DICTAMEN Nº: 582

Ref.: Expte. Nº E13-2016-655-E y agregado Nº E13-2017-2204E - Lugo, Juan Carlos s/ Recurso Jerárquico c/ Resolución D.V.P. Nº 3778/18.-

A LA SECRETARIA GENERAL DE GOBIERNO Y COORDINACION:

1. El ex-agente Juan Carlos Lugo dedujo recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio contra la Resolución Nº 3778/18 de la Dirección de Vialidad Provincial (fs.50/51) que rechazó el reclamo administrativo tendiente a obtener el pago de la indemnización prevista en los arts. 35 y 38 de la Convención Colectiva de Trabajo Nº 572/09 –que rige para los agentes viales de todo el país-, por considerar que el mismo no reúne las condiciones exigidas en la norma convencional.

El beneficio se devenga en caso que el trabajador quedare incapacitado total y permanentemente para el trabajo, como consecuencia de circunstancias extrañas a la labor desempeñada, y resulta equivalente a un mes de la última remuneración y retribuciones percibidas por cada año de servicio o fracción mayor de 6 meses.

Para así decidir, el organismo vial sostuvo que debía diferenciarse la incapacidad "laborativa" de la "previsional", por lo cual y teniendo en cuenta la conclusión arribada por la Asesoría Médica de la D.V.P. (fs.20/23) como también la opinión jurídica (Dictamen Nº 87/18-fs.26 y vta.), consideró que el grado de incapacidad permanente que padece el interesado no resulta total, lo que obsta a la viabilidad de la pretensión.

Elevadas las actuaciones, procede el examen o control de legalidad en ejercicio de la potestad revisora del Poder Ejecutivo, como atribución conferida por el art.141, inc.16, de la Constitución Provincial.

2. De las constancias agregadas en autos, surge que el Sr. Juan Carlos Lugo fue dado de baja para acogerse a los beneficios de la Jubilación por Invalidez (art. 75, Ley Nº 800-H del Digesto) atento el informe elevado por la Gerencia de Jubilaciones y Pensiones del In.S.S.Se.P. que –a su vez- se basó en las conclusiones de la Dirección de Juntas Médicas realizada en fecha 09/03/2016, *que dictaminó –en relación la ex-agente Lugo) una incapacidad permanente y definitiva del 70%* (v. Resolución D.V.P. Nº4499/16, fs.2/3)

Reclamado el beneficio convencional, el organismo recurrido entendió que el dictamen médico oficial del In.S.S.Se.P. no resultaba definitivo, encomendando la realización de una nueva junta médica al Departamento Asesoría Médica de la D.V.P. que, a su turno, evaluó la situación de salud del actor, en los términos que surge del acta de fs. 43/46, concluyendo que el mismo portaría una incapacidad del 30% por la patología "Depresión Neurótica Grado III" y que, agregados los porcentuales derivado de los factores de ponderación "edad" y "nivel educativo", presenta un porcentaje de minusvalía del 35,25%, por lo que no reuniría las condiciones para acceder al beneficio previsto en la CCT 572/09.

3. En su impugnación, el recurrente sostiene que el rechazo de su pretensión controvierte anteriores actuaciones de la propia Administración, valiéndose de normas y precedentes que eventualmente podrían plantearse en una relación regida por el derecho priva

COPIA DIGITAL

do, pero inaplicables al supuesto de autos, invocado la existencia de cosa juzgada administrativa.

Alega que la incapacidad absoluta para el trabajo se ha determinado en junta médica oficial, y ello fue ratificado por el organismo vial al disponerse su baja, a la par que invoca diversos precedentes judiciales que reafirman la imposibilidad de volver a discutir el dictamen médico previsional.

4. Ante todo, es necesario puntualizar que el Convenio Colectivo de Trabajo Nº 572/09 prevé una compensación dineraria específica para *el empleado cuya incapacitación inculpable deviene total y permanente para el trabajo*, equivalente a un mes de la última remuneración y retribuciones percibidas, por cada año de servicio o fracción mayor de seis (6) meses (art.35 y 38), *indemnización ésta que guarda sustancial analogía con la prevista en el art. 212, 4to. párrafo, de la L.C.T.-*

Vale decir, debe tratarse de una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador derivada de un accidente o enfermedad ajenos al trabajo, que pueda categorizarse como "incapacidad absoluta".

Para definir la situación de incapacidad absoluta del trabajador no se establece ninguna pauta porcentual o numérica que permita afirmar a partir de qué grado de incapacidad se considera como tal, como así lo hacen otras leyes (p.j., la LRT 24557), circunstancia que ha llevado a la doctrina a caracterizarla como *"aquélla que imposibilita al trabajador la prestación de tareas dentro de la empresa, y que por su importancia, permanencia y gravedad, le impiden reinsertarse en el mercado laboral"* ([1]); en tanto que la jurisprudencia ha considerado que la incapacidad absoluta a la que se refiere el artículo 212 de la LCT es toda disminución física y/o psíquica que afecte al trabajador impidiéndole reintegrarse al mercado de trabajo en condiciones de competitividad ([2]); o *"aquella que no permite al trabajador la realización de tareas que cumplía ni otras adecuadas a su situación deficitaria dentro de la organización empresarial"* ([3]).

Asimismo, se ha sostenido que la calificación de la incapacidad del trabajador como absoluta no significa que se requiera acreditar que el porcentaje de incapacidad es del 100% o que el trabajador deba encontrarse en situación de postración, impedido de realizar cualquier actividad. Por ello se ha admitido la procedencia de la mentada indemnización en supuestos de menor porcentaje, afirmando que *"dicha valoración debe efectuarse en función de las concretas circunstancias personales del trabajador y la posibilidad de desempeñar su actividad habitual o sustituir ésta por otra compatible con sus aptitudes profesionales"* ([4]).

No escapa a esta Asesoría General de Gobierno que existen discrepancias en torno a la idoneidad y suficiencia de la obtención de la jubilación por invalidez como prueba de la incapacidad absoluta del trabajador, ya que la interpretación de los organismos previsiona

---

[1] Moreno, Jorge Raúl – "La extinción del contrato de trabajo por incapacidad absoluta del trabajador" LT, Tomo XXX, p. 1057

[2] CNTrab, sala VI, 05/08/92, "Calvo, Heriberto c/ ENTEL" DT 1992-B, p. 1663

[3] CNAT, Sala X, Sent. del 23/8/12 – "Chávez, Esther c/ Cerraduras y Laminación S.A.", entre otras.

[4] CNAT, Sala II, Expte Nº 3.660/08 Sent. Def. Nº 99.282 del 31/05/2011 "Carmona, Daniel Alberto c/Consorcio de Propietarios del Edificio José Andrés Pacheco".

COPIA DIGITAL

les sobre el punto puede no ser la misma que se realiza en sede laboral, en tanto aquellos pueden considerar que la incapacidad tiene jerarquía invalidante si impide al afiliado ejercer su actividad habitual, mientras que –a los fines de la extinción del vínculo laboral por imposibilidad física o psíquica del trabajador- se prevé la posibilidad de que el trabajador pueda realizar otras tareas (livianas) acordes a su capacidad residual. Tampoco soslayamos que el empleador –en el caso, la D.V.P.- no ha sido parte en el trámite de obtención del beneficio previsional acordado al recurrente.

Ahora bien, compulsadas las actuaciones surge que en fecha 11-08-2016, la Gerencia de jubilaciones, Pensiones y Retiros del In.S.S.Se.P. comunicó a la D.V.P. que el Sr. Lugo se encontraba en condiciones de acceder a la jubilación por invalidez prevista en el art. 75 de la Ley Nº 4044 (Ley 800-H del Digesto), adjuntándose copia certificada del Acta de Junta Médica practicada al actor por la Dirección de Juntas Médicas del organismo previsional que se agregó como fs. 3.

El acta referida diagnosticó HTA-DBT insulino dependiente, y neurosis depresiva grave, dejando constancia de las historias clínicas e informe socio ambiental aportadas en sustento, dictaminando que el interesado portaba una incapacidad total, permanente y definitiva del 70%.- *En el segmento "posibilidad de sustituir la actividad del afiliado con otra compatible con sus aptitudes", el informe médico suscripto por los tres profesionales intervinientes señaló:* ***"ninguna"****, habiéndose remitido a esta instancia copia de la Resolución Nº 1633/17 datada el 03/05/2017 acordándole a recurrente la jubilación por invalidez a partir del 01/01/2017.*

En esas condiciones, se advierte que la propia Administración (a través del organismo médico previsional) consideró que el agente vial no estaba en condiciones de sustituir actividades por alguna otra compatible con sus aptitudes, verificando una minusvalía definitiva y permanente del 70%.

Ello permitió otorgar la jubilación a la que tiene derecho el afiliado que se incapacite física o psíquicamente en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes laborales, siempre que la incapacidad se hubiere producido durante la relación de trabajo (art. 75 - Ley 800-H del Digesto). Y así lo acredita la Resolución I.N.S.S.e.P. Nº 1633/17 agregada a fs.73, que fuera requerida como medida para mejor proveer.

La nueva evaluación practicada por la D.V.P., que arrojara un grado de incapacidad del 30%, amen de computar solamente el cuadro psíquico del Sr. Lugo (depresión neurótica grado III) expresó que no fue aportada historia clínica ni documentación médica, omitiendo impulsar de oficio el trámite (p.ej., recabando el expediente jubilatorio) dada la situación de baja fehacientemente comprobada (ante la comunicación y dictamen médico de In.S.S.e.P.), que, conforme al principio legislado de la verdad material, la Administración no puede desconocer: *"en el procedimiento administrativo debe determinarse el estado de hecho real y, a este fin, se deberá comprobar todos los hechos, relevantes para adoptar una decisión legal y regular, conforme a la verdad real, y no puramente formal"* (art.114, inc.c) Ley 179-A del Digesto).

Máxime cuando el organismo previsional integra, al igual que la D.V.P., el Sector Público Provincial (a diferencia de las

COPIA DIGITAL

situaciones regidas por el derecho privado); a ello debe adunarse que el examen médico de la D.V.P. fechado el 15/07/18, dejó constancia de la diabetes diagnosticada al Sr. Lugo (que en actividad desempeñaba tareas de limpieza y luego administrativas) y el carácter de insulino dependiente.

En ese sentido, análogamente se ha fallado que a pesar del dictamen médico que indica una incapacidad inferior al 66% (que permite considerar como total a los fines previsionales) *"el hecho de que el actor era un hombre de 50 años imposibilitado de deambular correctamente por tener seriamente afectado su miembro inferior izquierdo; que se encontraba imposibilitado de superar un examen médico preocupacional; que persistía un proceso infeccioso en su rodilla con perspectiva de degeneración meniscal sin posibilidad de cura pero sí de agravamiento del mal; que el actor gozó de un año de licencia por enfermedad y entró en reserva de puesto de trabajo en dos ocasiones y que intentó volver a prestar servicios con bastón o muletas, revelan la imposibilidad fáctica de que se hubiera podido reintegrar a la empresa en una tarea redituable. En consecuencia la aludida minusvalía del 49% debe ser calificada como absoluta en los términos del 4º párr. del art. 212 LCT".* ([5]).

Cabe destacar también, que el Sr. Lugo solicitó su baja por incapacidad (y así fue dispuesta mediante Resolución D.V.P. Nº 4499/16) a sus 57 años de edad, cuando aún no había alcanzado la edad necesaria para jubilarse ordinariamente (art. 73, inc.a) de la Ley N° 800-H del Digesto), con lo cual no caben dudas que en este caso el beneficio solicitado cumple su finalidad de indemnizar al afectado por su retiro anticipado del mercado laboral.

Es que no resulta posible acogerse al la jubilación por invalidez, sino ante una incapacidad absoluta y permanente disminuida en por lo menos un 66%, en los términos contenidos, concordantemente, en el art. 75, párrafo 2º de la Ley Nº 800-H ([6]) resultando de toda evidencia que la causa de la separación del ex-agente de sus funciones obedeció a tal situación de inferioridad o debilidad.

5. Por lo expresado, consideramos que la desestimación del reclamo por parte de la Dirección de Vialidad Provincial no resulta razonable, al soslayar los antecedentes que dieron origen a la baja del recurrente para acogerse al beneficio jubilatorio por invalidez, cuyo otorgamiento constituye una presunción acerca de una minusvalía impeditiva para continuar prestando tareas en la actividad, sin que tampoco exista certeza acerca de si con la capacidad restante pudo reinsertarse en el mercado laboral.

Todo lo cual determina que deba admitirse el recurso, revocando la Resolución D.V.P. Nº 3778/18, y ordenarse el pago de la indemnización analizada. Lo que así se dictamina.

Atentamente.

CARLOS R. LOPEZ
ABOGADO ASESOR
ASESORIA GRAL. DE GOBIERNO

0 8 AGO. 2019

Dr. MIGUEL ARMANDO GARRIDO
Asesor General de Gobierno
Provincia del Chaco

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO,
crl

COPIA DIGITAL

---

[5] CNAT, Sala X- Sent. Def. del 28/11/2014 "Diessler, Miguel Ángel c/ Metrovías S.A. s/ despido"
[6] La invalidez que produzca en la capacidad laboral una disminución del sesenta y seis (66%) por ciento o más, se considerará total.