RAWSON, 13 de febrero de 2014.

------ VISTOS: ----------

------ Estos autos caratulados: **“N., E. N. s/ Recurso de Apelación c/ Resolución N° 1017/12 I.S.S. y S.” (Expte. Nº 23.204- N- 2013)**.----------

------ DE LOS QUE RESULTA: ----------

------ Que a fs. 22/29 la Sra. E. N. N., quien se desempeña en el servicio de rehabilitación (Salud Mental) del Hospital Subzonal “Santa Teresita” de Rawson de la Secretaría de Salud, interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 1017/12 del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (en adelante ISSyS) y, además contra las Resoluciones N° 172/10 y 985/10, que fueron sus antecedentes. Todo ello “en los términos del Art. 9 de la Ley XVIII N° 32…”.----------

------ Manifiesta que el Directorio de ese Organismo no ha resuelto el recurso de reconsideración que, el 22 de noviembre de 2012, dedujo contra la primera de las Resoluciones referidas antes. Explica que el 27 de mayo de 2013, denunció mora conforme lo prevé el art. 76° inc. 1) de la Ley I N° 18 y, frente a esta denegación presunta, considera

///

desestimada la petición y deduce, por ante este Tribunal, “recurso jurisdiccional de apelación directa”.----------

------ Solicita se revoquen esas decisiones y se le otorgue la jubilación por tarea riesgosa prevista en el art. 55 de la Ley XVIII N° 32, reformado por la N° 62.--

///--- Relata los antecedentes del caso y el encuadre jurídico (fs. 22 vta./23 y vta). Alega que el art. 67 de la Ley de Carrera Sanitaria otorgó competencia a la actual Secretaría de Salud para calificar las tareas de los agentes sujetos a riesgos laborales incluidos en la Ley N° 3127 que concede el régimen de jubilación anticipada. Sostiene que es legítima la decisión del Interventor del Sistema de Salud que decidió incluirla en dicho régimen, con funciones de mucama en el servicio de rehabilitación (salud mental) en el Hospital Subzonal “Santa Teresita” de Rawson.----------

------ Afirma que presta servicios allí, desde el 19 de octubre de 1982, razón por la cual, el mismo día del año 2002 cumplió 20 años, período necesario para obtener el derecho a la jubilación ordinaria por tarea riesgosa. Tal como lo certifica la División de Personal del Hospital y el Dpto. Provincial Político y Administración de Personal de la Secretaría de Salud. Además, sostiene que está acreditado en el pago de la alícuota diferencial (art. 4° inc. d) de la Ley 3127), según indica la Jefa del Departamento Sueldos -16.01.08- y surge de los recibos de haberes de los meses de octubre de 2009 y julio de 2013; desde el 1° de noviembre de 1991.----------

------ Interpreta la recurrente que el legislador confirió a su Empleadora -Secretaría de Salud- la facultad de determinar, calificar y encuadrar las tareas cumplidas en situación de riesgo laboral controlable y esgrime que el ISSyS no debe resolver ni opinar al respecto. Funda ello, en el art. 85 de la Ley I N° 105 (antes N° 2672) conforme la modificación introducida al art. 55° inc. b) de la Ley XVIII N° 62. Colige que, al habérsela incluido por Resolución N° 888/91 en los alcances de la Ley N° 3127 y calificadas sus funciones como tareas riesgosas, no corresponde que el Organismo previsional realice ningún cuestionamiento sobre la naturaleza de aquellas.----------

///--- Explica que la organización hospitalaria impuso que el área de salud mental quedara integrada con el servicio de rehabilitación, que es una extensión, donde se abordan patologías crónicas, agudas y traumas mentales. Aduce que ese servicio atiende a pacientes con enfermedades mentales, por ello la Secretaría de Salud equiparó a los agentes con los mismos beneficios bajo riesgo laboral.----------

------ Insiste N. que con los elementos incorporados en estos obrados, acreditó que desde el 19 de octubre de 1982 reviste en una Categoría C - I - V - 7 con 44 horas semanales de labor como mucama, con tarea de riesgo hasta la actualidad.----------

///

------ Justifica el derecho que la asiste en la ley de carrera sanitaria vigente al momento que fue incluida dentro del régimen especial de la Ley N° 3127. Y asevera que conforme esa, aporta la tasa diferencial que es descontada de sus haberes. Añade que el Instituto no puede desconocer la “decisión expresa” de su Empleador -Res. N° 888/91- que además se corresponde con las Certificaciones de autos antes mencionadas.----------

------ Asimismo, destaca N. que el ISSyS recibió la alícuota diferencial que ella aporta, sin cuestionar el porcentaje pagado ni disponer el reintegro de los fondos. Razón por la cual, no obtener la jubilación -dice- genera un enriquecimiento indebido que la perjudica.----------

------ A continuación, menciona que el recurso de reconsideración que dedujo contra la Res. N° 1017/12 no fue resuelto hasta la fecha. En consecuencia pide “que el Superior Tribunal revoque la decisión denegatoria del Instituto y ///reconozca el derecho que asiste a la suscripta para gozar de la Jubilación por Tarea Riesgosa…” (fs. 26).----------

------ Recuerda que esta Sala, el 3 de febrero de 2012, por Sentencia Interlocutoria N° 1/SCA/12, ordenó la devolución de ese trámite al Instituto para que resuelva lo solicitado en el marco de la reforma introducida al art. 55° de la Ley XVIII N° 32 por la N° 62. Transcribe párrafos de esa y sostiene que la sentencia “…dio la pauta de interpretación de la norma legal, cuyo texto por demás es absolutamente

claro, en cuanto reconoce el encuadre dado por el Organismo Empleador…que calificó como riesgosas las tareas de la suscripta bajo régimen de trabajo insalubre…” (fs. 26 vta.).----------

------ Cuenta que, en ese marco, el Organismo dictó la Resolución N° 1017 por la que decidió no hacer lugar a la solicitud de Jubilación por Tarea Riesgosa. No obstante, asevera N. haber cumplido con los recaudos legales exigidos. Agrega que en dicho acto, se desconoce el alcance y las consecuencias de los actos administrativos de su Empleadora y perjudica los derechos subjetivos que la asisten.----------

------ Menciona que el 13 de junio de 2012 tuvo una nueva Certificación del área de Sueldos ya referida y que el Instituto recurrido otorgó idéntico beneficio que el que viene a reclamar, a otros agentes con funciones en los servicios de rehabilitación y enuncia sus nombres.----------

------ Una vez más, reseña el “régimen legal aplicable” y destaca el fallo de esta Sala (fs. 27/28) antes mencionado. Ofrece prueba documental, informativa, testimonial y requiere que se agregue el Expediente N° 22148 del año 2012, que tramitó por ante esta Sala. Además solicita que se intime al ISSyS para que agregue por cuerda los expedientes y/o las copias certificadas correspondientes a los trámites de jubilación de las personas que nombró antes.----------

///

///--- Efectúa petitorio de estilo, donde textualmente solicita “a) se tenga por presentado **recurso de apelación en los términos del art. 9 –Ley XVIII- N° 32** … c) **se conceda** a la suscripta **el beneficio jubilatorio**”.(el destacado se añade).----------

------ Que a fs. 34 se remiten los autos al señor Procurador General a efectos de que se expida sobre la admisibilidad de la vía intentada, a fs. 35 y vta. se agrega el Dictamen N° 154/13. Explica que, el remedio elegido por N., es un Recurso Jurisdiccional Directo de naturaleza excepcional y lo caracteriza. No obstante, advierte que el recurso en estudio difiere notoriamente de las particularidades que relató, desde que carece de la decisión del Directorio del organismo previsional, tal como surge de la propia letra de la norma citada por la recurrente. Con ello, estima que el recurso es inadmisible, sin perjuicio -aclara- de la acción contencioso administrativa que podría intentarse.----------

------ **CONSIDERANDO:** ----------

------ I. Que no es la primera vez que la Sra. E. N. N. acude por ante esta Sala para cuestionar la actuación del Organismo previsonal que desestima su pedido de jubilación ordinaria por tarea riesgosa.----------

------ Que, como bien relató en su escrito, en anterior intervención este Tribunal, por S. I. N° 1/SCA/12, declaró abstracta la cuestión planteada

porque, en el ínterin de la sustanciación del recurso, se sancionó una ley que introducía una modificación al régimen legal aplicable para resolver el trámite. Entonces, a una atenta lectura de esa, habrá que remitirse “brevitatis causae”.----------

------ II. Que en esta oportunidad, N. deduce idéntico remedio procesal.----------

///--- Así, amparándose en el artículo 9 de la Ley XVIII N° 32, se agravia de que el ISSyS no atendió los extremos del fallo antes comentado y denegó nuevamente el beneficio previsional que reclama, a través de la Resolución N° 1017/12. Expone además que se alzó contra esa decisión en sede administrativa y no obtuvo respuesta.----------

------ III. Que tal planteo conlleva a esta Sala a reiterar los fundamentos expuestos en ocasión de caracterizar la vía intentada -art. 9° Ley XVIII N° 32- y su distinción con las acciones contencioso administrativas. Pues en realidad, el texto de la presentación obrante a fs. 22/29, aún cuando enuncia desde su título que se trata de un recurso y lo funda en la referida norma; en realidad, confusa y farragosamente, evidencia que busca una sentencia que declare la nulidad del acto administrativo y otorgue la jubilación pretendida.----------

------ Así, en Sentencia Interlocutoria N° 35/SCA/13 se explicó que “…configura uno de los llamados Recursos Jurisdiccionales -o directos- caracterizados como una instancia de protección para promover la revisión de actos administrativos. En cuanto prevé que "**De las**

Resoluciones del Directorio del Instituto...acordando o denegando prestaciones...se notificará...al interesado...quien dentro de los diez (10) días hábiles podrá interponer Recurso de Reconsideración. Dentro de igual plazo y **contra la decisión** que sobre el Recurso de Reconsideración recaiga, procederá el Recurso de Apelación fundado por ante el Superior Tribunal de Justicia" (la negrita se agrega).----------

------ “…de ese modo, la Ley otorga al afectado la posibilidad de acudir a un remedio especial, reglado en varios de los distintos ordenamientos del derecho público de nuestra Provincia, sobre cuya naturaleza el Cuerpo tiene dicho que constituye "...una instancia de protección jurisdiccional para instar la revisión de los actos administrativos, fueren estos emanados de organismos ///centralizados, descentralizados o autárquicos de la Administración, o de entes de derecho público con funciones delegadas de fiscalización y control de actividades de los administrados…como previa a la acción judicial…(…) Se trata de una posibilidad intermedia de tutela, que no es administrativa por el órgano, pero tampoco estrictamente judicial, por cuanto la decisión que admite apelar, deviene de un órgano administrativo. Integra así un sistema de impugnación o de control de actos administrativos, cuya naturaleza difiere de las acciones judiciales" (SD N° 28/SRE/00)”.----------

------ “Que de conformidad con el criterio seguido por este Cuerpo, estos medios de impugnación son de conocimiento limitado, en tanto se satisfacen en la medida en que constituyen un control judicial suficiente de la decisión emanada del órgano público …, exigencia asegurada en

tanto el Tribunal actúa como "de derecho", decidiendo sobre la correcta aplicación de las normas jurídicas, poseyendo la facultad de revocar o anular aquella decisión si no fuera suficientemente razonable o se apoyara tan solo en la voluntad de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio, control revisor que podrá ser más o menos extenso o profundo según los aspectos específicos que singularicen la materia litigiosa (SI N° 225/92, 25/94, 56/96, 90 y 119/SCA/97, 31 y 70/SCA/98, 55/SCA/00, 4 y 7/SCA/02, 56/SCA/05, 19 y 77/SCA/07, entre muchas)”.----------

------ Siendo así -se ha interpretado- “la potestad cognoscitiva de este Tribunal se encuentra constreñida, y difiere notoriamente de la que les es propia en el juicio pleno, cuando la jurisdicción se incita por vía de la acción. En estos Recursos, el carácter de la jurisdicción es eminentemente revisora: el control debe limitarse a aquellas cuestiones que han sido propuestas y sometidas a la decisión administrativa atenta la regla de la congruencia, así como de ser final, ///pues la forma de hacer realizable la justicia que por esta vía se persigue, importa una gradualidad ascendente, que comienza con el autocontrol administrativo y culmina con el control jurisdiccional. Quienes juzgan en último término de cada acto a los principios y normas del ordenamiento jurídico son los jueces y tribunales” (con cita de DROMI -Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública - Ed. Grouz 1986 - pág. 96 y 118 - en SI N° 60 y 61/SCA/96, 7/SCA/02, 56/SCA/05 y 25/SCA/06, 38/SCA/08, entre otras)”.-----

///

------ Para completar, dígase además, que este Cuerpo explicó "el ejercicio o no del derecho a deducir Recurso Jurisdiccional de Apelación previsto en el art. 9° de la Ley N° 3923 "...no empece ni enerva su derecho a ejercer esta pretensión, en la medida en que ...el agotamiento de las vías de control previstas no es condición para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas o procesales administrativas, como prefiera nominárselas" (SD N° 8/SRE/96, reiterada en SD N° 11/SCA/00 y N° 01/SCA/02). Así es, en tanto "...se considera "opcional", y ninguna norma obsta para que -directamente y sin ocurrir por esa vía recursiva- los interesados ejerzan la acción contencioso administrativa de retardación, anulación y/o plena jurisdicción, según al caso corresponda. Esto es, impulsen la revisión judicial plena, con amplio debate y prueba, del caso en conflicto" (SI N° 86/SCA/01, SI Nº 38/SCA/08).----------

------ En mérito de lo expuesto, se advierte que la recurrente no atiende los caracteres del Recurso Jurisdiccional que intenta ni a la jurisprudencia de esta Sala.----------

------ Véase que la Sra. N. no estaba obligada a transitar, ni a agotar la instancia administrativa, como puso de manifiesto en su escrito, donde explica que el ISSyS no ha emitido pronunciamiento alguno frente a su reclamo administrativo y detalla que, por aplicación del art. 76 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley I Nº 18), su silencio debe interpretarse ///como una denegación tácita que habilita esa vía recursiva

///

ante este Superior Tribunal de Justicia.----------

------ Tal como se explicaba en el fallo de la Sala (S.I. N° 35/SCA/2013) antes citado "… La atribución de un valor negativo o desestimación a la inactividad formal de la Administración tuvo un origen muy concreto, estrechamente ligado a la singular técnica del contencioso administrativo concebido como un proceso impugnatorio de actos previos, cuya legitimidad es objeto de revisión a posteriori. Pero este esquema ofrecía un importante flanco débil, la Administración podía eludir el control judicial con sólo permanecer inactiva y, en tales casos, el particular quedaba inerme ante ella" (conf. Carlos A. VALLEFÍN -Proceso Administrativo y Habilitación de la instancia- pág. 78, edición 1994, Librería Editora Platense S.R.L. con cita de Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ). La implementación de la técnica del silencio administrativo permitió salvar esa dificultad. Pero -como advierte VALLEFÍN, obra y pág. citada- el silencio negativo no constituye un auténtico acto administrativo desestimatorio. Es sólo una simple ficción legal de efectos estrictamente procesales, establecido en beneficio del particular".----

------ Con relación a procesos contencioso-administrativos, el Tribunal se ha expedido sobre su valor, en SD Nº 11/SCA/00, 1/SCA/02 y SD Nº 9/SRE/03 (entre otras), a cuya lectura habrá que remitirse.----------

///

------ Que, a tenor del sentido que este Tribunal ha dado en sus precedentes y la interpretación que realizó en los fallos acerca de los efectos procesales del silencio, conforme nuestro ordenamiento; también advirtió que “como principio general la Administración tiene el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los administrados (art. 26° inc. 1) conc. 74°, 75° y ///76° inc. 2) Dto. Ley N° 920)” Ley I Nº 18 de aplicación supletoria. Lo que puede completarse con la lectura de las sentencias definitivas N° 11/SCA/00, 01/SCA/02 y SI Nº 38/SCA/08, entre otras.----------

------ En síntesis, en el caso, frente al silencio del ISSyS no hay acto administrativo que controlar judicialmente, revocándolo o confirmándolo, dada las características excepcionales del proceso de revisión limitado que se intenta.----------

------ Por ende, no se encuentra habilitada la vía de apelación del art. 9° de la Ley XVIII N° 32 ante este Tribunal.----------

------ Que, sin embargo, ha de interpretarse el silencio del Instituto conforme sus efectos estrictamente procesales y en beneficio de los administrados. Por ello, directamente N. puede ejercer la acción contencioso administrativa de retardación, que permite una revisión judicial plena, con mayor amplitud de debate de su caso.----------

///

------ Además, el escrito inicial de N. demuestra que ha soslayado considerar las diferencias entre esa vía recursiva y las acciones contencioso administrativas, puesto que en el acotado marco de un Recurso Jurisdiccional ofrece y pretende producir prueba para justificar que ha cumplido todos los recaudos que impone la ley especial al amparo de la cual quiere obtener el beneficio previsional y -como se anticipó- excita esta jurisdicción con el fin de que el Tribunal dicte una sentencia de condena, con efecto de cosa juzgada material, que le reconozca ese derecho, pero no articula una acción contencioso administrativa que perfectamente puede encaminar su pretensión.----------

------ En ese sentido, en tanto resulta competente la Sala para intervenir en ambas vías, en ejercicio de sus potestades ordenatorias, atendiendo al derecho ///de acceso a la jurisdicción consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional en su más moderna interpretación, 75 inc. 22 que incorpora los Tratados Internacionales, 18 inc. 9 de la Constitución Provincial, y considerando el principio “pro actione”, habrá de permitir a la presentante que adecue el escrito de inicio como una demanda contencioso administrativa, que tramitará por el proceso ordinario, cumpliendo con los requisitos previstos en el art. 333 del CPCC, en el plazo de DIEZ (10) días, a contar desde la notificación de la presente -personalmente o por cédula-, bajo apercibimiento de resolver -de oficio- el rechazo “in límine” de la presentación tal como se impetra (art. 34 inc. 5 ap. b) y e), 36, 137 inc. 6 y 339 CPCC).----------

///

------ Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia; ----------

---------- **R E S U E L V E:** ----------

------ **1º) INTIMAR** a la señora E. N. N. a que adecue el escrito de fs. 22/29 como una demanda contencioso administrativa, que tramitará por el proceso ordinario, cumpliendo con los requisitos previstos en el art. 333 del CPCC, en el plazo de DIEZ (10) días, a contar desde la notificación de la presente, bajo apercibimiento de resolver -de oficio- el rechazo “in límine” de la presentación tal como se impetra (art. 34 inc. 5 ap. b) y e), 36, 137 inc. 6 y 339 CPCC).----------

------ **2°) REGÍSTRESE** y notifíquese personalmente o por cédula (art.137 inc. 6 CPCC).----------

Fdo. Dres. José L. Pasutti, Fernando S.L. Royer y Daniel Rebagliati Russell.
Recibida y registrada en Secretaría el 17/02/14 bajo el N° 01/SCA/2014.-

///