

"A.G.M.E.R. c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS s/AC. DE INCONSTITUCIONALIDAD - REC. INAPLICABILIDAD DE LEY" - RECURSO DE HECHO".-

(Expte. N°44, Año 2012-Jurisd. Sala II-Cám.II-Pná.)

///-C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la Provincia de **Entre Ríos**, a los **diecinueve** días del mes de **noviembre** del año **dos mil catorce**, reunidos los señores Vocales de la **Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia** de la Provincia de Entre Ríos, a saber: Presidente, Dr. **CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ**, y Vocales *-Subrogantes-*, Dres. **GERMAN FRANCISCO REYNALDO CARLOMAGNO** y **SUSANA MEDINA DE RIZZO**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **NOELIA VIRGINIA RIOS**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"ASOCIACION GREMIAL DEL MAGISTERIO DE ENTRE RIOS -AGMER- c/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY - RECURSO DE HECHO".-**

Practicado oportunamente el sorteo de ley, el mismo quedó establecido de la siguiente forma: Dres. **CHIARA DIAZ, CARLOMAGNO y MEDINA DE RIZZO.**-

Estudiados los autos, la Excm. Sala planteó, como única cuestión a resolver, la siguiente:

¿Qué cabe decidir?

A LA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

I- El 28/11/2013 la Exma. Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió hacer lugar al recurso de queja incoado por la parte actora de autos (Asociación

Gremial del Magisterio de Entre Ríos- AGMER) el que fue articulado a fs. 325/329vta., al haberle sido denegada la concesión del recurso extraordinario federal y, en consecuencia, el máximo Tribunal Nacional declaró procedente el remedio intentado y dejó sin efecto la sentencia impugnada, disponiendo que vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento.-

II.- Atento a lo resuelto corresponde entonces ingresar al tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos a fs. 126/134 vta. contra el fallo de fs. 111/115, que rechazó el recurso de apelación deducido por la accionante y confirmó en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 72/82.-

Cuadra recordar que el pronunciamiento emanado el 3 de diciembre de 2008 de la señora Juez de Instrucción de esta capital, Dra. Patricia E. Yedro, desestimó la acción de inconstitucionalidad presentada por AGMER contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos -fs. 23/31-, persiguiendo el dictado de la inconstitucionalidad del art. 2º del Decreto Provincial Nº 784/99 MEOSP y del art. 2º de la Ley Nº 9225.-

Respecto de tal decisión se disconformó el apoderado de la Asociación Gremial demandante, planteando recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala I de la Cámara Primera del Crimen de Paraná -fs. 111/115- y contra esa decisión interpuso recurso de Inaplicabilidad de Ley el Dr. Héctor L. Fischbach, en su calidad de representante legal de la accionante.-

A los efectos de fundar su pretensión recursiva aseveró que el fallo en crisis resultaba violatorio de diversas normas jurídicas, tanto leyes nacionales como provinciales, así como normas constitucionales del orden federal y local y de Convenios Internacionales, además de la doctrina legal unánime y pacífica en la materia de este Alto Cuerpo, situación que lo condujo a peticionar se haga lugar al mismo, dejando sin efecto la sentencia recurrida, con costas a los accionados.-

Puntualizó que la demanda tuvo por objeto la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del Dec. 784/99 y del art. 2º de la Ley 9225, por la violación que ellos implican a normas y principios básicos que detallaron.-

Sostuvo que mediante la Ley 25053 se creó el Fondo Nacional de Incentivo Docente (FNID), cuyo espíritu fue mejorar el salario docente a partir del pago de una suma remunerativa por cargo, dejando la instrumentación y pago de la misma a cargo de los Estados Provinciales, quienes debían dictar normas procedimentales a fin de asegurar su cumplimiento.-

Señaló que la Provincia de Entre Ríos dictó el Dec. Nº 784/99, mediante el cual dispuso el pago de un anticipo NO REMUNERATIVO y NO BONIFICABLE a cuenta de lo que correspondía percibir en concepto de FNID a los docentes entrerrianos y que posteriormente se sancionó la Ley 9225, la cual dispuso en su art. 2º como metodología de pago definitiva la fijada oportunamente por los Decretos 784/99 y 4008/99, es decir, que fuera NO REMUNERATIVO y NO BONIFICABLE el Incentivo Docente,

situación que se mantuvo inalterable hasta la fecha, diez años después.-

Afirmó que el carácter REMUNERATIVO surgía con claridad meridiana de la norma federal, en particular de los arts. 10 y 13, a lo que adicionó el carácter de habitualidad que informaba sobre la naturaleza retributiva del incentivo, abonándose hace casi once años, sin interrupciones, de manera mensual a todos los docentes de escuelas oficiales y subvencionadas de la provincia.-

Igualmente mencionó que el Estado Provincial reconoció tal carácter de habitualidad al disponer, mediante Dec. 645/05, el pago del incentivo docente todos los meses y conjuntamente con el salario de los agentes y que la inconstitucionalidad de las normas atacadas -art. 2º, Dec. 784/99, y art. 2º, Ley 9225- se manifestaba en grado de certeza atento el ejercicio abusivo incurrido por el Estado Provincial, trastocando el carácter retributivo de la asignación como si fuera una mera bonificación o premio para sus dependientes, y no como contraprestación por la fuerza laboral puesta a su disposición.-

Analizó todas y cada una de las normas jurídicas que se conculcaron, tales como: arts. 31, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, 60 y 82 de la Const. Provincial, 103 bis de la L.C.T., 71 de la Ley 8732, y citó igualmente doctrina legal que a su entender resulta plenamente aplicable.-

Finalmente hizo expresa reserva del "caso federal", peticionando se haga lugar al Recurso de Inaplicabilidad de Ley, con costas a la accionada.-

III.- Corrido el traslado pertinente del recurso de inaplicabilidad de ley deducido (fs. 156/158), el señor Fiscal de Estado de la Provincia de Entre Ríos, Dr. Julio César Rodríguez Signes, sostuvo que los recurrentes reiteraron agravios que ya fueran puestos de manifiesto contra la sentencia dictada en primera instancia y que no tuvieron favorable recepción por parte del Tribunal *ad quem*, pretendiendo así habilitar la instancia extraordinaria local.-

Puntualizó que la sentencia impugnada, desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida contra los arts. 2º del Dec. 784/99 y 2º de la Ley 9225, no pudiendo advertirse de tal acto incongruencia o violación a normas nacionales y provinciales, brindando especial tratamiento a las cuestiones que evidenciaban carecer de sustento real en los vicios endilgados.-

Aseveró que, para la habilitación de esta instancia, no bastaba la mera discrepancia con la decisión judicial, sino que el pronunciamiento debía contener un vicio superlativo que lo descalificara como acto sentencial, circunstancia que no acontecía en autos, toda vez que la pieza puesta en crisis se encontraba adecuada y suficientemente fundamentada, por lo que interesó que se re-examine la admisibilidad del recurso incoado bajo la propia doctrina del Tribunal.-

Entre los argumentos de la contestación incluyó que erraba al afirmar el recurrente que la inconstitucionalidad del fallo impugnado se encontraría en el hecho que, al confirmar la sentencia de primera instancia, se ratificó la constitucionalidad del Decreto provincial que, en opinión del actor, se contraponía a una

Ley de rango superior, como es la Ley 25053, siendo violatorio del art. 31 de la C.N..-

Precisó los motivos por los cuales el acto sentencial no era tampoco conculcatorio del art. 14 bis de la C.Nacional, debiendo ser igualmente rechazado este planteo, interpretando que el Poder Ejecutivo al establecer el carácter no remunerativo de la asignación del F.N.I.D. lo hizo ejerciendo una atribución constitucional, en la que la Nación no puede ni tiene que inmiscuirse, como así tampoco el Poder Judicial, citando en abono de su tesis un fallo de la C.S.J.N..-

Esgrimió que la regulación del empleo público provincial era competencia legislativa exclusiva de las provincias y, en virtud del artículo 121 de la C.Nacional, no podía afirmarse que la legislación nacional se encuentre por encima de la provincial, sin vulnerar principios constitucionales que hacen a la esencia de la organización política de nuestro país, como son el sistema federal y su derivación lógica, la autonomía provincial.-

Aludió a la contradicción en que, entendió había incurrido el quejoso al sostener por un lado la supremacía de la Ley nacional para abonar su argumento sobre el carácter remunerativo que debería tener el Incentivo Docente a nivel provincial, desdiciéndose al afirmar la preeminencia de la normativa provincial relativa al régimen previsional para sostener el traslado de los beneficios del F.N.I.D. a los haberes de los pasivos.-

Destacó que la disconformidad carecía de todo sustento habida cuenta que la ley nacional expresamente disponía que el F.N.I.D. se haría efectivo

exclusivamente a los agentes que cumplan efectivamente función docente, situación que conlleva a que los efectos de éste no sean trasladables a la clase pasiva y de pretenderlo así, la contraria debió cuestionar la validez constitucional de la normativa y no lo hizo.-

Igualmente señaló que debía rechazarse la interpretación del art. 60 de la nueva Constitución Provincial, dado que este precepto debe entenderse siempre que la normativa nacional no exceda su competencia legislativa al regular materia no delegada por las Provincias.-

En ultimo termino expresó que el recurso interpuesto por la actora exhibía solamente una discrepancia con el razonamiento sentencial sin alcanzar a demostrar fehacientemente el desacierto jurídico denunciado, ni logrado conmover al acto en su estructura lógica y axiológica, circunstancia que lo hacía ineficaz para provocar la apertura del recurso deducido, para lo cual formalizó la reserva del "caso federal" y peticionó que se decrete la inadmisibilidad y, en su defecto, se resuelva el rechazo del recurso deducido, con expresa imposición de costas.-

IV.- El señor Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge Amílcar Luciano García, al contestar la vista corrida (fs. 167/168) adelantó su postura coincidente con el dictamen fiscal de la instancia de grado y con el fallo de ambas instancias, que sostuvieron que las normas cuestionadas no son alcanzadas por la tacha de inconstitucionalidad expuesta.-

Citó distintos autores -Habermas y Alexy entre ellos- y puntualizó que lo atinente a la materia

educacional, integraba el cuadro de normas potestativas o de competencia, que en el marco del Estado Republicano de Derecho, por el principio de división de poderes, atañe al Poder Legislativo, Nacional o Provincial, o al Ejecutivo local -arts. 257 y sigs. de la Carta Magna reformada--

Mencionó puntualmente la valoración de la naturaleza remunerativa del incentivo y concluyó peticionando se confirme el fallo en crisis, conforme el art. 51, inc. b, y cctes., de la L.P.C.-

V.- Reseñadas las posturas argumentales de la accionante, la demandada y el Ministerio Público Fiscal, y atento al tramite de las actuaciones, deben tenerse por satisfechos los recaudos de admisibilidad del recurso que nos convoca, razón por la cual ingreso directamente al tratamiento de la cuestión.-

Corresponde entonces constatar si las denuncias de violación o la errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal que formalizó la recurrente se verifican en la sentencia impugnada obrante a fs. 111/115, la cual a su vez rechazó el recurso de apelación deducido por la actora y confirmó la sentencia dictada a fs. 72/82, la que no hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. Hector Fischbach en nombre y representación de la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos contra el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, persiguiendo se declare la inconstitucionalidad del art. 2º del Decreto Provincial N° 784/99 M.E.O.S.P. y del art. 2º de la Ley N° 9225.-

Se agravió la actora de la sentencia impugnada por considerar que al resolver la Cámara de grado como lo hizo, confirmó una sentencia vulneratoria

de los arts. 31, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, como también el art. 60 de la Constitución Provincial.-

Analizados detenidamente los agravios, advierto que la primer impugnación se sustenta en que lo resuelto violenta el principio constitucional de jerarquía de las normas (art. 31) al confirmar la constitucionalidad del Decreto N° 784/99 en tanto modificó el carácter de "remunerativo" con el que la ley Nacional N° 25.053 creó el incentivo docente.-

Cuadra pues traer a colación una vez mas los preceptos de la Ley N° 25.053 de creación del Fondo Nacional de Incentivo Docente, cuyo financiamiento se previó a partir de la creación de un impuesto anual que se aplicó desde de su sanción a los automotores en el marco de las atribuciones del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional).-

Es así que la asignación denominada "Incentivo Docente" nació con una asignación específica y en los primeros artículos se organizaba su recaudación y distribución por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos.-

El art. 10 del dispositivo prevé: "*Los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente, financiado con el producido de este impuesto, serán afectados específicamente al mejoramiento de la retribución de los docentes, escuelas oficiales y de gestión privada subvencionadas, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sujetos a las condiciones que fija la presente norma*".-

El art. 12 impuso como condición para acceder a los recursos del fondo, que se debía: *"a) Destinar los recursos de este fondo exclusivamente al mejoramiento de las retribuciones de los docentes, no pudiendo afectarse recursos del mismo para la normalización de salarios..."*.-

El art. 13, a su vez establece expresamente: *"Los recursos del Fondo Nacional de Incentivo Docente serán destinados a abonar una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará mensualmente exclusivamente a los agentes que cumplan efectivamente función docente. Los criterios para definir la asignación a los distintos cargos serán acordados entre el Consejo Federal de Cultura y Educación y las Organizaciones Gremiales Docentes con personería nacional procurando compensar desigualdades"*.-

Por su parte el art.14 del mismo cuerpo legal establece: *"En el seno del Consejo Federal de Cultura y Educación y con la participación de las Organizaciones Gremiales Docentes con representación Nacional, se acordarán los criterios básicos para elaborar un régimen normativo que fijará las condiciones de trabajo para la actividad docente que deberá ser puesto en vigencia durante 1999"*.-

El art. 15 de la misma Ley consigna *"El régimen normativo para la actividad docente mencionado en el artículo anterior, será instrumentado y adecuado en cada una de las jurisdicciones, respetando las condiciones particulares de cada una de ellas"*.-

Estimo que corresponde aquí arribar a una primera conclusión respecto del alcance de los textos

transcriptos, ya que a mi criterio las decisiones judiciales dictadas en autos entendieron equivocadamente que la Ley de creación delegó en las jurisdicciones locales la posibilidad de dictar normas reglamentarias con un alcance mayor al que en rigor se sigue de los textos citados.-

En efecto, emerge de la letra de los artículos transcriptos que las jurisdicciones provinciales reciben los montos provenientes del Fondo de Incentivo Docente con una asignación o destino específico impuesto por la Ley Nacional y éste no puede ser otro que el mejoramiento de la remuneración de quienes ejercen tareas docentes.-

Contrariamente a lo pretendido, la elaboración del régimen normativo que fije condiciones se circunscribe a las relacionadas a la **"actividad docente"**, no a las condiciones **de percepción** por parte de los agentes que desempeñan tal actividad.-

De allí que, aún cuando el Fondo Nacional de Incentivo Docente fue creado por un tiempo determinado de cinco años y reconociéndose en la coyuntura una situación de emergencia, no es razonable elaborar a partir de ello una finalidad que el dispositivo no mencionó, como es la intencionalidad del legislador de incorporar o no el mismo al salario, cuestión que no resulta determinante a la hora de calificar un determinado monto como remunerativo.-

Por ello no comparto la conclusión de los magistrados actuantes hasta aquí de afirmar que el Decreto Provincial N° 784/99 siguió los lineamientos de la Ley Nacional al reglamentar en su artículo 2°, sin mencionar

el nombre específico del concepto que disponía pagar, que:
"Dicho anticipo de carácter no remunerativo y no bonificable, que se otorga a partir del 1º de enero de 1999 y por el término de seis (6) meses, no será considerado normal y habitual".-

Tampoco legitima tal situación el art. 2º de la Ley Provincial 9225, ya que en franca contradicción con el propio texto transcrito precedentemente dispuso:
"Transformase en definitivos los pagos de la asignación de la asignación extraordinaria, efectuados en virtud de los Decretos 784/99 MEOSP y N° 4008/99 MEOSP" (la negrita me pertenece).-

Es que en razón del explícito mandato constitucional de proteger al trabajo en sus diversas formas (art. 14 bis.) podemos reconocer en la cúspide del ordenamiento positivo argentino la clara expresión del principio protectorio que debe informar el dictado de las normas tanto como la relación misma que se genera a partir de ella en las relaciones de empleo, aun cuando éste sea público.-

En especial interesa a nuestro examen que el máximo Tribunal nacional ha insistido en su antigua doctrina según la cual *"[el] mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento `atañe` asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que lo anima´ a dicho precepto (Fallos 301:319,324/325, considerando 5º)..."*.-

Reitero, aún cuando el supuesto de inconstitucionalidad que se ventila en el caso de

figuración verse sobre las características y alcances de un concepto creado para ser abonado a quienes ejercen efectivamente la función docente, el análisis del plexo normativo aplicable no podía prescindir de la orientación que marca el artículo 14 bis de la Constitución Nacional porque dado que el precepto constitucional coloca al trabajador en una posición de sujeto de preferente atención constitucional, mal podría el Poder Ejecutivo Provincial y luego la Legislatura local haber reglamentado la norma nacional (Nº 25053) menoscabando atributos reconocidos por dichos preceptos a la asignación que creó en favor de los docentes que ejercen tales funciones.-

Así entonces y siendo claro el carácter remunerativo de la asignación creada por la Ley Nacional 25.053, el mismo no es susceptible de modificación bajo el pretexto de la reglamentación que aquél ordenamiento encargó a cada jurisdicción respecto a las concretas tareas que retribuye.-

Debe entenderse y así lo hizo la Corte, que los derechos constitucionales pueden ser reglamentados pero tal actividad debe tener por principal objetivo no alterarlos (art. 28 Constitución Nacional), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda asegurarlo. Es asunto de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales vigentes (art. 75 de la Constitución Nacional).-

Fluye del fallo "Madorrán", seguido luego en "Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. U. Polival. de Inspecciones ex

Direc. Gral de verif. y Control", en sent. del 19/4/11, y en "Asociación de Trabajadores del Estado s/Declaración de Inconstitucionalidad", por sent. del 18/6/13, que si había dudas sobre la aplicación del principio protectorio al campo de las relaciones de empleo publico las mismas desaparecen con lo enunciado por el art. 14 bis, que comprende el trabajo en sus diversas formas, sin discriminar a ese sector excluyéndolo de esos beneficios propios de todos los trabajadores.-

Siendo de ese modo, le es aplicable al caso el convenio 95 de la OIT, que es un Tratado de acuerdo al art. 5° del Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados, que dispone que este ordenamiento se aplica "*a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional*" y, por lo tanto, conforme el art. 27 del referido Convenio de Viena, no se le puede oponer ninguna norma de derecho interno, dejando a salvo -claro está- el principio de primacía de la Constitución.-

Así, el art. 1° del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario de 1949 (N° 95), ratificado por la República Argentina el 24 de septiembre de 1956, establece: "*A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o*

deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".-

Es evidente que la finalidad que se persigue al pretender que la asignación en cuestión sea de carácter no remunerativo es la de abaratar su costo; para ello se insiste en consagrar su carácter no remunerativo que implica que en relación a su importe no se tributa a los diversos regímenes de la seguridad social. Es pues un artificio consistente en tratar a parte de la remuneración como si no lo fuera, lo que sin embargo constituye una franca transgresión al Convenio 95 de la OIT.-

No olvidemos que *"...la retribución del factor trabajo está representada por una contraprestación que signifique una ganancia, un rédito, una ventaja patrimonial de quien prestó el servicio ... en este último concepto está la clave de la justificación o injustificación de la exclusión, de la disminución del contenido de la contraprestación. Y en ese sentido basta con penetrar en el significado de la mencionada ventaja patrimonial. Esto se puede simbolizar sencillamente con la referencia a que tendrá esa calidad cualquier ingreso que aumente el nivel del patrimonio del trabajador -con la salvedad ya hecha acerca de una causa que sea ajena a la contraprestación, a la compensación, o como quiera llamarse a la retribución por el servicio recibido-, pero también representará una ventaja patrimonial la evitación de un gasto, esto es, de una disminución de aquel nivel. Y en esto encontramos que las distintas prestaciones a las que se ha dado en llamar beneficios sociales o sinónimos ensayados para disimular el carácter remuneratorio de los pagos también producen una ventaja patrimonial. Ésta se*

concreta por un ingreso o por un ahorro, así es de sencillo el dato que debe observarse para establecer el equilibrio que debe superarse con el pago que se realiza. Cualquier razón que se pretenda esgrimir para justificar la exclusión salarial tendrá que superar este test económico sobre el cual descansa la estructura básica de la institución salarial. Y cuando se observa que a través de las exclusiones se imputa a un concepto no remuneratorio un pago que al fin provocaría un ingreso o un ahorro, nos hallamos ante una vulneración de la ecuación económica que afecta la justicia del trato sinalagmático sobre el que descansan el contrato y la retribución..." (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, "Cuestiones sobre remuneración y prestaciones no salariales", Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2004-2, p. 40/4).

El "incentivo docente" no es más que otro importe salarial encubierto pues las sumas que bajo tal concepto perciben los docentes fueron recibidas como contraprestación de su labor de docente, cumplida en beneficio de la demandada.-

Corresponde hacer mérito también de la doctrina establecida tanto en el citado leading case "Pérez" como en el precedente "Vizzoti" (Fallos 327:3677), en los que con su actual composición la C.S.J.N. sentó el criterio de que no se cumple con la cláusula constitucional que establece que el Estado debe garantizar un salario justo (art.14 bis C.N.) cuando uno de los factores que gobierna la ecuación en la relación de trabajo se ve degradado a través de la fijación de conceptos no remunerativos.

Por otra parte, cabe señalar que tampoco puede aceptarse que una Ley Provincial -me refiero a la N° 9225- cuyo artículo 2° transformó en definitivos los pagos de la asignación extraordinaria efectuados en virtud de los Decretos N° 784/99 MEOSP y N° 4008/99 MEOSP, pueda modificar el carácter remunerativo con el que fue creado el incentivo docente por Ley Nacional N° 25.053, ya que hoy en día no se discute que los derechos otorgados por la Ley, las Convenciones Colectivas y los Estatutos Profesionales son irrenunciables, y, además, aunque no son muchas las decisiones judiciales en la materia, se ha expuesto con fundadas razones en criterio que comparto y resulta de plena aplicación en el sub examine que el incentivo docente es de carácter remuneratorio (conf. art. 13, Ley 25053).-

Otra cuestión que aparece confusa en los anteriores pronunciamientos judiciales es la relacionada con las facultades no delegadas a la Nación (art. 121 de la Constitución Nacional).-

Es que la sentencia de 1ra. Instancia, luego de citar la Ley Federal de Educación, aseveró que el espíritu de la Ley 25053 fue poner en manos de las Provincias lo referente a la reglamentación del Fondo de Incentivo Docente.-

Como dije antes, las facultades reglamentarias de las jurisdicciones locales solo se refieren a las relacionadas con el efectivo desempeño en tareas docentes, lo cual en cada provincia tiene su respectiva arquitectura y en el caso particular de nuestra Provincia, la Carta Magna en su Sección X y bajo el título de "Educación Común", en el art. 263 dispuso que: "La

organización y dirección técnica y administrativa de la enseñanza común, será confiada a un Consejo General de Educación, autónomo en sus funciones ...".-

Ninguna referencia se hace a la cuestión relacionada con la remuneración de quienes desempeñan la tarea docente, sino que los quince artículos que integran la Sección se refieren a la modalidad que se seguirá a los efectos de garantizar en el territorio provincial el Derecho Humano fundamental de aprender.-

Sin perjuicio de ello, aun sí tomamos en cuenta las potestades en materia de política salarial de los empleados públicos, no puede soslayarse que las mismas se sustentan con el Presupuesto Provincial, pero en el caso que nos ocupa la fuente de financiación proviene de un impuesto nacional, cuya norma de creación estableció condiciones para que las Provincias accedan al mismo.-

Encuentro al respecto que la afirmación de la Cámara respecto de "*...lo que dispuso el P.E. mediante el Decreto 784/99 no fue más que un "anticipo" (mensual, no remunerativo y no bonificable) de lo que le correspondía percibir a los agentes en actividad...*" (cfr. fs. 114), carece de la más elemental apoyatura normativa e institucional.-

Igual apreciación merecen las expresiones vertidas para justificarlo: "*No vemos, insistimos, que este simple anticipo -de naturaleza que fuese- contraríe los Arts. 14 bis, 17 y 31 de la ley fundamental. Menos aún observamos una vulneración a dichos artículos de la CN por parte del art. 2º de la Ley Prov. 9225, que lo único que hizo fue transformar en definitivos aquellos pagos dados en calidad de "anticipos".-*

Es absolutamente descalificable que se pretenda degradar la asignación de Incentivo Docente para tratarlo como un mero "anticipo" cuando la ley que lo creó también legisló la financiación del mismo con un impuesto y las condiciones que debían cumplir las provincias para acceder a tales fondos, entre las que figura en primer lugar: **"Destinar los recursos ... exclusivamente al mejoramiento de las retribuciones docentes"** (art. 12, inc. a), de la Ley 25053).-

Destaco que la "retribución" a la que alude la Ley no es otra que el salario al que nos hemos referido desde el comienzo, que goza de la garantía protectoria y no puede escindirse respecto de él su carácter remunerativo independientemente del tiempo por el que se lo perciba, no debiendo confundirse la conceptualización de lo que significa su percepción como retribución de la tarea concreta sujeta a aportes de la seguridad social, con su inclusión en la base del cálculo de un futuro haber jubilatorio, que de ninguna manera retribuye un servicio prestado al momento de su cobro sino que tiene en cuenta todos los aportes realizados en actividad.-

VI.- Lo expresado hasta aquí me conduce necesariamente a concluir que el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley interpuesto en estos actuados por la actora AGMER (fs. 126/134vlto.) contra la sentencia de fs. 111/115, debe ser admitido y revocarse en consecuencia el decisorio atacado, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 2º del Dec. 784/99, ultimo párrafo, y el 2º de la Ley 9225 sólo respecto del dispositivo vinculado al párrafo que se declara inconstitucional.-

Las costas corresponde adjudicarlas a la demandada vencida en todas las instancias (cfme.: art. 20, Ley N° 8369).-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. **CARLOMAGNO**, adhiere al voto que antecede por análogas consideraciones.-

La señora Vocal, Dra. **MEDINA DE RIZZO**, a la cuestión propuesta, dijo:

Existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de abstención que me otorga el art.33, última parte, de la L.O.P.J., texto según Ley N° 9234.-

Con lo cual y no siendo para más, se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente **sentencia:**

CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ

GERMAN F.R CARLOMAGNO

SUSANA M. DE RIZZO

S E N T E N C I A:

PARANA, 19 de noviembre de 2014.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) **HACER LUGAR** al Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos -AGMER- a fs. 126/134vlto. contra la sentencia de fs. 111/115 la que, en consecuencia, se **REVOCA**, declarándose la inconstitucionalidad de los arts. 2º del Dec. 784/99,

ultimo párrafo, y el 2º de la Ley 9225 sólo respecto del dispositivo vinculado al párrafo que se declara inconstitucional.-

2º) **ADJUDICAR** las costas a la demandada vencida en todas las instancias (cfme.: art.20, Ley N° 8369).-

Protocolícese, notifíquese y, en estado, bajen.-

S ALBERTO CHIARA DIAZ

GERMAN F.R. CARLOMAGNO

SUSANA M. DE RIZZO

Ante mí: NOELIA V.RIOS -Secretaria

*****ES COPIA*****

NOELIA V.RIOS

Secretaria