RAWSON, 21 de agosto de 2014.-

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

------ Estos autos caratulados: **“G., J. O. c/ I. d. S. S. y S. d. C. s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 23.260 -G- 2013)**.-----------

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

------ I.- Que a fs. 104/111, el señor J. O. G. promueve -en calidad de policía jubilado- demanda contencioso administrativa contra el I. d. S. S. y S. d. C. Por la misma, persigue el cobro de diferencias de haberes previsionales entre lo que percibe conforme el cargo de Comisario Inspector con 38 años de antigüedad y las que estima le corresponden por aplicación del art. 147 de la Ley XIX N° 8 –DJ. Ello, “con una retroactividad de 5 años contados desde... el 05/05/11”, a más de la regularización a futuro de dichos haberes e intereses, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. Con costas.----------

------ II.- Conferido el traslado de rigor, a fs. 127/130 la demandada opone, como excepción de previo y especial pronunciamiento, su falta de legitimación pasiva en los presentes (art. 350 inc. 3 CPCC).----------

///--- Explica que es un organismo autárquico establecido en el marco de la Constitución Nacional (art. 125), previsto en el art. 76 de la Carta

///

Magna local, habiéndosele encomendado la administración de los recursos que se recauden con destino a los regímenes de previsión y de seguridad social.----------

------ Advierte que en la manda constitucional, bajo el título "Administración de aportes", el constituyente enfatizó la prohibición de darle a éstos un destino distinto para el cual fueron creados. Y que la actora invoca normas que carecen de conexión con el mismo.----------

--- Manifiesta que liquida los haberes previsionales en la forma prevista en la reglamentación específica (arts. 80 y siguientes de la Ley XVIII N° 32), a cuyo fin utiliza como base las remuneraciones que efectivamente perciben los activos y no sumas potenciales o aquellas a cuya percepción se creen con derecho pero que realmente no perciben, y más importante -aclara- sobre los que no se han realizado aportes. Transcribe el art. 86.----

------ Dice que de lo expuesto surge claramente que no es a ese organismo a quien debe reclamar la actora la adecuación de sus haberes previsionales en tanto ellos se ajustan a lo establecido en la normativa respectiva (arts. 26 y 80 de la Ley XVIII N° 32). Expresa que la pretensión se dirige a discutir la base del cálculo utilizada, esto es, la remuneración de los activos, cuestión que le es ajena y que no puede modificar ya que no es el que paga los sueldos de los policías en actividad ni fija las pautas salariales de los efectivos.----------

------ Coincide con la accionante en que el haber del retiro depende de las remuneraciones percibidas mientras se encontraba en actividad ya que

sobre dicha base se determina el haber inicial. Afirma que el aporte ///constituye el sustento y financiación del sistema previsional, de cuyas sumas se abonan los haberes de los pasivos.----------

------ Aduce que si hubiera percibido los rubros que reclama mientras se hallaba en actividad, los mismos formarían parte de la determinación de su haber inicial de retiro; y que el cuestionamiento debería haber sido la existencia de un error o un incumplimiento en el haber fijado por ese Instituto. Pero, según indica, la demandante ni siquiera roza un cuestionamiento de ese tipo. Y no lo hace, asevera, porque no existe objeción alguna.----------

------ Señala que queda claro para ambas partes que no se cuestiona el haber inicial sino la base de cálculo que se utiliza respecto a los haberes de los activos, algo en lo cual no tiene ni puede tener injerencia. Aduna jurisprudencia.----------

------ Sostiene que la otra vía por la cual podría cuestionarse su obrar es la movilidad. Comenta que tampoco en este aspecto surge cuestionamiento alguno ni se objeta que el haber de pasividad se halla desconectado, desvinculado o apartado de la remuneración que efectivamente percibe el activo por lo que, entonces, colapsa toda acción que se entable en su contra. ----------

------ Transcribe párrafos de la sentencia dictada por esta Sala en autos “D. L. V...” (Expte. N° 22.544-D-2011). Considera que en ella se

///

establecieron criterios que permiten discernir la correcta resolución de los presentes. ----------

///--- Agrega que en las actuaciones que la actora iniciara contra la Provincia del Chubut (Expte. N° 22.522 -G- 2011), se declaró la falta de legitimación pasiva ante el mismo reclamo. Estima que su procedencia tanto en ese caso como en el presente resulta de la errónea pretensión de la accionante. En el primer caso, explica, le exige prestaciones de carácter previsional a la Provincia y, en autos, las que reclama a ese organismo son de carácter salarial. Aduce que lo correcto hubiera sido que las de carácter salarial las exija a la Provincia para luego, en caso de ser reconocidas, solicitar a ese Instituto la adecuación de los haberes previsionales a los salarios de los activos.----------

------ Arguye que de lo expuesto surge manifiesta la ausencia de la necesaria identidad entre la persona habilitada para contradecir la acción, esto es, quien establece el sueldo de los activos y quien ha sido demandado, mero pagador que utiliza como base de cálculo del haber el efectivo sueldo percibido por un activo en igual cargo y jerarquía. Cita jurisprudencia.----------

------ III.- Cumplido el respectivo traslado, la actora solicita su rechazo. Con costas (fs. 150/151 y vta.).----------

------ Aclara que no se reclaman diferencias salariales ni prestaciones de carácter salarial sino diferencias en el haber previsional, derivadas de la aplicación del art. 147 de la Ley XIX N° 8. Por ello, entiende que las afirmaciones realizadas por la demandada respecto del objeto de la

demanda no se corresponde con lo peticionado, por lo que deviene inconducente la jurisprudencia citada sobre el particular.----------

------ Afirma que en la sentencia recaída en la acción que impetrara contra la Provincia del Chubut, en la que se formulara idéntico reclamo al planteado en autos, se declaró la falta de legitimación de aquélla para ser ///demandada en atención a que la administración del régimen previsional fue asignada al I.----------

------ Transcribe la opinión del señor Procurador General expuesta en dichos autos y jurisprudencia de esta Sala en la que, según cree, se sostiene igual criterio.----------

------ Dice que una vez obtenido el haber jubilatorio, quien lo fija y modifica es el I. Y que, para ello, la Ley XVIII N° 32 ha establecido la movilidad de los beneficios jubilatorios en función de los aumentos acordados al personal en actividad, de manera que exista una proporcionalidad entre ambos, lo que les permitirá mantener el nivel de vida que tenían. Transcribe el art. 86 de la citada normativa.----------

------ En consecuencia, colige que el legitimado para ser demandado en los presentes es el I., en tanto el objeto de la acción es el cobro de diferencias previsionales.----------

------ IV.- Girados los presentes a dictamen del señor Procurador General, se expide a fs. 153 y vta.. Dada la analogía existente entre la situación que se ha planteado y la resuelta mediante Sentencia Interlocutoria N°

34/SCA/12, propicia se haga lugar a la excepción opuesta por la demandada, en base a las consideraciones allí expuestas.----------

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

///--- I.- Tal y como lo afirmaran el referido Magistrado y la demandada, la cuestión ventilada en autos guarda estrecha similitud con la resuelta por esta Sala in re: “D. L. V...” (Expte. N° 22.544 -D-2011).-------

------ En dicha oportunidad, se expuso “Que la legitimación para obrar o procesal -ad caussam- es un requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender -legitimación activa- y para contradecir -legitimación pasiva- respecto de la materia sobre la cual el proceso versa (SD Nº 24 y 25/95; 1/SCA/96; 12, 13 y 14/SCA/97, 3 y 4/SCA/98 y 01 y 15/SCA/99, entre muchas, en concordancia con la doctrina sentada al respecto DE SANTO, el Proceso Civil, TºI, pág. 616/617; PALACIO, Derecho Procesal Civil, T I, pág. 405; R. DROMI, Grouz, 1986, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, pág. 41/42, entre otros)”.----------

------ Se afirmó además “Que aquélla ha sido definida por la doctrina como “la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso y que en la mayoría de los casos coincide con la relación jurídica sustancial” de tal modo que *su falta*, consiste en la ausencia de esa cualidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien está concedida, o entre la

persona del demandado y aquélla contra la cual se concede.- O, en otros términos, cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso, y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (DE SANTO, con cita de COLOMBO y PALACIO – Ibidem).- Coincidentemente, la jurisprudencia circunscribe la legitimación al "ámbito del vínculo entre las partes y la relación jurídica sustancial, a la posición jurídica que concierne a los sujetos con ///relación al objeto del juicio" (LL 1979-D-35, ED 84-583 – STCH SI Nº 59/SCA/04)".----------

------ Y se amplió en cuanto a que "… esta Falta de Legitimación -tal como ha sido definida- se identifica, se ha dicho, con la tradicionalmente denominada de "falta de acción" (sine actione agit), a la cual se ha agregado, como requisito de admisibilidad para poder resolverse en carácter de artículo de previo y especial pronunciamiento, el consistente en que aparezca en forma ***manifiesta***. Ello equivale, "a que pueda resolverse con los elementos arrimados a la causa y su acreditación surja de ellos sin necesidad de producción de prueba" (KIELMANOVICH, citado por Eduardo Sirkin en "Apuntes sobre la legitimación procesal y la excepción previa como manifiesta", publicado el 16/09/2010 en elDial.com - DC143B)".----------

----- En este sentido, también en la SI Nº 59/SCA/04 se señaló que*:* "es aconsejable que las cuestiones referidas a los requisitos de la acción sean resueltas con carácter previo, eliminando del proceso toda cuestión que no permita un pronunciamiento sobre el fondo. El juez debe examinar,

///

primero, si no existen elementos para regular la constitución del proceso; en segundo lugar, si se han cumplido las condiciones para dar curso a la acción, y en tercer lugar, si la pretensión es fundada. Las dos primeras cuestiones debe decidirlas antes de entrar al fondo del asunto" (En "La Legitimación" – Homenaje al Prof. Dr. Lino Enrique PALACIO – Abeledo Perrot – Roland ARAZI y otros- pág. 30/33, con cita de CHIOVENDA y FAIRÉN GUILLÉN)".----------

///--- Que por ello, "… cabe la posibilidad del análisis oficioso del juez, por cuanto la conformación regular de la traba de la litis, que se vincula con la estructuración adecuada de la relación jurídica procesal, es uno de los presupuestos básicos del proceso, que debe ser controlado oficiosamente por el iudicante. De ello ha de deducirse, que aún cuando fuere opuesta como defensa de fondo -o no fuere concretamente opuesta- y *con mayor razón si se deduce la excepción*, si el juzgador advierte una falta de legitimación manifiesta, así debe declararlo, por cuanto el permitir la tramitación del proceso en todas sus etapas importaría favorecer el dispendio de energía jurisdiccional violentando el principio de ahorro procesal (conf. SI Nº 15/SCA/99)".----------

------ II.- Que -debe recordarse- en el marco del Derecho Público, la relación jurídica está dada por "la actividad estatal, que se exterioriza de diferentes maneras (ley, reglamento, contrato, acto...), y genera consecuencias de tipo jurídico que instituyen recíprocamente derechos y deberes correlativos, los que se delimitan según la correspondencia entre las situaciones en que se encuentren cada uno de ellos respectivamente. La relación jurídica se da así ***cuando la situación de poder (derecho) en***

la que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación de deber (obligación) del otro.- En este marco referencial que es la relación, la ubicación o disposición jurídica de un sujeto, es lo que caracteriza su situación jurídica." (DROMI -Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública - GROUZ 1986 - pág. 41/42; SI Nº 59/SCA/04)".----------

------ "Esta situación jurídica subjetiva es entonces la que delimita la legitimación, y no es un mero requisito procesal de la demanda, sino de la pretensión"(conf. SI N° 31, 33 y 34/SCA/2012, 15 y 30 SCA/2013, entre muchas) Se sostuvo también que "… el discernimiento de la legitimación sustancial impone -de acuerdo a lo expuesto- atender en ///concreto a la relación jurídica en cuyo molde está inserta la situación jurídica subjetiva que delimita el "thema decidendum" en cada caso" (Sentencia Interlocutoria N° 34/SCA/12).----------

------ III.- Que mediante su pretensión la actora requiere el pago de diferencias previsionales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 147 de la Ley XIX N° 8, esto es, la normativa que regula las relaciones jurídicas propias del régimen estatutario y escalafonario de los agentes dependientes de la Policía provincial -derechos y obligaciones correlativos- en situación de actividad. Ello evidencia que el marco de correspondencia entre la situación jurídica dada por el derecho invocado no condice con la situación de deber -obligación de quien ha sido demandada-, en el marco de la relación jurídica que puede darse entre estas partes. En efecto, en extremo disímil se encuentran las de aquella – I.- prescriptas por la Ley XVIII N° 32, que estipula las relaciones

jurídicas en el sistema de Jubilaciones y Pensiones de todo el personal de la Administración Pública, Policial incluido, estatuyendo las condiciones -derechos y obligaciones- de la situación de pasividad.----------

------ Se manifestaba también en el fallo glosado que “El derecho al salario que está preceptuando la norma invocada, es diferente del derecho al haber jubilatorio.- Su misma causa es distinta: si aquél la encuentra en trabajo efectivamente realizado (ver FIORINI -Derecho Administrativo Tº 1, Ed. Abeledo Perrot 1976 - pág. 830/831), éste la halla en ser consecuencia de la remuneración que percibía el activo, una vez cesada esa actividad y como débito de la comunidad por dicho servicio (Conc. CS Fallos 293-235)”.----------
///--- Se dijo allí que “…el salario es debido a los dependientes por el empleador; en tanto el haber jubilatorio, es debido -una vez obtenida la condición de beneficiario del sistema previsional- por el organismo que administre el régimen de jubilaciones y pensiones. Para el caso, el I. d. S. S. y S. d. l. P., tal y como lo estipula la Ley XVIII N° 32 -antes Ley N° 3923- ente autárquico con capacidad de derecho público y privado (arts. 2 y 3), entre cuyas obligaciones se ha previsto la de acordar, denegar y disponer el pago de los beneficios estatuidos por el régimen que administra (art. 5 inc. ll), cuyo capital está constituido esencialmente por los ***aportes que empleado y empleador deben realizar en base al salario de los agentes comprendidos*** (art. 10 incs. a.1), a,2), b, e))”.----------

------ Y se precisó que “No en vano la jurisprudencia alude a las Cajas de Jubilaciones como entes “pagadores”. Precisamente analizando la

legitimación pasiva ante pretensiones de pago de reajustes de pensiones y retiros en las Fuerzas Armadas, se ha interpretado -atendiendo a su propio régimen- "*se deduce que el Instituto de Ayuda Financiera* ***es un mero ente pagador, no hallándose legitimado para intervenir en un proceso en el que se persigue el reconocimiento de la naturaleza salarial de los suplementos… y su inclusión en el concepto sueldo, a los fines de la determinación del haber de pasividad, cuestiones éstas que competen al Estado Nacional*** (*cfr. C.N.A.Cont.Adm.Fed., Sala II, sent. del 21.04.94, González, Alfredo O. c/ E.N. ; ídem sent. del 20.08.96, Aguilar Benítez, Mario y otros c/ E.N.; Sala I, sent. del 27.02.98, Tognola, Américo Rafael c/ I.A.F.)"* (CFACBA-SS-en "Quinteros, Jorge Alberto…" del 28/3/03- MJ-REP-M-109316-AR | REP109316). Citando este mismo precedente esta Cámara Federal en "Sbarbi Osuna…" del 18/4/05 (MJ-REP-M-109274-AR- REP109274), considerando la persona demandada, dijo que "*el* ***Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Pensiones y Retiros Militares es una entidad autárquica, con ///personería jurídica e individualidad financiera (art. 1 , ley 22.919), cuya competencia queda circunscripta a ... liquidar y abonar los haberes de retiro y pensiones militares conforme lo establecido por las leyes (art. 2 de la ley citada),*** confirmando con ello una sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva y afirmando *que "la pretensión tendiente a obtener el reconocimiento del carácter salarial de distintos suplementos* ***es ajena a la actividad del Instituto…*** *(cfr. en igual sentido, C.N.A. Cont.Adm.Fed., Sala II, sent. del 21.04.94, González, Alfredo c/ E.N. ; C.F.S.S., Sala II, sent. del 28.03.03, Quinteros, Jorge Alberto c/ E.N. - Ministerio de Defensa)".*----------

///

------ III.1.- Además se consideró, en el pronunciamiento que venimos recordando, que "…el ordenamiento dado por Ley XVIII N° 32, ha asegurado que los beneficios acordados sean "móviles", esto es, la jubilación debe ser un sustituto del salario, ***de manera que permita al beneficiario mantener en la pasividad el nivel de vida que él tenía en actividad***, derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que este Tribunal ha desarrollado abundantemente en SD N° 1/SCA/02 (in re "A.") y en SI Nº 42 y 43/SCA/08 y ha sido asegurado por la Corte Nacional en numerosos fallos (307:2376; 312:1061; 313:254 -el segundo fallo de la Corte Suprema en el caso "Badaro"- RDLSS 2008- A- 291). Movilidad que como se dijo en el primer pronunciamiento citado "no es otra cosa que *la adecuación del haber al nivel general de las remuneraciones de la clase activa en función de las variaciones que en ese nivel se producen*".----------

///--- De este modo se fijó: "Consecuente, el art. 86 impone al Instituto su actualización de oficio, ***pero***, ***luego de "haber ingresado los aportes correspondientes al primer mes de aplicación de la norma que haya dispuesto las modificaciones de los sueldos del personal en actividad"*** y ***"…en la misma proporción en que se aumente la remuneración del activo, considerándose la escala salarial que en cada caso corresponda".***----------

------ Es por ello que "Frente a la clara letra de la ley, no puede admitirse hermenéutica desnaturalizante: los cálculos los debe hacer primero el empleador para el salario de los activos, luego el I. calculará y pagará

///

proporcionalmente, el que pudiere corresponder como haber previsional".----------

------ III.2.- Según se explicó: "De lo antes dicho no puede deducirse que el jubilado o retirado no pueda reclamar "diferencias salariales" derivadas de su relación de empleo, que estima que ilegítimamente no le han sido abonadas en períodos de actividad. Pero las mismas no integran el "haber previsional" sino el salario del activo. En tal supuesto, el "obligado" a cumplir con su pago es el empleador, y debatido su incumplimiento en juicio, no caben dudas que éste es el contradictor necesario, el legitimado pasivo. Sólo una vez reconocidas y abonadas por aquél, descontados y depositados los aportes, estas sumas podrán ser consideradas en el marco del régimen para incrementar sus "haberes previsionales", y ser demandado su reconocimiento al Organismo Previsional con base en la movilidad".----------

------ De este modo, como se afirmó, "...resulta ostensible que más allá de los términos con que se describa la pretensión, lo que interesa a los efectos de discernir el legitimado pasivo no es sino el efecto que el accionante busca obtener con la sentencia: reajuste del haber previsional ///o diferencias salariales que no le fueron abonadas en períodos de actividad. Ni más ni menos -se insiste- el marco de la "relación jurídica" en que se desenvuelve la "situación jurídica" particular que genera la obligación cuyo cumplimiento se demanda".----------

------ V.- Recuérdese que la presente demanda fue incoada, primeramente, contra la Provincia del Chubut y que, advertida de oficio

///

por esta Sala la falta de legitimación pasiva de aquélla, así la declara (Sentencia Interlocutoria N° 15/SCA/13).----------

------ En dicha ocasión, se expuso “En tanto el legítimo contradictor de la pretensión del actor, el obligado al pago requerido según lo explicado no es la Provincia del Chubut, no es aquélla contra quien procede la acción impetrada en este proceso, y así debe declararse poniendo fin al mismo ...” (punto IV, in fine, de los considerandos). De la completa lectura del mismo puede advertirse que de ningún modo se sugirió o indicó que fuera el I. el legitimado pasivo para entender en autos, como insinúa ahora la actora.----------

------ Su yerro provoca cierto desconcierto más aún cuando en el libelo inicial se leen expresiones como “Todos estos conceptos (refiere a los adicionales incorporados por decretos al haber mensual del personal de la Policía Federal) deberán considerarse en primer término para la obtención del haber mensual -88%- que debe percibir un comisario inspector en actividad, y una vez obtenido ese importe, el 82% del mismo que le corresponde al reclamante como haber jubilatorio” (fs. 106). Y que “No puede desconocerse la normativa que fija la base en función de la ///que deben establecerse los haberes del personal en actividad, así como tampoco el derecho del personal retirado a que se le abone su jubilación tomando en cuenta dichos haberes” (fs. 108 vta.). Es decir, el razonamiento del accionante es el correcto, siendo incomprensible los términos en que expone su reclamo.----------

///

------ Conviene precisar entonces que la demanda que instaura tiene como fuente un derecho de naturaleza salarial, no reconocido mientras se encontraba en situación de actividad, ni reconocido aún al personal que se desempeña en actividad, de lo que dan acabada cuenta los procesos por éstos instaurados, de trámite ante esta Sala. La relación jurídica que determina la obligación y el derecho demandado es de empleo, distinta -como se dijo- de la relación jurídica de pasividad, de la cual sólo puede derivarse la obligación y correlato derecho a la movilidad en las condiciones explicadas. ----------

------ Si como expresó este Cuerpo en la SI. N° 47/SCA/98 (in re "Morales") -con cita de la Corte Suprema de Santa Fe en LL-XXI- 1005- ***"...los acrecimientos sucesivos de una jubilación móvil están regidos por las variaciones en más producidas en la remuneración asignada al cargo, oficio o función del que era titular el afiliado***…", cuando la actora afirma que no se ha incrementado el haber del personal en actividad, está manifestando tácitamente que no se ha producido un desequilibrio en la proporción que de aquél les corresponde mantener como jubilados o retirados, que pueda afectar el derecho a la movilidad que es obligación del I. resguardar. ----------

------ Repárese que de hacerse lugar a la pretensión de G. se llegaría al dislate de colocar a los agentes en situación de pasividad en una posición más ventajosa respecto de los propios activos quienes aún no han logrado el reconocimiento del derecho que creen les asiste. Ello, ///con el consiguiente perjuicio irreparable para la Caja Previsional y para todos sus afiliados ante la falta de ingreso los aportes respectivos.---------

///

------ VI.- En consecuencia, debe hacerse lugar a la excepción opuesta por la demandada (art. 350 inc. 3 CPCC), con costas a la actora en el incidente y en el proceso (arts. 69 y 70 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) HACER LUGAR** a la excepción de Falta de Legitimación Pasiva opuesta por el I. d. S. S. y S. de la Provincia del Chubut, demandado en estos autos.----------

------ **2º) COSTAS** en el Incidente y en el proceso a la actora (arts. 69 y 70 CPCC).----------

------ **3º) REGULAR** los honorarios de los profesionales intervinientes en este proceso, por la actora, Dres. R. A. S., R. J. M. C. y L. G. G. y, por la demandada, Dres. M. J. R. C. y S. D., en ambos casos de manera conjunta, por la primera etapa del proceso en 1/3 de veinticuatro (24) Jus; y por este incidente, en ocho (8) Jus. Todo de conformidad con los arts. 7, 9, 32, 37 y 46 de Ley XIII Nº 4 y con más IVA si correspondiere.----------

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

Fdo. Dres. José L. Pasutti, Fernando S.L. Royer y Jorge Pfleger.

Recibida y registrada en Secretaría el 03/09/14 bajo el N° 42/SCA/2014

///

///