SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 767

CUIJ: 13-03888269-9()

SINDICATO UNIDO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACION C/ GOBIERNO DE MENDOZA P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD

\*103935508\*

En Mendoza, a los ocho días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, reunida la Suprema Corte de Justicia, en pleno, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa **N° 13-03888269-9**, caratulada: “***SINDICATO UNIDO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN C/ GOBIERNO DE MENDOZA P/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD***"

Abierto el acto del acuerdo y estando presentes todos los miembros del Tribunal, de conformidad con lo previsto en el art. 5° de la Acordada n° 5842 se resuelve modificar el sorteo practicado a fs. 722 estableciendo el siguiente orden de votación a los fines de adoptar la decisión: primero, **Dr. Jorge H. Nanclares**; segundo: **Dr. José V. Valerio**; tercero: **Dr. Pedro J. Llorente**; cuarto: **Dr. Mario D. Adaro**; quinto: **Dr. Alejandro Pérez Hualde**; sexto: **Dr. Omar A. Palermo**; y, séptimo: **Dr. Julio R. Gómez.**

**ANTECEDENTES:**

A fs. 51/77 se presenta el abogado Héctor Raúl Santander, en representación del Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación (S.U.T.E.) e interpone ante la Sala II de esta Suprema Corte de Justicia acción de inconstitucionalidad contra el Decreto n° 228/2016 y la Ley 8847 que lo refrenda. Ofrece pruebas, funda en derecho y hace reserva del caso federal.

A fs. 94/99, por intermedio de representante letrado, comparecen Gustavo Andrés Correa y Cristina Raso, en sus calidades de Secretario General y Secretaria de Igualdad de Género y Oportunidades, respectivamente, de la Comisión Ejecutiva Provincial Mendoza de la Central de Trabajadores de la Argentina (C.T.A.), solicitando su intervención al proceso como “*amicus curiae*”.

A fs. 108/124 contesta el Asesor de Gobierno en representación de la Provincia de Mendoza, solicitando el rechazo de la demanda con costas. Funda en derecho y ofrece prueba.

A fs. 128/137 vta. se hace parte el Director de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado, solicitando el rechazo de la demanda. Funda en derecho, ofrece prueba prueba y formula reserva de interponer Recurso Extraordinario Federal.

A fs. 156/158 la parte actora denuncia la modificación del Decreto N° 228/16 a través del dictado del Decreto n° 989/2016.

Ofrecidas y rendidas las pruebas, se agregan los alegatos, obrando a fs. 663/669 el de la actora; a fs. 670/676 el de la demandada directa y a fs. 677/682 el de Fiscalía de Estado.

A fs. 683/694 vta. se incorpora el dictamen del Procurador General del Tribunal.

A fs. 728/729 se convoca al Tribunal en pleno y a fs. 760/765 se llama al acuerdo para sentencia.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, la Corte en pleno se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta?

**SEGUNDA CUESTIÓN**: En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTIÓN:**Costas.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JORGE A. NANCLARES, DIJO:**

**I. RELACIÓN SUCINTA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.**-

**A) Posición de la asociación sindical actora.**

Plantea la inconstitucionalidad del Decreto n° 228/2016 y de la Ley 8847 que lo refrenda, en tanto y en cuanto incluye de manera unilateral un aumento salarial (discriminado por cargos, horas cátedra y celadores, aplicando porcentajes distintos en cada caso) denominado “*item aula”,* solicitando que se declare la inconstitucionalidad de esa modalidad retributiva del trabajo docente y que se ordene a la demandada a retomar la negociación con la actora para incorpora dicho *item* a la estructura actual del salario docente, sea que se trate de cargos y/o horas cátedras, sin exclusiones. Asimismo, solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto antes reseñado atento a que dispone porcentajes diferentes de aumento salarial discriminado entre cargos y horas cátedra, requiriendo que se equiparen los porcentajes de aumentos conferidos a horas cátedras con el porcentaje acordado a cargos docentes, sin exclusiones, de acuerdo con la actora dentro del régimen de negociación colectiva vigente.

En subsidio, para el caso de que no se hiciera lugar a lo anterior solicita que se condene a la demandada a “*estar a derecho del modo que VVEE consideren legítimo*”; como así a pagar el denominado “*item aula”* -en las condiciones establecidas en el decreto- también a los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos y también a aquellos que se encuentren ejerciendo la docencia con título supletorio, sean titulares o suplentes.

Funda su legitimación en el Art. 43 de la C.N. (conforme a la reforma de 1994) en su carácter de representante del sector o clase cuyos derechos colectivos se encuentran afectados.

Afirma sobre la temporalidad de la acción deducida, y cita el marco normativo que regula el derecho a la remuneración de los docentes, en especial las leyes que establecen el mecanismo de la negociación colectiva para fijar los salarios y demás condiciones de trabajo en el sector público (Convenio n° 154 de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., ratificado por Ley nacional n° 23.544; art. 24, Ley 6656 -presupuesto ejercicio 1999-; Ley nacional n° 24.185; art. 104, Ley 7183 -Presupuesto ejercicio 2004-; Decreto n° 955/2004 y resoluciones ministeriales n° 170-G-2004 y n° 165-G-2004).

Dice que desde el 2004 hasta la época de interposición de la demanda el S.U.T.E. y la Dirección General de Escuelas (D.G.E.) han firmado numerosos acuerdos sobre cuestiones salariales, licencias, cambios de funciones, vivienda y organismos colegiados, entre otros aspectos; y que el Decreto n° 228/2016 fue dictado luego de sólo cinco reuniones paritarias, en las cuales el Gobierno dio por terminada la negociación en dos oportunidades.

Describe el contenido del Decreto n° 228/2016, junto con la secuencia de las principales incidencias que precedieron a su dictado, en el marco de las negociaciones paritarias con el Gobierno, concluyendo en que el decreto fue dictado en clara violación de la Constitución Provincial, el régimen de gobierno del sistema educativo provincial, el régimen de la negociación colectiva y convenios internacionales ratificados por el país -derogando de hecho tal régimen de negociación colectiva para el sector educación-, a lo que agrega que la ley ratificatoria adoleció de un procedimiento irregular en la Cámara de Diputados.

Afirma que la normativa impugnada viola el orden constitucional (arts. 211 y ss Const. Prov.), y legal, que establecen a la D.G.E. como el órgano autárquico extra poder, de jerarquía constitucional, gobernada por tres órganos (arts. 128° y 131°, Ley 6970), entre los cuales las políticas educativas deben consultarse obligatoriamente con el Consejo General de Educación (conf. Arts. 136°, 140° 141° y 142°, Ley 6970).

En segundo término, impugna que el “*item aula”* constituye una remuneración extraordinaria por tanto, prohibida por el art. 39° de la Constitución Provincial (toda vez que instituye sobre una parte de la remuneración normal y habitual docente, por fuera de la estructura salarial ordinaria).

En tercer lugar endilga que la ley ratificatoria n° 8847 es nula porque la sesión especial de la Cámara de Diputados realizada el 23 de marzo de 2016 fue manipulada por el Presidente del cuerpo para obtener una votación favorable al proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, sin cumplir con los requisitos establecidos por el Reglamento Interno.

Refiere que el empate resultante de la primera votación (23 votos a favor, 23 en contra y 2 abstenciones de los diputados Marcos Niven y Guillermo Pereyra), por aplicación del art. 196 del Reglamento, obligaba al Presidente de la Cámara a reabrir la discusión; por lo que sólo tras una segunda discusión y votación, el Presidente podía hacer una tercera votación y ejercer el doble voto. En el caso, ante la primera votación empatada, la Presidencia abrió a debate el asunto, sin que ningún diputado solicitara el uso de la palabra, y ordenó que por Secretaría se llamase a cada diputado a una segunda votación nominal. Resultando nuevamente empatada la votación, la Presidencia directamente procedió a desempatar sin más trámite, todo lo cual tacha de irregular porque, además, los diputados Niven y Pereyra tenían que votar en esa segunda vuelta, ya que no habían solicitado permiso para abstenerse nuevamente, conforme lo ordena el art. 193 del Reglamento Interno. Dice que por Secretaría de Presidencia se llamó por orden alfabético a cada diputado a votar en forma nominal por segunda vez y cuando fue nombrado el diputado Niven el Secretario en voz alta dijo: “se abstuvo”, consignando tal circunstancia. Ante esta situación el vicepresidente segundo de la Cámara, Jorge Tanús, hizo uso de la palabra y a viva voz hizo saber que “el diputado Niven debe votar como lo determina el reglamento, por la afirmativa o la negativa, ya que no ha solicitado permiso para abstenerse. Sin embargo el Presidente de la Cámara, diputado Pares, decidió continuar con la votación sin hacer lugar a la observación, haciendo extensiva la autorización de abstención al diputado Guillermo Pereyra. Ante ello, postula que estas dos abstenciones son nulas habiéndose, por tanto, ejercicio irregularmente la posibilidad de desempatar y dar por concluida la sesión.

En un cuarto orden de ideas formula que el Decreto n° 228/16 es inconstitucional por violar el derecho de igual remuneración por igual tarea (arts. 14 bis y 16, C.N.) por cuanto establece un aumento diferenciado entre cargos y horas cátedra, no existiendo ninguna razón -al menos expresada- que lo justifique.

También, porque excluye a los docentes que desempeñan cargos jerárquicos no directivos y horas cátedra (enumerados en el art. 6° inc. 6 de la Ley 6929); como así a los docentes que ejercen como tales pero con título supletorio, tal como lo autorizan los arts. 17° y 20° del Estatuto del Docente (Ley 4934) y la Resolución n° 809-DGE-2001.

A modo de quinto agravio, impugna que el Decreto n° 228/2016 contraría el derecho constitucional de huelga y a la libertad sindical (protegidos por el art. 14 bis, C.N. y la Ley 23.551) toda vez que sanciona a los docentes que hagan uso de tal derecho colectivo, al no prever esta hipótesis dentro de las excepciones que admiten la percepción del adicional extraordinario, no obstante registrar inasistencias. Sostiene que así el Gobierno se reserva la posibilidad de sancionar con mayor rigor al huelguista haciéndole perder también la remuneración extraordinaria.

En línea con lo anterior, concibe que el “ítem aula” resulta violatorio del art. 4, incs. 1° y 2° -apartado b-, del Convenio 151 de la O.I.T., ratificado por Ley nacional n° 23.328, por las mismas razones anteriores, es decir, porque sanciona con el descuento del ítem aula a cualquier docente que ejerza su derecho a huelga.

En sexto lugar, desarrolla que con el dictado del Decreto impugnado se ha vulnerado el derecho constitucional establecido en el art. 14 bis de la C.N. de celebrar convenios colectivos de trabajo, y el régimen de la negociación colectiva para el sector público establecido por las leyes 23.328 (ratificatoria del Convenio de la O.I.T. Nro. 151 de protección del derecho de sindicación y solución de conflictos para el sector público), 23.544 (que adopta el Convenio de la O.I.T. Nro. 154 sobre el fomento de la negociación colectiva) y 24.185, introducido en el derecho público local con el dictado de las leyes 6656 y 7183.

Ello sería así por cuanto, expresa que en el caso, la única iniciativa tomada por el Subsecretario de Trabajo fue el dictado de la Resolución n° 1650-SSTyE-2016, notificada el 9-3-2014 a las 18,45 hs. (con menos de 6 hs. de anticipación al inicio de la huelga dispuesta por el Sindicato motivada en el hecho de que la representación del Gobierno había dado por terminada la negociación salarial por segunda vez en cinco reuniones), exigiendo al SUTE que notifique el paro con la anticipación de 48 hs., bajo apercibimiento de aplicar las sanciones del art. 4 inc. f) de la Ley 25.212; aún cuando la misma Subsecretaría de Trabajo estaba en pleno conocimiento (desde el 7-3-2016 la primera y desde el 8-3-2016 la segunda) de la decisión del SUTE de convocar al paro que luego hizo efectivo el día 10-3-2016. Entiende que bien se podría haber dispuesto la conciliación obligatoria, inmediatamente, luego de que el Estado provincial dio por terminada la negociación salarial, puesto que el 8-3-2016 en la mesa de negociación, el SUTE había manifestado que la efectivización de la huelga dependía de la propuesta que llevara el Gobierno.

Agrega que, finalmente, se dictó la Resolución n° 1984-SSTyE-2016 rechazando la impugnación presentada contra la anterior; y por Resolución n° 1986 se dispuso sancionar a la actora con una multa de $20.000 por la supuesta infracción del art. 4° inc. f) de la Ley 25.212.

La otra intervención que tuvo el Subsecretario fue para rechazar el pedido del SUTE, realizado el 21-3-2016, requiriendole que llamara a “conciliación obligatoria”.

Interpreta que el Estado provincial en ningún momento consideró oportuno disponer la conciliación obligatoria porque su propuesta no era negociable, el sindicato sólo podía aceptarla o rechazarla, y el Gobierno tenía urgencia en terminar tal supuesta negociación, en incumplimiento de la manda constitucional, supralegal y legal que manda a negociar con los legítimos representantes del sector educación, impidiendo cualquier tipo de acuerdo en el ámbito paritario.

Adiciona que, según se desprende de noticias informadas por medios de comunicación, antes de presentar su propuesta de incremento salarial el Gobierno ya tenía decidido imponer sus términos en la negociación, o dictaría un decreto. Señala que el SUTE rechazó terminantemente la propuesta porque incluía como incremento salarial el denominado ítem aula que inicialmente era no remunerativo ni bonificable. La ausencia de voluntad de negociar el porcentaje de incremento fue evidente ya que el porcentaje se mantuvo desde la primer propuesta salarial formulada, modificándolo sólo en cuanto el Estado nacional aumentó el monto que todos los docentes del país perciben en carácter de incentivo docente (FONID), en el ámbito de la paritaria docente nacional.

Por lo anterior, endilga que en los párrafos 17, 20 y 21 del considerando del Decreto n° 228/2016 se incurre en afirmaciones falsas.

Sostiene que la mala fe negocial sería demostrable, además, porque en la negociación se ofreció el ítem con un límite de $1.300 y en el Decreto n° 228/2016 no se lee ese tope; asimismo, la propuesta no comprendía a las misiones especiales pero el Ejecutivo provincial sí las incorpora en el Decreto.

Enumera un conjunto de convenio colectivos vigentes, celebrados entre las mismas partes, que se verían afectados por el Decreto n° 228/2016: a) el homologado por Decreto n° 1026/2006 sobre protección de la maternidad, en tanto y en cuanto el ítem aula sólo se pagará durante la licencia por maternidad, excluyendo cualquier otra licencia vinculada al estado de embarazo; b) el homologado por Decreto n° 1276/2006 sobre licencias por enfermedad, subsidio y cobertura de la obra social, en tanto el ítem aula no se pagará en caso de enfermedades inculpables de largo tratamiento (con licencia de hasta 2 años con goce de haberes); y el homologado por Decreto n° 112/2011 sobre licencias, extensión de licencia por cuidado de familiar con enfermedad terminal que requiera internación (en terapia intensiva o cuidados especiales), ya que el Decreto impugnado también las excluye del pago del ítem aula.

Finalmente, opone que el Decreto n° 228/2016 hace una interpretación inconstitucional del régimen de la negociación colectiva para el sector público provincial porque las leyes 6656 y 7183 en ningún momento “delegan” en el Ejecutivo la facultad de establecer los salarios. Colige que el Poder Ejecutivo no tiene facultad alguna para establecer por sí los sueldos de la administración pública y que la Ley 8847 es inconstitucional al haber ratificado un decreto que vino a suplir el régimen de la negociación colectiva para el sector público establecido por ley.

**B) Posición de la Provincia demandada.**

El Asesor de Gobierno explica que las pretensiones del actor exceden el objeto propio de la acción de inconstitucionalidad por cuanto, lejos de una declaración de nulidad o invalidez constitucional (arts. 48 y 144, inc. 3, Const. Prov.) se pretende que la Corte laude en una diferencia política, sobre la modalidad y cuantía que debió alcanzar el aumento salarial docente, adentrándose en un aspecto de las decisiones políticas, de mérito oportunidad o conveniencia de los otros poderes que, claramente, escapan al juicio de constitucionalidad. De ello sigue que es imposible el dictado de una sentencia que modifique o mande modificar la norma salarial o la parte del Decreto n° 228/16, ratificado por Ley 8847, que agravia a la actora, incorporando situaciones de hecho que la norma no incluye; lo cual importaría, además, la modificación del gasto salarial previsto por el administrador y autorizado por el legislador.

Reafirma la validez del Decreto n° 228/2016, en tanto fue ratificado por la Legislatura de la Provincia en función de la atribución conferida por los arts. 30 y 99 inc. 9 de la Constitución de Mendoza. Aprecia que la actora confunde la “política educativa” y “dirección técnica de la educación” (atribuidas a la D.G.E.) con la “política presupuestaria” y “de fijación de sueldos de empleados públicos” de indubitable competencia compartida entre la Legislatura y el Gobernador (conf. Arts. 99° incs. 3 y 9; 128° inc. 14, y cctes. de la Carta Magna local).

Hace hincapié en que en autos no se configura el supuesto de pago de adicionales extraordinarios prohibidos por la Constitución Provincial expresando, con cita de los antecedentes de la Convención Constituyente y doctrina provincial, que el fin del art. 39 (que prohíbe el pago de adicionales extraordinarios) es evitar la acumulación de empleos que se dio en otras épocas.

Respecto a la violación del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados, manifiesta que ello escapa al control jurisdiccional. No obstante, afirma que la sanción de la Ley 8847 no padece de ninguno de los vicios que se le atribuyen porque en la sesión especial del 23-3-2016 el Presidente del cuerpo ejerció regularmente su atribución de desempatar la votación nominal, tal como lo faculta el art. 196 del mencionado reglamento. Agrega que el permiso de abstenerse de votar fue obtenido por los diputados Nivel y Pereyra mediante las Resoluciones n° 962/16 y n° 963/16 de la Cámara, de modo genérico y abarcativo, por ende, tanto de la discusión en general como de la particular del único proyecto de ley que conformaba el orden del día con el que fue convocada la sesión especial.

Dice que la actora examina de modo superficial e incompleto el Reglamento Interno de la Cámara de Diputados, llegando por ende a una conclusión equivocada. Efectúa un análisis integral del procedimiento para la sanción de las leyes, tras lo cual afirma que se cumplimentaron por parte del Presidente las reglas para la emisión de su doble voto.

Sostiene que no se ha vulnerado el principio de igualdad y rechaza el planteo de violación del derecho de igual remuneración por igual trabajo (art. 14 bis C.N.), resaltando que el decreto cuestionado se asienta sobre pautas objetivas y razonables y con un objetivo determinado. Subraya que la validez de las normas provinciales que remuneran de manera distinta a un mismo grupo de agentes públicos en atención a la diferente índole o naturaleza de las tareas desempeñadas ha sido abordada por los Tribunales Provinciales y por este Tribunal, citando jurisprudencia en apoyo a su postura.

Afirma que el incremento salarial final para el “cargo docente” y las “horas cátedras” es similar. Niega que se haya excluido a los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos y en horas cátedras, ya que todos ellos perciben el *item aula*, resultando coherente con la legislación que regula los mismos. Igual consideración formula con relación a los docentes que se desempeñan con títulos supletorios, los cuales también perciben el *item*.

Desestima los agravios vinculados con la negociación colectiva y rechaza al planteo de violación del derecho a huelga (art. 14 bis C.N. y Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública N° 151 de la O.I.T.), citando el criterio jurisprudencial de este Tribual relativo a la carencia del derecho a percibir los salarios durante los paros, no obstante el carácter legal de la huelga.

Enfrenta al agravio referido a la violación de la legislación que habilita la negociación paritaria en la administración pública recordando antecedentes del Tribunal que remarcan la facultad legislativa de dictar la ley general de sueldos (art. 30 y 99 inc. 9 Const. Provincial). Señala que el agravio constitucional no es cierto, sino conjetural e hipotético y por ende inhábil para abrir el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Por último afirma que el planteo de autos refiere a una cuestión política enmarcada en las atribuciones constitucionales que le asisten al legislador, razón por la cual exorbita la autoridad de los magistrados; habiéndose agotado la oportunidad del Sindicato de cuestionar el Decreto que hoy pone en crisis con la sanción de la Ley 8847.

**C) Posición de Fiscalía de Estado.**

Propicia también el rechazo de la acción poniendo de manifiesto que el tema traído a debate se incardina en aquellos que la doctrina ha nominado como “no justiciables”, lo que se sustenta en las facultades del Poder Legislativo para la fijación de las condiciones del empleo y de la ley de sueldos de los agentes públicos.

Destaca que el denominado “*item aula”* constituye un adicional o reconocimiento por la actividad desarrollada, cuyo reconocimiento se sustenta en el ámbito de las actividades discrecionales del Estado, sin que de su contenido surja una causal que permita tachar de inconstitucional las normas que lo implementan; lo que -por lo demás- constituye la “*ultima ratio*” del orden jurídico”.

Afirma que las normas tachadas no contienen exclusiones y diferenciaciones arbitrarias por lo cual no hay violación del principio de igualdad (art. 16 C.N. y 7 Const. Provincial) dando cuenta de que, conforme a la prueba acompañada, el “*item aula*” ha sido liquidado a los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos y en horas cátedras, como asimismo a los docentes que ostentan título supletorio.

Expresa que la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de igualdad, pudiendo el legislador crear categorías, grupos o clasificaciones que irrogue trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable.

Expone similares argumentos a los vertidos por Asesoría de Gobierno en relación al derecho de huelga y la pérdida del salario, citando la misma jurisprudencia del Tribunal.

Respecto a la violación del régimen de negociación colectiva, considera insuficiente los argumentos de la actora; destacando que la norma cuestionada se funda en las facultades discrecionales del Estado, conforme doctrina y jurisprudencia que cita.

Reseña como análogo al supuesto que nos ocupa, el dictado de la Ley 6652, que fue el corolario de la crisis policial de 1998.

**D) Dictamen de Procuración General:**

Por los amplios argumentos que desarrolla respecto de cada uno de los agravios planteados en la demanda, propicia el rechazo de la acción.

**II. PRUEBA RENDID**A.

**a) Instrumental:**

1.- Copia de: nota periodística “Qué es el ítem “aula” que el gobierno llevará a la paritaria docente” public. en Sitio Andino el 29-3-2010 (fs. ½); nota “Polémica por “ítem aula”: el SUTE lo rechaza y el Gobierno quiere “premiar” public. el 17-2-2016 (fs. ¾); nota “El SUTE rechazó el ítem aula y le pidieron al Gobierno una nueva oferta salarial” public. en Diario Uno el 17-2-2016 (fs. 5); nota “El ítem aula incluye a la mayoría de los docentes” public. en Prensa del Gobierno provincial el 25-2-2016 (fs. 6); nota “Aumento docente: si no hay acuerdo, podría darse por decreto” public. en Diario Uno el 22-2-2016 (fs. 7/8); nota “Sembrarás ítem aula y en dos años cosecharás...” public. el 1-3-2016”; copia acta n° 64/2013 de la Junta electoral del SUTE (fs. 10/15); del Estatuto del SUTE (fs. 16/43); de la publicación en el Boletín Oficial del 16-3-2016 del Decreto n° 228 dictado el 14-3-2016 (fs. 44/46)

2.- Informe elaborado por el Director General de Administración de la D.G.E. al Asesor de Gobierno, de fecha 4-5-2016, conteniendo simulaciones correspondientes al aumento salarial otorgado en marzo de 2016 (fs. 103/106).

3.- Notas presentadas por el secretario general del SUTE al Ministro de Gobierno, Trabajo y Justicia, como así al Subsecretario de Trabajo y Empleo, solicitando convocatoria a paritaria salarial 2016, en fecha 11-5-2016 (fs. 150/151), y nota presentada el 20-7-2016 al Subsecretario de Trabajo y Empleo a los efectos de reabrir la discusión salarial y retomar los puntos pendientes de discusión conforme temario acordado oportunamente (fs. 152); nota “Cornejo. “Hagan lo que hagan, no vamos a reabrir paritarias” public. en Mdz On line el 14-7-2016 (fs. 154/155).

4.- Copia de: escrito de contestación de la demanda opuesta por la Provincia de Mendoza en los autos n° 155.640, caratulados “SUTE c. Pcia. de Mza. s/ Amparo sindical”, originarios de la Tercera Cámara del Trabajo (fs. 161/164); informe elevado por el Director de Asuntos Jurídicos de la D.G.E. al Asesor de Gobierno relativo a tales actuaciones (fs. 165/16); acta paritaria celebrada el 2-3-2016 entre el SUTE y el Poder Ejecutivo (fs. 168/169); acta paritaria suscrita el 22-3-2016 por el SUTE y representantes del Poder Ejecutivo (fs. 170); publicación oficial (el 23-9-2016) de la Resolución n° 2327-DGE-2016 (fs. 171/176).

5.- Copia del Expediente n°70.513 que diera origen a la Ley 8847, remitido por la H. Cámara de Diputados (fs. 204/257).-

6.- Copia de las actuaciones pasadas por ante la Subsecretaría de Trabajo referentes a las negociaciones paritarias previas al decreto puesto en crisis (fs. 266/576).

7.- Copia del expediente de la H. Cámara de Senadores que diera origen a la Ley 8847 (fs. 579/632).

8.- Copia del audio de la votación en la H. Cámara de Diputados de la ratificación legislativa del Decreto n° 228/16, de fecha 23-3-2016 transmitida por el periodista Alejandro Gamero, remitida por Nihuil S.A. (fs. 634/635).

9.- Expediente administrativo N° 2735-D-16-02369, remitido como A.E.V y cuya constancia de incorporación rola a fs. 642.

**b) Informes:**

1.- A fs. 161/164 el Director General de Administración de la Dirección General de Escuelas informa sobre la liquidación y pago del ítem aula a docentes embarazadas, a los docentes que gozan de licencias por enfermedades de largo tratamiento, licencia por cuidado de familiar enfermo.

2.- A fs. 262/263 miembros de las Juntas Calificadoras de Educación Primaria, Educación Secundaria, Educación Técnica y Trabajo, y Educación de Jóvenes y Adultos informan sobre la noción de docentes con títulos supletorios, la diferencia entre título docente, habilitante y el supletorio; el bono de puntaje de aspirantes con título supletorio; cantidad de bonos emitidos a aspirantes con título supletorio y de docentes titulares con títulos supletorios por nivel y modalidad

3.- A fs. 637 vta la Directora General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda de la Provincia informa sobre el presupuesto asignado a la D.G.E. para los años 2015 y 2016.

**III.- LOS TEXTOS NORMATIVOS CUESTIONADOS*.***

**a.-** El Decreto N° 228/2016 de fecha 14/03/2016 (B.O.: 16/03/16) establece:

Art. 1º - Dispóngase un incremento sobre la Asignación de la Clase y el Estado Docente para el Cargo Docente del siete por ciento (7%) desde el mes de marzo al mes de julio de 2016 inclusive y del siete coma siete por ciento (7,7%) desde el mes de agosto en adelante, siendo este último acumulativo al del primer periodo enunciado.

Art. 2º - Dispóngase un incremento sobre la Asignación de la clase y el Estado Docente para la Hora Cátedra de todos los niveles del cinco por ciento (5%) desde el mes de marzo al mes de julio de 2016 inclusive y del cuatro por ciento (4%) desde el mes de agosto en adelante, siendo este último acumulativo al del primer periodo enunciado.

Art. 3º - Determínese que el incremento referido será complementado con el aumento del Fondo Nacional de Incentivo Docente (FONID), asignación creada por la Ley 25.053, en dos tramos, a partir de febrero de 2016 en pesos cuatrocientos ($ 400), estableciéndolo en pesos novecientos diez ($ 910) y a partir del mes de julio 2016, en pesos trescientos ($ 300), estableciéndolo en pesos un mil doscientos diez ($ 1.210), sumas que serán adelantadas por el Estado Provincial, a cuenta del aporte Nacional, conforme a lo establecido en la Paritaria Nacional firmada el 25 de febrero de 2016 (Expediente N° 1243441/07).

Art 4º - Dispóngase la aplicación de los mínimos salariales fijados para el cargo docente inicial, en la forma y condiciones descriptos en el punto 1 del acta paritaria suscripta entre el Ministro de Educación y Deportes de la Nación y las entidades sindicales signatarias. Determínese en consecuencia que el salario inicial neto de bolsillo del trabajador de la educación docente, por cargo de maestro de grado, jornada simple, sin antigüedad y/o 18 horas cátedras, sin antigüedad, incluido el Fondo Nacional Incentivo Docente (FONID) será de pesos siete mil ochocientos ($ 7.800) a partir del mes de febrero 2016 y de pesos ocho mil quinientos ($ 8.500) a partir del mes de julio 2016.

Art. 5º - Determínese que la cláusula de garantía vigente conforme los convenios colectivos que la han instituido, se abonará en los 2 cargos. En el caso de las horas cátedras rige la proporción de dieciocho horas (18 horas) igual a un cargo. En el caso de que el agente tuviera menos de 18 (horas), el cálculo de la cláusula de garantía será proporcional a la cantidad de horas de la situación de revista. En aquellos casos cuyos cargos sean inferiores a los mil puntos (1.000 puntos), el salario neto de bolsillo garantizado será una proporción, en virtud de los puntos con los que se liquida dicho cargo.

Art. 6º - Dispóngase la aplicación para el Cargo Docente y Horas Cátedras de todos los niveles y modalidades de un adicional salarial denominado "Ítem Aula" desde el mes de marzo de 2016 en adelante. El mismo será el equivalente al 10% de la Asignación de la Clase, Estado Docente, Zona y Antigüedad. El referido adicional será percibido: 1. hasta la concurrencia de dos cargos de base, en ambos cargos; 2. un cargo jerárquico y hasta 16 horas cátedras; y, 3. en caso de que el docente solo se desempeñe en horas cátedras, hasta la cantidad de 36 horas.

Art. 7º - La asignación dineraria creada en el artículo anterior es remunerativa, por lo que se encuentra sujeta a aportes y contribuciones previsionales, asistenciales y gremiales y se considerará para el cálculo del sueldo anual complementario. La misma es no bonificable.

Art. 8º - Determínese que el referido "Ítem Aula" será percibido, a partir del mes de marzo de 2016, por todo agente comprendido en la Ley 4934 y sus modificatorias, que preste servicios en la Dirección General de Escuelas, con título docente o habilitante y que cumpla las funciones para las que ha sido designado, durante la totalidad de los días hábiles laborables del mes respectivo, a excepción de losagentes que estén en cambio de funciones, mientras dure el mismo, o en misión especial fuera del sistema educativo. No obstante, tendrá igualmente derecho a su percepción, cuando aun no registrando asistencia durante todos los días hábiles del mes, esté comprendido en alguna de las siguientes situaciones: 1.- Que estuviere en uso de licencia ordinaria, según las previsiones del art. 38 y cctes. de la Ley 5811 y modificatorias. 2.- Que estuviere usufructuando licencia por maternidad, en los términos y condiciones previstas en el art. 54 de la Ley 5811 y modificatorias. 3.- Que estuviere usufructuando licencia con motivo de accidente o enfermedad profesional conforme la Ley de Riesgos de Trabajo vigente, debidamente certificada por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo contratada por el Estado, mientras dure la licencia. 4.- Que registre hasta 3 inasistencias por mes y hasta diez (10) en el año no acumulables, siempre que las mismas hayan sido justificadas por alguna de las licencias previstas en la Ley 5811, modificatorias y demás normativa vigente y aplicable al caso, a excepción de las referidas anteriormente.

Art. 9º - Dispóngase que el docente que cumpla una suplencia que no alcance a totalizar los días hábiles del mes, tendrá derecho a la percepción proporcional del ítem referido, calculado en relación a los días que haya cumplido la misma.

Art. 10º - Dispóngase un incremento para los Celadores dependientes de la Dirección General de Escuela del nueve por ciento (9%) sobre Asignación de la clase y Convenio Celadores paritaria 2008 desde el mes de marzo al mes de julio de 2016 inclusive y de siete por ciento (7%) sobre Asignación de la clase y Convenio Celadores paritaria 2008 desde el mes de agosto en adelante, siendo este último acumulativo al del primer período enunciado.

Fíjese el Adicional remunerativo Celadores Paritaria 2013, en pesos quinientos dieciocho ($ 518), desde el mes de marzo al mes de julio de 2016 inclusive y en pesos setecientos sesenta y ocho ($ 768) desde el mes de agosto en adelante.

Art. 11º - El Gobierno Provincial realizará los ajustes necesarios para que el incremento salarial no implique disminución alguna en los montos que actualmente perciben los trabajadores/as en concepto de asignaciones familiares.

Art. 12º - Instrúyase a la Contaduría General de la Provincia y demás órganos competentes, a que hagan todos los actos útiles y necesarios para la instrumentación y ejecución del presente Decreto.

Art. 13º - El presente decreto será refrendado por los señores Ministros de Gobierno, Trabajo y Justicia y de Hacienda y Finanzas.

Art. 14º - Remítase a ratificación de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza.

Art. 15º: de forma.

**b.-** Dicho decreto fue ratificado mediante Ley 8.847 (B.O. 28/03/2016).

**c.-** Con posterioridad, y durante la sustanciación de este proceso, el Gobierno de la Provincia dictó el Decreto n° 989/2016 (B.O. 16/08/2016) el cual modifica al Decreto n° 228/2016, de la siguiente manera:

Art. 1º - Dispóngase que a partir del 1 de agosto del año 2016 estarán incluidos en la liquidación del adicional salarial denominado "Ítem Aula", creado por el Decreto Nº 228/16, ratificado por Ley Nº 8847, todos los docentes que estén en cambio de funciones por razones de salud, en los términos del artículo 48 de la Ley 5811 y demás normativa vigente y que presten servicios dentro del sistema educativo.

Art. 2º - Determínese que el pago del "Ítem Aula" que se dispone en el artículo precedente será realizado en los mismos términos y condiciones fijados en los artículos 6, 7, 8 y 9 del Decreto Nº 228/16, ratificado por Ley Nº 8847.

Art. 3º - Dispóngase que los docentes con enfermedades terminales seguirán percibiendo el adicional salarial denominado "Ítem Aula", aún cuando por razones de salud vinculadas a su dolencia excedan el límite días previstos en el artículo 8 inciso 4 del Decreto 228/16, ratificado por Ley Nº 8847.

Art. 4º - Dispóngase que el docente que esté en uso de la licencia especial previstas en las Leyes Nº 26485, 8226 y 8806 tendrá derecho a percibir el adicional salarial denominado "Ítem Aula", aun cuando excedan el límite de días previstos en el artículo 8 inciso 4 del Decreto 228/16, ratificado por Ley Nº 8847.

Art. 5º - Instrúyase a la Contaduría General de la Provincia y demás órganos competentes a que hagan todos los actos útiles y necesarios para la instrumentación y ejecución del presente Decreto.

Art. 6º - El presente decreto será refrendado por los señores Ministros de Gobierno, Trabajo y Justicia y de Hacienda y Finanzas.

Art. 7º - Remítase a ratificación de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza.

Art. 8º – De forma.

**d.-** Dicho Decreto también fue ratificado por la Legislatura mediante Ley 8899 (B.O. 30/08/2016).

**IV. MI OPINIÓN.**

**1.- Alcance de la revisión judicial mediante la vía procesal elegida.**

**a.-** La parte actora, además de la declaración de inconstitucionalidad del decreto y la ley que impugna, solicita que se “...*ordene a la demandada a retomar la negociación con la actora para incorporar dicho ítem a la estructura actual del salario docente, sea que se trate de cargos y/o horas cátedras, sin exclusiones.”*(fs. 51 vta. punto IV).

En subsidio, peticiona que la demandada sea condenada a pagar el “item aula” también a los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos, y a quienes se encuentren ejerciendo la docencia con título supletorio, sean titulares o suplentes (fs. 51 punto IV).

**b.-** Ante tal amplitud de pretensiones no abunda señalar que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos 313:410), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- requiere que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 314:424; 320:1166). Ello es así por cuanto la declaración de inconstitucionalidad de una disposición es un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al que el juzgador debe acudir sólo como última *ratio,* cuando no tiene otra alternativa posible (CSJN, Fallos 290:26; 307:531: 312:72: 314:424; SCJMza, L.S, 299.363; 325-173, entre otros).

En efecto, tiene dicho este Tribunal que la acción de inconstitucionalidad contemplada en nuestra Constitución Provincial es vía apta para canalizar un verdadero interés público de naturaleza política ligado íntimamente con la efectiva vigencia de la supremacía constitucional. Pero no lo es cuando el aspecto atacado de la norma se vincula con la oportunidad o conveniencia, que es cuestión ajena al control judicial que se encuentra limitado a la constitucionalidad y legalidad de los otros poderes del Estado. De lo contrario, el llamado contrapoder ejercido por el Poder Judicial vulneraría la regla democrática que ha puesto en mano del Poder Ejecutivo y Legislativo la determinación de lo conveniente (L.S.: 386-167).

**c.-** Asimismo, para la correcta solución del caso es dable considerar que desde antiguo este Tribunal ha señalado que la acción de inconstitucionalidad o demanda autónoma no es idónea para cuestionar la validez de resoluciones administrativas que deciden casos particulares (normas individuales o de alcance singular), sino que, por el contrario, por vía de esta acción o demanda, sólo se impugnan actos estatales normativos o de alcance general. En suma, la materia procesal constitucional que constituye objeto de la acción está determinada por los conflictos generados por la aplicación de normas generales que en el caso particular infringen la supremacía constitucional (LS: 201-73; 201-160; 224-287; 291-188, 399-096, entre otros).

Por medio de la acción de inconstitucionalidad sólo se obtiene una sentencia declarativa de inconstitucionalidad, que neutraliza para el caso concreto la actividad pública impugnada (de carácter normativo) por lesionar una garantía constitucional (Sala II, LS: 222-472).

La acción de inconstitucionalidad regulada en el Código Procesal Civil tiene carácter meramente declarativo, su objeto es -generalmente- resolver cuestiones de puro derecho, por lo que el análisis se limita a llevar a comprobar si las normas impugnadas se adecuan o no a las reglas y principios establecidos en la Constitución (Sala II, causas N° 101.895, “*Directv c/Municipalidad de Maipú s/A.P.A.*”, sentencia del 27-6-2012, registrada en L.S. 440-014; CIUJ n° 13028477966, “*Unilever de Argentina SA c/ Municipalidad de Godoy Cruz p/ A.P.A.*”, sentencia del 1-3-2017; Sala I, in re N° 95.379, “*Metropoli Publicidad Exterior S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acc. Inc.*”, sentencia del 16-8-2012).

**d.-**Así entonces, por aplicación de las reglas y pautas antes expuestas, como primera conclusión, cabe asumir que es impropio utilizar este tipo de vía impugnativa para compeler al Gobierno de la Provincia a que, en su carácter de organización empleadora, retome la negociación colectiva sobre un tema en concreto, que oportunamente fuera propuesto por una de las partes y puesto a consideración en la respectiva comisión paritaria; o, para plasmar una pretensión de condena (aunque sea subsidiaria) dirigida a extender un específico adicional salarial a la generalidad de los docentes, sin exclusiones, por cuanto, dejando a salvo la configuración de un caso de discriminación inconstitucional (asunto que será luego analizado), ello excede el objeto de la acción de inconstitucionalidad y, por tanto, se trata de aspectos ajenos al control jurisdiccional en esta instancia.

**2.- Delimitación de la materia impugnada:**

De la correlación entre el contenido de los textos normativos cuestionados, frente a las pretensiones válidamente expuestas en la demanda, se desprende, de modo liminar, que si bien la parte actora denuncia la inconstitucionalidad del Decreto n° 228/2016 y de la Ley 8847; en estricto rigor, la impugnación no se dirige a todos sus aspectos sino sólo a la parte que establece un adicional denominado “item aula”. Es decir, los artículos 6°, 7°, 8° y 9° del decreto antes referido, en tanto por los mismos se instaura a partir de marzo de 2016 un adicional remuneratorio, de manera unilateral, por parte del Estado provincial, en su carácter de empleador docente (por vía reglamentaria y legislativa), que viene así a incorporarse en la estructura salarial prevista en la Ley 4934, Estatuto del Docente, y en los posteriores convenios colectivos de trabajo celebrados en el marco del régimen de negociación colectiva para el sector público adoptado por el art. 24 de la Ley 6656 y el art. 107 de la Ley 7183 (que remiten al régimen de la Ley nacional 24.185), reglamentado por el Decreto n° 955/04.

El control de constitucionalidad de tales textos normativos ha de realizarse teniendo en cuenta las condiciones de vigencia actuales, esto es, considerando las modificaciones introducidas por el Decreto n° 989/2016, ratificado por Ley 8899.

Así, tras su lectura comprensiva se puede analizar que el “ítem aula” presenta los siguientes caracteres:

* se trata de un adicional remunerativo, y no bonificable;
* tienen derecho a percibirlo todos los dependientes de la D.G.E. cuya relación de empleo se encuentre regida por el Estatuto del Docente (Ley 4934 y sus modificatorias);
* siempre que reúnan las siguientes condiciones:

- que el docente posea título docente o habilitante;

- que no se encuentre en misión especial fuera del sistema educativo;

- ni en cambio de funciones (salvo que fuere por razones de salud, en los términos del art. 48 de la Ley 5811, y en tanto continuare prestando servicios dentro del sistema educativo);

- que cumpla las funciones para las que ha sido designado durante la totalidad de los días hábiles laborables del mes respectivo, pero no le afecta que registre hasta 3 inasistencias por mes o hasta 10 en el año, no acumulables (siempre que las mismas hayan sido justificadas por alguna de las licencias previstas en la Ley 5811 y sus modificatorias); o que registre inasistencias -sin aquel tope de días- por licencia ordinaria (art. 38 y cctes., Ley 5811 y modificatorias); licencia por maternidad (art. 54, Ley 5811 y modificatorias); licencia con motivo de accidente o enfermedad profesional (conf. Ley de Riesgos de Trabajo); licencia especial prevista en las Leyes Nº 26485, 8226 y 8806; o que el docente padezca enfermedades terminales;

* consiste en una suma de dinero mensual, equivalente al 10% computado sobre la sumatoria de: la “asignación de la Clase”, los suplementos “Estado Docente” y “Zona”, más el adicional por “Antigüedad”;
* tal base de cómputo está limitada hasta la concurrencia de 2 cargos de base; 1 cargo jerárquico y hasta 16 horas cátedras; y, en caso de que el docente sólo se desempeñe en horas cátedras, hasta 36 horas;
* el docente que cumpla una suplencia que no alcance a totalizar los días hábiles del mes, tiene derecho al ítem en proporción a los días cumplidos.

**3.- Análisis de los agravios.**

**3.1.-** **Consulta obligatoria del Consejo General de Educación previsto en la Ley 6970, reglamentaria del art. 211 y siguientes de la Constitución provincial).**

**a.-** Pasando a abordar, en forma separada, cada uno de los agravios vertidos por la actora; en primer término, se cuestiona que la norma atacada constituye una disposición sobre política educativa, adoptada sin intervención del Consejo General de Educación, por lo que el Poder Ejecutivo de la Provincia se habría arrogado potestades que no le corresponden.

Al respecto cabe recordar quees responsabilidad del Estado provincial establecer las bases de un sistema de educación e instrucción pública, para lo cual la Constitución Provincial asigna al Poder Legislativo la facultad de dictar las normas necesarias a tales fines (art. 211 y sgte. Constitución Provincial).

En tal contexto fue dictada la Ley 6.970 (B.O. 01/02/2002) a los fines de establecer las normas generales rectoras de la organización y funcionamiento de la Educación Pública en Mendoza (art. 1), reafirmando que incumbe al Estado Provincial el fijar la política educativa en el marco de la normativa nacional vigente (arts. 5 y 7), es decir en correlación con lo normado en la Ley de Educación Nacional n° 26.206; contando para ello con el asesoramiento del Consejo General de Educación, ámbito de consenso para garantizar la continuidad y proyección en el tiempo de aquéllas políticas (arts. 141 y 142).

El Consejo General de Educación debe estar integrado con -al menos- un (1) representante por cada gremio docente que actúa en el ámbito provincial (art. 140, inc. d).

Esta situación, puede leerse como una temprana incorporación en la legislación local de uno de los denominados “pilares” que enumera, por caso, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Bogotá, el 7 y 8 de julio de 2016), concretamente el de “participación ciudadana”, entendido como el proceso de construcción social de políticas públicas que, conforme al interés general, canaliza, da respuesta o amplía derechos fundamentales, reforzando la posición activa de la ciudadanía en la gestión de los asuntos públicos (en concordancia con lo establecido en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado realizada enLisboa, el 25 y 26 de junio de 2009, y adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Estoril, el 30 de noviembre y 1° de diciembre del 2009, en lo que respecta a su capítulo primero, donde se define la participación ciudadana en la gestión pública y se señalan sus principios orientadores).

**b.-** Ahora bien, las normativas cuestionadas establecen un aumento en los haberes salariales docentes dependientes de la administración pública provincial. Ello sin una vinculación directa e inmediata con los fines y objetivos de la educación o la planificación general de la política educativa en la Provincia de Mendoza, ni con el ingreso a la carrera docente, modificación de diseños curriculares, planes de estudios, aprobación de nuevas ofertas de formación superior, o la autorización para el funcionamiento de instituciones de educación superior no universitarias de gestión privada (conf. Art. 11, Ley 26.206; y arts. 6, 118 inc. e-, 120, 142 y 143, Ley 6.970).

Así, no cabe concluir que las normas impugnadas configuren un acto de planificación de la política educativa provincial sino, más bien, que constituyen el ejercicio regular de aquélla otra potestad conferida de modo expreso por la Constitución de la Provincia a la Legislatura de dictar una Ley General de Sueldos en concordancia con el poder de fijar anualmente la ley de presupuesto de todos los gastos que el tesoro provincial debe cubrir (art. 99 incs. 3 y 9, Const.Prov.).

**c.-** Vinculado con ello tiene dicho este Tribunal que el Poder Administrador puede dictar resoluciones que adecuen las remuneraciones previstas en una "ley general" a las circunstancias fluctuantes de nuestra economía.

Así han surgido "adicionales" como un modo de incrementar el salario de bolsillo del trabajador para mejorar su nivel de vida y amortiguar los efectos de esa inquietante realidad. De esa forma se gestó, por ejemplo, el adicional creado -también- por el Decreto n° 51/2005 (luego subsumido en el adicional creado por el Decreto n° 901/06), en medio de negociaciones colectivas que no daban los frutos esperados.

Consecuentemente, este Tribunal, en diversas integraciones, ha entendido que el Poder Ejecutivo puede disponer un incremento de las remuneraciones de los agentes públicos siempre que esas decisiones no afecten la política salarial del sector público que señala el Poder Legislativo, generalmente en la ley anual de presupuesto; y que si excede los incrementos allí dispuestos, la decisión debe ser ratificada por la Legislatura (vid: Sala I, in re n° 90.063, "*Tobares, Tulio Transito y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.*", sentencia del 17-3-2009, registrada en LS: 398-233; autos n° 101.763: “*Di Carlo, Daniela y ot. c/ Gobierno de la Prov. de Mendoza s/ A.P.A.*", sentencia del 13-5-2013 registrada en LS: 452-37; autos n° 106.199: “*Morales Giamportone, Susana Beatriz y ot. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ A.P.A.*”, sentencia del 6-8-2014; Sala II, en los autos n° 89.081, “*Gil, Eduardo y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.*”, sentencia del 30-4-2009”; autos n° 89.083, “*Leiva, José y ot. c/Gobierno de la Provincia s/A.P.A.*”, sentencia del 31-8-2009; causa N° 102.477: “*Becerra, Carlos Alberto c/Gobierno de la Provincia de Mendoza S/A.P.A.*”, sentencia del 7-5-2015; y causa N° 106.709: “*Morici, Carlos Norberto y ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/A.P.A.*”, sentencia del 23-2-2016).

**d.-** Es cierto que el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. ha subrayado la importancia que atribuye a la promoción del diálogo y la consulta en las cuestiones de interés común entre las autoridades públicas y las organizaciones profesionales más representativas del sector de que se trate (OIT: *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”,*Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ta. ed.(revisada), 2006, párrafo 1067); como así, que la consulta tripartita tiene que darse antes de que el Gobierno someta un proyecto a la Asamblea Legislativa o establezca una política laboral, social o económica (ob.cit., párrafo 1070); todo lo cual debe ser tenido en cuenta de modo muy especial atento el compromiso que el Estado argentino ha contraído ante la comunidad internacional al ratificar el Convenio nro. 154 de la O.I.T.

No obstante, siguiendo a la doctrina especializada (conf. ACKERMAN, Mario E.; “*La relación de empleo público y el derecho del trabajo*”, en Rev. de Derecho Laboral, 2003-2: Estatutos y otras actividades especiales, Rubinzal-Culzoni, Sta.Fe, p. 107), es dable tener por cierto que aún cuando las ratificaciones de los Convenios Nº1 51 y Nº 154 de la O.I.T. produjeron una trascendente innovación en el sistema de fuentes (que reglamentan las relaciones de empleo público), ello no ha llevado a un *abandono pleno del modelo unilateralista* (o estatutario), sino a una *atenuación*del mismo -a partir del protagonismo normativo que se atribuye a la negociación colectiva-, cuestión que será objeto de estudio más abajo al tratar los agravios vinculados con la vulneración de la libertad sindical.

**e.-** En resumen, al no contener la normativa impugnada disposiciones referidas a principios y fines de la educación, ni fijar lineamientos generales del sistema educativo, sino que las mismas se limitan a otorgar un aumento en los haberes de un sector de empleados de la Administración Pública provincial (con su correspondiente ratificación legislativa), en el caso no era obligatoria la invocada participación previa del Consejo General de Educación de la Dirección General de Escuelas, por lo que se debe desestimar el agravio vinculado con tal cuestión.

**3.2.- Prohibición de acordar remuneraciones extraordinarias a los empleados públicos por el ejercicio de sus funciones.**

**a.-** La parte actora afirma que la norma cuestionada viola la prohibición del pago de adicionales extraordinarios por el ejercicio de funciones para el cual el trabajador ha sido designado, dispuesta en el art. 39 de la Constitución provincial, carácter éste que reuniría el *ítem* creado.

**b.-** Una remuneración será “extraordinaria” en la medida que supere lo ordinario o regular que la ley asigna como prestación debida por el Estado en virtud del servicio personal que ejerza el funcionario.

El Estatuto del empleado público (Decreto Ley 560/73), al que remite genéricamente el art. 6° del Estatuto del Docente (Ley 4934), establece que el contenido patrimonial del derecho a la retribución o remuneración justa (enumerado en el art. 16 inc. b) se determina según la ubicación que posea el personal en el respectivo escalafón o régimen que corresponda al carácter de su empleo.

Para gozar de este derecho es indispensable que el agente haya prestado servicios, o esté comprendido en el régimen de licencia, franquicias y justificaciones en todos los casos en que las mismas sean pagas.

A igual situación de revista y de modalidades de la prestación de servicios, el personal debe gozar de idénticas remuneraciones cualquiera sea el organismo en que actúe (art. 20).

La Ley n° 5.126 relativa al régimen de remuneraciones en el empleo público provincial, en su artículo 49 establece que la retribución del agente se compone de:

- *la* *asignación de la clase*,

- *los* *adicionales*particulares, y,

- *los* *suplementos* que correspondan a su situación de revista y condiciones especiales.

Las partes coinciden, y así también se desprende de los antecedentes de la causa, que la estructura salarial docente vigente desde julio de 2008 (conf. Anexo I, CCT 7-3-2008, homologada por Decreto nº 543/2008, ratificado por Ley 7867, BO: 25-6-2008) se componía de los siguientes items:

* 001 - *Asignación de Clase*: consistente en un valor monetario o índice (cuya última modificación en paritarias fue acordada por el CCT del 13-3-2015, homologado por Decreto n° 767/2015), por los puntos de la escala para todos los cargos y horas (prevista en el Título VIII, Ley 4934 y sus modificatorias);
* 019 – suplemento *Estado Docente*: valor índice por 270 puntos de la escala, que -en principio- corresponde al personal en actividad y computable hasta en dos (2) cargos de base y 20 horas cátedra; un cargo jerárquico y 16 horas cátedras o hasta 36 horas cátedra;
* 021 – suplemento *Bonificación por Zona*: porcentaje sobre la asignación de clase (según la normativa vigente: arts. 7, sgtes y cctes., Ley 4934 y sus modificatorias);
* 047 – adicional por *Antigüedad*: porcentaje estatutario sobre asignación de clase, más estado docente (art. 89, sgte. y cctes., Ley 4934);
* 144 – adicional por *Presentismo*: 10% (diez por ciento) sobre asignación de clase (según normativa vigente: art. 24 inc. b), Ley 5811; Decreto n° 3271/89, ratificado por la Ley 5700; y art. 23, Decreto n°1130/90).

**c.-** Los antecedentes hasta aquí expuestos muestran que el “ítem aula” (creado por los arts. 6°, 7°, 8° y 9° del Decreto n° 228/16 y modif.), vino a instituirse como un nuevo adicional, incorporado a la estructura salarial docente, para todos los cargos y horas cátedra del escalafón respectivo, construido sobre la base y casi como una combinación de los ya existentes adicional por presentismo (en tanto equivale a un plus del 10%, para el personal que no supere ciertos límites de inasistencias laborales), y suplemento por estado docente (ya que beneficia a los docentes en actividad que estén desempeñando las funciones propias del cargo u horas cátedra en el/las que fueran designados, con un tope similar), aunque limitado a quienes han acreditado la terminación de carreras con formación pedagógica.

De este manera, se evidencia que el “ítem aula” configura uno más de *los adicionales particulares*, que conforman la estructura salarial normal u ordinaria debida a todo el personal dependientes de la D.G.E. regido por el Estatuto del Docente, que haya culminado su formación docente, que esté ejerciendo el/los cargo/s y/u horas cátedra en los/as que está designado, y que no supere un cierto límite de inasistencias (justificables, según el régimen de licencias), todo lo cual es perfectamente compatible con las categorías y exigencias jurídicas ya previstas en el art. 20 del Estatuto del Empelado Público provincial, en el Estatuto del Docente (y su reglamentación que determina los títulos docentes habilitantes para el ejercicio de la docencia) así como en las disposiciones pertinentes del régimen de remuneraciones previsto en la Ley 5811.

Por tanto, en función de que no puede ser calificado como una remuneración extraordinaria, el “ítem aula” no infringe la norma constitucional invocada.

**3.3.- Irregular procedimiento de sanción de la ley ratificatoria.**

**a.-** El sindicato accionante afirma que el Presidente de la H. Cámara de Diputados ejerció irregularmente el derecho a desempatar la votación pues violó lo normado por el art. 196 del respectivo Reglamento Interno.

**b.-** El citado art. 196 expresa: “*Si una votación nominal se empatase, se reabrirá la discusión y si después de ella hubiese nuevo empate, se hará otra nueva votación en donde el Presidente tendrá doble voto”.*

**c.-** Tratándose de una impugnación al procedimiento de sanción de una Ley, resulta oportuno recordar lo ya expresado en distintos precedentes por este Tribunal en punto a cuáles son los presupuestos que habilitarían el control de constitucionalidad, habida cuenta de que en la mecánica de nuestro sistema constitucional republicano, los jueces carecen de jurisdicción para interferir en el proceso mismo de formación de las leyes, ya que lo relativo a la formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ello (el Congreso y el Poder Ejecutivo, conf,. arts.77 a 84, C.N.), resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales (Fallos 53:420; 141:271; 143:131; 210:855).

Tal premisa admite excepciones cuando se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (Fallos 256:556; 268:352; 311:2580, entre otros), caso en el que el Poder Judicial puede intervenir contradiciendo la norma por vicios de forma (vid Sala I, sentencia del 21-4-2010 en los autos n° 92.611: “*Serrano, Jorge A. y ots. c/ Poder Ejecutivo s/Acc. inc.*", criterio replicado en la causa N° 98.063 caratulada “*Ficarra, Mariano y ots. c/ Provincia de Mendoza s/Acc. Inc.*", sentencia del 8-9-2011; en la resolución en pleno dictada el 23-11-2011 en los autos N° 99.979: “*Ferrero, José Gabriel c/H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Malargüe s/Conflicto*"; y en los autos n° 91.553: “*Circulo Medico de Mendoza c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Acc. inc.*", sentencia del 19-3-2013).

**d.-** Tras haber analizado la prueba rendida en autos, especialmente el expediente administrativo N° 70.513 remitido por la H. Cámara de Diputados y las constancias obrantes a fs. 229/232 (adonde consta el resultado de las dos votaciones nominales llevadas a cabo en la sesión especial del 18 de marzo de 2016, y que ambas arrojaron un empate en 23 votos, tras lo cual desempató el voto del Presidente) no se advierte la existencia de vicio alguno que habilite a este Poder revisor a invalidar el procedimiento de formación de la ley impugnada, por lo que este agravio, también debe ser desestimado.

**3.4.- Vulneración del derecho huelga.**

**a.-** La asociación sindical actora se agravia porque, según aventura, en caso de realizarse una medida de acción directa los docentes que adhieran a la misma no tendrían derecho a percibir el “ítem aula”

**b.-** El ejercicio de este derecho colectivo del trabajador no conlleva a la ruptura del vínculo laboral, sino a la suspensión de las condiciones básicas del contrato, esto es: la prestación personal del servicio por parte del empleado y la remuneración a cargo del empleador. Significa que el trabajador tiene derecho a no cumplir sus prestaciones sin ser pasible de sanción alguna; pero el empleador no está obligado a pagar la remuneración por el tiempo no trabajado, ya que es a su cargo sostener la actividad durante la huelga.

En nuestro país el criterio mayoritario se inclina por sostener que al no haber prestación de servicios no hay obligación de pagar los salarios. Esa fue la posición adoptada por la C.S.J.N. el 15/10/62 al resolver la causa "*Unión Obrera Molinera Argentina c. Minetti*" (DT 1963, p. 19, vid: GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "*La huelga y el contrato de trabajo*", DT, 1990-A, p. 153; GABET, Emiliano A.: “*Huelga y salario*” en DT 2014-mayo, p. 1310).

En el caso "*Aguirre, Ernesto y otros c. Céspedes, Tettamanti y Cía.*" (del 5-8-1963, Fallos: 250:305; vid asimismo, del mismo día, lo dicho en “*Buhler c/Talleres Galc y Cía. SRL*”, Fallos: 256:307) la Corte Suprema de Justicia dijo que la defensa de los intereses laborales, en el caso concreto, el cumplimiento de los recaudos formales y la forma pacífica del movimiento, que bastan para la legalidad de la huelga, no son incompatibles con un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales por el empleador. El carácter suspensivo que se reconoce a la huelga, no justifica la subsistencia de la obligación del pago de salarios, pues éstos tienen carácter de contraprestación, de la labor también suspendida de los empleados y obreros.

En el mismo sentido, esta Suprema Corte de Justicia ha afirmado que si entendemos que la huelga suspende la bilateralidad de la relación de empleo público; ante el no trabajo, no existe como contraprestación el pago de la labor no desarrollada. Siguiendo los principios generales del derecho surge aplicable la “exceptio non rite adimpleti contractu"; conforme la cual la suspensión unilateral de la prestación fundamental supone para la otra parte la posibilidad de no cumplir con la obligación recíproca (conf. art. 1201 C.C., Sala II in re N° 43.061: “*Sosa, Roberto Raymundo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ A.P.A.*”, sentencia del 9-2-1989, registrada en LS: 207-330, y public. en JA 1990-I, p.112).

El Tribunal ha reafirmado este criterio al estimar que en principio, la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad, fundando ello en el carácter sinalagmático de la relación de empleo público, que provoca la interdependencia de las obligaciones (prestación trabajo-abono del salario). Es verdad que en algunos casos el trabajo no se presta y la remuneración se debe (por ej., período de enfermedades, licencias legales), etc. Sin embargo, debe entenderse que estos supuestos están fundados en razones superiores, que hacen a la propia dignidad del trabajador.

El descuento de los días no trabajados no importa una sanción. El ejercicio legítimo y no abusivo del derecho de huelga implica que el trabajador que lo ejerce no puede ser despedido, ni privado de los derechos que derivan de la seguridad social, conductas que sí implicarían actitudes punitivas (Sala I, in re N° 52.191: “*S.U.T.E. c/ D.G.E. p/ A.P.A.*”, sentencia del 26/12/2000, LS: 299-118).

**c.-** Por lo expuesto, en tanto el ejercicio del derecho huelga puede dar lugar al no pago de una retribución monetaria por el periodo de tiempo que se extiende la medida (a consecuencia de la suspensión de la prestación personal y no trabajo), en ninguno de los componentes de la estructura salarial (esto es: asignación básica, adicionales particulares y suplementos); la invocada posibilidad de que tampoco se abone el “ítem aula” no aparece -al menos en esta instancia declarativa-, como una discriminación ni puede ser tachada como una práctica desleal en la medida que se trataría de una consecuencia subsumible en los efectos propios y normales que produce la aplicación de la regla ante descrita sobre el derecho a la remuneración.

**3.5.- Violación de la libertad sindical y del compromiso internacional asumido por el Estado de promover la negociación colectiva en el sector público.**

**a.-** Cuestiona la actora que el Poder Ejecutivo incumplió con su deber de facilitar la negociación colectiva al no haber agotado las instancias previstas en el ordenamiento, ni mostrado voluntad real de acordar en la comisión paritaria el ítem en cuestión.

**b.-** Ha expresado el Tribunal que las convenciones colectivas del trabajo ponen en evidencia una “laboralización” del empleo público, en la medida que se introduce una figura propia del derecho laboral en la relación de carácter público que caracteriza a este contrato administrativo. Tal ampliación del instituto de la negociación colectiva ha sido ponderada y considerada constitucional en la medida que el marco normativo específico para el sector público preserva la estabilidad del empleo, al prohibir negociar el principio de idoneidad como base del ingreso y la formación de la carrera administrativa (vid art. 8, Ley 24.185). Ésta, junto a otras limitaciones expresas que contemplan las leyes aplicables al sector (vid: art. 1.3 Convenio OIT n° 154, ratificado por Ley 23.544; art. 7° Ley 23.929; arts. 62° y 68 ° Ley 5894; art. 82° Ley 8729) indican de modo indubitable la diferencia que existe entre las convenciones colectivas propias del régimen laboral en general y las del sector público en especial (LS: 377-198, con cita de GARCÍA PULLÉS, Fernando: “*Régimen de empleo público en la administración nacional*”, Lexis Nexis, Bs.As., 2005, p. 43).

Bajo la órbita de la protección constitucional del trabajo en todas sus formas, esta Suprema Corte ha reconocido que, en principio, las partes de la relación de empleo público -agentes y Estado empleador- pueden acordar libremente las condiciones laborales, entre las que se encuentra la retribución que los primeros perciben por la prestación del servicio. Pues la negociación colectiva es el ámbito adecuado dentro del cual estas cuestiones deben encontrar solución a los fines de la satisfacción de los diversos intereses jurídicos en juego, en respeto al marco jurídico adoptado por el país y la Provincia (Convenio OIT n° 151 ratificado por Ley 23.328; el Convenio OIT n° 154 *supra* cit.; y Ley 24.185, a cuyo régimen ha adherido el art. 24 de la Ley 6.656; ver: L.S. 452-37; 468-51).

No obstante, si bien no se niega la forma autónoma y descentralizada de legalidad a que conlleva la negociación colectiva en el ámbito del sector público, se ha precisado que tales convenciones colectivas no pueden ser interpretadas de manera tal que se les termine por otorgar una jerarquía y extensión normativa superior al marco de legalidad formal fijado por el legislador, tanto para el desarrollo de la paritaria como para la ejecución de lo acordado (L.S. 460-237).

**c.-** Tal circunspecta visión puede explicarse, además, en el hecho de que el *compromiso* que el Estado argentino ha contraído ante la comunidad internacional al ratificar el Convenio 154 de la OIT, *no*es elde*extender la vigencia y el sistema de la Ley 14.250* a la administración pública (como podría intuirse de una lectura superficial y aislada del art. 2 inc. a) de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744), sino a "fomentar" la negociación colectiva también en ese sector laboral, pudiendo la legislación o la práctica nacionales fijar "modalidades particulares" para su aplicación (conf. DE URRAZA, Rodolfo Estanislao: “*La negociación colectiva en la administración pública en argentina*”, O.I.T., Oficina de la O.I.T. para Argentina, Paraguay y Uruguay, Arg., 1990, p. 17). De allí, entonces, la importancia que adquieren esas “modalidades particulares” adoptadas por el legislador nacional (al incorporar la normativa internacional) y el provincial (al adaptar el régimen del sector público nacional al ámbito local), pues configuran una matriz diferencial que no puede ser ignorada sin caer en el riesgo de perturbar la armonía que se debe lograr entre las diversas fuentes que inciden sobre la regulación de las relaciones de empleo público.

Este cauteloso punto de partida también es compartido por vastos sectores de la doctrina iberoamericana. Así, por caso, se ha reflexionado que los funcionarios públicos tienen intereses similares en su relación de empleo -remuneraciones, condiciones de trabajo, carrera profesional- a los trabajadores del sector privado; pero no se puede olvidar que la defensa de esos intereses se transforma por lo general en reivindicaciones frente al Estado y, a la postre, contra la sociedad en su conjunto, lo que justifica la existencia de condicionamientos y peculiaridades que afectan a la acción sindical y, de forma muy relevante, a la negociación colectiva (conf. RIVERO LAMAS, J.: “*El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites*”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 6-7, 1995, pág. 95).

**d.-** En esta línea, resulta de interés tener presente las conclusiones vertidas en el estudio general e informe realizado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT denominado “*La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir”*(presentado en la 102a Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en el 2013, como parte del 3er punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones).

Los postulados allí vertidos han sido considerados por la Sala I como de significativa trascendencia para cuando se arguyen afectados intereses colectivos e individuales por una pretensa invasiónlegislativa en materias de resorte exclusivo de la negociación colectiva (vid sentencia del 9-2-2017, recaída en la causa CUIJ N° 13-02851066-1: “*Asociación de Funcionarios Judiciales de Mendoza c/Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acc. de inc.*").

Dicho documento parte por consignar que la adopción y ratificación por un número importante de Estados de los Convenios N° 151 y 154 registrada en los últimos decenios ha comportado que la comunidad internacional se percatase de que las condiciones de trabajo en la administración pública no puedan establecerse de manera unilateral, sino que deben acordarse con la participación plena de las organizaciones sindicales de empleados públicos (parágrafo 237); pero también, acto seguido, se ocupa de dejar sentadas las modalidades particulares que presenta la negociación en la administración pública (conf. art. 1 punto 3 Convenio 154)**,**justificadas -a criterio de la Comisión-, por las diferencias existentes entre el empleo público y el privado y las particularidades de la administración pública (entre ellas, la complejidad de las estructuras de la administración; la obligación del Estado y de la administración pública de velar por el interés general; la complejidad y variedad de los fines del Estado que están en constante cambio debido a las nuevas necesidades y desafíos que se plantean; que el gasto público –incluidas las remuneraciones de los funcionarios- requiere la aprobación previa de las secciones correspondientes del presupuesto del Estado; debido al impacto de las remuneraciones de los empleados públicos en el nivel de la deuda pública, durante el proceso de negociación de las remuneraciones de los funcionarios públicos, las autoridades exponen los lineamientos de la política económica del Gobierno y los retos macroeconómicos, en vista de que los ingresos del Estado no dependen exclusivamente de los beneficios económicos y de las ganancias -normalmente inexistentes- sino de los impuestos, y de que las autoridades deben rendir cuenta de su gestión ante los ciudadanos; la estructura específica del personal de la administración pública es jerárquica y se acompaña de una estructura de remuneración especial y, en general, rígida -conf. Parágrafo 243-).

El Comité de Libertad Sindical ha sido muy cuidadoso a la hora de valorar aquellas medidas gubernamentales dirigidas a lograr, por ejemplo, la reducción del tiempo de trabajo u otros arreglos en materia de condiciones de empleo, la regulación de los aumentos de salario en función de los diferentes niveles de remuneración, o el establecimiento de dispositivos para escalonar los reajustes; mediante disposiciones legislativas y por fuera de un marco global de negociaciones con los trabajadores y sus organizaciones. Insistiendo en que aún cuando se debieran adoptar medidas de racionalización se debe dejar un espacio significativo a la negociación colectiva para que las mismas sean compatibles con el Convenio n° 151. También ha tomado en cuenta las graves dificultades financieras y presupuestarias que deben afrontar los gobiernos, sobre todo en períodos de estancamiento económico general y prolongado, admitiendo que si en razón de esas circunstancias no fuera posible privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios, aquélla clase de medidas -de emergencia, podríamos decir- deberían aplicarse durante períodos limitados y tener como fin la protección del nivel de vida de los trabajadores más afectados (vid: “*La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*”, O.I.T., Ginebra, 5ta.ed., 2006, parágrafo 1038).

**e.-** Pero distinta es la situación cuando se disponen incrementos salariales que se suman a los aumentos previstos por los convenios colectivos, casos en los cuales el Comité de Libertad sindical ha establecido otro tipo de principios (ver: OIT: “*Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública”*, Informe III (Parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 102.ª reunión, Ginebra, 2013, parágrafo 306).

Así pues, en un caso en que se alegaba que el gobierno había violado el art. 4 del Convenio n° 98 cuando, al haberse llegado a una situación de desacuerdo insuperable después de largas negociaciones, había dado satisfacción a las reivindicaciones del sindicato por medios legislativos, el Comité señaló que tal argumento, llevado al extremo, autorizaría a pensar que en casi todos los países en que se establece por ley un salario mínimo nacional, se produciría violación del Convenio. Tal argumento sería claramente insostenible. Sólo si el gobierno adoptara una política sistemática que tuviera por objeto otorgar por ley lo que los sindicatos no pueden obtener mediante negociación, la situación podría requerir un nuevo examen (ver: O.I.T.: “*Libertad sindical*”, cit., parágrafo 1044).

En otro caso en que se establecieron por ley aumentos de salario, que se añadieron inclusive a los ya pactados en los convenios colectivos, el Comité “señaló a la atención” del gobierno que el desarrollo armonioso de las relaciones laborales se vería “favorecido” si los poderes públicos al hacer frente a los problemas relativos a la pérdida del poder adquisitivo de los trabajadores adoptaran soluciones que no entrañasen modificaciones de los convenido entre organizaciones de trabajadores y empleadores sin la anuencia de ambas partes. Nada se dijo acerca de una “incompatibilidad” de la medida con la normativa convencional (vid: “*Libertad sindical...*”, cit., parágrafo 1045).

**f.-** Las citas antes formuladas ponen de manifiesto que el principal deber del Gobierno puesto en juego en la presente causa, derivado de los compromisos asumidos ante la comunidad internacional en el marco de la O.I.T. consiste en cumplir con la obligación de negociar de buena fe.

En reiterados ocasiones el Comité de Libertad Sindical ha recordado la importancia que concede a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales (*Recopilación* de 2006, cit., párrafo 934), esto es, que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, y la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes (párrafo 935).

**g.-**Ahora bien, en punto al agravio vertido por la actora, teniendo en miras el objeto y el alcance de la normativa impugnada, no surge en autos la afectación denunciada a la libertad sindical en el aspecto que hace al fomento de la negociación colectiva en el sector público, ya que el “ítem aula” no ha venido a modificar a la baja ningún punto de la estructura salarial que estaba vigente desde junio del 2008, justamente producto de acuerdos paritarios, ni de las siguientes actas que dispusieron aumentos hasta el 2015 (y que la primera parte del Decreto cuestionado volvió a incrementar en dos cuotas). Tampoco la normativa cuestionada impide ni restringe a futuro que el “ítem aula” sea objeto de negociación colectiva en el ámbito de la respectiva comisión paritaria.

Los criterios del organismo rector para la leal aplicación de la normativa internacional invocada por la entidad accionante de manera alguna impiden al Gobierno a que, por vía de normas generales (como ha sido en el caso tras la ratificación legislativa) disponga aumentos salariales por sobre lo pactado en convenciones colectivas, siempre que con ello no se intente obviar, de mala fe, la obligación de negociar que tiene asumida frente a las organizaciones de trabajadores del sector.

Pero aún respetándose el principio de buena fe, una de las vicisitudes que pueden acaecer es que las partes no lleguen a un acuerdo. Y en el caso, la norma impugnada tuvo origen tras una negociación colectiva efectivamente convocada y realizada, a pesar de todo lo cual, la solución no concluyó en el arribo a un acuerdo.

Las razones antes apuntadas impiden considerar que con la sanción y posterior ratificación legislativa del Decreto n° 228/2016 la Provincia demandada ha violentado los convenios internacionales y la legislación vigentes, que tutelan la libertad sindical y fomentan la negociación colectiva en el sector público.

**3.5.- Violación del derecho de igual remuneración por igual tarea.**

**a.-** Afirma la parte accionante que con el establecimiento del ítem aula los trabajadores de la educación resultan discriminados respecto de otros empleados estatales. Expresa también que el ítem aula estatuye una diferencia de trato entre docentes con cargo y docentes con horas cátedras.

Asimismo, sostiene que se vulnera este derecho al quedar excluidos los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos y en horas cátedras, como así también los docentes que se desempeñan como tales pero con título supletorio.

**b.-** Tiene dicho la Corte Suprema de la Nación que no existen derechos absolutos en la Constitución Nacional (Fallos 304:319 y 1293; 312:318), como así también que todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución (Fallos 311:1439; 254:58), con los derechos de la comunidad (Fallos 253:134) y con los derechos que aquélla establece (Fallos 304:1525).

Siguiendo a la Corte de la Nación este Tribunal ha dicho que el principio de igualdad no tiene carácter absoluto, siendo la razonabilidad la pauta para ponderar la medida de la igualdad, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; en consecuencia las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por tales han de estimarse las que carecen de razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios (L.S.: 324-119; 353-104; 410-100; entre otros).

El principio de igualdad debe entenderse en igualdad de circunstancias, de manera tal que debe aplicarse similar criterio en idénticas circunstancias (L.S. 324-119).

**c.-** La legislación local sobre el empleo público contiene diversos adicionales, que forman parte de la remuneración del agente junto a otros suplementos, adicionales y a la asignación de clase que le corresponda según su situación escalafonaria.

Estas diferencias se sustentan en variadas circunstancias, como ser el ámbito o repartición pública adonde se desempeñan el empleado, la naturaleza de la función, el ambiente en el que se desarrolla la actividad, etcétera, criterios éstos que no son en sí mismos discriminatorios. Puede darse que en una misma escuela trabaje personal docente, no docente, profesionales de la salud, algunos con título de grado universitario, otros de educación superior no universitaria, o sin formación docente (con título supletorio), que posea bono de puntaje o que están cubriendo una suplencia tras un concurso breve en el que sólo acompañaron una carpeta de antecedentes, etcétera, cada uno de ellos sometidos a su propio régimen. Del mismo modo, estos regímenes podrían a su vez diferenciar -al efecto del cómputo del adicional- entre las jerarquías dentro de la misma organización administrativa.

Por cierto, la Sala I ha afirmado la constitucionalidad de la distinción entre servicios docentes públicos y privados (a los fines del pago del adicional por antigüedad), pues el principio de igualdad ante la ley no tiene carácter absoluto y es razonable la diferenciación en estos aspectos entre el empleo público y el privado (ver L.S.: 274-462: ver asimismo lo dicho en LS: 460-237).

**d.-** Ahora bien, traídas estas pautas al caso, no cabe sino concluir que del Decreto n° 228/2016, su modificatorio y ratificatorias, no surge violación alguna al derecho de igualdad ni se configura una discriminación injusta por el hecho de que se otorgue un nuevo adicional salarial a un sector de los empleados de la Administración Pública (en este caso, a los docentes) y no a otros, que laboran en otros ámbitos, distintos al educativo.

De las pruebas rendidas en autos (en particular los informes agregados a fs. 103/106 y 107, no rebatidos por la actora), no surge acreditada la supuesta diferencia de trato entre docentes con cargo y docentes con horas cátedras, ni la exclusión de los docentes que se desempeñan en cargos jerárquicos no directivos y en horas cátedras.

De igual forma, las correcciones introducidas mediante Decreto n° 989/2016 dejan fuera de contexto al planteo referido a que se verían excluidos del “ítem aula” los docentes que tuvieren que recurrir a licencias vinculadas con el estado de embarazo; por enfermedad inculpable de largo tratamiento (Decreto n° 1276/2006), o por cuidado de familiar con enfermedad terminal que requiera internación en terapia intensiva (o cuidados especiales, conf. Decreto n° 112/2011).

Por lo demás, la exclusión de aquellos que se desempeñan como docentes pero sin contar con algún título que acredite haber culminado su formación profesional (docente o no docente), tampoco trasunta la vulneración del derecho de igualdad, en su variante de igual remuneración por igual tarea, puesto que la distinción puede ser objetiva y razonablemente sustentada en la necesidad o conveniencia de fomentar la carrera y la capacitación docente, objetivos ambos expresamente perseguidos -de manera expresa- tanto por el Estatuto del Docente, como por la Ley de Educación nacional (n° 26.061) y su par provincial (n° 6970).

**4.- Conclusión.**

Por lo expuesto, en concordancia con lo dictaminado por la Procuración General, y si los Ministros de esta Suprema Corte comparten la solución propuesta, propugno que no se haga lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 51/78 por el S.U.T.E. contra los arts. 6° a 9° del Decreto n° 228/206, su modificatorio y ratificatorias.

Así voto.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:**

Adhiero al voto emitido por el Dr. Nanclares, por sus fundamentos.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. PEDRO LLORENTE, DIJO:**

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Jorge Nanclares en cuanto al resultado y fundamentos emitidos.

Asimismo, me permito respetuosamente ampliar dicho voto, sobre la base de las siguientes consideraciones.

**1.-**Es indiscutible la facultad que posee el Estado, en cuanto a la fijación de la política salarial (art. 99 inc. 9, C. Mza.). Al punto tal que sin discusiones la jurisprudencia tanto provincial como nacional ha sostenido que:

“*Las decisiones en materia de política salarial, adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, y sólo corresponde a los jueces controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, sin estar facultados para sustituirse a ellos en la valoración de circunstancias ajenas al campo de lo jurídico. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. (*CSJNación en “GÓMEZ”, G. 654. XLIX. REX, 29/12/2015, Fallos: 338:1583, asimismo en Fallos: 326:3683 entre otros; y SCJMza. Plenario “CAÑAS” LS: 404-033, 418-104, 413-129, 407-197, 407-197 entre otros-el subrayado me pertenece).

Y si bien, en el caso en estudio las modificaciones se introdujeron por vía de Decreto del Poder Ejecutivo, primero el Decreto n° 228/16, y luego el Decreto n° 989, ambos fueron ratificados por Ley, el primero mediante la Ley n° 8.847 y el segundo mediante Ley n° 8.899, lo que también es legítimo y así lo ha dicho esta Corte:

“*La Constitución le otorga al legislador la atribución de demarcar la política salarial del sector público, en concordancia con el poder de fijar anualmente la ley de presupuesto de todos los gastos que el tesoro provincial debe cubrir. Por esta razón se hace necesario que si una disposición del Poder Ejecutivo implica un incremento en sus gastos - en este caso en materia salarial - debe ser aprobada o ratificada con el Poder Legislativo. Consecuentemente, el Poder Ejecutivo puede disponer un incremento de las remuneraciones de los agentes públicos siempre que esas decisiones no afecten la política salarial del sector público que señala el Poder Legislativo, generalmente en la ley anual de presupuesto, y que si excede los incrementos allí dispuestos, la decisión debe ser ratificada por ley de la Legislatura.*(“LEIVA”, 31/08/2009 - SALA N° 2, Salvini-LLorente-Böhm, LS404-130- el subrayado me pertenece).

Sentado este punto, ***dentro de esta facultad*** ***está la de modificar la remuneración en virtud de dicha política salarial*** y así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia nacional y provincial:

a**- C.S.J.Nación.**

“*La intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional, ni existe, por ende, un derecho adquirido a mantener un nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias. Además, la decisión de reducir las remuneraciones en forma generalizada no resulta un ejercicio irrazonable de las facultades del Estado frente a una situación de grave crisis económica*(Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez en *“*MIGLIERINI”, M. 2012. XXXVIII, 08/06/2004, Fallos: 327:2111; en el mismo sentido Fallos: 324:2535, 324:2535, 323:1566, 323:1566, 323:1566, 323:1566, entre otros - el subrayado me pertenece).

En el mismo sentido se dijo: “*El derecho de los agentes estatales a una remuneración justa no significa el derecho a un escalafón pétreo, a la existencia de adicionales invariables o a un porcentaje fijo de bonificaciones, siempre que se respeten los principios constitucionales de igual remuneración por igual tarea y que tales variaciones no importen una disminución de haberes -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-*(“DIARTE”, D. 372. XXXV. 21/08/2003, Fallos: 326:2880, entre otros- el subrayado me pertenece).

b**- S.C.J.Mza.**

“*La política salarial, facultad en principio legislativa, puede modificar el monto de los adicionales accesorios del salario del empleado público, aún disminuyéndolos, pero sin afectar el básico o asignación por clase y sólo en una proporción razonable que no entre en los porcentajes en que podría ser considerado confiscatorio. En materia de salarios de empleados públicos, a los fines de proceder a la reducción por razones de emergencia, son exigencias ineludibles en cada caso la existencia de una norma de rango legal formal, resultando insuficiente el decreto de necesidad y urgencia, y la no alteración de la sustancia de la remuneración tanto desde el punto de vista de su monto, es decir, no confiscatoriedad, como de su naturaleza cierta. La estabilidad administrativa reconocida en el art. 14 bis de la C.N. es, como todos los derechos, susceptible de razonable limitación, por lo que no es inconstitucional la modificación, salvo que revista una magnitud que permita considerar alterada la sustancia de la relación de empleo público, o que la aplicación de la norma produzca la ruptura del salario pertinente.* (Voto Mayoría; preopinante Dr. Pérez Hualde en “LEVY”, 23/11/2009 – SCJMza.- Sala N° 1, LS407-197; en la misma sintonía “ADDAMO”, 23/04/2010 SCJMza.- Sala N°1- Nanclares-Kemelmajer-Romano LS412-231 y Voto Dr. Nanclares en “ZANON”, 12/05/2010 – SCJMza.-Sala N° 1, LS413-129; el subrayado me pertenece).

También se dijo: “*Quien otorga un incremento unilateralmente puede dejarlo sin efecto desde una fecha sin más, para el futuro, sin que se afecten derechos adquiridos ya que no existe - en principio - un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura de los agentes públicos sin variantes y en todas las circunstancias. El agente público tiene derecho a una retribución justa pero no intangible; llegando hasta permitirse la disminución general de los salarios del sector público, si se cumplen determinadas condiciones formales y sustanciales.”(“*GIL”, 30/04/2009, SALA N° 2, LS401-005, LS266-084, entre otros, el subrayado me pertenece)

Y sobre la legitimidad de la facultad de crear adicionales remunerativos esta Corte se ha expedido entre otros en: “MORICI”, 23/02/2016 (Exte. N° 106.709, Salvini- Adaro -Palermo), “BECERRA” 07/05/2015 (Expte. n° 102.477, Salvini-Palermo-Nanclares), “MORALES” 06/08/2014 (Extpe. N° 106.199, Nanclares-Pérez Hualde-Palermo).

Asimismo y en relación a ello en “MORALES” se recordó que:

“En forma inveterada este Tribunal ha dicho, siguiendo a la Corte de la Nación, que el principio de igualdad no tiene carácter absoluto, siendo la razonabilidad la pauta para ponderar la medida de la igualdad, por lo que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable; en consecuencia las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por tales han de estimarse las que carecen de razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios (L.S. 324-119; 353-104; 410-100, el subrayado me pertenece).

**2.-**En este marco, circunscripto entre la facultad que tiene el Estado para fijar la política salarial que comprende la de modificar la remuneración, y la inexistencia de un derecho adquirido a la inamovilidad del salario, dentro de los límites de la razonabilidad; hay que analizar la cuestión debatida en autos.

Así, aplicadas estas consideraciones al caso que nos ocupa “***ítem aula”,*** advierto sin lugar a dudas que este ***adicional remunerativo*** (art.7 del Decreto N° 228/2016 ratificado por Ley nº 8.847) dispuesto por el Estado Provincial, ***constituye NO una reducción salarial*** (que también esta admitida con limites), ***sino*** ***un incremento*** (modificación en alza) para aquellos que cumplan con los requisitos previstos en la normativa.

Es decir que ***el docente que no se encuentre dentro de estos requisitos no está sufriendo la disminución de su haber, sino que no se beneficia con el plus previsto para quienes alcancen los requisitos de procedencia***.

Esto no es un dato menor, porque en materia salarial como ya se ha dicho resulta legítimo modificar e inclusive disminuir la remuneración siempre y cuando no se incurra en confiscatoriedad.

Se puede afirmar que hay un límite o una pauta de lesividad a tener en cuenta cuando se trata de la modificación en baja y alcance niveles de confiscatoriedad.

Como dije, no es el caso que nos ocupa, ya que la modificación que se introduce es en alza. ***Y sería toda una contradicción que se admita la posibilidad de modificar el salario en baja (aunque con límites) y se obstaculice la facultad de incrementarlo.***

Así la CSJNación ha dicho que: “*El ejercicio por parte del Poder Ejecutivo Nacional de la facultad de incrementar las remuneraciones de los docentes, resultante de la Constitución Nacional - anterior art. 86 inc. 1 - no estaba sujeto a límite normativo alguno y sólo trasuntó una decisión de la autoridad en materia de política salarial, coherente con su papel de jefe de la administración.”*(Rodríguez, Rafael Antonio y otros c/ Consejo Nacional de Educación Técnica s/ empleo público. R 287 XXXIII, 02/04/1998, Fallos: 321:663).

El incremento, que en los hechos genera el ítem aula, es un mecanismo de alza dispuesto para un sector de los docentes, sin desmerecer a la comunidad docente toda, que se encuentra desempeñándose efectivamente en el establecimiento, actividad que requiere e implica un compromiso físico, psíquico, emocional, del docente que la cumple y merecedora por tanto de un reconocimiento especial y ello, no puede sustentar un pedido serio de inconstitucionalidad.

Por el contrario, reconocer de manera especial a quienes- dentro del ámbito de la administración pública- se desempeñan en un lugar sensible y esencial como es la educación de nuestros niñas, niños y adolescentes (principalmente) no resulta írrito o inconstitucional, por el contario dar tratamiento especial, beneficiando con un plus que signifique un reconocimiento de tan valiosa posición dentro del sistema educativo no es más que reconocer su valor, incentivar el trabajo y beneficiar a sus destinatarios, nuestros educandos que merecen que el Estado les brinde el acceso a una educación con estándares de eficiencia, calidad y en miras a la excelencia.

Y, no porque nuestros educandos, principalmente niños, niñas y adolescentes sean nuestro futuro sino porque son nuestro presente, que debe ser atendido de manera inmediata para que sean el futuro. Y, ello se logra con un sistema educativo que los contenga, los forme, los aleje de la marginalidad acortando la brecha de desigualdad y en donde el docente juega un rol imprescindible.

Desde ese punto de vista no luce irrazonable o desatinado el ítem propuesto para los docentes cumplidores, toda vez que armoniza con el deber de asegurar el correcto funcionamiento de los establecimientos públicos educativos en miras de educar y preparar para la vida a nuestros educandos por encima de los intereses subjetivos.

La C.S.J.Nación ha dicho: “*El decreto 1337/87 consideró un porcentaje referente a la dedicación exclusiva solamente para quienes podían gozar de ese derecho según el art. 49 del Estatuto del Docente; tal exégesis no resulta violatoria del art. 14 bis de la Constitución Nacional y del art. 6°, inc. a, de dicho estatuto toda vez que el derecho de los agentes estatales a una remuneración justa no significa el derecho a un escalafón pétreo, a la existencia de adicionales invariables o a un porcentaje fijo de bonificaciones, en la medida en que se respeten los principios constitucionales de igual remuneración por igual tarea y que tales variaciones no importen una disminución de haberes.”*(“CARO”, C 972 XXIV 11/07/1996, Fallos: 319:1201).

**3.**- En suma, el Estado provincial ejerce una facultad ordinaria, dentro de su competencia, de modificar en alza el salario mediante el otorgamiento de un ítem que beneficiará no sólo al docente que lo cobra por cumplir las condiciones a las que ha sido sujetado (como sucede con otros ítems zona, riesgo, insalubridad, etc.), sino a los destinatarios directos (educandos) y a la comunidad toda.

Porque esto es parte de lo que el Estado le debe a la sociedad tal como lo establece entre otras la Ley nº 26.206 cuando dispone:

“*La presente ley regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, conforme con las atribuciones conferidas al Honorable Congreso de la Nación en el artículo 75, incisos 17, 18 y 19, y de acuerdo con los principios que allí se establecen y los que en esta ley se determinan*” (art. 1).

“*La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado”*(art. 2).

“*El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias*” (art. 4).

“*La educación brindará las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida y promover en cada educando/a la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común”*(art. 8).

El Estado debe proyectar medidas en miras al logro de estos objetivos y este es un ejemplo de ello, tal como se han instrumentado otras y se deberán seguir instrumentando, ya que esta no es una tarea acabada, porque así lo requiere el sistema educativo.

Este tema no debe quedar circunscripto exclusivamente a una mirada subjetiva y parcializada, sino que requiere una mirada amplia y abarcativa en la que se incluya a los destinatarios del sistema y los que median en el proceso educativo; y por ello con más razón el dialogo, la negociación colectiva no se ve obstaculizada por la implementación de un ítem, una liberalidad, que reitero modifica en alza el salario. El dialogo, es parte inescindible de tan importante labor, porque están en juego valores constitucionales como es la educación de la comunidad.

Como dice M. IVANEGA “*Con ese panorama, el vínculo entre el bien común y el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales surge de una visión integradora, en la medida que la autoridad pública -en su carácter de custodia y promotora de aquel bien- tiene la obligación de hacer efectiva la vigencia de aquéllos”*(“Función Pública y Reforma Administrativa”, 2013, https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/funciocc81n-pucc81blica-y-reforma-administrativa.pdf).

**4.-**Por todo lo expuesto me pronuncio por la afirmativa respecto de la constitucionalidad de las normas impugnadas, por lo que la demanda debe ser desestimada.

Así voto.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO ADARO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO:**

**I. Aclaraciones Preliminares**

**1. El plazo para dictar sentencia y el llamado a Tribunal en Pleno**

Previo a desplegar los argumentos del voto sobre la materia a decidir, entiendo pertinente poner de relieve lo acontecido en autos desde la fecha en que finalizaba el plazo originario para el dictado de la sentencia definitiva en este proceso (el día 15 de diciembre de 2017), oportunidad para la cual (v. fs. 723), **ya habían sido depositados** (el día 14 de diciembre de 2017) los **votos coincidentes** del Dr. Omar Alejandro Palermo y el suscripto, último y primero según el orden de votación establecido en el decreto de sorteo obrante a fs. 722 (Adaro – Valerio - Palermo).

Así, cuando **sólo faltaba la emisión del sufragio del Dr. José V. Valerio**, **el Sr. Gobernador de la Provincia** (v. fs. 724) **solicitó se convocara a dictado de fallo “Plenario**”.

Más allá de la confusión conceptual en la que incurriera el Ejecutivo (v.gr.: llamado a plenario), su pretensión recibió favorable acogida mediante los autos que rolan a fs. 728 y 729, los que dispusieron un plazo adicional de 20 días para que cada miembro de esta Corte se expidiera.

Seguidamente, ante los cuestionamientos del SUTE (v. fs. 738-744), se redujo el término para el estudio de la causa a 4 días para cada Ministro. A su vez, se modificó el llamado a dictado de fallo “Plenario” por el de dictado de sentencia “en pleno”, como correspondía.

En definitiva, las resoluciones de fs. 728 y 729 **han creado un nuevo y delicado antecedente procesal: que la decisión definitiva de cualquier proceso pueda ser prorrogada, mediante el recurso a la Ley 4.969**, según los intereses -más o menos poderosos- que subyazgan en las presentaciones.

Tal resolución **olvida la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N. y 8 C. de Mza.) y el derecho a una decisión judicial en plazo razonable**.

Debemos recordar que el nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia, aprobado por Ley 9.001 (B.O. 12-09-17), expresamente consagró en su **Artículo 2°, párrafo I las siguientes “Reglas generales**”: “…***Acceso a la Justicia y Derecho al Proceso:****Toda persona tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones definitivas (…) f) “Celeridad y concentración. Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos, cuando a ello se faculte por ley o por acuerdo de partes, y de concentrar en un mismo acto la mayor cantidad de diligencias posibles (…) h) Buena fe. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe conforme lo establecido en el Art. 22 de este Código. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal y cualquier otra conducta ilícita o manifiestamente dilatoria. i) Igualdad y de Cooperación: El Tribunal debe velar por la igualdad de los litigantes y por preservar las garantías del debido proceso, en forma. Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, la decisión de mérito…*”

Sin querer con esto significar que la nueva norma ritual resulte de aplicación a la especie, lo cierto es que dicho plexo ha recogido los más altos imperativos constitucionales en la defensa de los derechos (75.22 C.N., art. XVIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 8.1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos; etc.), todos los cuales han sido preteridos en estas actuaciones, con el agravante de que, decisiones como la aquí criticada, comprometen la responsabilidad internacional de nuestro país.

En este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en autos “**Furlán y familiares c. Argentina”** condenó a nuestra República por la falta de respuesta oportuna a los demandantes de parte de las autoridades judiciales argentinas (v. Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246).

En la especie, **este Tribunal se ha otorgado un total de 90 días hábiles judiciales**, lo que es contrario a cualquier tipo de decisión en plazo razonable.

**2. El carácter preventivo de la acción de inconstitucionalidad.**

Por último, quiero dejar expresamente plasmada la interpretación que entiendo resulta pertinente en torno al Artículo 223 del C.P.C. (hoy, art. 227 del C.P.C.C.yT.).

En este sentido, **sostengo una concepción “declarativa – preventiva” de la acción de inconstitucionalidad**, sustentada por tradicional doctrina local y extranjera, así como por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (conf. Chiovenda, Adolfo Rivas, Hitters y Quevedo Mendoza, e. o.; y SCJBA en JA 1967-VI-511, todos citados por QUEVEDO MENDOZA, Efraín I, “*La acción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza*”, JA 2002-II, 1188).

De conformidad con el criterio anticipado, la utilidad de este tipo de acciones se encontraría, precisamente, en “**prevenir” la violación constitucional**, a cuyo efecto es condición *sine qua non* que el daño no se hubiese efectivizado.

De lo dicho no se sigue la suficiencia de una simple amenaza. Por el contrario, tal y como Chiovenda enseñaba, debe mediar una objetiva incertidumbre acerca de la existencia, alcance o modalidad de un derecho o de una relación jurídica, provocada por la sanción de una norma general que se afirme como contraria al régimen constitucional, aunque no haya recibido efectiva aplicación (v. cit. en QUEVEDO MENDOZA, ob. cit., pág. 1193).

Bajo estas premisas procederé a analizar la causa y anticipo que la misma prospera parcialmente.

**II. Las normas cuestionadas.**

En estas actuaciones, el SUTE planteó acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Provincial N° 228/2016 (B.O.16/03/2016) ratificado por Ley N° 8.847 (B.O. 28/3/2016) y el Decreto Provincial N° 989/2016 (B.O. 16/8/2016), ratificado por Ley N° 8.899 (B.O.30/8/2016), por lo que sendas normas serán analizadas, para lograr un enfoque integral y sistémico de la cuestión planteada.

1. El Decreto N° 228/2016 ordenó el incremento sobre la Asignación de la Clase y el Estado Docente para el cargo Docente del 7 % desde el mes de marzo a julio de 2016 inclusive y, del 7.7 % desde agosto en adelante acumulativo al del primer período.

Por su parte, la Asignación de la Clase y el Estado Docente para la Hora Cátedra fue aumentado en un 5 % desde marzo a Julio de 2016 inclusive y luego, 4 % desde agosto en adelante, acumulativo con el período anterior.

Asimismo, estableció que, el salario inicial neto de bolsillo del trabajador de la educación docente, por cargo de maestro de grado, jornada simple, sin antigüedad y/o 18 horas cátedras, sin antigüedad, incluido el Fondo Nacional de Incentivo Docente sería de $7.800 a partir de febrero de 2016 y de $8.500 a partir de julio de 2016.

El art. 6 del Decreto Nº 228/2016 creó el denominado “ítem aula”, el que sería aplicable desde marzo del 2016 en adelante y el cual tenía “por objeto reconocer e incentivar al docente que de manera diaria y constante, ya sea dando clases, formado parte del equipo directivo o en otra función del escalafón docente para la que concursó y para la que fue designado, logra que nuestros alumnos puedan recibir en forma ininterrumpida la educación que el Estado está obligado a prestar y que en última instancia da sentido al propio sistema educativo” (Decreto 228/16, considerando, pár. 21). El mismo, consistió en un adicional del 10 % de la Asignación de la Clase, Estado Docente, zona y antigüedad, remunerativo y no bonificable.

En cuanto al universo de personas comprendidas, el art. 8 estipuló que, a partir de marzo del 2016 sería abonado a todo agente comprendido en la Ley Nº 4.934 y sus modificatorias que presten servicios en la Dirección General de Escuelas con título docente o habilitante que cumpliera las funciones para las que fue designado durante la totalidad de los días hábiles laborales del mes; salvo cuando el docente se encuentre con licencia ordinaria, licencia por maternidad, licencia por accidente y enfermedad profesional (Ley Nº 24.557). Además, sería abonado cuando el trabajador registre hasta tres (3) inasistencias por mes y hasta diez (10) en el año, no acumulables, siempre que las mismas hayan sido justificadas por alguna licencia prevista por la Ley Nº 5.811 y demás normativa aplicable.

Se excluyó del derecho a la percepción del mismo a los agentes con cambio de funciones o en misión especial fuera del sistema educativo.

En relación con los docentes suplentes -que no alcancen a totalizar los días hábiles- se dispuso que percibirían el ítem en forma proporcional a los días cumplidos.

2. En agosto de 2016, el Decreto N° 989/16, incluyó en la liquidación del “ítem aula” a todos los docentes que se encontrasen con cambio de funciones por razones de salud en los términos del art. 48 de la Ley Nº 5.811. Además, incorporó a los docentes con enfermedades terminales, y a quienes se encuentren con licencia especial prevista por la Ley Nº 26.485, Ley Nº 8.226 (adhesión provincial) y Ley Nº 8.806 (víctima de violencia de género), aun cuando ambos supuestos excediesen el límite de días previstos por el art. 8 inc. 4 del Decreto Nº 228/16.

3. Estas normas han invocado, como principal justificación, el derecho a la educación y al conocimiento -como bien público- por lo que corresponde, en adelante, verificar si respetan los derechos de los trabajadores representados por el SUTE.

**III. El derecho a la educación de niños y niñas y los derechos laborales docentes, como bienes jurídicos fundamentales de tutela.**

Incumbe al Estado el deber de garantizar el pleno goce del derecho constitucional de “enseñar” y “aprender” (arg. art. 14 C.N., v. considerandos del Decreto Nº 228/16 y art. 4 de la Ley Nº 26.206).

Es decir, tales derechos se encuentran íntimamente entrelazados, de forma que el derecho de los niños/as a la educación (aprender) depende del derecho de los docentes a enseñar, percibiendo una remuneración justa por imperio del artículo 14 bis de la Carta magna. Ambos intereses deben ser armonizados sin ser jerarquizados o priorizados, lo que importaría sacrificar a uno por el otro.

No se me escapa que Suprema Corte de Justicia de **México** utilizó el método que aquí critico cuando analizó la validez constitucional de una norma que podría haber influenciado en la conformación del decreto 228-16: **el artículo 76 de la Ley General del Servicio Profesional Docente,** correspondiente a la Reforma Educativa propugnada por México. El dispositivo en mención estableció que el personal docente y Directivo que **incumpliera con la asistencia a sus labores por más de tres días consecutivos o discontinuos, en un período de treinta días**, sin causa justificada, sería separado del servicio sin responsabilidad para la Autoridad Educativa (conf. Ley General del Servicio Profesional docente, Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 2013).

En efecto, dicho Tribunal convalidó tal precepto **utilizando el método de jerarquización de derechos,** por lo que sacrificó el derecho de los docentes al priorizar el de los niños. (V. Época: Décima Época Registro: 2009992 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 25 de septiembre de 2015 10:30 h Materia(s): (Constitucional) Tesis: P./J. 34/2015 (10a.)).

En **postura contraria, entiendo que “*los derechos pueden ser reglamentados, ordenados, pero no restringidos, limitados***” en aras a lograr la armonía entre los mismos o que estén “*in concert*” (conf. TOLLER, Fernando M, “Los derechos *in concert*, metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en CIANCIARDO, J. (Coord.), Constitución y neo-constitucionalismo y derecho. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales”, ed. Porrúa, México, 2012, p. 112).

Desde esta corriente, **buscaré interpretar el contenido esencial de cada derecho, en el capítulo pertinente, propiciando lograr una resolución en armonía y en busca de compatibilizar el núcleo fundamental de cada uno, evitando que alguno se vea frustrado**.

No se me olvida, no obstante, que**la Justicia no debe suplir el diálogo social** (art. 13 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur), puesto que es una de las instituciones más importantes en el ámbito de las relaciones del trabajo, ya que aspira a alcanzar consensos básicos en entornos dinámicos y complejos, con intereses diversos y contrapuestos.

Sin embargo, en el comunicado de la duodécima reunión del Comité Mixto OIT/UNESCO de expertos sobre la aplicación de las Recomendaciones relativas al personal docente presentado al Foro Mundial sobre la Educación celebrado en 2015, se asentó que: “*el Comité Mixto ha tomado nota de que las últimas tendencias muestran:…b) un debilitamiento del diálogo social en la educación; c) una falta de participación de los docentes y de sus organizaciones en las reformas de las políticas educativas*” (http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms\_399572.pdf, en especial p. 36).

En consecuencia, **el Estado tiene la obligación convencional de alentar y fortalecer los espacios de diálogo social y de agotar todos los medios necesarios para establecer las condiciones de trabajo en el ámbito paritario**.

Formulada la aclaración que antecede, me avocaré a la armonización de los derechos en pugna, dada su judicialización.

**IV.- ¿Puede el Estado, en su carácter de empleador, fijar condiciones de trabajo fuera del ámbito de la negociación colectiva?**

Resulta conveniente hacer un repaso por el marco constitucional y *supra* legal al que debería adecuarse la labor en análisis.

1. La Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 22, incorporó con **rango constitucional** al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Dicho Tratado tiene previsto en su cláusula 8ª las denominadas “garantías sindicales”, así como la consagración de la **supremacía del “Convenio de OIT N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” (1948)** y el cual se encuentra íntimamente vinculado con los acuerdos que le siguieron: “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva” de 1949 (núm. 98); “Convenio sobre los representantes de los trabajadores”, 1971 (núm. 135); “Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública”, 1978 (núm. 151); Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), entre otros.

A su vez, **los Convenios 87 y 98 han sido elevados al rango de “Convenios fundamentales” por la Declaración de la OIT** relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), con la intención de establecer un piso mínimo de obligatoria aplicación para todos los Estados que pertenecen a la Organización, los hayan o no ratificado (Conf. “Los Convenios Fundamentales De La Organización Internacional Del Trabajo”, Oficina Internacional del Trabajo, Programa In Focus sobre la Promoción de la Declaración, 2002, Primera edición, Segunda impresión 2003, p. 7 y 8).

De ahí, la trascendencia de las disposiciones referenciadas y de su interpretación (“en las condiciones de su vigencia”) por los organismos especializados -en particular, por el Comité de Libertad Sindical.

En lo que aquí interesa, el Estado posee los siguientes deberes:

a. Permitir la agrupación en organizaciones, sin intervenir en las mismas; otorgarles capacidad para **determinar, por medio de convenios colectivos llevados a cabo libremente, los salarios y otras condiciones de empleo** (Conf.: “Libertad sindical y relaciones de trabajo”, Informe VII, Conferencia Internacional del Trabajo, 30ª reunión, Ginebra, 1947, p. 53).

(i) En particular, debe regir la **negociación colectiva libre y voluntaria** en el establecimiento de “*salarios, prestaciones y subsidios, duración del trabajo, las vacaciones anuales, los criterios de selección en caso de despido, un alcance del convenio colectivo*”, etcétera. Tales cuestiones “*no deberían excluirse del ámbito de la negociación colectiva en virtud de la legislación*” (Comité de Libertad Sindical, 338° informe, caso núm. 2326, párrafo 450).

(ii) La Recomendación OIT/UNESCO, de 1966, relativa al personal docente, insta a que *“…los sueldos y las condiciones de trabajo del personal docente deberían determinarse por vía de negociaciones entre las organizaciones del personal docente y los empleadores…”* (Recomendación relativa al personal docente, OIT/UNESCO, 1966, derechos del personal docente, VIII. 82).

(iii) **En relación con Argentina, el Comité de Libertad Sindical indicó que debe honrarse lo normado por el artículo 7 del Convenio Nº 151 OIT, el que indica que deben “*adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación****entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones*” (Párrafo 231, Informe definitivo N° 336, Marzo 2005, Caso núm. 2370 - Argentina).

b. El Estado miembro de OIT no sólo debe permitir la libre negociación, debe fomentarla y estimularla (arg, art. 4 Convenio OIT 98 y 7 Convenio OIT 151). Máxime, cuando las autoridades públicas actúan como empleadores. (Comité de Libertad Sindical, 299° informe, caso núm. 1807, párrafo 356).

(i) **La libertad de negociación rige plenamente en el ámbito público** (conf. Recopilación de 1996, párrafo 792 y 334° informe, caso núm. 2222, párrafo 211; además, véase Párrafo 208, Informe definitivo - Informe núm. 326, Noviembre 2001, Caso núm. 2117, Argentina).

Con particular referencia a dicho sector, el Comité de Libertad Sindical ha subrayado: “…***que la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el Convenio núm. 98***…” (Párrafo 666, Informe núm. 374, Marzo 2015, Caso núm. 3026, Perú).

**En suma, la negociación colectiva es el medio apropiado para solucionar conflictos sobre las condiciones de empleo** (conforme Recopilación de 1996, párrafos 793 y 893, informe 308, caso núm. 1902, entre muchos otros).

2. Por otra parte, el artículo 14 bis de la Carta Magna (al igual que el art. 8 del Convenio Nº 151 de la OIT) garantiza **el derecho de los gremios de concertar convenios colectivos de trabajo y el de recurrir a la conciliación y al arbitraje**. Sobre este punto, se reconoce la validez de dichos procedimientos con carácter previo a la adopción de medidas de acción directa, siempre y cuando las mismas reconozcan **carácter voluntario** (v. Párrafo 288, Informe definitivo N° 359, Marzo 2011, Caso núm. 2776 - Argentina).

3. En el ámbito nacional fueron sancionadas diversas normas con el objeto de amoldar la legislación interna a los Convenios de la O.I.T. ya mencionados. Los cuerpos normativos más trascendentes son los siguientes:

a. La Ley 24.185, que en su artículo 8 establece: “*La negociación colectiva regulada por la presente ley será comprensiva de todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido salarial como las demás condiciones de trabajo… Las tratativas salariales o aquéllas referidas a las condiciones económicas de la prestación laboral, deberán sujetarse a lo normado por la ley de presupuesto y a las pautas que determinaron su confección…*”

b. Mediante el artículo 24 de la Ley de Presupuesto N° 6.656 del año 1999, la Provincia de Mendoza adhirió a la Ley Nº 24.185 y, acto seguido, **el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Nº 955/2004 que reglamentó la negociación colectiva en el sector público provincial. El mismo fue emitido en el marco de la referida Ley Nº 24.185, el Convenio Nº 154 de la O.I.T. y la Ley local N° 7.183.**

Esta última, en su artículo 107, sentó el siguiente compromiso: “*Las estructuras salariales y las condiciones de trabajo de los empleados del sector público, organismos descentralizados, cuentas especiales y otras entidades, deberán ser tratados en el ámbito de las paritarias del sector ya convocadas, por el Poder Ejecutivo, por efecto de la ley 24.185 o nro. 14.250, según corresponda, ley provincial nro. 6656 y decreto de convocatoria nro. 681/99. El Poder Ejecutivo deberá designar sus representantes para cada sector (administración, salud, educación, organismos descentralizados) e iniciar las convenciones antes del 30 de abril de 2004…*”

A su vez, el mentado**Decreto Nº 955/2004, desde sus considerandos, elogió el valor de la negociación colectiva como mecanismo para avanzar en la reforma del sistema de empleo público, en aras a lograr su eficiencia, mejores parámetros de capacitación, estímulos a la producción, entre otros fines, todos a lograrse en el marco de la vinculación con el sector sindical y siempre dentro de los lineamientos de la OIT**.

c. En lo que al sector docente incumbe y con relación a los temas debatidos en estos obrados, cabe reseñar:

(i) La Resolución DGE Nº 2266/1989 y CyE Nº 1.449/1989, dispuso: “*Anexo II “BENEFICIOS SOCIALES Y GREMIALES”… 2- Licencias Gremiales: El Trabajador de la Educación que fuera elegido para desempeñar cargos de representación gremial con funciones en organismos sindicales, fuera o dentro de la Jurisdicción tendrá derecho a licencia con percepción íntegra de haberes mientras dure su mandato…*”

(ii) **La Primera Convención Colectiva de Trabajadores de la Educación de la Provincia, homologada por Decreto N° 1386/1993, sentó que la negociación paritaria es el “único” ámbito posible para la negociación entre el Gobierno y los Trabajadores** de la Educación, por lo que toda modificación de la normativa vigente debe discutirse en conjunto, so pena de incurrir en violación del principio de buena fe (véase Capítulo I, acuerdo 01 “Ámbito de negociación. Principio de Buena Fe”).

(iii) La Tercera Convención Colectiva de los Trabajadores de la Educación de la Provincia de Mendoza, de fecha 22 de diciembre de 2004, previó que: “...*1.1 Ambas jurisdicciones reconocen la negociación colectiva entre la Dirección General de Escuelas y los Trabajadores de la Educación, como único ámbito de negociación y resolución sobre las condiciones laborales de los trabajadores de la educación de la Provincia de Mendoza dependientes de la primera. Toda modificación de la situación jurídica vigente que afecte los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores del sector, deberá discutirse en este ámbito y lo contrario se considerará como violación al principio de buena fe…*” (Decreto Nº 25/2004, B.O. 12-01-2005).

(iv) **En relación con el cumplimiento de acuerdos colectivos suscriptos, el CLS también ha llamado la atención a nuestro país, en el entendimiento de que todo pacto colectivo debe ser honrado y que es deber del Gobierno asegurar la efectividad de tales normas** (Párrafo 289, Informe definitivo N° 359, marzo 2011, Caso núm. 2776 – Argentina; Párrafo 251, Informe núm. 362, Noviembre 2011, Caso núm. 2788, Argentina).

4. **En conclusión, la regla general es que las partes tendrán que resolver las condiciones de trabajo dentro del ámbito paritario y el Estado tiene la obligación de fomentar por todos los medios posibles, la negociación colectiva libre y voluntaria.** **Debe, entonces, evitar recurrir a dictar decretos frente al más mínimo fracaso en la negociación paritaria.**

El fundamento de esta regla encuentra su reconocimiento en la propia Constitución Nacional (arts. 31 y 14 bis), el P.I.D.E.S.C. (art. 75, inciso 22 CN), los Convenios 87, 151 y 154 de la OIT, la Ley N° 24.185, la Ley Nº 6.656 (art. 24), la Ley Nº 7.183 (art. 7), el Decreto Nº 955/2004.

**V. ¿Existen razones excepcionales que legitimen el dictado de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (incisos 1 a 3), 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto Nº 228/16, así como al Decreto Nº 989/16 y a la regla general descripta en el punto III?**

1. El Comité de Libertad Sindical ha advertido que puede hacerse excepción a la negociación colectiva cuando: “…*en virtud de una política de estabilización un gobierno considera que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores…”* (Recopilación de 1996, párrafo 883 y 318 informe, caso núm. 1976, párrafo 613).

Aquí no debe preterirse que el gasto público requiere la aprobación previa del presupuesto del Estado por parte de la Legislatura, y, además, se encuentra sometido al control correspondiente que ejercen órganos especiales. “*En este sentido, la negociación colectiva en la administración pública está condicionada por diferentes motivos por los procesos presupuestarios y su lógica. Los resultados presupuestarios de los Estados a su vez dependen de numerosos factores económicos: el nivel de crecimiento económico, el nivel de ingresos y la inflación, las tasas de interés y la deuda pública. También dependen del marco político e institucional…*” (“La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir”, Publicación ILO-Conferencia Internacional del Trabajo 102ª – Reunión 2013, Primera edición 2013, p. 86).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se ha referido a ello, indicando que nos encontramos frente a una restricción excepcional, que no debe sobrepasar un período razonable y debe ir acompañado de garantías que protejan de manera efectiva a los trabajadores (OIT, Informe de Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – Libertad sindical y negociación colectiva, Ginebra-Suiza, 1994, Informe III, parte II, cap. X, párr. 260, pp. 124-125).

En consecuencia, para que una disposición unilateral del Estado –empleador– en materias reservadas a la discusión en el ámbito de la negociación colectiva resulte convalidada, debe reunir -al menos- tres caracteres:

a. ser temporal - no exceder de un período razonable.

b. Ir acompañada de garantías adecuadas para la protección del nivel de vida de los trabajadores.

c. Encontrar sustento en verdaderas razones de desequilibrio económico, o en la afectación de derechos fundamentales.

2. Bajo tales pautas, analizaré las normas en cuestión.

a. Los decretos impugnados por SUTE fueron emitidos en el marco de la declaración de Emergencia Administrativa, Fiscal y Financiera dispuesta por la ley Provincial N° 8.833 (B.O. 24/12/2015).

b. Fueron dictados con intención de reconocer, garantizar y estimular la actividad del docente frente al aula.

c. Se llevaron a cabo varias reuniones en el marco paritario (18/12/2015; 05/02/2016; 15/02/2016; 17/02/2016; 22/02/2016; 08/03/2016).

d. El fracaso de la negociación colectiva ponía en vilo el derecho a la educación (v.gr. arts. 75, incs. 22 y 24 de la CN y Ley Nº 26.206).

Es decir, existían obligaciones estatales con otros ciudadanos de idéntica “preferencia” constitucional, de forma impostergable (C.S.J.N., autos “Vizzoti”, Fallos: 327:3677).

e. En relación con el establecimiento de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores, los decretos en cuestión importaron incrementos y de carácter “remunerativo”, sin contener obstáculos para la reapertura de otra negociación paritaria.

Por lo que, pese a que pudiera considerarse que un adicional del 10 % (de la asignación de la clase, el estado docente, la zona y la antigüedad) resultaba escaso para el mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores, nada impedía a las partes continuar en el ámbito paritario, aun cuando la reapertura del mismo se hubiera hecho mediante el ejercicio del derecho constitucional a la huelga (art. 14 bis C.N.).

Lo mismo cabe mencionar del aumento del 14,7 % dispuesto por los artículos 1 y 2, pues si los mismos resultaban insuficientes, el camino para su revisión era el conflicto colectivo para la reapertura de paritarias, quedando fuera del margen de atribuciones jurisdiccionales de esta Suprema Corte el análisis de tal cuantía. Ello, sin perjuicio de mencionar que la entidad gremial solicitó la conciliación obligatoria como modo indicado por las normas constitucionales y supraconstitucionales para la resolución del conflicto, tal cual lo expresé en el punto III. 2. del presente decisorio.

3. En definitiva**, la actuación del Gobierno en el dictado de los textos impugnados, puede resultar excepcionalmente validada**en el marco de declaración de emergencia administrativa, Fiscal y Financiera dictada por Ley Nº 8.833, y por el deber que pesa sobre el mismo de garantizar el derecho a la educación de los niños/as y adolescentes de la Provincia. Dentro del exclusivo marco fáctico y jurídico descripto, los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (incisos 1 a 3), 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto Nº 228/16 y el Decreto N° 989/16, son constitucionales.

**VI. El inciso 4 del artículo 8 del Decreto Nº 228/16 merece un abordaje especial y particular, por excluir de la percepción del “ítem aula” al trabajador de la educación que no cumpla funciones durante la totalidad de los días hábiles laborables del mes respectivo y supere los límites máximos de licencias justificadas (3 mensuales o 10 anuales, no acumulables).**

Tal reglamentación debe ser analizada en forma exhaustiva, por lo que, en primer término, verificaré la razonabilidad de los topes del referido inciso 4, para abordar, en el capítulo siguiente, los supuestos en los que la reglamentación del ítem aula confronta con derechos de superior jerarquía.

**Comparto** aquí lo argumentado por el demandado (v. fs. 113 vta.) cuando, en seguimiento de doctrina de la Corte Federal y del Dr. Germán Bidart Campos sostiene que: **“…*las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por tales ha de estimarse las que carecen de toda razonabilidad…***”.

1. **Por lo tanto, el tope máximo de licencias justificadas al año (de 10 días), carece de sustento y se opone a las razones tenidas en miras por el Gobierno al momento de establecer el “ítem” en análisis**.

a. El ordenamiento normativo no reconoce derechos “absolutos” (art. 14 C.N). Sin embargo, las normas inferiores -que los reglamenten- deben reunir la condición de “razonables”, no deben alterar la substancia de aquéllos y tienen que respetar los límites impuestos por preceptos de superior jerarquía (C.S.J.N. Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188).

Esto significa que **los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados** (conf. arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y Fallos: 248:800; 243:449; 334:516 y 335:452; también conf. C.S.J.N., 01/12/2015, “*Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/ Estado Nacional (ANSSAL) s/ acción de amparo y medida cautelar*”).

b. Ahora bien, el tope anual de diez (10) días para el goce de licencias justificadas, no da cumplimiento a los objetivos proclamados.

La creación del mismo fue sustentada en **el interés por incentivar y reconocer al docente que presta sus funciones de manera diaria en las escuelas; garantizando de manera regular el derecho a la educación.**

No obstante ello, **el tope no resulta idóneo para la meta orquestada, puesto que el trabajador puede superar dicho límite en los tres primeros meses del ciclo lectivo y perder así el incentivo para la ulterior asistencia**.

Sumado a esto, no ha sido esgrimido –ni en las normas, ni a lo largo del proceso- ningún otro justificativo que demuestre que la norma no obedece a otras razones que no sean el puro arbitrio.

En este escenario, luego de llevar a cabo el examen de razonabilidad, arribo a que existe una desproporción entre el fin al cual aspira el Estado y el desmesurado medio impuesto, en contradicción con el artículo 28 de la Constitución nacional.

Lo dicho no es óbice para que la regulación definitiva del ítem aula **pueda ser debatida y acordada en el ámbito de la negociación colectiva**, lo que le otorgaría legitimidad a la luz de las Convenciones internacionales a las que ya he referido.

**2. El límite mensual de 3 días de licencias justificadas puede ser, en principio, validado –con excepción de los supuestos que analizaré en el capítulo siguiente: “Licencias especiales.**

a. En efecto, dicho tope encuentra correlato en las normas que obligan al Estado a cubrir el cargo ante la ausencia de su titular, por ser obligación de aquél proveer a la contratación de un docente suplente, ante la ausencia de su titular a partir del 2° día (art. 8, Resolución Nº 484 D.G.E., B.O. 23/07/1999).

b. En consecuencia, es una limitación –en principio- razonable que, además, armoniza el interés de los educandos (art. 75. inc 22 y 23 C.N., Convención de los Derechos del Niño, Ley N°26.206) con los de sus docentes, por lo que sí supera el test de razonabilidad aplicado.

**VII. El tope mensual de 3 días debe ser también analizado en relación a otros derechos, de forma de obtener su armonización.**

**1.** Previo, desarrollaré las características del control de convencionalidad a realizar en el presente apartado. El mismo ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en sentencia en pleno del año 2006. Ahí, expuso que: “…*el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*…” (C.I.D.H., “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 26/de setiembre de 2006, Serie C 154, párr. 123 y 124).

Dos meses después, en la sentencia dictada en Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (sentencia 24/11/2006), la CIDH formuló algunas especificaciones, avanzando en cuanto a que se debe realizar y ejercer el control de constitucionalidad, pero también debe practicarse el de convencionalidad, y, en su caso, realizarse *ex officio* si es necesario.

Posteriormente, extendió la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, es decir no solo a los magistrados sino también a cualquier otro funcionario relacionado con la administración de justicia (C.I.D.H., caso Cabrera “*García y Montiel Flores vs México*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220).

Luego, amplió esa la obligación a cualquier autoridad pública de representación democrática directa o indirecta, teniendo como límite de actuación el ámbito de sus competencias (C.I.D.H., caso “*Gelman vs. Uruguay*”. Sentencia de Fondo y Reparaciones del 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221, párr. 239).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha admitido que la jurisprudencia de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (conf. Fallos 318:514, “*Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*”, causa nº 32/93”, 07/04/1995, considerando 11). Desde esta perspectiva, previó el “control de convencionalidad” expresamente en el fallo “Mazzeo” (CSJN, “*Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”, M. 2333. XLII, 13/de julio de 2007) y admitió la posibilidad de declararla, aún de oficio, en “Rodríguez Pereyra” (Fallos: 335:2333).

Además, en su disidencia, el Dr. Maqueda describió, postuló y mencionó los precedentes de la CSJN de los últimos 20 años, insistiendo en el: *“…deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana [la que] responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad…*” (Considerando 4°, Dr. Maqueda, CSJN, 14 de febrero de 2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 368/1998(34-M)/CS1).

Al respecto, me remito al voto que dicté en el expediente “Minera del Oeste” (S.C.J.Mza., en pleno, 17/12/15, autos CUIJ n°: 13-02843392-6, caratulados: “*Minera del Oeste SRL y ot. c/ Gbno de Provincia p/ Acc.Inc.*”).

**2.** En segundo lugar, se describe el método de control de convencionalidad que se utilizará; con las siguientes características:

a. se realiza a la luz del plexo normativo que integran el sistema universal de derechos humanos, el sistema interamericano de derechos humanos, el sistema de normas de Mercosur, los Convenios y Recomendaciones  de OIT y la interpretación que de ellos se realiza.

b. La finalidad es asegurar, en cada situación analizada, la vigencia y efectividad de los principios presentes en el bloque normativo antes indicado.

c. Es un método no confrontativo, interdependiente y de interpretación armónica.

d. En determinadas situaciones, se realiza en abstracto. Se siguen aquí los lineamientos de la CIDH, en los casos “Suárez Rosero vs Ecuador” (CIDH, Sentencia 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, pàrr. 98) y “Castillo Petruzzi y ots vs. Perú” (CIDH, Sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr.205).

Así, coincidiendo con Midón, es la realización de una “…*suerte de control preventivo de convencionalidad cuya utilidad sería muy beneficiosa para el sistema*…” (Midón, M, 2016, Control de convencionalidad, Astrea, Bs. As., p. 107).

**3. Corresponde ahora analizar bajo las consideraciones expuestas si el ítem aula en su tope de tres días afecta derechos humanos fundamentales, esto es, normas universales, internacionales, interamericanas y regionales**.

La mayoría de las hipótesis que analizaré seguidamente han sido particularmente consideradas por la Sala Administrativa de este Tribunal(véase  **Acordada Nº 27.426**, de fecha: 05-08-2016, suscripta por los Sres. Ministros Alejandro Pérez Hualde y Pedro Llorente), la que al reglamentar el **ítem “Asistencia perfecta**” dispuso: “…*que la bonificación prevista en el art. 2° del Decreto 686 denominado “asistencia perfecta” no será de aplicación en los siguientes casos: 1)- Licencia compensatoria por haber prestado servicio durante las ferias judiciales*. *2)- Licencia especial por maternidad o paternidad incluidos los casos, nacimiento de hijos con capacidades diferentes, nacimientos múltiples y de adopción. (Ley 5811, art. 54 modif. Ley 7.426 - Ley 8.678)* *3)- Licencia por donación de sangre. (Ley 5.811, art. 50 inc. 6°). 4)- Licencia por fallecimiento de padres, hijos cónyuges o convivientes y hermanos. (Ley 5.811, art. 3° y 4°). 5)- Accidente de trabajo o enfermedad ocupacional ocasionada en acto de servicio. (Ley 24.557). 6)- Licencia especial prevista en los supuestos de violencia de género. (Ley 26.485 - 8226). 7)- Donación de órganos o materiales anatómicos. (Ley 5.811, art. 50 inc.10)…”*

**En la fundamentación esgrimida por la Sala III de este Cuerpo para el dictado de la Acordada N° 27.426 se efectúa particular hincapié en la necesidad de exceptuar supuestos particulares, amparados por normas de superior raigambre; lo que importaría un “…*flagrante desconocimiento de derechos fundamentales de la persona humana como sujeto de derecho y de su dignidad personal, objetivo de todo nivel de socialización y desarrollo…*”**

Los argumentos expresados por la mencionada Sala resultan –**por la analogía con la presente causa**- perfectamente **aplicables a la especie**, por lo que, con idéntico criterio, procederé al análisis particular de los derechos que podrían resultar vulnerados por las normas provinciales aquí analizadas.

**a. Protección a la mujer**

**La falta de amparo de la licencia por violencia de género** en el Decreto n° 228/16 hasta la sanción del n° 989/16 **no obedece a razón atendible** (C.S.J.N. Fallos: 338:1455), lo que coloca a la norma en la condición de **discriminatoria e irrazonable**, a más de incumplir con normativa nacional (art. 31 C.N.) e internacional (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”), siendo esta omisión legislativa inconstitucional e inconvencional.

**b. Protección integral de la familia**

La norma analizada **violenta también la protección integral de la familia**, consagrada en vasta normativa nacional e internacional (14 bis y 75 inc. 22 y 23 de la CN; Convención sobre los Derechos del Niño; art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 18 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convenio 154 de la OIT; etc.); y en disposiciones provinciales que contienen idénticos fines. A saber:

(i) La Ley Nº 7.664 (modificatoria de la Ley Nº 5.811) prevé una **licencia de 120 días corridos a partir de la fecha de defunción de la cónyuge o concubina, causada durante su proceso reproductivo (art. 7, Ley Nº 5.811), cuando el agente público tenga hijos a cargo**.

(ii) El Decreto Nº 115/2011 que homologó el Acta Paritaria de la Tercera Convención Colectiva de los Trabajadores de la Educación de la Provincia de Mendoza, celebrada con fecha 30 de noviembre de 2010, estableció la **licencia especial por cuidado de familiar enfermo en primer grado de consanguinidad** (padres e hijos) **o primero de afinidad** (cónyuge), o uniones de hecho, en **enfermedades terminales**, que requieran la internación en terapia intensiva y/o que requiera cuidados especiales certificados por el profesionales interviniente hasta treinta (30) días hábiles por año calendario.

(iii) La Ley Nº 5.811 que regula la **licencia por fallecimiento** de padres, hijos, cónyuges  o convivientes (de 3 días) y de hermanos, por 2 días (art. 50, incisos 3 y 4, Ley Nº 5.811), **licencia por nacimiento** de hijo por cinco (5) días hábiles (art. 50, Ley Nº 5.811), **licencia por matrimonio** de 10 días corridos (art. 50, Ley Nº 5.811), licencia por adopción de cuarenta y cinco días (45) con posterioridad a la obtención de la guarda judicial (art. 57 bis, Ley Nº 5.811), entre otras.

En síntesis, las licencias antes reseñadas protegen derechos humanos fundamentales que no pueden ser alcanzadas por la restricción establecida.

**c. Protección de la maternidad**

El “**Convenio sobre la protección de la maternidad**” (Decreto Nº 1026-2006, B.O.09/06/06) abarca no sólo la licencia por maternidad, sino también cualquier otra vinculada al estado de embarazo, protección que se extiende desde la notificación del embarazo y hasta los 8 meses posteriores al parto; como así también las licencias previstas por fertilización asistida (Ley Nº 26.861).

Lo anterior encuentra fundamento en lo establecido por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 23), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.2), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), Convenio de OIT (núm. 03; art. 4).

Ahora bien, de conformidad con el informe obrante a fs. 261/263, las trabajadoras en estado de embarazo se encuentran percibiendo el mentado ítem, habiéndose informado que el Gobierno ha dado cumplimiento al Decreto Nº 1.026/06 “Convenio sobre Protección de la Maternidad”.

En consecuencia, en caso de incumplimiento de este derecho, se encontraría habilitada la vía para el reclamo específico.

**d. Protección de la salud**

Con relación a ello, el SUTE sostiene que el Gobierno ha violentado el convenio sobre licencias por **enfermedad inculpable de largo tratamiento** con goce integro de haberes, en las condiciones establecidas en el Decreto Nº 1276/2006, (BO 26/07/06), Tercera Negociación Colectiva de los Trabajadores de la Educación con la DGE de la Provincia de Mendoza.

También se vulnera  el convenio sobre “**Licencias, extensión licencia por cuidado de familiar enfermo y licencia por razones humanitarias”,** en el que se acordó la extensión a treinta (30) días hábiles por año calendario, de la licencia por cuidado de familiar con **enfermedad terminal, terapia intensiva y/o cuidados especiales**, así como la licencia por razones humanitarias -como extensión de las anteriores a criterio de la D.G.E., previo dictamen de Junta Médica- (Decreto Nº 115/2011 que homologó el Acta Paritaria de la Tercera Convención Colectiva de los Trabajadores de la Educación de la Provincia de Mendoza, celebrada con fecha 30 de noviembre de 2010).

Por su parte el Gobierno, en el informe obrante a fs. 261/263 ha precisado que las enfermedades de largo tratamiento recién encontraron amparo con la reforma introducida por el Decreto Nº 989/16.

**Entiendo que tratándose de derechos surgidos de la negociación colectiva, los mismos debían haber sido honrados** a partir del Decreto Nº 228/16 (conf. Comité de Libertad Sindical, Párrafo 289, Informe definitivo N° 359, Marzo 2011, Caso núm. 2776 – Argentina, ya citado).

En consecuencia, la exclusión del artículo 8, inciso 4, del Decreto Nº 228/16, en cuanto impuso restricciones a los docentes que padecen estas situaciones, es inconstitucional e inconvencional por violación de un acuerdo surgido a la luz de la negociación colectiva (arts. 31 y  75 inc. 22 C.N. y convenios OIT 151, 154; entre otros preceptos). Asimismo por la protección que surge de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.1).

Más precisamente debo referirme a las siguientes licencias.

**(i) Licencia por recepción de órganos proveniente de trasplantes y por donación de órganos (Ley Nº 6.887)**

Las leyes provinciales N° 5.913 (B.O. 01/12/92) y 6.344 (B.O. 26/12/95) adoptaron para Mendoza la Ley Nacional N° 24.193 de Ablación e Implante de Órganos y Material Anatómico Humano, así como todas las disposiciones que en su consecuencia se dicten o deroguen, en aras de promover y facilitar tales acciones. Sin embargo, el artículo 8, inciso 4, del Decreto Nº 228/16 impone una restricción discriminatoria en contra de las personas que se sometan, sea como trasplantados, sea como donantes, a esta situación de alta complejidad quirúrgica, en franca oposición a las leyes 23.592 (B.O. 05/09/1988), 26.845 (B.O. 19/04/2013) y 26.928 (B.O. 22/01/2014).

(ii) A su vez, la Ley Nº 26.845, tiene por objeto promover en todos los niveles del sistema educativo la toma de conciencia sobre la relevancia social de la ablación de órganos (art. 1), propendiendo a la participación “comprometida” de todos los actores del entorno educativo y familiar (art. 2).

Por su parte, la Ley Nº 26.928 crea el “**Sistema de Protección Integral para Personas Trasplantadas”**y expresamente dispone que la discontinuidad del empleo público o privado respecto de las personas en tal condición comporta una discriminación en los términos de la Ley Nº 23.592 (art. 7). Y, en lo específicamente vinculado a la problemática de autos, la Ley Nº 26.928 en su artículo 8 ha previsto que: “*Toda persona comprendida en el artículo 1º de la presente ley que deba realizarse controles en forma periódica, gozará del derecho de licencias especiales que le permitan realizarse los estudios, rehabilitaciones y tratamientos inherentes a la recuperación y mantenimiento de su estado de salud, que fueran necesarios sin que ello fuera causal de pérdidas de presentismo o despido de su fuente de trabajo…*”

Los preceptos reseñados deben ser entendidos también en referencia al donante, de lo contrario, se frustraría el compromiso social en la activa participación.

(iii) De hecho, la Provincia de Mendoza tiene una intensa legislación en pos del objetivo señalado: ejemplos de lo expuesto pueden observarse en las Leyes Nº 6.887 (B.O. 24/04/2001); 6.872 (B.O. 06/02/2001); y 8.976, de reciente sanción (B.O. 17/05/2017).

La Ley Nº 6.887 modificó el artículo 50 de la Ley Nº 5.811 e incluyó la licencia por donación de órganos o materiales anatómicos, estableciéndola en 20 días corridos por “pre-operatorio” y 30 días corridos por “post-operatorios”, pudiendo ampliarse este último por informe fundado de Junta Médica.

A su vez, la Ley Nº 8.976 estableció la necesidad de concientizar a la población respecto de la importancia de la “Donación de Órganos para Preservar y Mejorar la Calidad de Vida”, con análogos objetivos a los reseñados (en especial “concientizar a la sociedad, en su conjunto, de la importancia de donar órganos”). Así también las licencias por internación (art. 24 Ley N° 5811) y  donación de sangre (art. 50, inciso 6°, Ley N° 5811).

**Empero, la restricción del artículo 8, inciso 4, del Decreto Nº 228/16 no hace más que contravenir el plexo normativo descripto y sus objetivos**, lo que lo torna en inconstitucional e inconvencional (art. 31 y 75 inc. 23 Constitución Nacional; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 25-; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -art. XI-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 5.1-; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”; Ley Nº 26.928, cc. y ss.).

(iv) Por lo demás, merece particular abordaje la **interrelación que existe entre el ítem aula, el derecho a la salud y el control de ausentismo.**

Los numerosos estudios o enfoques que abordan la problemática del ausentismo docente coinciden en señalar que los factores son multicausales, determinados por variables organizacionales, normativas, problemas de infraestructura, condiciones laborales, de salud, motivación, compromiso de los trabajadores y de la institución, entre otros. También muestran que, las estrategias comunes implementadas por distintas gestiones gubernamentales han sido a través de incentivos salariales, como por ejemplo, el adicional por presentismo. Pero, además, dan cuenta de que no son suficientes: deben ir acompañadas de otras técnicas y abordajes integrales, como medicina preventiva y la salud laboral (conf. Bottinelli, Leandro, ¿Por qué faltan los docentes?, unipe: editorial universitaria, junio 2015, en versión electrónica: http://editorial.unipe.edu.ar/wp-content/uploads/2015/06/Unipe-31.pdf; Mezzadra, Florencia y Cecilia Veleda, Apostar a la docencia, desafíos y posibilidades para la política educativa argentina, 1a ed., Buenos Aires: Fundación Cippec, 2014).

Por lo tanto, la facultad del Gobierno de controlar el ausentismo, debe involucrar los derechos y garantías de los trabajadores de la educación.

De ahí que el empleador se encuentre forzado a conocer las causas de las patologías para determinar, no sólo la veracidad y el carácter inculpable o profesional de las mismas, sino también para poder adoptar medidas de acción concretas para reducir los peligros para la salud en el ambiente de trabajo al mínimo de lo posible.

Por ende, a través de los organismos creados para tal obligación  (v.gr. Juntas médicas, sistemas de control de ausentismo, etc.), debe dar cabal cumplimiento a dicha finalidad, sin olvido de que el control debe estar direccionado a la prevención.

Así las cosas, las juntas médicas no pueden eludir sus funciones ni realizarlas a destiempo, porque se generan dilaciones que impiden conocer la real situación del trabajador o su reincorporación.

Tampoco puede el Estado eximirse de poseer estructuras eficaces para la estadística y el conocimiento fehaciente de las situaciones insalubres, puesto que al desconocer tal contexto no podrá dar cumplimiento a la prevención eficaz a la que se encuentra sujeto.

En esta concepción, la atribución estatal de contralor es, en rigor, una “obligación”, sujeción que encuentra sustento en numerosos dispositivos, como los siguientes:

-Primera Convención Colectiva de Trabajadores de la Educación (Decreto 1386/93), acuerdo 10 (“**Las jurisdicciones signatarias deberán adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica** y la dignidad de los trabajadores, debiendo observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre Higiene y Seguridad de Trabajo”); acuerdo 13 sobre “Control Médico” (“Las jurisdicciones intervinientes implementarán las medidas necesarias para mejorar el sistema de control médico asistencial a fin de garantizar al Trabajador de la Educación la objetividad del diagnóstico”); acuerdo 14 sobre “Capacitación preventiva” (“Las jurisdicciones intervinientes con la Organización Gremial Signataria garantizarán por distintos medios la capacitación del Trabajador para prevenir enfermedades laborales o accidentes de trabajo.”); acuerdo 22 “Prevención de Enfermedades” (“Las Jurisdicciones signatarias adoptarán medidas referidas a condiciones ambientales; equipos; instalaciones; elementos de trabajo; en prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo.”); acuerdos 23 y 24, artículos 3 y 6, respectivamente (“La jurisdicción provincial signataria garantizará al Trabajador de la Educación en cambio de funciones el derecho a ser reincorporado a sus funciones específicas al cesar la dolencia o incapacidad que motivó el cambio de funciones, debiendo preverse para ello el examen psicofísico periódico de acuerdo con las posibilidades de la Dirección de Sanidad Escolar...”); derechos que ya habían sido reconocidos mediante resoluciones de anterior data (v.gr. Resolución DGE Nº 2266/89; y CyE Nº 001449, arts. 13, 14, 15, 33, 34, 35, 36 y 37).

-Desde la legislación provincial –entre muchos otros dispositivos– el artículo 10 del Capítulo IV (“De los Trabajadores de la Educación”), inciso h, contiene el derecho de los trabajadores a: “**Ejercer su profesión en edificios que reúnan las condiciones de salubridad y seguridad acordes con una adecuada calidad de vida y a disponer en su lugar de trabajo del equipamiento y de los recursos necesarios**.”

-**El Convenio 155 OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores (año 1981, aprobado por Ley Nº 26.693**, en forma conjunta con su Protocolo) pone en cabeza de los Estados miembros el deber de “prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo”, “reduciendo al mínimo” “las causas de los riesgos” (art. 4).

Con mayor especificidad, el artículo 7 reza: “*La situación en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo deberá ser objeto, a intervalos adecuados, de exámenes globales o relativos a determinados sectores, a fin de identificar los problemas principales, elaborar medios eficaces de resolverlos, definir el orden de prelación de las medidas que haya que tomar, y evaluar los resultados*”.

Es de destacar que este Convenio ha sido incorporado por la Ley Nº 26.693 y no ha sido ratificado en los términos de su  artículo 24. Por lo que sólo posee carácter legal. Por el contrario, su Protocolo si ha sido objeto de ratificación (“Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores”, año 1981, aprobado por Ley 26.693). Este último debe ser complementado con la Recomendación 164, a cuyos textos me remito, en honor a la brevedad.

-A su vez, el **Convenio 187 OIT** (aprobado por Ley Nº 26.694 y ratificado el 13/01/2014) sobre “El marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo” (año 2006) fue consensuado en el entendimiento de que la protección de los trabajadores frente a las enfermedades, sean estas de carácter profesional, o no, “es uno de los objetivos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo establecidos en su Constitución”, plexo normativo que vuelve a poner el eje en la prevención (art. 2). Así, todo Estado miembro debe “evaluar” los riesgos y/o peligros en el trabajo; “combatir” los mismos “en su origen”; y desarrollar una “cultura nacional de prevención”.

-El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho a condiciones dignas y satisfactorias en el trabajo, en especial, la seguridad e higiene en el trabajo (art. 7 inc. h). Los Estados Partes del PIDESC se comprometen a adoptar medidas, que logren progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

Añado a lo expuesto que el 18 de junio de 2008 fue aprobado el proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por Resolución 8/2 del Consejo de Derechos Humanos y finalmente, aprobado por la Asamblea General de la ONU, el día 10 de diciembre de 2008, coincidiendo con el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y quedando abierto a la firma de los Estados. El 5 de mayo de 2013, tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o de adhesión (Uruguay), el Protocolo PIDESC entró en vigor (art. 8.1), y Argentina es parte del mismo. Es decir, este suceso permite que los derechos económicos, sociales y culturales pasen a ser operativos.

-En todo caso, el artículo 14 bis de la Carta Magna garantiza la protección del trabajo en todas sus formas y asegura las condiciones dignas de labor.

En su procura, la Ley Nº 19.587 de “Higiene y Seguridad en el Trabajo”, colocó en cabeza del empleador la obligación de realizar una prevención eficaz como medio para proteger la integridad de los trabajadores y reducir la siniestralidad (art. 4).

A tal fin, impuso a los empleadores los deberes de: contar con servicios de higiene y seguridad y de medicina del trabajo (art. 5); investigar los factores determinantes de accidentes y enfermedades; realizar y centralizar estadísticas; y adoptar medidas o técnicas de corrección, entre las principales obligaciones.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto Nº 1.338/96 regló que los servicios de medicina en el Trabajo tienen como misión “fundamental” la de “promover y mantener el más alto nivel de salud de los trabajadores”, para lo cual deben ejecutar acciones de “educación sanitaria, socorro, vacunación y estudios de ausentismo por morbilidad.” Tal función es “esencialmente de carácter preventiva”.

-En idéntico cometido se enrolaron las directrices actuales del derecho de daños, orientadas a apuntalar la prevención (el Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 1.710/13 dedicados a la función preventiva y con expreso reconocimiento del deber de no dañar al otro).

-La misma preocupación se asentó en el ámbito específico de los Riesgos del Trabajo (artículos 1 y 31.2 Ley Nº 24.557).

En consecuencia, el derecho de toda persona al goce de condiciones que le aseguren la seguridad e higiene en el trabajo es un derecho humano fundamental, el que encuentra plena eficacia en el marco normativo del sistema internacional de derechos humanos, con jerarquía constitucional, y operativo a partir de la vigencia del Protocolo del PIDESC.

**De ahí que el Gobierno provincial puede crear un incentivo para reducir el ausentismo –en las excepcionales condiciones que he señalado–, pero se encuentra obligado a realizar las acciones preventivas, para las cuales, el control de ausentismo, se presenta como un mecanismo adecuado. No debe reemplazarse el deber del Estado por un sistema del auto-control del ausentismo que constituya una carga desmedida para los trabajadores**.

**f. Protección a la libertad sindical**

**(i) El derecho de huelga**

En su reclamo, la parte actora da cuenta de numerosas dificultades para recurrir a medidas de acción directa, frente al temor fundado de perder el goce completo del “ítem aula”, si la medida excede los plazos máximos estipulados por el Decreto 228-16 o las inasistencias se acumulan con otras licencias legales en el mismo período.

La demandada invoca –en su defensa- precedentes de este mismo Cuerpo para sustentar la falta de derecho a percibir salarios por el día de huelga (LS 229-118, entre otros).

En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido que “…*la deducción salarial de los días de huelga no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de la libertad sindical…*” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 654, citado en el Informe definitivo N° 364, de Junio de 2012, Caso núm. 2847 – Argentina- 04/04/11).

De correlato con lo expuesto, cabe concluir que frente a la abstención colectiva, no corresponderá abonar el salario del día de la inasistencia y aquél será perdido en forma proporcional al día no laborado –lo que representa el costo normal que cada trabajador asume por ejercer su derecho de huelga.

Sin embargo, el planteo de SUTE evidencia una **situación más gravosa para los empleados de la educación que para el resto de los trabajadores: el docente que realice medidas de acción directa en exceso de los topes (3 días mensuales o 10 anuales) perderá –además del salario del día de inasistencia - la totalidad del adicional “ítem aula” –representativo del 10% de la asignación de la clase, estado docente, zona y antigüedad**.

Este mayor daño por el ejercicio de la huelga, **contiene un agravante: ha sido impuesto por el propio Estado en su carácter de “empleador”**, circunstancia que provoca un incumplimiento del Convenio 87 OIT, en cuanto impone al Estado argentino la obligación de “…*abstenerse de toda intervención que tienda a limitar…*” el derecho a organizar las actividades sindicales y/o su programa de acción, o que de otro modo entorpezca su ejercicio (art. 3°, 2° párrafo). El precepto reseñado es concordante con la limitación establecida en el artículo 8°, punto 2: “*La legislación nacional* [léase también provincial] *no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”*.

De lo expuesto se sigue que **los trabajadores de la educación encuentran un obstáculo mayor para la realización de la huelga**, hipótesis que no sólo atenta contra el artículo 14 bis de la Constitución nacional y demás normativa supra legal y constitucional (C. OIT 87, 151, 154, art. 8, incisos 1.d y 3 del P.I.D.E.S.C.; art. 11.1 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur; art. 8.1.b del Protocolo Adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos -“Protocolo de San Salvador”). **Contradice, además, al derecho de igualdad** (art. 16 C.N. y 7 C. Mza.: “*Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes*.”).

En virtud de lo expuesto, **corresponde exhortar al Poder Ejecutivo Provincial a fin de que, frente al ejercicio del derecho a la huelga, el intento de deducción de los salarios no afecte el núcleo fundamental intrínseco de este derecho, ni genere una violación palmaria al bloque de normas antes mencionadas**.

**(ii) Protección de los representantes sindicales**

a. **La pérdida del derecho al ítem aula, por el ejercicio de las funciones sindicales, para aquellos trabajadores que les corresponde su percepción, es contraria a los artículos 6 y 4, inciso 1 (b), del Convenio 151 de la OIT**.

En efecto, desde la Primera Convención Colectiva de Trabajadores de la Educación de la provincia (Decreto N° 1386/1993), Acuerdo N° 32 (Delegado Gremial al Plenario), se decidió que: “*El Trabajador de la Educación designado Delegado Gremial al Plenario cumplirá tales funciones sin merma alguna de todos sus derechos, sean éstos relacionados con su retribución, sus antecedentes y méritos y cualquier otro relacionado con su actividad laboral…*”

A su vez, de conformidad con el Acuerdo 33 del mismo instrumento, se pactó que: “*El trabajador de la Educación electo Delegado Escolar Permanente, gozará de un crédito horario de una jornada laboral por mes para realizar tareas inherentes a sus funciones, sin merma alguna de todos sus derechos, sean estos relacionados con su retribución…*”

- Sobre este punto, la O.I.T. ha señalado que se “…*se debería tener en cuenta la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971» (núm. 143) al determinar la naturaleza y alcance de las facilidades…*” que se otorguen a los mismos (v. “La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir”, ob. cit., pág. 44).

Dicha recomendación tiene previsto (v. cláusula 10.1) que: “*Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa…*”

-El ejercicio de la representación gremial, como base fundamental de las libertades sindicales, encuentra su reconocimiento en el bloque de derechos humanos antes mencionados, en particular, el art. 14 bis de la CN que expresamente indica: “… *Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*…” (Art. 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XXII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8. a.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo San Salvador), art. 9 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur, Convenios OIT 87 y 151).

De lo expuesto se sigue que la falta de percepción del ítem aula, por el ejercicio de la representación o de la actividad sindical,  a quienes les corresponde su pago,  es inconstitucional e inconvencional.

**g.** **En suma, el inciso 4 del artículo 8 del Decreto Nº 228/16 es inconstitucional e inconvencional, en cuanto viola los derechos expresamente mencionados y las normas de superior jerarquía que he relatado.**

**4.** El Decreto n° 989/16.

Esta norma incorporó situaciones laborales omitidas por el Decreto Nº 228/16 (v.gr. docentes en cambio de funciones por razones de salud, que padecen enfermedades terminales o en situación de violencia protegida por las Leyes Nº 26.485, 8.226 y 8.806). Por consiguiente, no se advierte invalidez en el Decreto 989/16, en tanto es superador de su predecesor.

**VIII.-** Finalmente, corresponde el estudio del resto de los argumentos del suplicante.

**1. Violación del derecho de igualdad entre “cargos” y “horas cátedra”**

El SUTE sostiene que no existe sustrato alguno que justifique un aumento diferenciado entre ambas categorías de trabajadores de la educación (aquéllos que cobran por cargo y los que lo hacen por “horas cátedra”).

Sin embargo, el Gobierno ha esgrimido que el incremento salarial “final”, para ambos casos, es idéntico (del 21,6 %), con más el “ítem aula” (10 %), lo que se desprende de las simulaciones obrantes a fs. 104/106. Por su parte, el actor no ha demostrado las afirmaciones planteadas, lo que conduce al rechazo de esta inconstitucionalidad.

**2. Discriminación a los cargos jerárquicos “no directivos”.**

SUTE aduce que dicho personal se encuentra protegido por el artículo 6, inciso 6, de la Ley Nº 6.929 y que ha sido excluido del Decreto Nº 228/2016.

Este universo abarcaría a las siguientes personas: “…*jefe de sección de escuelas técnicas, jefe general de enseñanza práctica, jefe de trabajos prácticos, jefe de laboratorio y gabinete, jefe de preceptores, maestro secretario de nivel primario o cargos análogos*…”.

Ahora bien, el Estado textualmente expuso: “…*La norma al referirse a cargo directivo, lo toma en sentido abarcativo e integrador respecto de los docentes en cargo jerárquico directivo, como por ejemplo una directora o vicedirectora; como así también el cargo jerárquico que no son directivos como por ejemplo los maestros secretarios, jefe de sección, jefe de taller, jefe general de enseñanza práctica, jefe de trabajos prácticos, jefe de preceptores, jefe de gabinete y jefe de laboratorios.- Tanto los jerárquicos directivos como los jerárquicos no directivos perciben el “ítem aula”, siempre que cumplan sus funciones docentes durante la totalidad de los días hábiles…*” (fs. 117 vta. y 118, primer párrafo).

A continuación, aseguró que tal ha sido la aplicación dada, en forma concreta, a estos cargos jerárquicos no directivos y en horas cátedra, según el informe que acompañó con la contestación de la demanda (fs. 118 vta.).

En consecuencia, y si el demandado ha sido conteste con sus dichos en la efectiva aplicación de la norma, no existiría interés en la declaración de inconstitucionalidad por la omisión aquí en tratamiento. Por el contrario, en caso de incumplimiento de este derecho, se encontraría habilitada la vía para el reclamo específico.

**3. La situación de los docentes con título supletorio.**

SUTE alega que, quienes ejercen la docencia en virtud del artículo 17 del Estatuto Docente (v.gr. en el ámbito primario, los maestros de música, inglés e informática; y mucha mayor cantidad en el secundario) han sido injustamente discriminados, en atención a que ejercen igual tarea que los comprendidos expresamente en el Decreto Nº 228/16.

Por su parte, el Gobierno afirma que aquellos sí se encuentran alcanzados por el “ítem aula” (fs. 118 vta. y 119), por lo que tampoco existiría razón para invalidar las normas cuestionadas, por este motivo. En cambio, conforme lo manifestado anteriormente, en caso de incumplimiento se encontraría habilitada la vía para el reclamo específico.

**4. El derecho de igualdad frente al resto de empleados públicos y la Ley Nº 5.811.**

El SUTE aduce que el “ítem aula” contraría lo normado por el artículo 39 de la Constitución Provincial y afirma que los educadores son “discriminados” negativamente respecto de los demás trabajadores.

Tal argumentación es contradictoria: si se les permite percibir un ítem especial por el desempeño de los servicios concretos frente al aula, existe una mejora respecto del resto de los trabajadores, de ahí que carecería de interés la declaración de inconstitucionalidad que reclama.

No obstante, la implementación de este ítem debe ser complementada con la totalidad de las garantías y derechos que he mencionado a lo largo de este voto, en especial, en el punto VI, sin perjuicio de otros derechos o intereses que puedan ser lesionados en casos concretos.

5. Violación del Reglamento interno de la Cámara de Diputados para la sanción de la Ley Nº 8.847

El SUTE manifiesta que, la norma ratificatoria del Decreto Nº 228/16, es nula porque el trámite de la sesión en la Cámara de Diputados fue manipulado en clara violación a su reglamento interno; en tanto el Presidente de la Cámara ejerció irregularmente su derecho a desempatar la votación (art. 196 Reglamento de la H. Cámara de Diputados).

a. En nuestro país, según la doctrina clásica el control de constitucionalidad, en principio, no se ejerce respecto las denominadas cuestiones políticas o actos políticos. Esto es, conforme la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, los actos de gobierno emanados del Poder Ejecutivo, y la formación y sanción de leyes por parte del Poder Legislativo, se encontrarían exentas del control judicial por tratarse de decisiones de índole política y en resguardo del principio republicano de división de poderes consagrado en el art. 1 Constitución Nacional.

(i) Durante mucho tiempo, el Máximo Tribunal omitió pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma respecto a si existía o no anomalía en el proceso de formación y sanción de leyes (conf. Bianchi, Alberto, 1992, Control de Constitucionalidad, Ed. Rodolfo Depalma: Buenos Aires, Tomo II). No obstante, fue definiendo, vía pretoriana, las pautas para abordar esta temática.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el reconocido caso “Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero” (CSJN, Fallos: 53:420, 7/9/1893) manifestó que las formalidades y procedimientos de los órganos legislativos constituían una cuestión no judicial, lo que determina la carencia de facultades del Poder Judicial para decidir al respecto.

(ii) Luego, reconociendo la exigencia institucional de preservar la separación de poderes del Estado, estimó que: “…*la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justiciable*…” (CSJN, Soria de Guerrero, Juana A. c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos, considerando 3, 20/09/1963). Este pronunciamiento sentó las bases de una apertura o cambio doctrinario al expresar que: “*Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley*.”

Dicha corriente fue fortalecida cuando declaró la inconstitucionalidad de la ley por violación de los requisitos esenciales para su generación. (CSJN, Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición D.G.I., 15/12/98).

b. En cuanto a la sanción de la Ley Nº 8.847, la versión taquigráfica de la sesión de fecha 23 de marzo de 2016 (21 Reunión H. Cámara de Diputados, 5 Sesión especial), dio cuenta de un “particular proceder” respecto a la votación: literalmente indica que la misma “es 23 votos positivos y 23 votos afirmativos” (servidor H.C.D.D./Diario de Sesiones/ext.nº 21 del 23-3-16 (aumento salarial docente), pág. 33); no obstante su interpretación integral resulta que arrojó un empate. El cuerpo, previamente, había autorizado la abstención de dos de sus miembros.

Realizada la votación, inmediatamente se le requirió el voto al Sr. Presidente, Néstor Pares, quien lo hace por la afirmativa, arrojando el resultado de 24 votos afirmativos y 23 votos negativos.

Ante tal procedimiento, el Diputado Jorge Tanús señaló: “…*cumplamos con el Reglamento. Si es un empate se debe reabrir el debate, y en esa reapertura (...) los dos diputados que fueron autorizados por la mayoría de la cámara a abstenerse a la votación nominal hubieran solicitado nuevamente la abstención, hubiéramos actuado correctamente…*”

La respuesta de la Presidencia fue que: *“…como se trataba sobre el mismo expediente, el mismo tema, nadie solicitó la palabra para reabrir la discusión, entendió que estaba autorizado…”*(Servidor H.C.D.D./Diario de Sesiones/ext.nº 21 del 23-3-16 (aumento salarial docente), pág. 33).

c. Ahora bien, bajo las pautas jurisprudenciales antes mencionadas, concluyo que nos encontramos frente a una situación de índole no justiciable. Si bien se ha admitido que tal principio encuentra excepción cuando se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación o producción de leyes; en mi opinión, dicha excepcionalidad no se configura en el presente caso, en consecuencia, se desestima el presente agravio.

**IX. Conclusión.**

En definitiva, me inclino por el rechazo de la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (incisos 1 a 3), 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Decreto 228/16 (ley N° 8.844) y del Decreto 989/16, conforme el alcance otorgado en este voto. En cambio, sostengo la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 8 inciso 4 del Decreto N° 228/16, de conformidad al apartado V y VI del presente.

A partir de las consideraciones expuestas y de conformidad a lo estipulado en el art. 23 y art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. II, VII y art. XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 17, 24 y art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 4, 5, 6, 7.c, 8.1.d, 8.3, 10 y 13.1, 2.e del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5.2, art. 22  y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 7, 8.1.b y 8.2 , 13 y art. 15.3.a del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—; art. 9, 10, 11 y 13 de la Declaración Socio-laboral del Mercosur, Convenios de OIT 87, 98, 151, 154; cap. II de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”; artículos 14 bis, 16, 75 inc. 22, 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, art. 7 de la Constitución Provincial, Ley Nacional 24.185, Leyes Provinciales 5811, 6056 y 6887 y demás normativa legal vigente; por lo que las pautas para la resolución del *sub examine*, serían las siguientes:

1. **Rechazar la inconstitucionalidad del Decreto Nº 228/16 –ratificado por Ley N° 8.847– en cuanto a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (incisos 1 a 3), 9, 10, 11, 12, 13 y 14, así como la del Decreto 989/16**, conforme los considerandos expuestos en este voto.

2. **Declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del inc. 4 del art. 8 del Decreto Nº 228/2016, ratificado por Ley N° 8.847, conforme el alcance descripto en el apartado VI y VII de los considerandos expuestos**.

Así voto.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, DIJO:**

Adhiero al voto emitido por el Dr. Nanclares, por su fundamentos.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, DIJO:**

Puesto a resolver la cuestión traída a decisión de esta Suprema Corte de Justicia, debo referir que comparto los argumentos vertidos en su voto preopinante por mi colega, Dr. Jorge Horacio Nanclares. En consecuencia considero que el Decreto n° 228/16, ratificado por la Ley 8.847 y luego modificado por el Decreto n° 989/16, resulta constitucional a la luz de nuestro ordenamiento jurídico provincial y nacional. Sin perjuicio de ello, estimo oportuno realizar algunas consideraciones sobre la cuestión en debate en la presente causa.

Según entiendo, resulta válido el establecimiento de ítems remunerativos por todo empleador que busca incentivar a sus dependientes para optimizar la prestación laboral. Así, y en tanto los ítems remunerativos consisten en un incremento del salario del trabajador frente a una situación valiosa dentro de la relación laboral, en principio, no caben objeciones en tanto buscan otorgar una «*recompensa*» o «*premio*» frente a ciertas circunstancias o desempeños que, de alguna manera, redundan en una mejora de la relación de trabajo.

Ahora bien, este reconocimiento de la validez de imposición de un determinado ítem dentro de la relación laboral no implica que su establecimiento pueda realizarse sin límite alguno. Así, de ningún modo puede afectarse el monto intangible y estable de la remuneración, es decir, aquel que ha sido incorporado al patrimonio del trabajador y que funciona como un límite ajeno a la voluntad del empleador (arts. 14, 14 bis y 17 de la C.N.).

En relación al caso en estudio, entiendo que en *abstracto* las disposiciones de Decreto n° 228/16, ratificado por la Ley 8.847 y luego modificado por el Decreto n° 989/16 no vulneran norma constitucional alguna. Sin embargo, ello no significa que se puedan llegar a configurar situaciones específicas en donde alguna de las disposiciones que integran aquellos cuerpos normativos puedan ser consideradas inconstitucionales en el caso *concreto*. En particular me refiero al régimen de excepciones previsto por el art. 8, inc. 4 del Decreto n° 228/16. Esto en tanto podrían configurarse situaciones que justificarían el derecho al ítem pese a registrarse inasistencias.

Para explicar lo expuesto, considero oportuno recordar el proceso de negociación paritaria del año 2016 entre representantes del Poder Ejecutivo Provincial, el Gremio de Empleados Judiciales y esta Suprema Corte de Justicia. Este proceso culminó sin alcanzarse un acuerdo, lo que motivo el dictado del Decreto n° 686/16, que también contiene un ítem «*remunerativo*» y «*no bonificable*», denominado «*Asistencia Perfecta*» y que presenta características semejantes al que se examina en el caso en análisis.

Como se adelantó en el voto que me antecede, el establecimiento de aquel ítem de «*Asistencia Perfecta*» motivó el dictado de la Acordada Nº 27.426 que especificó licencias que no ocasionarían la pérdida del ítem y que originariamente no estaban previstas en el Decreto del Poder Ejecutivo. Así se contempló, sólo por enumerar algunos de los supuestos allí considerados: la licencia por donación de órganos o materiales anatómicos (art. 50, inc. 10 de la Ley provincial n° 5.811); la licencia para supuestos de violencia de género (Ley nacional n° 26.485 y Ley provincial n° 8.226); la licencia por donación de sangre (art. 50, inc. 6 de la Ley provincial n° 5.811); entre otros.

El fundamento expuesto en el acuerdo de referencia se halla en que la aplicación del denominado ítem de «*Asistencia Perfecta*» desconocería derechos fundamentales si se aplicara de manera irrestricta sin contemplar situaciones particulares amparadas por normas nacionales e internacionales con jerarquía constitucional.

De tal manera entiendo que situaciones no contempladas por el art. 8, inc. 4 del Decreto n° 228/16 podrían, eventualmente, ser equiparadas a ellas y, en tal caso debería evaluarse su inclusión a los fines de contemplar si corresponde el reconocimiento de la percepción del denominado «*item aula*» también en esos supuestos.

Por las consideraciones expuestas, y con los alcances señalados en el presente voto, considero que corresponde contestar de manera negativa a la primera de las cuestiones planteadas.

Así voto.-

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:**

Adhiero al voto del Presidente de este Tribunal, Dr. Jorge Nanclares así como a las consideraciones volcadas en su voto ampliatorio por el Dr. Omar Palermo y, sin perjuicio de expresar mi acuerdo con la conclusión a la que allí se arriba, considero oportuno incorporar los siguientes fundamentos:

Dada la naturaleza meramente declarativa de la acción deducida por la entidad sindical accionante, cuya finalidad y objeto se circunscriben al examen de legitimidad constitucional (por ende convencional) de la norma abstracta o reglamento general, se impone en el caso el rechazo de la impugnación sostenida y, como necesaria contrapartida, la solución que contiene el voto del preopinante al que adhiero.

Ahora bien, ello no importa tener por cierto que la regla de que se trata no pueda quebrantar, en su aplicación concreta, garantías que se sostienen en el orden jurídico y conforman un plexo de derechos individuales o colectivos de más alto grado. Corresponderá, en tal caso y, reitero, frente a posibles vicios que provengan de la aplicación del reglamento y que afecten derechos subjetivos de orden superior, que el Poder Judicial, asegure el pleno ejercicio y vigencia de tales facultades personales individuales o colectivas hipotéticamente afectadas, en tanto su jurisdicción haya sido excitada mediante la promoción de las acciones que procedan en función del caso a resolver.

Esta misma Corte, en ejercicio de sus funciones de administración del Poder Judicial, ha debido establecer excepciones a la reglamentación general de premio por presentismo de los agentes judiciales, con la finalidad de asegurar el ejercicio de derechos que, de algún modo, podían lesionarse de no contar con una cuidadosa enumeración de supuestos de excepción.  En el mismo sentido ha actuado el Poder Ejecutivo en la determinación de situaciones de excepción a la regla de presencialidad ampliadas mediante el dictado del Decreto Nº 989 de 2016, que mereció ratificación legislativa.

Creo oportuno recordar, en orden a diferenciar las precisas condiciones que debe verificar este Tribunal para acoger o rechazar (en su totalidad o en parte) una acción declarativa de inconstitucionalidad de norma o reglamento (arts. 48, 144 inc. 3,177 y concordantes de la Const. de Mendoza, 223 del C.P.C. derogado y 227 y concordantes del C.P.C.C. y T. en vigencia) que el examen contiene exigencias no siempre coincidentes.

En una acción de las denominadas mere declarativas la cuestión a elucidar se vincula con una suerte de “función judicial preventiva”, de naturaleza subsidiaria (SCJMza., Sala I, LS: 337 109; Sala II, LS: 371 130, entre otros). La lesión de derechos que al proponer su demanda debe la accionante describir, puesto que de lo contrario el órgano jurisdiccional no sería llamado como juez sino como consultor, se preanuncia, pero no ha sido provocada en concreto con la afección específica que al interesado individual o colectivo afecta. Lo explicitado, sin perjuicio de la necesidad de sostener un interés concreto y actual, no abstracto, hipotético y eventual, por constituir ello un presupuesto de procedibilidad y condición de la acción (Sala I, LS: 402, 060). Esta Corte ha expuesto, además, que los asuntos que se resuelven en la acción declarativa constituyen cuestiones de puro derecho (Sala II, 1-3-2017 en autos Unilever).

Por el contrario, si debiese examinarse por otra vía una concreta lesión, dentro de circunstancias de hecho consideradas por la Administración en la aplicación del reglamento -cuya constitucionalidad genérica se sostiene-, es probable que el Juez deba verificar condiciones de admisibilidad de la acción no concurrentes con las de la cuestión meramente declarativas y, en tal caso sustentar un distinto razonamiento sentencial ponderativo, de conformidad con la exigencia de una decisión “razonablemente fundada”que con indudable acierto describe el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación.

Claro está que, en el caso, lo considerado se ciñe al examen propuesto por la actora en su impugnación de la norma, según lo ya expuesto acerca de las condiciones de la acción y sus recaudos de procedibilidad.

Estas son las circunstancias que me persuaden de votar en el sentido que expreso.

Así voto.-

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

Atento al modo como ha sido resuelta la cuestión anterior por mayoría, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que ha sido planteado para el eventual caso de que aquél se resolviera afirmativamente.

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. Valerio, Llorente, Pérez Hualde, Adaro, Palermo y Gómez, adhieren al voto que antecede.-

**SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:**

Por la novedad de algunas de las cuestiones tratadas y en atención a que parte de los agravios formulados devinieron en abstracto por la posterior modificación de la normativa impugnada, corresponde imponer las costas por el orden causado (art. 36 del C.P.C.).

La determinación de los honorarios pertenecientes a los abogados que actuaron por la parte actora, se ha de diferir para su correspondiente oportunidad.

Así voto.-

Sobre la misma cuestión los Dres. Valerio, Llorente, Pérez Hualde, Adaro, Palermo y Gómez, adhieren al voto que antecede.-

Con lo que terminó el acto procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta**:**

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

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Excma. Suprema Corte de Justicia, en pleno, fallando en definitiva,

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

**1**.- Rechazar la acción de inconstitucionalidad entablada a fs. 51/77, por el Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación (S.U.T.E).

**2**.- Imponer las costas en el orden causado y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

**3**.- Dar intervención a la Caja Forense y A.T.M., a los efectos provisionales y fiscales pertinentes.

Regístrese. Notifíquese. Ofíciese y, oportunamente, archívese.

|  |  |
| --- | --- |
| DR. JORGE HORACIO NANCLARESMinistro | DR. JOSÉ V. VALERIOMinistro |
| DR. PEDRO JORGE LLORENTEMinistro | DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDEMinistro |
| DR. MARIO DANIEL ADAROMinistro | DR. OMAR ALEJANDRO PALERMOMinistro |

|  |
| --- |
| DR. JULIO RAMÓN GÓMEZMinistro |