------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 25 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo los integrantes de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia, con la Presidencia del Ministro Dr. Miguel Ángel Donnet y asistencia de los señores Ministros Dres. Mario Luis Vivas y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"F., R. O. c/Instituto de Seguridad Social y Seguros s/Demanda Contencioso Administrativo (Expte. N°24.893-Año 2.018)"**. Teniendo en cuenta lo dispuesto por los Acuerdos Plenarios N°4.609/18 y 4.617/18 y el Acuerdo de la Sala Civil N° 715/17, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Panizzi, Vivas y Donnet. -

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente la demanda? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? ----------

------ A la primera cuestión el Ministro Panizzi, dijo: ----------

------ **I. Breve relación de los antecedentes del caso.** ----------

------ 1. La demanda. ----------

------ En las hojas 14/18, a través de su apoderada, el señor R. O. F. promueve demanda contencioso administrativa contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (en adelante ISSyS), persiguiendo el reajuste de su haber previsional. ----------

------ En el apartado "Hechos" narra que aquel participó como soldado conscripto en las acciones bélicas desarrolladas en las Islas Malvinas, por lo que accedió al beneficio jubilatorio previsto en la Ley XVIII N°50, modificada por la Ley XVIII N°93, otorgado por Resolución N°955/16 del ISSyS. Esta se notificó al actor el día 27 de septiembre del año 2.016.

------ Comenta que al percibir el primer haber jubilatorio, el señor F. entendió, por su importe, que el ISSyS no había tomado para determinarlo, la mejor remuneración del mayor cargo desempeñado, como establece el artículo 3° de la Ley XVIII N°93, promediándose los haberes que había cobrado por su trabajo como dependiente de la Municipalidad de Trelew.-
------ Advierte que como aún no se le había comunicado aquel acto administrativo, el 20 de septiembre del año 2.016 el actor reclamó la revisión del referido cálculo, en la inteligencia de que había existido un error en la liquidación del haber inicial. Transcribe los argumentos vertidos en su reclamo (hojas 14 vta./15). Manifiesta que el 03/10/16 recibió la Nota N°5445/16 del Departamento Legislación y Estadística del organismo demandado, en la que se informaba que su presentación era desestimada. Además, se explicaba: *"…la categoría 2do. Jefe de División*

3ra. que desempeñó en el B. D. C., la detentó por dos años y once meses, por lo que no habría alcanzado los tres años en ese cargo… artículo 3 de la legislación vigente" (hoja 15). ----------

------ Seguidamente el señor F. interpuso por ante el Directorio del ISSyS, recurso de reconsideración contra aquella Resolución N°955/16 y contra la nota descripta en el párrafo anterior, que describió textualmente a lo largo de las hojas 15/16. Entre otras cosas, en esa queja mencionaba encontrarse protegido por una legislación *"…exclusiva y diferenciada que pretendió amparar a aquellos ciudadanos que defendimos a la Patria como soldados conscriptos en Malvinas…"*. Adujo el actor, que apartándose del régimen general, el legislador pretendió que al determinar el haber de esos beneficiarios se les computaran los tres años de la mejor remuneración actualizada que hubiesen percibido en el mayor cargo desempeñado. ----------

------ Acusa que en la Resolución recurrida, el ISSyS, al efectuar dicha operación aritmética, lo hizo con los haberes que percibió el señor F. como dependiente de la Municipalidad de Trelew, omitiendo las mejores remuneraciones actualizadas del mayor cargo desempeñado. Porque, según describe, se había acreditado en el expediente administrativo que también trabajó en el B. D. C., revistando en las siguientes categorías: Auxiliar desde el 01/11/83 al 31/10/88 (5 años y 1 día), Ayudante de Firma del 01/11/88 al 30/09/89 (11 meses) y como 2° Jefe División 3ra desde el 01/10/89 al 31/08/92 (2 años y 11 meses). Indica que para determinar su jubilación debió efectuarse el cálculo conforme la remuneración actualizada de esta última categoría, que es la de mayor categoría. --------

------ Recuerda que, en aquella petición, el señor F. argumentó: "*…no alcanzando a tres los años desempeñados en la categoría 2° Jefe Div 3ª, el mes faltante debiera computarse tomando la mejor remuneración del cargo Ayudante de Firma, que es el siguiente en mayor jerarquía…"* (hoja 15 vta. *in fine*). Y que añadió: "*… ese sería el mecanismo correcto y respetuoso de la voluntad legislativa para determinar el haber jubilatorio… computar los mejores haberes actualizados percibidos…"* (hoja 16). En otro párrafo de su nota, alegaba que el Organismo demandado debía haber actualizado las remuneraciones correspondientes al cargo de Auxiliar en el B. D. C., que importaba uno de mayor jerarquía y mejor remunerado que el desempeñado en la Municipalidad de Trelew.
------ Señala que dicho planteo fue rechazado por el Directorio del ISSyS por Resolución N°174/19; que **redeterminó** el haber de prestación de F.. Para ello, completa, tomó el cargo de Auxiliar desempeñado durante más de cinco años en el B. D. C. y lo sustentó en el artículo 1° de la Ley XVIII N°93. Explica que, al no existir más recursos administrativos contra esa decisión, quedó expedita esta vía. ----------
------ Argumenta en el acápite IV del escrito inicial, que por esa legislación se instaura un régimen previsional especial, exclusivo y diferenciado que,

según interpreta, debe aplicarse de conformidad con la excepcionalidad que contiene. Destaca que sólo abarca a un "grupo cerrado de integrantes", constituido por los soldados conscriptos que participaron de las acciones bélicas desarrolladas entre el 2 de abril y el 16 de junio (de 1.982) en el Teatro de Operación Militar y que actualmente sean afiliados activos o ex afiliados, que hayan sido trabajadores del Estado Provincial dados de baja con anterioridad a esta Ley. ----------

------ Enfatiza que el art. 3° de esa "ley especial" que describe, establece que el haber de prestación será equivalente al 74% del haber mensual de los tres (3) años de la mejor remuneración actualizada que el beneficiario hubiere percibido en el mayor cargo desempeñado. Controvierte la interpretación que de ese precepto hace el Organismo demandado y fundamenta que *"…en el caso de F.… acreditó 2 años y 11 meses… por lo que el ISSyS descartó considerar ese cargo para calcular el haber por cuanto, a su criterio, le faltaba un mes de desempeño en esa jerarquía…"*. Agrega: *"…atendiendo a la excepcionalidad del sistema previsional diferenciado… es claro que la intención del legislador ha sido tener en cuenta* ***el promedio de los tres mejores años de remuneraciones actualizadas del mayor cargo desempeñado****…"*. Y concluye: "*…no alcanzando los tres años… en la categoría de 2° Jefe Div 3ª. el mes faltante debiera computarse tomando la remuneración del cargo Ayudante de Firma, que es el de siguiente mayor jerarquía…"* (hoja 17).
------ Considera que ese es el mecanismo correcto, insiste en que la voluntad del legislador ha sido computar los mejores haberes percibidos, destaca que el Instituto demandado en el último párrafo de la Resolución N°174/19 recordó que en materia de Derecho Previsional prevalece el principio conforme el cual, en caso de duda, debe estarse siempre por la condición más favorable al beneficiario. En el caso, finiquita, la interpretación de la norma más beneficiosa es la propuesta por la parte actora (hoja 17 vta.). ----------

------ A continuación, manifiesta que el modo en que se redeterminó el haber de prestación jubilatoria causó perjuicio al señor F. y explica que ello es así pues tiene asignada una remuneración notoriamente inferior a la de 2° Jefe, División 3° y al Ayudante de Firma. Detalló en el apartado VI la prueba documental que acompañó con el escrito inicial y la que se encuentra en poder de la demandada. En el VII efectuó el petitorio de estilo. ----------
------- 2. La contestación de la demanda. ----------
------- Ordenado y corrido el traslado respectivo, los representantes procesales del ISSyS contestan la acción en las hojas 32/35 y vta. Solicitan su total rechazo, con costas. ----------
------ Efectúan una negativa genérica y pormenorizada de las afirmaciones vertidas en la demanda. Puntualmente niegan que la normativa aplicable establezca la interpretación que el accionante pretende darle, que el ISSyS se hubiera apartado de esta, o que la hubiese interpretado erróneamente; que lo buscado por el legislador haya sido que el promedio se determine

de los tres mejores años de remuneraciones, ni que el mecanismo descripto por F. sea el correcto para determinar su haber. Sostienen que es falso que exista perjuicio para el actor, y que sea procedente la demanda. ----------

------ En el acápite subtitulado "Antecedentes", mencionan en extenso la historia previsional del señor F. y describen su pretensión. La sintetizan así: *"…el objeto de la acción es que se reajuste el haber del actor sobre la única y exclusiva base de sostener que el Instituto… ha aplicado mal la Ley… que debió interpretar la norma… de la manera que él establece…"* (hoja 33 y vta.). ----------

------ Controvierten la postura del accionante con cita de un precedente de esta Sala, relativo al modo en que debe realizarse la aplicación de las leyes cuando su texto es claro y expreso. Trasladan esto al caso concreto y, según advierten, así sucede con el art. 3° de la Ley XVIII N°50 que reza: "*…El haber de prestación exclusiva y diferenciada que se acuerda por imperio de la presente Ley especial, será equivalente al* ***setenta y cuatro por ciento (74%) del haber mensual de los tres (3) años de mejor remuneración actualizada que el beneficiario hubiere percibido en el mayor cargo desempeñado…"*** (hoja 34). Enfatizan que F. subrayó de este precepto, la parte que menciona "*la mejor remuneración actualizada"* y se desentendió de la referencia que hace al mayor cargo desempeñado. ---

------ Aseveran que la norma, cuando refiere al mayor cargo desempeñado, lo hace en singular. Agregan que el legislador tampoco expresó que el promedio de haberes debería tomarse de "los" mayores cargos desempeñados lo que determina su aplicación literal. Entonces, razonan "el mayor cargo desempeñado" es lo que debe tomarse como base de cálculo y así fue aplicado. Argumentan que "*…la aplicación de la norma es la correcta… tomado el porcentaje correspondientemente incrementado, de acuerdo a la historia previsional de F., del haber mensual de los tres (3) años de la mejor remuneración actualizada que el beneficiario hubiere percibido en* ***EL*** *mayor cargo desempeñado…"* (hoja 34 vta.). ----------
------ Comentan que siguiendo la normativa aplicable, el ISSyS dictó la Resolución N°174 del 24 de enero del año 2.017, que redeterminó el beneficio de F.. El cual, explican, surgió del promedio de los haberes mensuales de los tres años de la mejor remuneración actualizada percibida por el nombrado como Auxiliar en el B. D. C. SA. ----------

------ Recuerdan el criterio pacífico sostenido por este Superior Tribunal, conforme el cual, el Organismo accionado es el intérprete de las normas previsionales provinciales. Estiman que la acción deducida es absolutamente improcedente. Y siguiendo el razonamiento del actor, mencionan que para el caso, también podría haberse tomado la mejor remuneración de la Administración pública. ----------

------ En el punto VII, aluden que esta decisión del demandado, hoy cuestionada por F., posee una presunción de legalidad, que los escasos argumentos vertidos no logran corromper. Sostienen que se verifica en la actuación administrativa del órgano competente, el respeto a la garantía del debido proceso. Señalan que el ISSyS no sólo debe acatar los principios esenciales objetivos del procedimiento administrativo sino también, la defensa de la norma jurídica objetiva, para mantener el imperio de la legalidad; y sustantiva, en cuanto a la aplicación de las normas de fondo que rigen la cuestión en conflicto. ----------

------ En el acápite VIII plantean la existencia de Caso Federal y lo justifican. En el punto IX manifiestan haber dado cumplimiento a la intimación de acompañar el Expediente administrativo N°1153/16, oportunamente requerido por este Tribunal. ----------

------ Para finalizar, piden que la demanda sea rechazada en todas sus partes, con costas. ----------

------ 3. En la hoja 39 la parte actora solicita que la cuestión se declare de pudo derecho; lo que así fue resuelto por esta Sala (providencia del 8 de octubre de 2.018, hoja 40). Corrido el traslado a las partes por su orden (conforme constancias obrantes en hojas 41 y 42), los obrados fueron girados para la vista del señor Procurador General de la Provincia (artículo 16 inciso e) Ley V N°94). ----------

------ 4. En las hojas 44/45 el Magistrado se pronunció mediante Dictamen N°123/18. Luego de reseñar los antecedentes del caso, manifestó que la cuestión se limita a dilucidar el recto alcance del artículo 3° de la Ley XVIII N°50, con la modificación introducida por el art. 1° de la Ley XVIII N°93 que transcribe. ----------

------ Refiere que en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la modificación legal citada, no ha encontrado elementos útiles, que le permitan dilucidar cuál fue la intención del legislador en torno a la cuestión debatida; aunque entiende que el propósito ha sido mejorar en alguna medida la situación de los ex combatientes. ----------

------ Estima que le asiste razón al accionante en la interpretación que realiza de la norma legal, al amparo del principio previsional que invocó.

Opina que el período de tres años es la referencia temporal de la norma, para establecer el promedio en el mayor cargo que corresponda. En el caso del señor F., entiende que ha sido el de 2do. Jefe, División 3ª, del B. D. C.; para lo cual corresponderá completar los tres años con un mes de haberes de Ayudante de Firma. Añade que en tanto los aportes previsionales por tales cargos fueron ingresados, no se afecta el principio de correlación entre aportes y beneficio. Concluye que este es el recto

alcance de la Ley, según su convicción, y pide que se tenga por cumplida la intervención referida. ----------

------ 5. En la hoja 46 pasan los autos para dictar sentencia y en la 47 se practica el sorteo de la causa, que queda en estado de resolver. ----------

- ------ **II. La solución del asunto.** ----------

------ 1.a. El ex combatiente de Malvinas y actualmente beneficiario de una jubilación especial Ley XVIII N°50, señor R. O. F., por la presente demanda, cuestiona la interpretación que efectuó el Instituto de Seguridad Social y Seguros del art. 3° de la Ley XVIII N°93 (modificatoria de la anterior) en ocasión de determinar el haber previsional. Según sostiene, la errónea exégesis realizada determina que se valore una categoría jerárquica que no es la que debió haberse tomado, conforme el marco legal. ----------

------ Expone el actor que, al otorgarle el beneficio, en un primer momento, se fijó su categoría de movilidad jubilatoria en el cargo X Municipalidad de Trelew; y luego de que aquel recurriera esa decisión administrativa, el Instituto demandado redeterminó el monto del beneficio, promediando la remuneración actualizada del cargo de Auxiliar en el B. D. C. S.A., en el Anexo de la Resolución N°174/17, al que ésta remite. Al deducir su demanda, controvierte los fundamentos de este procedimiento matemático porque considera que debió efectuarse tomando el salario que percibió por su tarea como 2do. Jefe División 3ra. en la entidad financiera mencionada, que era el cargo de mayor jerarquía que había desempeñado y “el mes faltante” debería computarse tomando la remuneración del cargo Ayudante de firma, que es “el siguiente en mayor jerarquía”. ----------

------ 1.b. Al contestar la demanda, el órgano previsional sostiene sus actuaciones administrativas y la interpretación de aquel marco normativo que aplicó al dictar dicha Resolución N°174/17, cuando redeterminó el haber previsional del señor F.. Menciona cierta dificultad en hallar el cargo de mayor jerarquía, en razón de los distintos sitios en los que laboró el actor. No obstante, justifica que dicho cargo de Auxiliar es el único que cumple con los presupuestos de ley, a efectos de ser considerado como base del haber previsional inicial. Recuerda la presunción de legalidad de los actos administrativos que ha dictado el ISSyS. ----------

------ 2. Ha quedado fijada la postura de las partes y reseñados las piezas procesales de esta acción contencioso administrativa intentada contra un ente autárquico, el ente previsional provincial, luego de transitar un procedimiento administrativo, que se desarrolló en el Expediente administrativo N°1153/201-ISSyS ofrecido como prueba, que acompañó la demandada y tengo a la vista. ----------

------ Consta que el 8 de marzo del año 2.016 el señor F. requirió al ISSyS la "*jubilación ex combatiente"* (formulario en hoja 1 y documentación enumerada en la hoja 2, que se añadió entre las hojas 3/29 y vta.). ---------- El día 17 de mayo, el Jefe de Departamento de Determinación del Derecho de aquel órgano previsional informa que habiendo analizado esas constancias, se encontraban reunidos los requisitos exigidos por la Ley XVIII N°50 para otorgar al solicitante el *"…beneficio de Retiro Especial para ex Combatientes de Malvinas"*. Refiere haber verificado la "*tirilla de Anses obrante a fs. 20/24*", como así también el listado de aportes del Instituto que se agregó en la hoja 32 (todas del trámite que comento), de las que se desprende que F. goza de beneficios de pensión para ex combatientes otorgados por esas Administraciones. Además subraya que en la hoja 8 el peticionante renunciaba a invocar el convenio de reciprocidad Decreto Ley 9316/46. A continuación describe los servicios que aquel prestó: en el B. D. C. por un total de 8 años, 10 meses y un día; y en la Municipalidad de Trelew 19 años, 7 meses y 29 días; en un total de 28 años y 6 meses, de servicios provinciales con aportes, alcanzando así un porcentaje del 82% (hoja 33). ----------

------ Con el visto bueno de la Dirección de Previsión (hoja 34) se giran las actuaciones al Asesor Legal. Se expide en la hoja 35 y vta., detalla los antecedentes de hecho y explica que en el ámbito del sistema previsional Provincial, la Ley XVIII N°50 -modificada por la XVIII N°93- regula un régimen especial destinado a los soldados conscriptos con participación y combate efectivo en las acciones bélicas desarrolladas en las islas Malvinas, específicamente en lo que se ha dado en llamar Teatro de Operaciones Atlántico Sur. Entiende que mediante esa legislación es posible acceder al beneficio si se acredita, además de esa participación, encontrarse en actividad como agente dependiente del Estado Provincial a la fecha de solicitud de la jubilación y reunir un mínimo de 15 años de servicios efectivos, con aportes al sistema previsional local. Luego de verificar el cumplimiento de estos presupuestos, dictamina que *"… el señor F. acompaña el certificado obrante a fs. 6 extendido por… Ministerio de Defensa de Nación, del cual surge la condición de ex soldado conscripto considerado ex combatiente veterano de guerra…registra dependencia y actividad con el Estado Provincial a la fecha de solicitud del beneficio jubilatorio… 28 años y 06 meses de servicios con portes, todos ellos a la Caja Provincial… la prestación que el régimen Previsional Nacional le abona… fue otorgada al abrigo de la Ley N°23848, beneficio declarado expresamente compatible por el legislador en el artículo 7° de la Ley XVIII N°50… dado que responde a la Pensión Social Islas Malvinas, otorgada por el Gobierno Provincial…"*. Con ello el profesional concluye que es viable el otorgamiento del beneficio requerido, en la medida en que el peticionante acredite previamente haber cesado en la actividad en relación de dependencia y en toda otra actividad en relación de dependencia que tuviere. ----------

------ Extremo ese que fue acreditado por el peticionante en la hoja 37, en la cual luce una Declaración Jurada de Cesación de Servicios a partir del 1° de agosto del año 2.016. ----------

------ En ese marco, el día 8 de agosto del mismo año, el Directorio del ISSyS **dictó la Resolución N°955 por la cual otorgó el beneficio** (hojas 47/48). Estableció que el haber inicial de la prestación sería el que surge del Anexo I, donde se promediaron 3 años del cargo X-Municipalidad de Trelew; que es, a su vez la categoría de movilidad y con un porcentaje del 82%, el haber mensual que se le asignó. Asciende a la suma de $14.295,61 (hoja 49). Esto fue comunicado al beneficiario el 5 de octubre del 2.016 (hoja 52 vta.). ----------

------ Contra esta decisión, **el señor F. interpuso recurso de reconsideración** el día 12, del mismo mes y año, por considerar que no se ajustaba a derecho. ----------

------ Describe en el recurso los antecedentes y plantea que el legislador estableció un régimen previsional especial y exclusivo para que, en ocasión de establecerse el haber de prestación a sus beneficiarios, *"...se computen los tres años de la mejor remuneración actualizada que el beneficiario hubiese percibido en el mayor cargo desempeñado..."* (hoja 53 vta.). Interpreta que debe tenerse en cuenta cuáles serían, actualizados, los mayores cargos desempeñados y promediar los tres mejores años de remuneraciones. Acusa que la Resolución N°955/16 consideró los tres mejores años que percibiera como dependiente de la Municipalidad de Trelew, omitiendo estimar -señala- cuáles hubieran sido las remuneraciones actualizadas del mayor cargo desempeñado para establecer el inicial. Recuerda haber acreditado su desempeño en el cargo de Auxiliar (5 años y 1 día), Ayudante de Firma (11 meses) y como 2° Jefe, División 3° (2 años y 11 meses) todos como dependiente del B. del Chubut. Sostiene que el cálculo que debe efectuarse es con las remuneraciones actualizadas de este último, *"... por ser éste el mayor cargo desempeñado...entiendo que no alcanzando a tres los años desempeñados ..., el mes faltante debiera computarse tomando la remuneración del cargo de Ayudante de firma, que es el siguiente en mayor categoría..."*. ----------

------ Y completa en sus fundamentos contra la decisión lo siguiente: *"... descartado el argumento antedicho... con sustento en que se deben tener tres años de desempeño en el cargo...debieran haberse actualizado las remuneraciones correspondientes al cargo de Auxiliar del B. D. C., que es de mayor jerarquía que el que poseía en la Municipalidad de Trelew, y en la cual me desempeñara durante 5 años y 1 día... Tampoco se ajusta a derecho que la categoría de movilidad sea la correspondiente a la Municipalidad... debió tomarse la categoría bancaria... que se corresponde con aquella en la que mayor categoría tuve y mejor*

remunerada…" (hoja 54 vta.). Argumenta que ello surge claro de la simple comparación de ambos ingresos actualizados y advierte que la remuneración como empleado municipal es menor y desatiende la voluntad del legislador. ----------

------ Nuevamente interviene el profesional del área legal del Instituto (hoja 58 y vta.). Analiza los dichos del recurrente y manifiesta acordar con el quejoso en que la ley impone la realización del cálculo del promedio, sobre la base de un cargo en el que se haya desempeñado al menos 3 años; y considerarse la mejor remuneración actualizada. Al amparo de ello, controvierte que pueda calcularse los haberes con el cargo que solicita F., ya que en ese -puntualiza- laboró 2 años y 11 meses. Considera acertado el planteo de que se realice el cálculo con el promedio de las sumas percibidas en el cargo de Auxiliar en el B. D. C.. ----------

------ Refiere lo que establece la norma y añade "…si bien es cierto que en el caso encontramos categorías profesionales de distintos escalafones, no menos cierto es… que en caso de duda debe estarse siempre por la condición más favorable al beneficiario…". Destaca la imposibilidad de comparar jerarquías entre los distintos escalafones ocupados por F. y entiende que, por el principio que informa el derecho previsional y que mencionó antes, darse la opción al nombrado de optar por uno u otra…" (hoja 58 vta.). Opina, luego de evaluar las certificaciones emitidas por la entidad bancaria, que fueron agregadas en estas actuaciones, que el haber inicial debería ser calculado tomando los haberes percibidos como Auxiliar, desestimando los abonados por su desempeño en los cargos de Ayudante de Firma y 2do Jefe, División 3°, todos del B. D. C., porque en estos últimos no alcanzó a desempeñarse durante el mínimo legal de tres años. ----------

------ Siguiendo este dictamen se expide el Directorio del Instituto demandado en las hojas 61/65, a través de **la Resolución N°174/17** del 24 de enero de 2.017. ----------

------ Menciona en sus Considerandos que la Resolución N°955/16 otorgó el beneficio jubilatorio a partir del 1° de agosto del año 2.016; que el señor F. dedujo en su contra recurso de reconsideración y detalla sus fundamentos. En el séptimo, se transcribe el art. 1° de la Ley XVIII N°93 y se completa: "*…sí podría resultar acertado el planteo…en cuanto a tomar como base del promedio las sumas percibidas en el B. D. C. como auxiliar…"* (8vo. Considerando). Explica que dicha entidad certificó un período de desempeño en esa misma categoría durante cinco años. Refiere al principio previsional y al dictamen antes descripto y, finalmente, en el artículo 1° ***redetermina*** el haber previsional de acuerdo a los cálculos contenidos en las hojas 63/65 donde se observa que se tomó como base el cargo de AUXILIAR 5 años del B. D. C. S.A. (también dice que será la

categoría de movilidad) para promediar los últimos 3 años. Y que ello arroja un haber jubilatorio de $23.522,63 (equivalente al 82%). ----------

------ Finaliza el expediente administrativo que vengo relatando, con la incorporación de documentación de ANSES -Agencia Trelew- donde se acreditan los servicios prestados con anterioridad a 1.983, en un total de diez hojas. Siendo así, no consta la notificación de la **Resolución N°174/17;** pero es evidente su conocimiento por el señor F., ya que está mencionada en la demanda. Asimismo, tal como adelanté al iniciar el relato de estos obrados, la apoderada del actor destaca que a su criterio no existen más recursos administrativos en su contra y estima expedita la vía jurisdiccional para controvertir el criterio y la interpretación que de la normativa vigente realizó el Instituto accionado (hoja 16 vta.). ----------

------ 3. Es verdad que el artículo 9° de la Ley XVIII N°32 otorga al beneficiario la posibilidad de recurrir la decisión final del Organismo en su sede. Quien se considere afectado en sus derechos subjetivos públicos previsionales, puede acudir al Recurso de Reconsideración ante el ISSS, y después puede intentar la revisión limitada del Recurso de Apelación prevista en aquella norma, o bien puede incoar las acciones contenciosas antes o después de la reconsideración. Lo único que no puede es mantener estas vías paralelas. Y según lo ha interpretado este Superior Tribunal de Justicia "…para el ejercicio de acciones contencioso administrativas la reclamación previa no es exigible salvo que la ley expresamente lo prevea (SD N°8/SRE/96) -y no es el caso del art. 9 de Ley N°3923 (ahora Ley XVIII N°32). El actor presentó ese recurso de reconsideración y fue rechazado por acto administrativo expreso. ----------

------ Pero también es verdad, que al acudir a juicio el señor F. no puede ignorar la fuerza de la presunción de legitimidad de ese acto, cuya impugnación judicial, expresa y contundente, se impone como presupuesto necesario para habilitar la jurisdicción que es algo más que un simple recaudo de admisibilidad. Así lo juzgo, porque el objeto de esta acción contencioso administrativa requiere examinar la validez de la Resolución N°174/17 que es una declaración de voluntad expresa del ISSyS frente al recurso de reconsideración que el actor dedujo, cuestionando la Resolución N°955/16 por la que accedió al beneficio. ----

------ Ha quedado en evidencia, de manera incontrastable, que pretende el actor que este Tribunal ejerza el control jurisdiccional de dicha actuación del órgano previsional, en tanto arguye que no se ajusta a derecho, que se malinterpreta el plexo legal. Sin embargo, el Cuerpo no podrá expedirse acerca de la modificación del modo de calcular el haber de su jubilación, como peticiona, en tanto el actor no ha impugnado la Resolución N°174/17. Ello, pese a que necesita removerla del mundo jurídico. -------

------ Del minucioso examen del libelo introductorio no surge que la apoderada del señor F. haya solicitado a esta Sala la declaración de nulidad de acto administrativo alguno. Tampoco lo puso de manifiesto el Instituto demandado al contestar la demanda, mediante un planteo formal de falta de jurisdicción, lo que hubiera evitado el trámite de este proceso. Pese a que dedicó un párrafo a la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo, se limitó a recordar su posición frente al ordenamiento previsional; y que la actuación administrativa se desarrolló respetando el debido proceso, entre otras consideraciones ya reseñadas. ----------

------ Lo observado no puedo soslayarlo, a la luz de la pretensión del señor F.. Pues el acuse de nulidad del acto administrativo conforma un presupuesto esencial, requisito ineludible para la constitución válida de la relación jurídica procesal. La concurrencia para su ejercicio debe ser comprobada de oficio y su ausencia no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento. La falta de jurisdicción, de capacidad para ejercer el poder inherente a la cognición misma del asunto -la ausencia de competencia absoluta- por ser de orden público, no necesita petición de parte. Así lo juzgué en mi voto en la Sentencia Definitiva N°67/SCA/17, con cita de la SD N°8/SCA/08. Entendí que "…si no se dio a la defensa un tratamiento previo de excepción, ello no es óbice para que este Cuerpo pueda pronunciarse al momento de dictar sentencia definitiva… si es así la competencia material, e incluso con la falta de legitimación, cómo no ha de serlo con la jurisdicción, que es la capacidad misma para ejercer el poder inherente a la cognición…". -------

------ Abundante jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia así lo ha interpretado, en mérito a la legalidad de los actos emitidos por la Administración, en orden a la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos y al republicano principio de la división de poderes, está vedado al Poder Judicial pronunciarse de oficio declarando la nulidad de aquellos, en tanto no medie requerimiento expreso y claro de parte interesada (cfr. SD N°13/90). ----------

------ Señalé al pronunciarme en la SD N°67/SCA/17, que esta presunción de legitimidad responde a las exigencias de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, que un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer los intereses públicos, y el predominio de los intereses públicos sobre los privados, eventualmente afectados, hace que se acuerde dicha presunción con carácter *iuris tantum.* La presunción de legitimidad se refiere a la existencia de todos los requisitos, porque solamente así es posible que el acto produzca consecuencias jurídicas. ----------

------ Ello así, pues cuando la Administración ha expresado su voluntad, y esta es discordante con la que propone quien acciona, no hay posibilidad de abrir el proceso contencioso administrativo si no es atacando ese acto administrativo previo. Pero este acto puede agotar en sí mismo el

contenido de la pretensión (pretensión anulatoria) o ser, simplemente, la referencia para pretender del Tribunal, además de esa anulación, una declaración positiva contraria a la que el acto impugnado contiene directa e indirectamente. Declaración que, en caso de estimación del recurso, sustituirá el acto anulado, con la imposición a la Administración de todas las conductas necesarias pata que esa declaración sustitutoria despliegue la plenitud de sus efectos prácticos (pretensión de condena) (mi voto en la SD N°67/SCA/17). ----------

------ 4. Al respecto, surge incontrastable de la documental agregada por el Instituto accionado, que el señor F. optó por transitar la vía administrativa, cuestionó la interpretación de aquella legislación, cómo se aplicó y el modo en que se determinó su haber de prestación. En respuesta a sus cuestionamientos obtuvo una *redeterminación* de su beneficio a través de la Resolución N°174/17 que no le satisface. Insiste en aquella interpretación legal. ----------

------ Sin embargo, al presentar la demanda no lo advierte el señor F., y omite solicitar expresamente la declaración de nulidad de ese acto administrativo que se presume legítimo, válido y eficaz, y que goza además de los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad. Y no es una decisión casual, sino resultado de un procedimiento de trámite y valoración de las circunstancias propias del trámite jubilatorio. ----------

------ En definitiva, en tanto la pretensión actoral se apoya en la errónea interpretación que de la Ley XVIII N°93 habría efectuado la accionada en dicho acto administrativo, necesita removerse la expresión de voluntad del ISSyS en sentido contrario al que propone en la demanda. Y como ya expuse, la declaración de nulidad no puede ser declarada de oficio por este Tribunal, pues sólo procede a instancia de parte. Huérfana la demanda de ese planteo, la presunción de legitimidad de la Resolución N°174 del 24 de enero de 2.017 se encuentra incólume. De tal suerte, si la sentencia fuera favorable al derecho del accionante, se estaría violentando la voluntad administrativa expresada en un acto que subsistiría junto con aquella, por no haberse analizado su legitimidad, ni declarado su nulidad. En tanto carece la demanda de este imprescindible acuse, este Cuerpo se encuentra impedido de resolver la cuestión de fondo traída a juicio. -------

------ 5. Por lo expuesto, esa omisión del actor sella la suerte de su acción. En consecuencia, voto y propongo al Acuerdo, que se declare la falta de jurisdicción de este Tribunal para entender en el caso que presenta el señor R. O. F.. Así voto. ----------

------ **A la misma cuestión el Dr. Vivas dijo:** ----------
------- A. A la luz de las circunstancias del caso, propone el Ministro Panizzi que se aplique la doctrina de Falta de Jurisdicción, elaborada desde largo tiempo por este Tribunal.----------

------ Cabe recordar que son abundantes los precedentes de este Superior Tribunal de Justicia que integro, que han establecido como regla, el acotamiento de la jurisdicción para decidir la nulidad de actos administrativos cuando su declaración no deviene de pedido de parte. ----

------ El fundamento primario lo constituye lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el "leading case" "Los Lagos..." Fallos 190:142 y siguientes-, cuando sostuvo que "…*está vedado a los jueces el pronunciamiento de oficio de la nulidad de los actos administrativos.- Su declaración sólo procede a pedido de parte…"* (5º Considerando "in fine" - 7 "in fine", 8, 9 y 12 - Fallos 310:1014 - 4º Considerando). Y así es, en razón de la presunción de legitimidad que los acompaña, porque es esencial a la administración de justicia con categoría de "poder", la de que no le sea dado controlar por su propia iniciativa, de oficio, los actos legislativos o los Decretos de la Administración…" (SD N°03 y 08/SCA/04, 14/SCA/12 y sus citas, entre muchas). ----------
------ En el primero de los precedentes citados, se analizaba que "...El acto administrativo goza, como principio, de presunción de legitimidad, razón por la cual debe ser considerado válido hasta tanto sea declarada judicialmente su ilegitimidad. De esta presunción se desprende la necesidad de que el particular que considera ilegítimo el acto, alegue y pruebe dicha ilegitimidad... la pretensión básica y siempre necesaria será la de anulación del acto, pues ella actúa como condición del eventual restablecimiento de la situación jurídica afectada por la disposición administrativa... (C. Nac. Fral. Cont. Adm. Sala IV - 19/6/96 in re "Buján..." - LL 1/4/97) … Dado el carácter revisor del proceso judicial en relación al acto administrativo, la pretensión básica y siempre necesaria es la de anulación de dicho acto, pues ella actúa como condición del eventual restablecimiento de la situación jurídica afectada por la disposición administrativa" (con cita de ese Tribunal y sala, en "Biondi..." del 19/6/97). ----------

------ Se advirtió en otros precedentes, que "...sólo la habilitación de la jurisdicción para examinar la validez de los actos, puede conducir una vez resuelta su nulidad, si el acto anulado viola derechos subjetivos del accionante, y si está demostrado el daño, a condenar a la Administración a su reparación, cumpliéndose la finalidad específica de la acción contenciosa de plena jurisdicción; y resulta impertinente el análisis de los supuestos vicios alegados como generadores de un daño reparable, fundados en la supuesta ilicitud de actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad, cuya nulidad no ha perseguido, vedando así al Tribunal su declaración, presupuesto mismo de la pretensa condena…"
(STCH SD 13/90). Esta solución, se dijo en SD N°20 y 22/95 "…es la que mejor se ajusta a los precedentes de doctrina y jurisprudencia.... ya que la presunción de legitimidad, halla su fundamento en las garantías objetivas y subjetivas que proceden de su emanación, una de cuyas trascendentes consecuencias es la imposibilidad de la declaración de nulidad, de oficio...

en orden a tales garantías… no existe la posibilidad de admitir que haya actos manifiestamente inválidos... (M. M. DIEZ, "El acto Administrativo", ALTAMIRA, "Curso de Derecho Administrativo", p.392/393)". ----------

------ Doctrina que no puedo soslayar al analizar el caso que examino. ----

------ B. No habré de reiterar la pormenorizada y completa exposición de las piezas procesales, que dan cuenta de la posición de cada una de las partes y de los fundamentos en los que la sustentan. El Ministro Panizzi me ha eximido de esta tarea. Remito a esa glosa *brevitatis causae*, ya que refleja fielmente los hechos de la causa y detalla de manera adecuada, el contenido de la documental aportada, especialmente el expediente administrativo N°1153/2.016. ----------

------ Sin embargo, habré de mencionar en breve reseña, que el señor F., ex combatiente de Malvinas, dedujo una pretensión de condena para que este Tribunal verifique la jubilación que percibe desde el 1° de agosto de 2016. Cuestiona que el Instituto demandado no tomara como cargo de base para obtenerla, el cargo de mayor remuneración que dice haber desempeñado en el B. del Chubut. El cual, a su vez, es el que establece la categoría de movilidad del beneficio. Además, expone, a su entender, de qué manera debió ser interpretado el régimen previsional de excepción en el que se encuentra amparado y acusa que el organismo previsional local efectuó una exégesis equivocada de aquella perjudicándolo al abonarle un haber previsional de monto inferior al que por Ley dice tener derecho. ---

------ Al contestar la demanda, el ISSyS controvierte los argumentos de F.. Describe que su desempeño en distintos escalafones y dependencias tornó dificultoso precisar cuál era el cargo de mayor jerarquía que había ocupado. Justifica que para *redeterminar* la jubilación del actor, como se hizo en la Resolución N°174/17, se promediaron las mejores remuneraciones del cargo de Auxiliar del B. D. C. SA, porque en ese laboró el accionante durante 5 años. Luego de defender la legalidad de su decisión, rechaza la particular interpretación que de la Ley XVIII N° 50, modificada por la N°93, trae la contraparte y niega que sea factible, como opina F., completar el plazo mínimo exigido en el precepto legal con el tiempo laborado en otra categoría. ----------

------ C. Dicho ello, de los antecedentes del expediente administrativo que tengo a la vista surge incontrastable, que el señor R. F. optó por transitar la vía administrativa y obtuvo una decisión expresa de la autoridad competente: la Resolución N°174/17 del Instituto de Seguridad Social y Seguros, que rechazó expresamente su reclamo, con argumentos motivantes claros y definitivos. ----------

------ Obsérvese que inicialmente, el Organismo previsional había dictado la **Resolución N°955/16**, otorgando el beneficio previsional regulado por la Ley XVIII N°50 y sus modificatorias, a partir del 1 de agosto de 2.016. En esa resolución, según leo en su Anexo I, se había efectuado un promedio de los tres últimos años de la remuneración percibida en el cargo "X-Municipalidad de Trelew". Sobre esa base se obtuvo el porcentaje del 82%, que arroja un valor mensual de $14.295,61 (fs. 47/49 - Expte. Ad. N°1153/2016 ISSyS). ----------

------ Anoticiado de tal decisión, F. presentó una nota en la que expresaba que el Instituto demandado no había atendido, al liquidar su beneficio, lo establecido en la Ley XVIII N°93 modificatoria de la mencionada en el párrafo anterior. Brindó su interpretación y concluyó que, a su entender, en lugar de tomarse los haberes que había percibido como empleado de la Municipalidad de Trelew, deberían haberse promediado los correspondientes a los tres años de la mejor remuneración actualizada por el cargo que ocupó como 2do Jefe, División 3ª. en el B. del Chubut SA. En base a tal explicación, pidió al ISSyS que *"revise"* dicho cálculo (fs. 51 y vta.). Con posterioridad, a fs. 53/55 -siempre de las actuaciones administrativas antes referidas-, **dedujo recurso de reconsideración contra la decisión que otorgó el beneficio,** reiterando los fundamentos esgrimidos en la nota. Los amplió y subsidiariamente pidió: "*... en caso de no considerar erróneo lo resuelto por la Jefa del Dpto. Legislación y Estadísticas ...se recalcule el haber conforme las remuneraciones actualizadas correspondientes al cargo de Auxiliar desempeñado en el B. D. C. por un período mayor a los tres años…de mayor jerarquía al de empleado municipal erróneamente escogido…"* (fs. 55). ----------

------ La contestación del órgano previsional fue plasmada en la **Resolución N°174/17** que *redeterminó* la jubilación de F.. Tomó como base precisamente el cargo de Auxiliar, por los cinco (5) años trabajados en el B. D. C.; y del promedio de las remuneraciones, actualizadas, se obtuvo el 82%, que arrojó un importe de $23.522,63 (fs. 61/65). Todas las fojas de las actuaciones administrativas antes citadas. Destaco para finalizar, que la Resolución comentada ordenó liquidar la diferencia existente entre ambos haberes de prestación, a favor del accionante; considerándola devengada desde el 1° de agosto de 2.016, que fue cuando se acogió al beneficio. Y por otra parte subrayo, que la categoría valorada en esta oportunidad coincide con la que había sido indicada por F., subsidiariamente, en anterior presentación. Pero ahora sustenta su pretensión en otra: 2do. Jefe División 3ra. del B. D. C. SA, cargo de mayor jerarquía que desempeñó. ----------

------ D. Así las cosas, al acudir al pleito, no puede ignorar F. la fuerza de **la presunción de legitimidad de la Resolución N°174/17, cuya impugnación expresa y contundente se impone como presupuesto necesario para habilitar la jurisdicción.** Máxime si se considera que

justificó en la demanda que el haber previsional que por esta se liquida le causa gravamen. El pronunciamiento del órgano previsional se alza como una valla infranqueable que no permite abordar el análisis de la pretensión actoral, imposibilitándome arribar a una decisión judicial que podría importar desconocer lo que aquel ha resuelto. ----------

------ Véase que, si hipotéticamente me adentrara en el estudio de la causa, analizara la legislación previsional de excepción en la que F. se encuentra inmerso -cuestión incontrovertida-, y llegara a la conclusión de que acierta en la interpretación legal que sustenta su demanda, acogiéndola sin el indispensable planteo de nulidad al que he referido, subsistiría en el mundo jurídico la voluntad contraria del ISSyS, expresada en acto formal. Pues la pretensión del actor implica otorgarle un beneficio previsional con un alcance distinto al que fue reconocido expresamente por ese órgano previsional, cuando en ejercicio de sus incuestionables potestades, resolvió tomar como base, para establecer el *quantum* del haber previsional, una de las categorías de revista, conforme los cargos desempeñados por el actor, entendiendo que es la que mejor encuadra en los recaudos de la ley. ----------

------ No tengo dudas que la cuestión controvertida en autos exige, el control jurisdiccional de la Resolución N°174/17 que deniega aquel recurso de reconsideración del actor, de tal modo que su previa declaración de nulidad -si procediera la acción- se constituye en un presupuesto necesario de la condena pretendida: el reajuste del haber previsional, sobre la base de la interpretación legal que propone. Y no ha solicitado en su demanda tal declaración. Falta consecuentemente, la jurisdicción de este Tribunal para ejercer el control que solicita. ----------

------ De acuerdo a los principios que la regulan, la declaración de nulidad del acto administrativo constituye un presupuesto esencial, requisito ineludible para la constitución válida de la relación jurídica procesal; la concurrencia para su ejercicio debe ser comprobada aún de oficio y su ausencia no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento. Esta falta de jurisdicción, de capacidad para ejercer el poder inherente a la cognición misma del asunto, por ser de orden público, no necesita petición de parte, y en el caso, por los motivos antes expuestos, debe ser declarada en este estado (art. 337 CPCC -SI N°82 y 83/94, 7/SCA/95, 101/SCA/01, entre otras) …”. ----------

------ Por lo analizado, se encuentra intacta la presunción de legalidad de la decisión administrativa previsional que estableció el *quantum* de la jubilación, como ex combatiente de Malvinas, promediando las remuneraciones que había percibido R. F. por su desempeño como dependiente del B. D. C. SA, en la categoría de revista en la que cumplimentó el plazo legalmente establecido, desde que la declaración de nulidad que de los actos administrativos efectúa el órgano competente del

Poder Judicial sólo procede a instancia de parte. Entonces, huérfana la presente demanda de ese planteo, acordaré con el Ministro Panizzi en declarar la falta de jurisdicción del Tribunal para entender en esta causa. Así voto. ----------

------ A la misma cuestión el Dr. Donnet dijo: ----------

------Atento los votos emitidos por los señores Ministros Panizzi y Vivas, los que conforman la voluntad mayoritaria de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería de este Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en los Acuerdos Plenarios N°4499/17 y 4502/17, en concordancia con el art. 28 de Ley V N°3. ----------

------ A la segunda cuestión el Ministro Panizzi dijo: ----------

------ Tal como he votado la primera, propongo: 1) Declarar la falta de jurisdicción de este Superior Tribunal de Justicia para entender en la acción contencioso administrativa que intenta el señor R. O. F., a través de su apoderada, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut. 2) En lo que refiere a las costas, estimo de aplicación la doctrina ya asentada en otros casos por esta Sala, en cuanto a que el pronunciamiento en la materia debe darse con relación al momento de la demanda y su contestación, analizando el grado de razonabilidad de la primera, y los motivos invocados en la segunda para oponerse a su progreso (SD N°69/92 y 67/SCA/17). Y si bien en autos la actora omitió requerir expresamente la declaración de nulidad, no es menos cierto que el demandado tampoco la opuso como defensa, ni ha instado una decisión de la Sala de previo pronunciamiento, que hubiera podido evitar el desarrollo del pleito. Por todo, favoreció que la controversia arribara a esta sentencia definitiva. Consecuentemente, las costas deben imponerse en el orden causado, por aplicación del art. 69°, 2do. párrafo, del CPCC (concordante con el criterio seguido en las SD N°02/SCA/02, 14/SCA/12 y 67/SCA/17, entre otras). 3) En cuanto a la regulación de los honorarios de los letrados que intervinieron en esta causa, propongo establecerlos en sumas fijas y no porcentuales. Así lo considero, en tanto el proceso no se abrió a prueba, sino que se declaró la cuestión de puro derecho; no se produjo dúplica, ni por ende réplica; y del análisis de la primera cuestión no surge parámetro alguno que permita determinar el monto del proceso. En consecuencia, propongo fijar los estipendios de la letrada apoderada del actor, Dra. A. T., por una etapa del proceso en ocho (8) jus, calculado su valor a la fecha de este pronunciamiento, atento el art. 5 inc. b) a f) y de conformidad con los arts. 6°, 7°, 37° y 46° de la Ley XIII N°4, con las modificaciones introducidas por la Ley XIII N°15, con más IVA si correspondiera. No procede que se regulen honorarios a los representantes procesales de la demandada, por aplicación del art. 2° de la ley arancelaria. ----------

------ A la misma cuestión el Dr. Vivas dijo:----------
------ Según voté la primera, acuerdo la solución dada por el Dr. Panizzi incluida la distribución de las costas atendiendo a la doctrina seguida por el Tribunal en la materia, ya que la conducta procesal de la accionada contribuyó a la prosecución del pleito.----------
----- A la misma cuestión el Dr. Donnet dijo:----------

------ Me abstengo de pronunciarme en atención a lo expresado respecto de la primera cuestión. ----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordar la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------1°) **DECLARAR la falta de jurisdicción** de este Superior Tribunal de Justicia para entender en la acción contencioso administrativa que intenta el señor R. O. F., a través de su apoderada, contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut. ------

------2°) **COSTAS** por su orden (art. 69°, 2do. párrafo, CPCC). ----------

------3°) **REGULAR** los honorarios de la Dra. A. T., apoderada del actor, por una etapa del proceso en ocho (8) jus, calculado su valor a la fecha de este pronunciamiento (arts. 5 inc. b) a f), 6°, 7°, 37° y 46° de la Ley XIII N°4, con las modificaciones introducidas por la Ley XIII N°15), más IVA, si correspondiera. ----------
------4°) **REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

FDO. MIGUEL ANGEL DONNET - ALEJANDRO JAVIER PANIZZI - MARIO LUIS VIVAS.

RECIBIDA EN SECRETARÍA EL 26 DE JUNIO DE 2.019. S.D. REGISTRADA BAJO EL N° 011/SCA/2019. FDO. DIANA NOEMÍ SALTO - SECRETARIA