

**Expte. N° 13-05428640-0 "Zambrano
Barbara Jova c/ Gobierno Provin-
cial de Mendoza p/ A.P.A."**

-Sala Segunda-

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de la causa

ii.- La demanda

La actora, invocando denegatoria tácita, acciona contra el Ministerio de Salud de Mendoza y solicita que V.E. ordene el pago de la indemnización dispuesta por el art. 49 de la ley 5811 con más los intereses desde la fecha del reclamo hasta su efectivo pago.

Explica que prestó servicios para la demandada en el área departamental de Las Heras desde el 01/01/1.975 hasta el 31/3/2.012. Agrega que se desvinculó del Ministerio de Salud anticipadamente en el año 2.012 en razón de su enfermedad, la que le generó una incapacidad absoluta y permanente dando lugar al derecho de obtener los beneficios de la jubilación por invalidez, acreditando ello con un dictamen médico de la Comisión Médica N°4 de la Superintendencia de Trabajo el que determinó a la ex agente una incapacidad total y permanente del 66% a los fines del art. 49 de la Ley N°5.811.

Manifiesta que el 03/04/2.012 por ante mesa de entradas del Área Departamental de Las Heras interpuso reclamo administrativo N°84-A-2012-04815 a fin de solicitar el pago de la indemnización establecida en el artículo 49 de la Ley N°5811 por haber obtenido un 66% de incapacidad absoluta y permanente, dictaminado por la Comisión Médica N°4 de la Superintendencia de Riesgos de

Trabajo y ratificado el dictamen por la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de Mendoza.

ii. La contestación

A fs. 30/33 el representante de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado se hace parte, contesta demanda y ofrece pruebas.

Refiere que de las constancias de autos surge que se ha llegado a la presente instancia judicial por denegatoria tácita, no obstante que los reclamos estaban en estado de ser resueltos y con dictámenes favorables a la procedencia y pago de la indemnización. Afirma que sin perjuicio de ello, Fiscalía de Estado, estará en definitiva a lo que V.E. decida, limitando su actuación al control de legalidad del proceso conforme lo previsto en el artículo 177 de la C.P. y Ley N°728, y a las probanzas de los hechos invocados por las partes.

A fs. 36/40 el representante de la parte demandada Provincia de Mendoza se hace parte, constituye domicilio legal y contesta demanda solicitando su rechazo.

Relata que la parte actora inició su reclamo el 28 de marzo de 2.012 y a partir de ese momento el expediente discurrió a través de las diferentes reparticiones comprometidas, agregándose dictámenes, informes, volantes de imputación, etc., necesarios para emitir el acto de reconocimiento del derecho. Agrega que surge del expediente administrativo 84-A-2012-04815, que la Subdirección de Personal del Ministerio de Salud informa al Área Sanitaria de Las Heras, en la cual la actora prestaba funciones, que por carencia de presupuesto no se podía acceder al pedido y que el mismo debía ser contemplado para el presupuesto de 2.014.

Considera que a partir que el reclamo queda sin movimiento hasta el 18 de julio de 2.018,

y que como fue rechazado el reclamo por falta de presupuesto, la actora dejó transcurrir cuatro años y cinco meses para pedir pronto despacho, por tanto considera que operó la prescripción del artículo 38 bis del Decreto Ley 560/73.

III- Consideraciones

Analizadas las actuaciones, se observa que la actora 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 "Figuero, 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 vo-

luntad 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.

IV- De las constancias del expediente surgen acreditados los extremos fácticos invocados por la actora. Esto es, la incapacidad laboral certificada por la Comisión Médica N° 04 de la SRT, en fecha 04/01/2.012, quien le otorga un porcentaje del 66%.

A su vez, resulta relevante tener en cuenta que al momento del Dictamen de la Comisión Médica n° 4, se dejó constancia que la Sra. Zambrano tenía 57 años de edad, por lo que la pérdida del trabajo se originó dentro del tiempo de prestación de servicios como empleada y fue la causal que ocasionó su retiro anticipado.

Asimismo se advierte que el reclamo realizado por la parte actora lo efectuó dentro del

plazo bienal y la demora en el cumplimiento del pago de la indemnización fue por razones presupuestarias ajenas a la voluntad del agente.

Las limitaciones presupuestarias que se invocan en la contestación de demanda no pueden serle opuestas de conformidad con lo resuelto por V.E. (ver en tal sentido el fallo emitido el 19 de octubre del dos mil dieciséis, en la causa N° 13-02155256-3, caratula: "Quiroga, Gustavo Horacio c/ Hospital Humberto Notti s/ A.P.A.").

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 de la parte actora.

V- Dictamen

Por lo expuesto, este Ministerio Público Fiscal entiende que corresponde que V.E. haga lugar a la demanda conforme a lo expuesto en el acápite anterior.

Despacho, 07 de febrero de 2023.