**RAWSON, 29 de Julio de 2009.-**

**------ VISTOS: ----------**

------ Estos autos caratulados: "**M., A. S. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Inconstitucionalidad - Diferencia de Haberes Jubilatorios" (Expte. N° 21.589- M- 2009).**-----

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

------ Que la Sra. A. S. M., quien goza de una Jubilación por Invalidez dispuesta por Resolución N° 403/07 del 27 de Febrero de 2007, deduce la presente acción contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros persiguiendo el *"...cobro de diferencia de haberes jubilatorios..."* pues, según reclama, el cálculo de ese haber por el que se le abona el 75% de las remuneraciones que percibía como activa, afecta las garantías constitucionales consagradas en los arts. 14°, 17°, 28°, 31° y 75° inc. 22 de la Constitución Nacional.-------

------ Que, abierta a prueba la causa, la actora ofrece -entre otras- pericial contable y médica (fs. 1 y vta. del Cuaderno de Prueba Actora).----------
---

------ Solicita que el Perito Contador se expida sobre: 1) qué importes dinerarios percibió la actora en concepto de jubilación desde que dicho beneficio fue concedido y 2) qué importes dinerarios en ///concepto de jubilación debería haber percibido la actora en el caso que se le liquidara el 100% del haber jubilatorio desde su otorgamiento, pidiendo que esa

estimación se efectúe hasta la fecha de la pericia.----------

------ Por su parte, en relación al experto Médico expresa que el profesional que se designe, considerando los antecedentes obrantes en la obra social y "*procediendo a revisar a la actora",* evalúe: a) qué patología registra; b) si el estado de salud de M., desde la fecha de concesión del Beneficio de Jubilación teniendo en cuenta los motivos por los cuales se otorgó el beneficio, se haya modificado o no; c) que se haya agravado desde el otorgamiento de la jubilación; d) que con posterioridad a la concesión del beneficio de jubilación se le haya practicado a la actora intervención de trasplante y en su caso de qué tipo y e) qué grado de incapacidad laboral registra la actora a la fecha de realización de la pericia médica.----------

------ Que a fs. 2 del referido cuaderno de prueba se ordena correr traslado a la contraria sobre la admisibilidad de las pericias solicitadas y procedencia de los puntos propuestos, lo que es cumplido a fs. 3 y vta..----------

------ Que a fs. 4 y vta. contestan los representantes letrados del Instituto demandado.- Refiriéndose a la prueba pericial médica peticionada por la contraria, destacan que debatiéndose en la presente causa la eventual incorrección que podría existir en el haber previsional inicialmente determinado como consecuencia del otorgamiento del beneficio por Invalidez mediante Resolución N° 403/07 en modo ///alguno inciden en el resultado del litigio -alegan- el grado de incapacidad de la actora, la patología que registra ni el hipotético agravamiento del estado de salud ni el actual grado de incapacidad.- Aducen que eso fue evaluado a fin de determinar la procedencia del derecho al beneficio previsional, oponiéndose

///

a la producción de dicha prueba justificando "*...no se compadece, ni siquiera mínimamente con la disidencia en debate...*".----------

------ En el Apartado II de su escrito "SE OPONE A LA PROCEDENCIA DE PUNTOS DE PERICIA CONTABLE" advierten cierta imprecisión en el Punto 2), y señalan "*...si en el Punto 1) se solicita que el perito indique los importes que percibió la actora desde que obtuvo la jubilación (nada cabe objetar a este...), el punto 2), como consecuencia natural del anterior debe precisar si entre los montos percibidos y los que debió percibir surge alguna diferencia a favor de la actora...*", en tanto -afirman- parte de presumir que ello no aconteció.- Ratifican que los haberes que se liquidaron a M. no fueron inferiores a los que debió cobrar y añaden *"...la precisa descripción del punto de pericia debe ser, aquel que traiga al juicio el dato por el cual la actora promovió el presente juicio..."* entonces, -concluyen- la impugnación que deduce tiene por objeto que se reformule el punto de pericia, de modo tal que el experto provea de la información necesaria y útil para la decisión que se adopte.----------

------ Ordenado el traslado a la contraria a fs. 5, contesta la accionante a fs. 6 y vta. justificando el pedido de la Pericial Médica mencionando ///"*...al promover la acción se formuló planteo de inconstitucionalidad... toda vez que se deja en estado de desprotección a la accionante frente a una patología que se ha agravado desde el otorgamiento primigenio del beneficio...",* siendo una carga procesal a su cargo -señala- demostrar la real afección que provoca el sistema jurídico imperante.----------

------ De la oposición de la contraria al Punto 2 de la experticia contable, aclara que por una cuestión procesal, reitera un párrafo del libelo inicial que dice *"...se admita la demanda y ordene abonar a la actora el equivalente al 100%*

*de las remuneraciones que debía percibir en relación a la categoría laboral que registra...".*- Sostiene que en esos términos quedó trabada la litis y esgrime "*...corresponde que el perito se expida sobre los puntos de pericia propuestos por la accionante....",* solicitando se rechace la oposición al "*punto 2 de la Pericial Médica ofrecida..."* ...(en realidad quiso referirse aquí a la contable).----------
---

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

------ I.- Que -señala la actora- como consecuencia de la gravedad de su dolencia se vio obligada a someterse a este Beneficio y *"...se le liquidaron los haberes por la referida prestación que ascienden al 75% de lo que percibía como dependiente de la Provincia del Chubut..."*.- Acusa que el cálculo realizado por el Instituto demandado para fijar el haber jubilatorio afecta el derecho de propiedad, la primacía de la ley ante el reglamento y de la Constitución Nacional, Leyes y Tratados Internacionales, conforme las normas referidas antes, y además las ///garantías del artículo 74° de la Carta Magna Provincial.- Concluye con ello que *"...la forma que tiene la Ley 3923 para calcular los haberes jubilatorios ...resulta violatoria de las garantías constitucionales que emanan... de la carta magna nacional como de la provincial..."* (fs. 44 vta.- 6to. párrafo- expte. principal), solicitando se haga lugar al planteo de inconstitucionalidad, se admita la demanda y *"...se ordene abonar a la actora el equivalente al 100% de las remuneraciones que debía percibir en relación a la categoría laboral que registra..."* (fs. 46 -2do. párrafo del principal).----------
---

------ En el responde (fs. 55/58 y vta. también de las actuaciones principales) el Instituto demandado explica que la determinación del haber inicial de la Jubilación por Invalidez se encuentra reglado en el artículo 80° de la Ley N° 3923 conforme el cual, cuando todos los servicios computables fueran en

///

relación de dependencia -como es el caso de M.- el haber de prestación es el resultante de aplicar el 72% al promedio de las remuneraciones actualizadas de los 10 años inmediatos anteriores al cese en la actividad.- Dicho porcentaje -subraya- podrá ser bonificado con el 1% por cada año de antigüedad a la Caja Provincial que exceda de 20, pudiendo alcanzar un máximo de 10 puntos, o sea -señala- hasta el 82 %, y transcribe la norma comentada.- Descripto de este modo el mecanismo, expresa *"...el cien por ciento del haber jubilatorio -que es lo que reclamó...* (la actora) *...es la suma que surge de promediar las remuneraciones por ella percibidas del Poder Judicial durante el período Enero/98 – Enero/2007 (ambos inclusive), actualizadas mediante Índice de ///Corrección... Sobre este promedio se determina en el caso, el setenta y cinco por ciento, ...por computar veintitrés años de servicios con aportes a ésta Caja..."* (fs. 57 vta. - 6to. párrafo).- Destaca luego que *"...abona a la actora el equivalente al cien por ciento (100%) del haber jubilatorio que debía percibir en relación a las categorías laborales en que registró hasta su cese..."* (fs. 58 - siempre del Expte. principal) con lo que pide se rechace la demanda.----------

------ II.- Que conforme ha expuesto esta Sala en Sentencia Interlocutoria N° 23/SCA/06 ("D. H...") "...más allá de las discrepancias existentes entre los autores respecto de determinar si la carga probatoria se ubica como una categoría de los deberes (Goldschmidt, Carnelutti, Couture) o de los derechos (Rosenberg, Michelli, Devis Echandía), lo cierto es que el "onus probandi" implica la conveniencia para las partes de producir determinada prueba, y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable (ARAZI, La Prueba en el Proceso Civil, Ed. La Rocca, Bs. As., 1998, pág. 87/92)".----------

------ En relación a los principios que rigen la prueba, tiene dicho el Tribunal que "...tratándose el derecho a probar de un derecho subjetivo procesal, en atención al principio de libertad de prueba, ha de aceptarse que mientras la propuesta no resulta abiertamente impertinente, inidónea, inútil o inconducente, no corresponde limitar su objeto" (SI Nº 55/95, 34/SCA/01, 3 y 30/SCA/05 y 23/SCA/06).- Se trata por ello de un derecho de probar en el sentido que el juez acepte y practique los pedidos que la parte le formula, y que los tenga en cuenta en la sentencia o decisión, con independencia del resultado ///de su apreciación, por lo que procede admitir la prueba "por versar sobre cuestiones que prima facie no pueden ser consideradas ajenas al debate, sin perjuicio de apreciar su valor al dictar sentencia definitiva" (CS Fallos 196:170).----------

------ Que de conformidad al art. 457 del CPCC, hace a la esencia de la prueba pericial que para la apreciación de los hechos controvertidos se requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada, y así se ha resuelto: "si la prueba pericial ...guarda relación ...con las cuestiones ventiladas en autos y puede brindar elementos de convicción para resolver el litigio, corresponde desestimar la oposición planteada a la misma (arts. 359 y 363 del CPCC y 25 del CPCA), sin perjuicio de la valoración de las probanzas en la sentencia" (arts. 384 del CPCC y 25 del CPCA). (SCBA, elDial - WEB0B).----------

------ III.- Que con lo dicho debe atenderse la oposición formulada por el Instituto accionado contra la prueba Pericial Médica ofrecida por la accionante; pues conforme surge del Objeto de la demanda, por esta acción M. persigue *"...el cobro de diferencia de haberes jubilatorios... con más intereses..."*, y luego acusa de inconstitucional las normas previsionales por las cuales se determinó el "haber de prestación" que percibe desde que se encuentra en

///

condición de pasiva.- Ahora bien, los puntos propuestos referidos al estado de salud de la nombrada no guardan relación con el tema en debate, pues ni los propuso la actora, ni han sido motivo de la oposición por la ///accionada.- Al contrario, oportunamente consideró, examinó y evaluó el Organismo previsional provincial la condición psico-física de la accionante, y decidió que su incapacidad laboral era del 70% de acuerdo a la Ley N° 24241 y el Anexo I del Decreto N° 1290/94, modificado por el Dto. N° 478 en concordancia con la Ley N° 3923.- Así consta en el Dictamen de la Comisión Evaluadora obrante a fs. 6/9 del Expediente principal, al que alude el 1er. Considerando de la Resolución N° 403/07.- En consecuencia debe aceptarse la impugnación efectuada por el Organismo demandado.----------

------ IV.- Que distinta es la situación que se plantea en relación a la Pericia Contable, pues según fue descripta la pretensión actoral, ceñida al reclamo de diferencias dinerarias a las que afirma la accionante tener derecho y la distribución de las cargas probatorias establecidas por el art. 377° del CPCC., pesa sobre M. la acreditación definitiva del quantum de su pretensión.- A este fin conducen los Puntos 1) y 2) de la prueba pericial contable ofrecida, siendo este medio elegido, propio y atinado al objeto descripto, y dentro del marco de amplitud referido, puede aceptarse como adecuada la propuesta en el primero de ellos, atento su relación con la cuestión litigiosa, y sin perjuicio de ponderar su valor al momento de dictar sentencia definitiva.----------

------ Sin embargo, respecto al Punto 2) en verdad la fórmula que contiene es imprecisa, y bien aduce la accionada que debe complementarse con otro ítem, cual es el de requerir del experto la determinación de la diferencia

entre éste y el Punto 1), obteniendo de ///ese modo, la precisión necesaria que este tipo de prueba debe proporcionar a la Judicatura.----------

------ Que "...el requerimiento de la intervención pericial importa una interrogación al experto sobre la materia para la que es llamado con relación a los hechos del proceso..." (.) "... pueden las partes proponer cuestiones que quieren que el perito conteste, ó cuestiones a resolver por el perito las que pueden también ser determinadas por el juez como un *"plus"* en cuanto a elementos que desea conocer por medio de la experticia" (Conf.: Enrique FALCÓN - "Tratado de la Prueba" - Tomo II - Edit. Astrea -2003 -págs. 72/75 ).----------

------ Que por lo expuesto y atento la facultad conferida al Juez por el art. 460° del CPCC, es procedente ordenar al Perito Contador que oportunamente se designará indique como Punto 3) de la experticia a realizar qué diferencia dineraria surge entre lo que efectivamente percibió (Punto 1) y lo que debió percibir (Punto 2) la accionada en concepto de "haber de prestación" por idéntico período de tiempo que consideró en la experticia.----------

------ Que según el resultado del presente incidente, corresponde imponer las costas por su orden (art. 71° CPCC).----------

------ Que de conformidad con el art. 47° del Dto. Ley N° 2200 (T.O. Dto. N° 138/99) procede regular los honorarios del letrado interviniente por la actora en mérito de la eficacia de la labor ///desarrollada, y en relación con el resultado obtenido; en tanto no corresponde fijar estipendio a los letrados de la accionada (art. 2° del citado plexo normativo).----------

///

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

---------- **RESUELVE:** ----------

------ **1°) HACER LUGAR** a la oposición formulada por el Instituto de Seguridad Social y Seguros contra la prueba Pericial Médica ofrecida por la actora, la que en consecuencia queda excluida por los motivos expuestos en el Considerando respectivo.----------

------ **2°) AGREGAR** como Punto 3) de la prueba Pericial Contable a producirse en autos, el siguiente requerimiento: indique el Perito Contador *"...cuál es la diferencia dineraria que arroja el análisis de los Puntos 1) y 2) de la experticia.."*.----------

------ **3°) COSTAS** del incidente por su orden (art. 71° CPCC).----------

------ **4°) REGULAR** los honorarios del Apoderado de la actora, Dr. P. A., en el 10% de los que resulten regulados a los representantes procesales de su parte en la causa, con más el IVA si correspondiere (art. 6° inc. c y d, 33° y 47° del Dto. Ley N° 2200 - T.O. Dto. N° 138/99).----------

///--- **5°) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer – Daniel Luis Caneo . José Luis Pasutti.

Recibida y Registrada en Secretaría el 03/08/09 Bajo el N° 33/SCA/09