



Provincia del Neuquén
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Número:

Referencia: EX-2022-01631947-NEU-DYAL#SGSP - recurso - María Stella Hernández

VISTO:

El expediente electrónico EX-2022-01631947- -NEU-DYAL#SGSP mediante el cual la señora **MARÍA STELLA HERNÁNDEZ** interpuso recurso administrativo; y

CONSIDERANDO:

Que el 23 de agosto de 2022 la señora María Stella Hernández, mediante patrocinio letrado, interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22, ambas del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (en adelante ISSN), mediante las cuales, respectivamente, se incorporó a su hijo con discapacidad como adherente a la obra social a través del Plan Joven y se rechazó su pretensión de incorporarlo como afiliado a cargo;

Que surge de los antecedentes que por nota del 23 de marzo de 2021, dirigida a la Dirección de Discapacidad del ISSN, la señora Hernández indicó que su hijo con discapacidad siempre se encontró bajo la cobertura de dicha obra social y al cumplir la mayoría de edad fue dejado sin dicho amparo. Refiere haber sido designada como figura de apoyo de aquel, solicitando el restablecimiento de la afiliación. Adjuntó a su presentación documentación entre la cual obran copias simples de: documentos de identidad, credencial de salud de la obra social, certificado de discapacidad Ley 24.901, sentencia recaída en Expediente Judicial N° 96802/19, tramitada ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 1 de la ciudad de Neuquén, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;

Que mediante nota del 31 de marzo de 2021 el Departamento Afiliados informó al Departamento de Asesoría Letrada del ISSN que el hijo de la recurrente registraba una pensión no contributiva otorgada por el entonces Ministerio de Salud y Desarrollo Social y que al no cumplir con los requisitos del Régimen de Afiliados, tenía la opción de cambiar su condición al Plan Joven de adherentes abonando los meses caídos. A dicha nota se le agregó certificación de ANSES, en la cual se visualiza el otorgamiento del citado beneficio;

Que mediante el Dictamen N° 016/22 del 21 de abril de 2022 el Departamento de Asuntos Administrativos dependiente de la Coordinación de Asesoría Letrada del ISSN analizó los antecedentes y el encuadre normativo del asunto a efectos de determinar la viabilidad o no de la presentación de la requirente, sugiriendo hacer lugar al pedido de reincorporación de su hijo como afiliado a la obra social a través de Plan Joven sin carencia;

Que a través de la Resolución N° 133/22 del 29 de abril del 2022 el Consejo de Administración del ISSN

hizo lugar por vía de excepción al reclamo administrativo deducido por la afiliada Hernández, debiendo incorporar al joven a la obra social a través de Plan Joven sin carencia. Luego se incorporaron al expediente constancias de las notificaciones correspondientes;

Que el 24 de mayo de 2022 la señora Hernández, con patrocinio letrado, interpuso recurso administrativo ante el ISSN contra la Resolución N° 133/22, solicitando que se incorpore a su hijo como afiliado a cargo y no como adherente al Plan Joven;

Que mediante el Dictamen N° 039/2022 del 05 de julio de 2022 el Departamento de Asuntos Jurídicos Asistenciales dependiente de la Coordinación de Asesoría Letrada del ISSN concluyó que no se evidenciaron vicios que pudieran tornar nulo o anulable al acto administrativo cuestionado, indicando que el mismo fue dictado en tiempo oportuno y con el debido carácter de legitimidad, que la afiliada no aportó nuevos hechos ni nueva prueba que amerite considerar su recurso, por lo que aconsejó su rechazo y ratificar la norma resolutive atacada;

Que a través de la Resolución N° 283/22 del 26 de julio del 2022 el Consejo de Administración del ISSN rechazó en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por la señora Hernández, en representación de su hijo, ratificando el contenido de la Resolución N° 133/22 del ISSN. A continuación, se adjuntaron las constancias de las notificaciones correspondientes;

Que el 23 de agosto de 2022 la señora Hernández interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial contra las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22 del ISSN, lo que originó el caso bajo análisis;

Que en su presentación sostuvo que la norma originariamente atacada revestía una nulidad manifiesta, contrariando las previsiones de la Leyes 18.910, 22.431 y 24.901, así como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus artículos 4° y 33°;

Que sostuvo que la incorporación de su hijo al Plan Joven le generaría un desembolso económico cuando el propio organismo debería otorgarle la cobertura como hijo de afiliado, la cual mantuvo hasta los dieciocho (18) años de edad. Afirmó que era incorrecta su recategorización actual, la cual pretende que sea modificada, expresando su condición de discapacidad y argumentando que la misma se encuentra amparada en normativa nacional y en las convenciones que implican su reconocimiento;

Que además afirmó que el 11 de agosto del 2022 se la notificó erróneamente del contenido de la Resolución N° 284/22 del ISSN que hizo lugar al beneficio, con carácter provisorio y por vía de excepción, a una menor a cargo de otra afiliada en una situación que considera análoga a la suya. Por ello, entendió que merece ser señalado atento a haber recibido un tratamiento diferente al suyo;

Que precisa que la norma resolutive carece de motivación ya que no explicita los fundamentos en cuanto a que no se cumplirían los requisitos previstos por el régimen de afiliación, afirmando la requirente que su hijo con discapacidad debería ser cubierto en forma total por la obra social;

Que reitera que el acto atacado incurre en arbitrariedad manifiesta al disponer la re afiliación de su hijo pero en otra categoría, afirmando la requirente que su hijo se encuentra en una actual situación de desempleo y percibiendo una pensión por invalidez, que es un beneficio de protección social que no puede asimilarse a un empleo o una cobertura como debería ostentar;

Que además la señora Hernández detalla los datos del expediente judicial que la designó como figura de apoyo con la facultad de representar a su hijo, cuya capacidad se encuentra restringida, señala la parte pertinente de la sentencia que así lo declara y sostiene que ello le otorga personería para la presentación que aquí realiza. Por último, hace reserva de ofrecer prueba y de ampliar sus argumentos;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, en tal sentido se procederá a analizar si las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22 del

ISSN resultan ajustadas a derecho;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia del Neuquén, la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo, Ley 611 de creación del ISSN, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás doctrina, jurisprudencia y normas aplicables al caso;

Que en esta instancia y tal como ha sido reseñado en los antecedentes, la recurrente solicitó que se revoquen las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22 del ISSN, mediante las cuales se incorporó a su hijo con discapacidad bajo la condición de adherente al Plan Joven, quitándole su condición de afiliado indirecto de la obra social ISSN a cargo de la recurrente, tras haber cumplido dieciocho (18) años de edad;

Que la reclamante pretende dejar sin efecto la medida adoptada, solicitando su modificación y que se le otorgue a su hijo con discapacidad la afiliación bajo su titularidad. En tal sentido, refirió como principales agravios que los actos impugnados no se encuentran debidamente motivados y que poseen una arbitrariedad manifiesta con exceso de rigorismo formal. Respecto al primer supuesto, considera que las obras sociales tienen la obligación de prestar la cobertura máxima para las personas con discapacidad, no siendo admisible que se indique que su hijo no cumple con los requisitos de afiliación. En relación al segundo aspecto, precisa que si bien su hijo percibe una pensión no contributiva en los términos de la Ley 18.910, ello no puede implicar que el mismo deje de poseer cobertura de obra social, vulnerando los principios dispuestos por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional en la materia;

Que a continuación, se analizará el planteo formulado por la señora Hernández a partir de los dos agravios mencionados;

Que respecto al agravio relativo a que las normas cuestionadas carecen de la motivación necesaria para producir sus efectos jurídicos naturales -por lo cual la requirente pretende que sean dejadas sin efecto- cabe señalar que no se advierte la falta de motivación de las mismas sino todo lo contrario. En efecto, en ellas se enumeran cada una de las causales que determinan su procedencia;

Que cabe puntualizar que la motivación es un elemento del acto administrativo, definido como la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto;

Que surge del análisis de los considerandos de las normas impugnadas que las mismas fueron debidamente motivadas, ya que efectivamente se hizo mención a las razones que indujeron a emitirlas, los hechos y antecedentes que les sirvieron de causa y el derecho aplicable, lo cual le permitió a la recurrente conocer certeramente los motivos del obrar de la Administración Pública Provincial;

Que en este sentido, la Procuración Nacional del Tesoro respecto a la motivación del acto administrativo sostiene: *“... debe considerarse que existe motivación suficiente -pese al defecto técnico que ello importa- si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad y no aisladamente, porque son parte integrante de un procedimiento y, como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí (v. Dictámenes 199:43: 209:248, 236:91 y 242:467) y que el acto administrativo puede integrarse con los informes y dictámenes que lo preceden (v. Dictámenes 156:467)...”* (PTN, Dictamen N° 018/2008, Tomo: 264, Página: 83);

Que por ello, el acto cuestionado se erige como válido en este aspecto, debiendo descartarse este primer agravio invocado por la recurrente;

Que el segundo agravio sostenido por la requirente refiere a que las normas cuestionadas habrían incurrido en arbitrariedad manifiesta, excesivo rigorismo formal, tratamiento diferenciador y equívoca motivación;

Que previo a todo, es pertinente señalar que el concepto de “arbitrariedad”, tal como lo define el Diccionario de la Real Academia Española, es: *“acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las*

leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”;

Que así, cabe comenzar analizando la normativa comprendida en el presente caso indicando que el artículo 99° de la Ley 611 dice: *“Considéranse afiliados indirectos a los componentes del grupo familiar a cargo del afiliado directo o adherente hasta el grado y con las limitaciones que determine la reglamentación”*. Posteriormente el artículo 100° menciona: *“Serán beneficiarios de los servicios y prestaciones de salud y asistenciales, los afiliados directos, indirectos y adherentes, en tanto cumplan con las disposiciones de esta Ley, su reglamentación y demás disposiciones”*. Luego el artículo 110° refiere: *“El Instituto de Seguridad Social del Neuquén proyectará, dentro de los sesenta (60) días de promulgada esta Ley, la reglamentación de la misma, que elevará al Poder Ejecutivo provincial para su aprobación”*;

Que la Resolución N° 133/22 emitida el 29 de abril de 2022 por el ISSN hizo mención a lo normado por la Ley 611 en su artículo 97° en cuanto al carácter de afiliados “adherentes”, el que en su último párrafo indica: *“El Consejo de Administración del Instituto de Seguridad Social del Neuquén determinará la forma y condiciones para la admisión de los afiliados adherentes y los beneficios a los que tendrán derecho”*. Asimismo, allí se hizo referencia a lo dispuesto mediante la Resolución N° 897/12, que aprueba el Régimen de Incorporación de Afiliados y Beneficiarios del ISSN;

Que se advierte que al momento de dictarse la norma aludida, el hijo de la reclamante ya había alcanzado la edad de veintiún (21) años, quedando contemplado tanto por el artículo 3° -*“Hijo discapacitado soltero desocupado sin límite de edad en los términos de la Ley 611 (discapacidad total y permanente para el trabajo)”* -, como por el artículo 18° en la sección Afiliados Indirectos-*“Hijos solteros desocupados discapacitados, mayor de 21 años en los términos que exige la Ley 611 (discapacidad total y permanente para el trabajo con porcentaje de discapacidad igual o superior al 66%)”*- del Régimen de Incorporación de Afiliados y Beneficiarios ISSN aprobado por la Resolución N° 897/12 del ISSN;

Que seguidamente, el artículo 19° bajo el título “Exclusiones” establece: *“a. No podrán ingresar como afiliados indirectos, de otros afiliados titulares aquellas personas que se encuentren incorporadas ya a la Obra Social como Titulares. b. El o los afiliados identificados como indirectos, no podrán ser incorporadas por más de un Titular. c. No podrá ingresar como concubina/o si el titular conserva la afiliación del/la cónyuge”*. En el caso en cuestión, no se observa que se presente ninguna de las hipótesis mencionadas;

Que además se advierte que el artículo 20° de la Resolución N° 897/12 del ISSN precisa bajo el título “Requisitos de incorporación”, que podrán ser incorporados por el afiliado titular aquellos *“hijos discapacitados solteros desocupados mayores de 21 años”* que registren, entre otros requisitos, certificación negativa de ANSES (*“f. Certificación negativa del ANSES. La condición de discapacidad será evaluada por auditoría médica del ISSN. La evaluación de la persistencia de la incapacidad podrá ser efectuada cada tres (3) años por el ISSN”*), extremo que no cumple el mismo en virtud de percibir una pensión de carácter no contributiva, conforme se encuentra acreditado en el presente trámite;

Que en base a ello, corresponderá analizar el alcance de dicho requisito, así como la decisión del ISSN de incorporar a la obra social al joven a través del Plan Joven;

Que en la certificación negativa de ANSES existen varios ítems (declaraciones como trabajador en actividad, como autónomo o monotributista, como trabajador de casas particulares, prestación por desempleo, entre otros), por lo que habrá que analizar la naturaleza jurídica de la percepción de pensión no contributiva, a efectos de conocer la finalidad del requisito establecido por el ISSN;

Que así, doctrinariamente se ha dicho: *“La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a nuestro orden constitucional luego de la reforma de 1994 implicó la inclusión de una cláusula amplia de igualdad sustantiva. Aquella democratización de los derechos reafirmó y extendió la responsabilidad del Estado en el diseño e implementación de políticas de protección social dirigidas a los grupos vulnerables. (...) las pensiones no contributivas son planes estatales de transferencia de ingresos en materia de seguridad social que deben tender a garantizar plenamente la autonomía de las personas con discapacidad como sujetos de derecho...”* (Observatorio de Derechos Humanos H. Senado de la Nación,

Recomendaciones en relación al otorgamiento de pensiones no contributivas a las personas con discapacidad. https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/pensiones_discapacidad.pdf);

Que por ello, y advirtiendo la decisión del ISSN de incorporar a la obra social al joven, a través del Plan Joven, contemplándose a su vez el mismo en el artículo 14º del régimen aprobado por la Resolución N° 897/12 del ISSN como “*Adherentes Individuales Autónomos, por Plan Joven de 18 a 35 años de edad*”, se visualiza un cambio en la modalidad de afiliado indirecto a adherente;

Que en lo que respecta a las consideraciones mencionadas precedentemente, la jurisprudencia local ha dicho: “... *en las normas que el propio ISSN alega, hay una condición a la admisión de la discapacidad, y es que la junta médica de la obra social así lo dictamine. Es decir, que la obra social quiere tener certezas de la discapacidad alegada; luego, si se trata de una persona que no reportó actividad laboral alguna (así lo dice el informe de la ANSES respecto de la señora Rams), no hay posibilidad que esa situación varíe, pues la discapacidad que la afecta se lo impide, desde que no hay evidencias de haber laborado. Claro que ello en modo alguno significa que una persona discapacitada no puede ingresar al mercado laboral, sino que lo cierto y concreto del caso, es que la amparista nunca estuvo vinculada laboralmente. ¿Modifica esa situación el hecho de percibir una pensión? La negativa se impone, desde que la norma requiere que además de discapacitada, la afiliada que es carga de un titular sea desocupada*”;

Que continúa: “*Desde el punto de vista de la imposibilidad de trabajar, (...) es desocupada, pues al solicitar su afiliación ni trabajaba, ni percibía salario por un trabajo. Luego, dentro de las propias normas de la demandada, la percepción de una pensión no es impedimento para considerarla incluida dentro de la categoría de “discapacitada desocupada”, pues el carácter de desocupado se tiene por no trabajar y no cesa por percibir una pensión (...). De modo que entiendo ilegítima la decisión de rechazar la afiliación de la señora Carina Etel Rams, pues su condición de pensionada del sistema nacional de la seguridad social no importa un impedimento a su petición. Lo analizado me persuade que el acto administrativo dictado por Instituto de Seguridad Social del Neuquén, contiene una falsa y equívoca motivación, entendida en el caso como una interpretación desajustada y arbitraria de su propia normativa, cuya consecuencia determinó el rechazo de la afiliación. Jurídicamente, el acto se encuentra afectado por un vicio grave contenido en el inciso s) del artículo 67 de la ley 1284, lo que determina la consecuencia legal de su nulidad (artículo 70 de la ley citada). Por todo ello es que admitiré la acción de amparo, declarando nulo el acto administrativo de rechazo de la afiliación, y en su mérito condenaré a Instituto de Seguridad Social del Neuquén a admitir la afiliación de la señora Carina Etel Rams como afiliada indirecta...*” (JNQCI4, “Rams Ramon Alejandro Contra ISSN S/ Acción de Amparo”, Expediente N° 472979/2012, sentencia del 8 de noviembre de 2013, pronunciamiento confirmado el 27 de diciembre de 2013 -Sala I);

Que la discapacidad del hijo de la recurrente implicó que la requirente invocara la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como su principal herramienta de reconocimiento del ejercicio pleno de todos sus derechos humanos y sus libertades;

Que asimismo, la recurrente indicó que la discapacidad de su hijo merece su cobertura máxima y que la misma no puede ser dejada sin efecto por la obra social local, siendo su obligación el cumplimiento de tal amparo, de lo contrario se encontrarían vulnerados sus derechos con un exceso de rigorismo formal;

Que a su vez, en materia de derechos fundamentales corresponde mencionar que doctrinariamente se ha dicho: “... *desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población...*” (“El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales”, Juan Stinco. Revista de Abogacía, Año III, N° 5, noviembre de 2019. <https://unpaz.edu.ar/sites/default/files/inline-files/5.El%20principio%20de%20progresividad.pdf>);

Que por lo expuesto, y teniendo en cuenta que corresponde centrarse en si existe o no una manifiesta desproporción en las medidas adoptadas desde el punto de vista de la juridicidad señalada, cabe adelantar que respecto de este agravio se vislumbra el dictado de actos administrativos que adolecen de vicios que hacen procedente una declaración de nulidad;

Que así, desde la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a nuestro orden constitucional, toda decisión acerca de la legitimidad y vigencia de una norma no puede soslayar los preceptos consagrados por ese ordenamiento. Sancionar legislaciones que los vulneren o contradigan resultaría regresivo y, por tanto, inadmisibles a la luz del nuevo enfoque sobre los derechos involucrados, y que todavía deben ser internalizados en las leyes que se sancionan, en las políticas que se ejecutan y en la cultura cívica compartida;

Que por ello, el agravio referido por la señora Hernández respecto del excesivo rigor formal empleado en el tratamiento del asunto debe ser considerado;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, corresponde hacer lugar al recurso administrativo interpuesto por la señora María Stella Hernández contra las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22 del ISSN, por adolecer de vicio grave en los términos del inciso s) del artículo 67° de la Ley 1284, correspondiendo declarar su nulidad de conformidad con lo dispuesto por los artículos 70° y 72° del mismo cuerpo normativo. Asimismo, en función de lo expuesto y como consecuencia necesaria, se deberá admitir la afiliación de su hijo peticionada como afiliado indirecto;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que la solicitante se considere con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante el Dictamen DICFC-2023-82-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1°: HÁGASE LUGAR al recurso administrativo interpuesto por la señora **MARÍA STELLA HERNÁNDEZ** y **DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones N° 133/22 y N° 283/22 del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, debiendo admitirse la afiliación indirecta solicitada de su hijo, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2°: REMÍTANSE las actuaciones al Instituto de Seguridad Social del Neuquén para que tome razón de lo aquí resuelto y proceda en consecuencia.

Artículo 3°: Notifíquese a la interesada lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 4°: El presente decreto será refrendado por la señora Ministra de Salud.

Artículo 5°: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.

