “Solicita indemnización art. 49 Ley 5811, Bertello Daniel”,  
acompañando informe de la Comisión Médica N° 4 de fecha 22/07/2019, del

cual surge que tiene una incapacidad laborativa de 71,33 %.

Refiere que el día 08/08/2019 presenta escrito a la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social, solicitando la conformación de una Junta Médica destinada a evaluar su salud, quien dictamina que al momento actual el actor padece una incapacidad absoluta y permanente a los fines del art. 49 de la Ley N° 5811.

Manifiesta que el expediente ha permanecido 116 días en la misma oficina, sin realizar el Gobierno los actos conducentes a fin de reconocer su derecho.

Señala que debió percibir su indemnización en agosto de 2019, fecha de baja de la Administración y ese peregrinar generó un empobrecimiento, producto de la pérdida del poder adquisitivo de la indemnización debida.

Resalta que a la fecha de incapacidad no tenía edad para acogerse al beneficio jubilatorio, ya que tenía 62 años de edad y solicita se lo exima de registrar la deuda.

II- En el responde de fs. 40/41, la Provincia de Mendoza accionada reconoce como hechos jurídicamente relevantes, entre otros, que el actor ingresó al Ministerio de Salud el 07 de diciembre de 1987; que en fecha 04/01/2019 inició trámite de retiro por invalidez ante la Comisión Médica N° 4 dependiente de la SRT; que mediante EX2019-4216233-SEGE#MSDSYD solicitó la indemnización del art. 49 ley 5811; que en fecha 22/07/2019 la Comisión Médica N° 4 emite dictamen en el que dictamina que el Sr. Bertello presenta un porcentaje del 71,33% y el 12 de septiembre de 2019 el Cuerpo Médico de la SSTSS dictamina que las patologías del actor revisten grado de “INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE a los fines del art. 49 de la Ley 5811”.

III- Fiscalía de Estado en su presentación de fs. 46/50 y vta., manifiesta que no tiene conocimiento directo de los hechos invocados por la actora, los que han tenido lugar en el seno del Ministerio de Salud de la Provincia, no obstante con el propósito de no dejar indefensos los intereses de la provincia, contesta en expectativa, quedando en relación a los hechos, a lo que resulte de la prueba a rendirse en la etapa procesal oportuna.

IV- Analizadas las actuaciones, se observa que el actor interpone acción procesal administrativa a fin de que se haga lugar al reclamo formulado de reconocimiento y pago de indemnización prevista en el art. 49 de la Ley N° 5811.

V.E. en numerosos precedentes ha ido delineando los requisitos necesarios para acceder al beneficio especial del art. 49 de la Ley N° 5811 *in re "Lombardo"* (sentencia del 8-8-1997, registrada en LS: 273-209, vid causas: "*Pozo, Raquel*" del 7-5-2008, LS: 388-183, en Información Legal Online: AR/JUR/1799/2008; y "*Figuro, Miguel*" del 19-5-2008, LS: 389-47; "*Di Bernardo, Leonardo Roberto*", sentencia del 24-11-2016; (Sala II, sentencia del 26-11-2009 en la causa n° 92.009 "*Pizarro, Carlos*", LS: 407-235; (Sala II, sentencia del 21-8-2008 en la causa n° 85.799 "*Manzano, Miguel*", LS: 391-2019, en Información Legal Online: 70050846; ver asimismo Sala I, sentencia del 11-4-2006 en la causa n° 68.707 "*Peralta Pizarro, Orlando Avelino*", LS: 364-104); (Sala I, caso "*Barrera*", del 10-9-2014, LS: 469-137); (Sala II, sentencia del 1-7-2016 en autos N° 108.081, "*Silva de Toledo, Irma Zulema*"); (Sala I, sentencia del 17-9-2012, *in re* n° 96.845, "*Albarracín, Carolina C.*", LS: 442-238); (Sala II, sentencia del 19-12-2012, *in re* "*Firka, Juan*", LS: 447-245; y 407-235, *a contrario sensu*); (Sala I, autos n° 13-02155885-5, "*Ruggeri, Eduardo Armando*", sentencia del 24-5-2016), (sentencia del 14-11-2000, *in re* n° 65505, "*Cabrillana, Lucia*", LS: 298-192; "*Torres, Diego S*", 30-12-2002, LS: 317-55, en Información Legal Online: 30011385; autos "*Suárez vda. de Brizuela, María S. y ot.*", 15-9-2003, LS: 328-126, Información Legal Online: AR/JUR/5843/2003), señalando como recaudos, en lo que aquí interesa:

- que el agente se encuentre en un estado de incapacidad absoluta y permanente y que tal situación traiga como consecuencia la pérdida del empleo; que para acceder a la indemnización no es necesario que el agente haya concluido el periodo de reserva; que se haya dictado el correspondiente acto de cesación de funciones; y que, en tales circunstancias, no incide para el otorgamiento o no de la indemnización legal el hecho de que el agente haya obtenido el retiro por invalidez o la jubilación ordinaria.

-que el interesado debe probar acabadamente que su incapacidad total se produjo mientras era dependiente de la administración - que los caracteres de absoluta y permanente -establecidos en el art. 49, Ley 5811- no implican que la incapacidad deba ser del 100% sino que basta que la invalidez conlleve una incapacidad laboral igual o superior al 66%, ya que la indemnización no repara la minusvalía sino la marginación del mercado laboral - que para tal determinación resulta indistinto la intervención de la Junta Médica de la SS.T.yS.S. de la Provincia o la Comisión Médica N° 4 dependiente de la S.R.T. de la Nación pues ello dependerá de las circunstancias que conduzcan al agente a solicitar la intervención de una u otra comisión o junta - que ante la irregular e innecesaria demora de la administración en resolver la petición del reclamante, la incapacidad absoluta y permanente invocada se puede acreditar mediante una pericia médica rendida en la causa judicial - que la causa de la separación del ex agente de sus funciones debe obedecer a tal situación de inferioridad o debilidad por lo que no corresponde reconocer la indemnización cuando la renuncia del agente se produjo con la evidente finalidad de evitar un sumario administrativo en curso (Sala I, LS: 295-384, en Información Legal cita Online: 70008262), o en la voluntad cierta de interrumpir el curso del jurado de enjuiciamiento que se le seguía para promover su destitución como magistrado (Sala I, LS: 350-212, en Información Legal Online: 35002260), o cuando fue dado de baja sólo en razón de haberse obtenido el beneficio –o prestación previsional- de la jubilación ordinaria

- y que -como el hecho de no haber agotado los plazos máximos de licencias pagas por razones de salud y el período de reserva en el empleo no constituye óbice para la procedencia de la indemnización-, resulta arbitraria y con desviación de poder la negativa de la administración empleadora a otorgar la baja por invalidez del agente que ha dejado de prestar servicios, solicitada cuando aún no se alcanza la edad necesaria para jubilarse ordinariamente, y acompañando el dictamen de la comisión médica que acredita el suficiente grado de invalidez

- que el reclamo indemnizatorio debe ser ejercitado dentro del plazo de prescripción bienal que fija el art. 38 bis del Decreto Ley n° 560/73 (s/ Ley 6502), el cual comienza a correr desde el momento de la baja.

VI- i- De las constancias del expediente surgen acreditados los extremos fácticos invocados por el actor. Esto es, la incapacidad laboral del quejoso certificada por la Comisión Médica N° 04 de la SRT, en fecha 22/07/2019, quien le otorga un porcentaje del 71,33% con diagnóstico de incapacidad funcional columna vertebral (22,92%), incapacidad funcional de miembro superior derecho (13,10%), incapacidad funcional de miembro inferior izquierdo (7,10%), incapacidad funcional de miembro inferior derecho (9,21%) flebopatía periférica estadio II (4,77%), hipertensión arterial estadio II(4,29%), Neurosis depresiva I-II (1,93%), incapacidad funcional de aparato auditivo (0,08 %) (cfr. fs. 2/4 de autos).

Tal circunstancia, se corrobora con el dictamen del Cuerpo Médico de la STSS, Sección Riesgos Laborales quien dictamina que el actor padece una INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE a los fines del art. 49 de la Ley N° 5811 (cfr. fs. 9 de autos).

Asimismo, resulta relevante tener en cuenta que al momento del Dictamen de la Comisión Médica n° 4, se dejó constancia que el Sr. Daniel Bertello tenía 62 años de edad (circunstancia que coincide con los datos personales obrantes en copia del legajo del actor de fs. 91 de autos), por lo que la pérdida del trabajo se originó dentro del tiempo de prestación de servicios como empleado y fue la causal que ocasionó su retiro anticipado.

En efecto a fs. 94/95 de autos obra Resolución N° 002763 de la Sra. Ministra de Salud, Desarrollo Social y Deportes de fecha 02 de septiembre de 2019 que dispuso tener por aceptada la renuncia a partir del 01 de agosto de 2019 presentada por el agente para acceder al Beneficio de Retiro Transitorio por Invalidez, según lo establecido por el art. 48 inc. a) de la Ley N° 24.241 (cfr. fs. 94/95 de autos).

Consecuente con lo anterior y de conformidad con las cuestiones de hecho que se tienen por acreditadas, se impone hacer lugar a la indemnización prevista por el artículo 49 de la Ley 5811, en favor del actor.

ii- En cuanto a la pretensión del actor de que se lo exima del orden de priorización de registración de deuda establecido por la Ley Provincial N° 6754, se señala que conforme lo establecido por el art. 54

de la Ley 8706 modificado por el art. 18 de la Ley 8968, expresamente se exime del seguimiento del estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación de la sentencia o liquidación, los supuestos de personas jubiladas o pensionadas, como el caso del Sr. Daniel Bertello que obtuvo su jubilación por invalidez, por expresa disposición legal, dando prioridad a su crédito.

En sentido similar V.E. en autos N° 95121, carat. “Ceballos, Juan Carlos c/ Gobierno de Mendoza s/ A.P.A.” con fecha 11 de abril de 2011 ha resuelto, atento al delicado estado de salud y a fines de evitar el agravamiento de la situación de emergencia del actor, eximirlo del orden de priorización existente en el registro del pago de juicios a cargo del Estado Provincial, ordenando el pronto pago de su crédito en las actuaciones.

Teniendo en cuenta la normativa y la jurisprudencia citada, V.E. deberá merituar si adopta en la especie, en función de las circunstancias particulares del actor, igual temperamento que lo resuelto en el precedente señalado.

Por lo expuesto, este Ministerio Público entiende que corresponde que V.E. haga lugar a la demanda.

Despacho, 20 de septiembre de 2021.-



H. HECTOR FRAGAPANE  
Fiscal Adjunto Civil  
Procuración General