RAWSON, 30 de septiembre de 2.019.

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

------ Estos autos caratulados: **"B., D. D. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros y Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 25.038 - Año 2.018)**.----------
------ **DE LOS QUE RESULTA:** ----------
------ 1.- Que a fs. 7/11, el actor promueve demanda contencioso administrativa contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros y la Provincia del Chubut. Pretende que, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 9 de la Ley I Nº 469, se determine el carácter "remunerativo y bonificable" del adicional "zona patagónica" que aquella norma establece. ----------

------ De resultas, requiere que el referido adicional sea incluido en la liquidación de su beneficio jubilatorio, a partir del 01 de octubre de 2.012. Además reclama el pago de las sumas devengadas no prescriptas, con intereses desde dicha fecha. ----------
------ Alega que mientras la mencionada normativa dispone que se abone el referido adicional al personal policial "en funciones", en un porcentaje a calcularse sobre el haber básico más algunos suplementos (riesgo profesional, responsabilidad funcional y antigüedad), él, como agente retirado, solo percibe por tal concepto una suma fija. Alude a una afectación de derechos constitucionales de la seguridad social, igualdad y propiedad. Entiende que si se hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad que solicita será restablecida la movilidad jubilatoria.----------

------ Advierte que no ha operado el plazo de prescripción decenal aplicable en estos casos, atento la vigencia del antiguo Código Civil al momento de "iniciarse el derecho". Con cita de jurisprudencia de esta Sala, con otra composición, señala que cuando se plantea la existencia de un derecho que debe ser reconocido, se aplica el término decenal del art. 4.023 de aquel cuerpo normativo, el que debe operar en autos.-

------ 2.- Conferido el traslado de rito, el ISSyS, al contestar la demanda, planteó la prescripción de importes liquidatorios por el concepto zona (fs. 31/35 y vta.).----------
------ Solicita que, de prosperar la demanda, se consideren prescriptas todas las sumas que puedan corresponder a la incorporación del adicional "zona" sobre el haber de retiro del demandante. ----------
------- En esa inteligencia, pide que se declare la prescripción anual y se tome como fecha interruptiva la presentación de la demanda interpuesta en su contra. Sustenta su requerimiento en el art. 82, segundo párrafo, de la Ley N° 18.037, norma en vigencia en virtud del art. 168 de la Ley N° 24.241, a la que reenvía la normativa previsional provincial en su art. 114. ----------
------ Subsidiariamente, para el caso que esta Sala no lo entendiera aplicable, deja planteada la prescripción bienal, encuadrada en el tercer párrafo del art. 82 de la Ley N° 18.037, con los mismos argumentos antes expuestos. ----------

------ 3.- A fs. 40/48 y vta., la Provincia accionada contesta demanda y opone dos excepciones como defensas de fondo: la falta de legitimación activa del actor y su propia falta de legitimación pasiva para ser accionada en autos. ----------

------ Funda la primera excepción -falta de legitimación activa- en una definición de "conceptos remunerativos". Aduce que son los que el personal "necesariamente en actividad" incluye, entre otros, para el cálculo de aportes y contribuciones a la seguridad social. Y que, en consecuencia, solo está legitimado para el reclamo de un rubro remunerativo el "personal en actividad" y no quienes revistan como pasivos, como es el caso del accionante. ----------
------ Interpreta que entonces existe *ab initio,* en forma insubsanable y manifiesta, una absoluta falta de identidad entre la persona que poseía el derecho de acción y la que asumió en el proceso el carácter de actora. ----------

------ En cuanto a la falta de legitimación pasiva la Provincia arguye que se configura en autos una relación jurídica entre el actor y el Instituto de Seguridad Social y Seguros, sujeta a la Ley XVIII Nº 32. Ello, en tanto pretende la liquidación e incorporación de ciertas sumas en sus haberes jubilatorios, en el marco de su situación de pasividad. ----------

------ 4.- Conferido el traslado respectivo, a fs. 55/56 el actor solicita el rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por la Provincia demandada. ----------

------ En orden a la falta de legitimación activa, entiende que tiene un interés legítimo para actuar, en tanto pretende la incorporación en su haber de pasividad de un rubro que su antigua empleadora paga como "no remunerativo" al personal en actividad. --

------ Sobre la falta de legitimación pasiva que articula la Provincia, cita jurisprudencia de esta Sala en la que, según interpreta, ante pretensiones similares, se ordenó integrar la *litis* con la excepcionante y el Instituto de Seguridad Social y Seguros, al constituirse un litisconsorcio pasivo necesario.----------

------ 5.- Girados los presentes a dictamen del señor Procurador General, el magistrado se expide a fs. 58/59. Con cita de un fallo de esta Sala, opina que la excepción de falta de legitimación activa no debe prosperar. Ello en tanto, en el presente, habrá que dilucidar si la aplicación de la norma invocada por el actor lo afecta en su derecho a la movilidad jubilatoria. Recuerda que las cuestiones referidas a la falta de legitimación pasiva de la Provincia también fueron resueltas por este Cuerpo en casos análogos. Y que allí se entendió que existe un litisconsorcio pasivo necesario integrado por la ex empleadora y el ISSyS. En consecuencia, concluye que las defensas de falta de legitimación sustancial planteadas por la Provincia accionada deben ser desestimadas. ----------
-------- **CONSIDERANDO:**----------

------ I.1.- La jurisprudencia de este Cuerpo ha entendido 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; SI Nº 33/SCA/12; 15/SCA/13; 55/SCA/14; 30, 41 y 42/SCA/17, entre muchas, en concordancia con la doctrina sentada al respecto: De Santo, el Proceso Civil, T I, págs. 616/617, Palacio, Derecho Procesal Civil, T I, pág. 405, R. Dromi, Grouz, 1986, Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, págs. 41/42, entre otros).
------ I.2.- Conforme quedara expuesto en las resultas, corresponde resolver las excepciones opuestas por la accionada Provincia del Chubut, esto es, la falta de legitimación activa del actor para impetrar la presente demanda y su falta de legitimación pasiva para ser traída a juicio. ----------
------ I.3.- Respecto de la legitimación activa del actor, esta ha quedado claramente expuesta en la demanda, pues reclama que el adicional "zona patagónica" se le abone conforme el porcentaje establecido en la Ley I N° 469 y no en la suma fija que percibe actualmente por dicho concepto. Ello, previa declaración de inconstitucionalidad de la referida normativa en tanto lo establece con carácter no remunerativo.----------

------ Entonces, la cuestión a dilucidar, según los argumentos de la demanda y el responde, es si la aplicación de esa norma al actor, precisamente por ser personal policial en situación de retiro, lo afecta en su derecho a la movilidad jubilatoria. Su reclamo no requiere de ninguna actuación previa del personal que se encuentra en actividad, en tanto la no percepción del concepto que se pretende afecta directamente a la situación de pasividad, otorgándole legitimación suficiente. Por lo que la excepción de falta de legitimación activa no ha de prosperar.----------

------ I.4.- Acerca de la falta de legitimación pasiva de la Provincia del Chubut, cabe replicar lo analizado por esta Sala en la SI N° 30/SCA/17, ante un planteo similar, en una causa con idéntica pretensión. En esta se advirtió la presencia de un litisconsorcio pasivo necesario integrado por aquella -la ex empleadora- con el Instituto de Seguridad Social y Seguros y se ordenó reformular la demanda. Atendiendo a ello, se dijo: "… Que, en orden a lo expuesto, surge palmario que la parte actora omite dirigir su acción contra uno de los sujetos involucrados en la relación jurídica sustancial, al menos en cuanto a las obligaciones emergentes de la pretensión de declarar la naturaleza remunerativa del rubro cuestionado. Así, en tanto la decisión que en estos autos pudiera emitirse, de ser acogida la acción, eventualmente tendría incidencia sobre los aportes personales no retenidos y las contribuciones patronales no efectuadas. Esto, a fin de que las sumas resultantes de tales conceptos ingresen al Instituto de Seguridad Social y Seguros, y constituyan el fondo común solidario que administra el Organismo previsional y con el cual solventaría las erogaciones emergentes de un fallo definitivo en su contra". ----------

------ "En este caso, el decisorio al que se arribe sellará la suerte de la relación jurídica que es común a varios sujetos pasivos, por lo que, al no tratarse de situaciones escindibles y que toleren sentencias individuales, el pronunciamiento judicial debe ser

único. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede aseverarse que la parte omitida tiene un interés propio y conexo con el derecho debatido entre los litigantes, que eventualmente podría ser afectado por el pronunciamiento a dictarse en la causa (Fallos 329:942)".----------

------ Se reprochó en ese precedente que la accionante había prescindido de formular la correcta conformación de la *litis*, a fin de otorgar una efectiva oportunidad de que la ex empleadora ejerciera su derecho a ser oída. Por ello, esta Sala entendió que de no integrarla con la Provincia del Chubut "… nos encontraríamos ante el supuesto de una sentencia inútil o de imposible cumplimiento. … Se halla en tela de juicio una relación o estado jurídico que es común e indivisible con respecto a una pluralidad de sujetos, de modo que su modificación, constitución o extinción no tolera un tratamiento procesal por separado y sólo puede lograrse a través de un pronunciamiento único para todos los litigantes. En estos casos la relación es única y vincula a todos los intervinientes en forma indivisible. La legitimación de todos los partícipes aparece por los efectos inevitables de la sentencia sobre todos ellos y por la necesaria intervención de todos en el proceso. De lo contrario se arribaría a una sentencia inútil, inocua o de ejecución imposible…" (Conc. Elena I. Highton - Beatriz A. Areán - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Análisis doctrinal y jurisprudencial - T° 2 - Art. 89 - Hammurabi - 2004 - Pág. 306, con citas de Palacio y Falcón)".----------

------ A mayor abundamiento, cabe recordar, en cuanto a la pretensión de inconstitucionalidad del art. 9 de la Ley I N° 469 y tal como expusiera esta Sala -en anterior integración- en las SI N° 55 y 56/SCA/14, que el Estado Provincial, en su calidad de emisor de la norma cuestionada, puede ser demandado en autos a fin de ejercer su defensa. ----------

------ Que por los fundamentos expuestos, también ha de rechazarse la falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia del Chubut.----------

------ I.5.- En consecuencia, se imponen las costas de este incidente a la Provincia del Chubut, excepcionante vencida, de conformidad a lo establecido en los arts. 69 y 70 del CPCC. ----------

------ En atención a la manda del art. 46 de la Ley XIII N° 4, deben regularse los honorarios del letrado de la actora -Dr. H. G., por este incidente, en el 20% de lo que resulte estipulado oportunamente en el proceso principal; con más el IVA si correspondiere (arts. 5 y 32 de la citada normativa). En tanto no corresponde regular los estipendios de los representantes procesales de la Provincia del Chubut, de conformidad con los arts. 20 de la Ley V N° 96 y 2 de la Ley XIII N° 4, modificada por Ley XIII N° 15.----------

------ II.- Por último, en orden a la prescripción de la acción opuesta por el organismo previsional demandado (fs. 34 de su responde), este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que: "…Corresponde declarar la prescripción de puro derecho, resolviéndose como excepción previa, sólo y exclusivamente cuando no hubiere dudas sobre hechos

alegados, relacionados con el planteo, que ameriten acreditación. Esto es así dado que este instituto, como extintivo de los derechos, debe ser ponderado cautelosamente, atendiendo a la trascendencia que resulta de su aceptación para la vida de los negocios jurídicos y por eso, si quedara alguna duda, habrá que estar por la amplitud del debate (JUBA -Bs. As.- CC0002 SM 34976 RSD-466-93 S 23-11-1993)" (SI N° 62/SCA/00). ---- En el mismo precedente, se indicó que "… al diferirse el tratamiento de la excepción de prescripción opuesta hasta la oportunidad adecuada, no se le ocasiona agravio irreparable a la parte, como tampoco al considerarla defensa de fondo por cuanto, tratándose de materia propia del juzgador… (CNCiv., Sala D, Septiembre 10 1974 - ED, 63-391)".----------
----- En consecuencia, en tanto la alegada prescripción no surge manifiesta, corresponde diferir su tratamiento para el momento del dictado de la sentencia definitiva (art. 349 del CPCC). Sin costas, ni regulación de honorarios. ----------
------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería de este Superior Tribunal de Justicia:----------

---------- **R E S U E L V E:** ----------

------ **1°) DESESTIMAR** las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por la Provincia del Chubut, conforme lo analizado en la presente.----------
------ **2°) COSTAS** a la excepcionante vencida (arts. 69 y 70 del CPCC). ----------

------ **3°) REGULAR** los honorarios del apoderado de la actora, Dr. H. G., por este incidente, en el 20% de lo que resulte estipulado oportunamente en el proceso principal (arts 5, 32 y 46 de la Ley XIII N° 4, modif. por Ley XIII N° 15). Ello, con más el IVA si correspondiere. ----------

------ **4°) DIFERIR** el tratamiento de la prescripción articulada por la demandada -Instituto de Seguridad Social y Seguros- de acuerdo al considerando respectivo, para ser tratada como defensa en la sentencia definitiva (art. 349 del CPCC). Sin costas, ni regulación de honorarios.----------
------ **5°) REGÍSTRESE** y notifíquese. ----------

FDO. MIGUEL ANGEL DONNET, ALEJANDRO JAVIER PANIZZI y MARIO LUIS VIVAS.

RECIBIDA EN SECRETARÍA EL 01 DE OCTUBRE DE 2.019. S.I.
REGISTRADA BAJO EL Nº 086/SCA. CONSTE.
FDO: MONICA CRISTINA DENCOR. SECRETARIA.