RAWSON, 27 de Agosto de 2009.-

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

------ Estos autos caratulados: "**S., A. J. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa**" (Expte. N° 21.521 - F° 109 - T II - Año 2008- Letra S).----------

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

------ Que la nombrada es, desde el 25 de Diciembre de 2006, beneficiaria de Pensión, la que fuera otorgada por Resolución N° 673/07 del I. de S. S. y S. en conjunto con su hijo J. A. F., como consecuencia del fallecimiento del Sr. C. A. F. -esposo y padre, respectivamente.----------

------ Que impetra esta acción contra el Organismo, pretendiendo *"...la rectificación del haber pasivo mensual... con más el cobro de las diferencias salariales que resulten de dicha rectificación, ... su actualización desde que cada suma fue debida, sus intereses y costas..."*(fs. 19 del Expte. principal).-
----

------ Aduce que el haber jubilatorio del causante era de PESOS OCHOCIENTOS SESENTA Y UNO con NOVENTA Y UN CENTAVOS ($861,91) más los adicionales respectivos, comentando que, al /// momento de practicarse la liquidación de la pensión que percibe, se dedujo nuevamente el porcentaje del 77,55%, advirtiendo que a esa suma *"...ya se le había deducido cuando obtuvo su retiro (16/02/93)..."*. Entonces -explica- aplicado el artículo 75° inc. 2) de la Ley N° 3923 el haber de pensión fue fijado en PESOS QUINIENTOS DIEZ ($ 510), y ello –alega- la perjudica económicamente, y acusa de enriquecimiento ilegal al Instituto accionado.----------

------ Que por su parte el Instituto demandado en el Apartado VI del escrito de contestación de demanda (fs. 29/35 y vta. también de las actuaciones principales) reconviene, explicando que en virtud de los cálculos realizados para el responde advierte que surge un crédito a su favor de PESOS CINCO con CINCUENTA Y DOS CENTAVOS ($ 5,52) por mes, que se liquidaron de más a la accionante, desde el 25 de Diciembre de 2006. Según explica, de conformidad con la modificación que la Ley N° 5334 introdujo al artículo 80° de la Ley N° 3923 a partir del 1° de abril del 2005, al encuadrarse el causante en una categoría distinta de aquélla que le había correspondido para la determinación de su primer haber, el importe que debía abonarse a F. era inferior al que efectivamente se le pagaba, lo cual observa – reitera- al momento de fijar el haber inicial de la prestación que la

///

accionante percibe junto con su hijo.----------

------ Reconoce el Organismo demandado que el valor liquidado a los causahabientes no es equivalente al 75% del que percibía el cónyuge de la accionante, no obstante -enfatiza- tampoco el haber jubilatorio del causante era de $ 861,91 ni el haber de pensión determinado es de $ 510. Realiza los cálculos correspondientes y con ellos expone que el

/// Instituto ha determinado el haber de pensión calculando el 75% sobre el 77,55% del haber del Sr. F..----------

------ Que, abierta a prueba la causa, la Sra. Á. S. ofrece (a fs. 1 del Cuaderno de Prueba Actora) pericial contable.----------

------ Solicita que el Perito Contador se expida sobre los siguientes puntos: 1) determine las diferencias salariales correspondientes tomando como base el haber jubilatorio mensual del causante de $ 861,91 sin la deducción errónea -según afirma- del porcentaje del 77,55%; 2) actualización de dichas diferencias desde que cada suma fue debida hasta su efectivo pago, tomando como base la Tasa activa del B. C. S.A. para sus operaciones de descuentos; 3) determine el

monto de la deuda y 4) toda otra cuestión que sea de interés para el proceso.----------

------ Que a fs. 2 del referido Cuaderno de Prueba se ordena correr traslado a la contraria sobre la admisibilidad de la pericia solicitada y la procedencia de los puntos propuestos, lo que es cumplido a fs. 3 y vta..--

------ Que a fs. 4 contestan los representantes procesales del Instituto demandado, manifestando en relación a la admisibilidad de la prueba ofrecida que nada objetarán pues -justifican- *"...esta parte, ha propuesto la producción de la referida prueba en la confianza de que ello ayudará a dilucidar los hechos en controversia..."*. Sin embargo, estiman que no todos los puntos propuestos por la accionante resultan procedentes, oponiéndose a que el Perito se pronuncie sobre eventuales /// diferencias salariales *"...tomando como base el haber jubilatorio del causante de $ 861,91..."*, porque ése, tal como se sostuvo en la contestación de la demanda -esgrimen- no es el haber mensual total del Sr. C. A. F. -esposo de la actora-. Consideran que no existe la "deducción errónea" alegada por S., razón por la cual -opinan- nada fundamenta que el perito actúe con esa información. Agregan *"...el Punto 2)... resulta también como una consecuencia natural de la supresión del punto 1)..."*. Consienten la producción de los puntos 3) y 4).----------

///

------ Que por otra parte, sostienen que los puntos de pericia propuestos en su escrito "Demandada Ofrece Pruebas" (fs. 1 Cuaderno de Prueba Demandada) se compadecen con las disidencias del debate y la pericial contable allí ofrecida, solicitando se ordene y produzca la misma.--------

------ En su ofrecimiento, la demandada pidió que el experto se expida sobre: a) cuál era el haber jubilatorio que le correspondía percibir a C. A. F. al 25 de Diciembre de 2006; b) calcule el 75% de ese monto, que ...constituye el haber inicial de la pensión; c) informe diferencias que pudieran surgir a favor del Instituto demandado o de la actora entre los montos determinados en el punto b) y lo que fijó la accionada como haber de pensión a la data mencionada.- Ofrecimiento del que se ordenó a fs. 2 traslado a la actora, cumplimentándose la diligencia a fs. 3 y vta, ambas del Cuaderno de Prueba de la Demandada, sin haber contestado la contraria el traslado conferido.-----

------ A su vez, de esta oposición formulada, se ordenó (fs. 5 CPA) traslado a la parte actora, quien nada alegó en el tiempo procesal oportuno.----------

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

------ I.- Que conforme ha expuesto esta Sala en Sentencia Interlocutoria N° 23/SCA/06 (“De 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)”.----------

------ Así lo han resuelto numerosos pronunciamientos de este Cuerpo, instituyendo como doctrina legal, que la carga de la prueba reposa sobre quien pretende crear en el convencimiento del juez la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fuente de sus derechos reclamados (CHIOVENDA - Instituciones de Derecho Procesal - Tomo III - pág. 204).- Y el art. 377 CPCC, distribuye entre las partes esa responsabilidad, otorgando al juzgador una verdadera regla de juicio sobre los hechos esenciales no probados por los litigantes: la ausencia de prueba determinará el contenido de la sentencia.- El accionante debe soportar las consecuencias del riesgo tomado, de no haber procurado al Tribunal la demostración de su derecho (STCH S.D. Nº 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/SCA/97, 6/SCA/98, 04/SCA/99, 15/SRE/99, 4, 10 y 15/SCA/00, 01/SCA/05, 11/SCA/06 entre otras).----------

///

///--- Asimismo, y 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" (S.I. 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).----------

------ II.- Que con lo dicho y atendiendo la oposición formulada por el Instituto accionado contra los puntos de pericia individualizados como 1) y 2) de la actora, dable es mencionar que el primero de ellos solicita al /// experto tome como base para la realización de la pericia la suma de $ 861,91, lo que contradice la demandada estimando que no era esa la cifra liquidada mensual y oportunamente al causante. Esto en cierto modo es coincidente con las expresiones de la accionante, pues no considera ese importe como "final". Recuérdese que al interponer la acción, en el libelo introductorio cuando S. se refiere al haber jubilatorio mensual del causante manifiesta *"...$ 861,91 más los adicionales correspondientes..."* (fs. 19 del principal).- De ello se colige que la nombrada *pretende que el perito especifique el dinero que* ***efectivamente*** *percibía su extinto esposo* como beneficiario del Organismo accionado, determine las diferencias con lo liquidado por el ISSyS, y una vez establecido ese valor indique el interés que corresponde aplicar desde que -dice- cada suma se le adeuda.----------

------ Ello coincide con el objeto mismo de la pretensión; véase que demanda la rectificación del haber de prestación afirmando que hay una diferencia dineraria entre lo que debía cobrar y lo *efectivamente* percibido por su esposo, y por ende le corresponde la carga de esta prueba, como al Instituto –que viene a reconvenir- la que acredite

cuánto debió cobrar en concepto de haber previsional el causante (según lo propuso como Punto de la pericia) para así justificar su liquidación.- Cuáles son los cálculos a aplicar, dependerá del derecho que asista a las partes a declararse en el fallo definitivo.----------

------ Que es cierto entonces, que la suma indicada por la actora como punto de partida para la pericia, no satisface plenamente el objetivo de la acción ni ilustra acabadamente al Tribunal, por lo que a fin de dar

/// mayor justeza y completividad a la misma, en mérito de la facultad conferida por el art. 460° del C.P.C.C., es procedente modificar el Punto 1) propuesto por la Sra. S. y ordenar que el Perito Contador que oportunamente se designará se expida –como punto 1) determinando las diferencias correspondientes entre el haber fijado a la actora por el ISSyS, y el que estima le corresponde, tomando como base el haber jubilatorio mensual que el causante efectivamente percibió sobre el que se aplicará el 75% (art. 75 inc. 2 de Ley N° 3923), y como punto 2) actualizará dichas diferencias desde que cada suma se estima debida hasta la fecha de la experticia a Tasa Activa del B. C. S.A. para sus operaciones de descuentos.- Ello a más de los puntos propuestos como 3) y 4) que no merecieron observación, y los ofrecidos por el ISSyS.----------

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

------ Que si bien el art. 47° del Dto. Ley N° 2200 (T.O. Dto. N° 138/99) impone la necesidad de regular los honorarios de los profesionales intervinientes, es de señalar que la actora no contestó la oposición del Instituto demandado ni se pronunció en relación a los puntos de pericia ofrecidos por la contraria; por lo tanto, no procede la regulación de los honorarios profesionales del letrado de la Sra. S.. Por otra parte, tampoco corresponde fijar los estipendios de los representantes legales de la accionada, de conformidad a lo prescripto en el art. 2° del citado plexo normativo.----------

------ 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**: ----------

------ **1°) RECHAZAR** la oposición formulada por el Instituto demandado a los Puntos 1) y 2) de la prueba pericial contable ofrecida por la actora.----------

///

------ 2°) **MODIFICAR** el Punto 1) de la Pericial Contable propuesta por la actora, debiendo la experticia "determinar las diferencias correspondientes entre el haber fijado a la actora por el ISSyS, y el que estima le corresponde, tomando como base el haber jubilatorio mensual que el causante efectivamente percibió sobre el que se aplicará el 75% (art. 75 inc. 2 de Ley N° 3923) - (art. 460° CPCC).----------

------ 3°) **COSTAS** del incidente por su orden (art. 71° CPCC), sin que corresponda regular honorarios.----------

------ 4°) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

La presente se firma con dos miembros de la Sala por encontrarse el Sr. Ministro -Dr. Fernando S. L. Royer- en uso de licencia.----------

Fdo. Dres. Daniel Luis Caneo – José Luis Pasutti.

Recibida y Registrada en Secretaría el 28/08/09 Bajo el N° 38/SCA/09