



Poder Judicial



INC S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO Y OTROS - AMPARO - (EXPTE. 21-02860177-5) S/ RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJAS ADMITIDAS)

21-02860177-5

En la ciudad de Santa Fe a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Roberto Héctor Falistocco, María Angélica Gastaldi, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la integración del señor Juez de Cámara doctor Abraham Luis Vargas, bajo la presidencia de su titular doctor Daniel Aníbal Erbetta, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "INC S.A. contra MUNICIPALIDAD DE ROSARIO Y OTROS -AMPARO- (EXPTE. 21-02860177-5) SOBRE RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-02860177-5). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿son admisibles los recursos interpuestos? SEGUNDA: en su caso, ¿son procedentes? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores: Falistocco, Netri, Gastaldi, Erbetta, Spuler, Gutiérrez y Vargas.

A la primera cuestión -¿son admisibles los recursos interpuestos?- el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. Ante todo corresponde señalar que luego del estudio de las causas sometidas a consideración de esta Corte, entiendo que si bien en esta Sede se dispuso en forma separada la admisión de las quejas por denegación de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Provincia de Santa Fe, del tercero coadyuvante Luis Alfredo Battistelli (resoluciones de fecha 30 de mayo de 2017 registradas en A. y S., T. 275, págs. 265/267 y págs. 268/270) y de la Municipalidad de Rosario (resolución de fecha 21 de junio de 2017 registrada en A. y S. T. 276, págs. 21/23) atento que es único el pronunciamiento impugnado (sentencia 389 de fecha 22 de diciembre de 2016 dictada por la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario) a través de sendos recursos de inconstitucionalidad de la ley 7055 deducidos de manera independiente, y a efectos de resolver los agravios planteados con la mayor claridad posible, es que procederé al análisis en forma consecutiva de los remedios deducidos.

2. Surge de las constancias de la causa, en lo que aquí interesa, que INC S.A. interpuso acción de amparo contra la Municipalidad de Rosario y contra la Provincia de Santa Fe a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad de la ordenanza 9516 del Concejo Municipal de Rosario y de la ley provincial 13441.

El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Segunda Nominación de la ciudad de Rosario, luego de admitir la intervención de la Asociación de Empleados de Comercio de Rosario como tercero coadyuvante autónomo a través de su Secretario General Luis Alfredo Battistelli, denegó la acción de amparo deducida por decisorio del 7 de julio de 2016 (fs. 113/117).

El amparista interpuso recurso de apelación y conjunta nulidad.

Oportunamente la Municipalidad de Rosario, la Provincia de Santa Fe y el tercero coadyuvante autónomo presentaron sus respectivos memoriales.

Una vez contestada la vista por Fiscalía de Cámara, la Sala III integrada (art. 27, L.O.P.J.) de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, al conocer en grado de apelación, por sentencia 389 de fecha 22 de diciembre de 2016 hizo lugar -por mayoría- al recurso de apelación interpuesto y admitió la acción de amparo declarando la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la Ordenanza Municipal 9516.

3. Contra el pronunciamiento de la Alzada interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad la Provincia de Santa Fe, la Municipalidad de Rosario, y el tercero coadyuvante.

3.1. La Provincia de Santa Fe le achaca arbitrariedad a la sentencia impugnada con fundamento en el artículo 1, incisos 1) y 3), de la ley 7055. En primer lugar, aclara que dado que las valoraciones vertidas por el vocal de primer voto relativas a la violación del principio de igualdad no fueron compartidas por los vocales de segundo y quinto voto no hay votos coincidentes en este fundamento de admisión de la apelación y, por tanto, no debe impugnarlo ni integra el control de constitucionalidad que se replica.

En este sentido, precisa que el núcleo del reproche constitucional se concreta en la inconstitucionalidad de la ley 13441 y la ordenanza 9516 por regular la jornada de trabajo y el descanso semanal que se constituye en materia propia del Congreso nacional.

Alega que el voto de la mayoría incurrió en un ejercicio irregular de atribuciones en materia de control de constitucionalidad al no cumplimentar la misión y el deber judicial que surgía del fallo "COTO" de la Corte nacional de determinar los alcances de la adhesión provincial (ley 10787 al decreto 2284/91) y establecer si efectivamente la ley 13441 conculcaba esa admisión de otro derecho en jurisdicción local según los alcances que se asignaran a aquella.

En cambio, dice, se limitó a declarar una incompatibilidad en abstracto entre las competencias delegadas y las propias.

Por otro lado, aduce que el decisorio resulta arbitrario al realizar una interpretación normativa que no constituye una razonable derivación del derecho vigente, los antecedentes jurisprudenciales y las circunstancias de la causa.



Poder Judicial

Referido a ello, sostiene que el voto de la mayoría consideró de imposibilidad total legislar en materia laboral y comercial como consecuencia de la delegación del artículo 75, inciso 12 y del principio de jerarquía normativa mas sin explicar concretamente porqué se ha violado el régimen laboral federal o el ordenamiento regulatorio del comercio.

Sigue diciendo que la ley 13441 al disponer el cierre de comercios los días domingo y feriados sólo por defecto regula materia sanitaria laboral, propia de la injerencia provincial por comprender materia de policía del trabajo, que en nada altera el régimen de horas de trabajo de 45 ni su distribución en seis jornadas, a diferencia de lo que ocurrió en el precedente "Fábrica Argentina de Calderas S.A.", sino que incluso se adecua a la prohibición de trabajar los días domingo (art. 204, L.C.T.). Citó doctrina y jurisprudencia en abono de su postura.

En otro orden, respecto a la invocada violación del régimen de desregulación en materia comercial, manifiesta que la ley 13441 no tiene como objeto la regulación de la competencia comercial, sino prácticas comerciales que se desarrollan exclusivamente dentro de su ámbito.

A este respecto, afirma que el voto de la mayoría instala la discusión como si se tratase de atribuciones exclusivas del estado federal, desconociendo que nos encontramos en el difícil campo vinculado al deslinde de competencias entre Nación y Provincias, particularmente el de las competencias concurrentes, dado que el artículo 75, inciso 13 refiere únicamente al comercio interprovincial o internacional y no al realizado dentro de la jurisdicción provincial que por imperio del artículo 121 (facultades no delegadas) y a contrario imperio del artículo 125 (materias prohibidas a las Provincias), ha sido conservado por las Provincias. Mencionó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

Indica que la legislación atacada constituye el ejercicio de competencias emanadas del artículo 75, incisos 18 y 19 (cláusulas del bienestar general, progreso y desarrollo humano), que también es concurrente.

En ese orden, asevera que la adhesión de la Provincia de Santa Fe al decreto nacional 2284/01 ratificado por ley 24307 a través del dictado de la ley 10787 es "principista", por lo que no constituye derecho provincial excepto en los casos que expresamente así se declare, cuestión que no ocurre en la materia de referencia. Concluye el punto alegando que el decreto supra citado no brinda sustento alguno al pronunciamiento e insiste que el voto mayoritario no ha explicado de qué modo su parte ha excedido sus atribuciones especialmente en tanto no se trata de comercio interjurisdiccional sino actividad comercial exclusivamente local.

Por último, arguye que el fallo pretirió hacerse cargo del presupuesto central del amparo, a saber, la restricción concreta con grado de irresistibilidad del perjuicio que la hipotética manifiesta ilegitimidad conlleva, soslayando el

principio elemental del control de constitucionalidad que reza que la descalificación constitucional de un precepto se encuentra supeditada a que se demuestre palmariamente un perjuicio concreto en la medida que su aplicación importa un desconocimiento o restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución.

3.2. La Municipalidad de Rosario, a su turno, recurre en los términos del artículo 1 inciso 3), de la ley 7055.

Como fundamento de la impugnación, expresa -en esencia- que el fallo cuestionado carece de base normativa y está asentado en la sola voluntad de los jueces, configurándose en sus conclusiones una ausencia de derivación razonada del derecho vigente.

Alega que el voto de la mayoría, mediante argumentaciones como "tutela efectiva" o "demora del proceso", minimiza y desconoce el carácter subsidiario y excepcional del amparo, sin demostrar por qué razón se debe prescindir en un caso de contenido contencioso administrativo de la herramienta del artículo 14 de la ley 11330, violando la doctrina de la Corte local en "Bachetta", pese a la complejidad hermenéutica de la normativa en cuestión y de la ausencia probatoria sobre la irreparabilidad del daño por parte del actor.

Aduce que la mayoría, a través de fundamentos aparentes, sustrae la competencia contencioso administrativa, mediatizando no solo la manda del artículo segundo de la ley 10456, sino también la doctrina jurisprudencial de la Corte provincial en "Bachetta", "Prono" y "Andreoli", entre otros precedentes.

Refiere que los conceptos "tutela efectiva" y "dilación de los procesos" resultan una simple excusa de la mayoría, en tanto el actor contaba con el remedio del artículo 14 de la ley 11330, siendo un punto decisivo de la apariencia de fundamentación la ausencia de demostración de un "daño irreparable" o "un daño actual".

Menciona los puntos más importantes de los votos en disidencia donde -dice- se destacan una pléyade de violaciones de presupuestos constitucionales y legales, de la jurisprudencia de la Corte local y de la doctrina constitucionalista más destacada.

Manifiesta que la "compleja hermenéutica" que depara el caso se transforma en el voto de la mayoría en una simplificación arbitraria de los siguientes textos normativos: artículos 5, 75 incisos 18 y 19 de la Constitución nacional; artículos 7 y 20 de la Constitución provincial; leyes provinciales 10787, 11094 y 10456; leyes nacionales 18204, 20744, 21397, 24307 y decreto Poder Ejecutivo nacional 2284/91; todo para concluir que resulta evidente y palmaria la pretendida inconstitucionalidad, para así encerrar el debate en el limitado ámbito del amparo. Citó jurisprudencia en abono de su postura.

Por último, concluye que la ley 13441 y la ordenanza de la ciudad de Rosario dictada en su consecuencia, de ningún modo avanzan "con la evidencia" requerida en un amparo sobre



Poder Judicial

normativa laboral nacional, ya que solo regula materia sanitaria laboral (descanso dominical), de injerencia provincial, por comprender materia propia de la policía del trabajo. En este sentido, agrega que la ley 13441 en nada altera el régimen de "horas de trabajo", "ni su distribución en seis jornadas", ni violenta norma laboral nacional como se desprende a "contrario sensu" de lo fallado por la Corte nacional en "Fábrica Argentina de Calderas S.A.", puesto que -afirma- este fallo, que es citado en sustento del decisorio impugnado no ha sido interpretado por la Cámara, ya que su atenta lectura contradice lo fallado, y cuanto menos, le sustrae a las normas en cuestión su "manifiesta arbitrariedad".

3.3. Y, finalmente, en su carácter de tercero coadyuvante autónomo Luis Alfredo Battistelli interpone su recurso de inconstitucionalidad en los términos del artículo 1, incisos 2) y 3), de la ley 7055.

Como fundamento de la impugnación, expresa -en esencia- que el fallo impugnado deviene descalificable como acto jurisdiccional válido al no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción, incurriendo en diversos vicios violatorios del derecho constitucional al debido proceso, comprensivo de su adecuado derecho de defensa (arts. 6, 7 y 9, Const. pcial. y 18, C.N.).

Alega que si bien existen tres votos (sobre cinco) concordantes en el resultado (la admisión del amparo), presentan entre sí una discordancia que impide estructurar al decisorio con el sentido lógico y razonado que exige una sentencia.

A este respecto, aduce -en sustancia- que si bien el vocal de primer voto expuso razonamientos separados los mismos no pueden ser escindidos, por lo que al adherir los vocales de segundo y quinto voto tan sólo a la primera parte del razonamiento (la procedencia del amparo por la inconstitucionalidad del plexo normativo que invade competencias propias del Congreso nacional) descartando la segunda (la declaración de inconstitucionalidad de la ley y la ordenanza municipal por dispensar un trato desigual entre quienes son iguales), omiten desarrollar los fundamentos necesarios que permitan individualizar cuáles son los derechos constitucionales vulnerados en el caso, motivo por el cual no se alcanza a conformar un voto mayoritario.

Asimismo, refiere que el decisorio adolece de falta de motivación suficiente, por cuanto no abordó un aspecto dirimente para la admisibilidad del amparo, cual es la acreditación de la "lesión actual" que el amparista debió alegar le ocasionaba la normativa impugnada.

Se agravia, también, de la omisión del voto mayoritario de pronunciarse en cuanto a la inexistencia de acto con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que habilite la vía de amparo, máxime cuando en el caso no puede sostenerse que el plexo normativo objeto de estudio revista dicha calificación.

En ese orden, le endilga al voto de la mayoría la omisión de pronunciarse en relación a la falta de demostración por parte del actor de inexistencia de otras vías idóneas, poniendo en cabeza del demandado demostrar dicho presupuesto en contradicción con el postulado del artículo 43 de la Constitución nacional. Citó jurisprudencia en abono de su postura.

Por otra parte, en el marco del inciso 2) del artículo 1 de la ley 7055, le reprocha al voto mayoritario que concluya que la normativa en análisis es inconstitucional por entender que regula sobre jornada de trabajo y sobre comercio.

Referido a ello, postula que se confunde el descanso semanal o hebdomadario que regula el derecho laboral, con el descanso dominical para fortalecer los vínculos familiares del trabajador, siendo errónea la referencia de la mayoría al fallo de la Corte nacional "Fábrica Argentina de Calderas S.A.", dado que en ese caso sí existía una directa reducción de la jornada legal de trabajo regulándose sobre materia de fondo reservada a la nación.

Arguye que la ley 13441 conforma un razonable ejercicio del poder de policía local limitando en justa medida los derechos individuales en interés general, siendo una normativa diseñada con sustento en claras competencias constitucionales (arts. 20 y 23, Const. pcial. y art. 121, Const. nac.) y cuyo objetivo es la protección de la familia del trabajador, lo que no viola normativa de fondo alguna, ya que coincide con la ley laboral que prohíbe el trabajo a partir del día sábado desde las 13 horas y los domingos (art. 204) y no reduce la jornada legal de labor (art. 196, L.C.T. y ley 11544), por lo que no puede ser impugnada por la mera conveniencia del amparista sustentada en un criterio de rentabilidad cuyo perjuicio ni siquiera fue probado.

Razona que la cita que la mayoría hace del caso "COTO", lejos de favorecer su postura traza pautas que debió haber considerado para no apartarse del criterio del Alto Tribunal, debiendo haber analizado qué efectos produce la ley 13441 sobre la ley 10787, cuya conclusión no podía ser otra que la modificación del régimen de desregulación aprobado por aquella.

En este sentido, asevera que resulta dogmática la afirmación del voto mayoritario en cuanto a que la regulación del comercio interior es de competencia federal, ya que confunde el comercio interprovincial -regulado por el orden federal- y el comercio intraprovincial, sobre el cual las provincias tienen potestad regulatoria no delegada en el Congreso federal.

Sigue diciendo que, respecto al decreto 2284/91 tampoco puede decirse que importe una derogación del régimen de descanso dominical del artículo 204 de la Ley de Contrato de Trabajo o de la ley 18204, ya que la desregulación de horarios se hizo en el marco de la ley, respetando los derechos del trabajador. Citó precedentes jurisprudenciales en apoyo de sus argumentos.

Por último, afirma que, ante la manifiesta proyección



Poder Judicial

del fallo, que excede el mero interés de las partes afectando a los trabajadores y a sus familias, al detraerse injustificadamente la competencia contencioso administrativa y resolverse la cuestión en el ámbito ordinario, aparece nítida la causal de gravedad institucional.

4. Denegada por la Cámara -por mayoría- la concesión de los recursos interpuestos -por autos dictados el 8 de marzo de 2017-, los interesados se presentaron directamente ante esta Corte.

Y mediante resoluciones de fechas 30 de mayo de 2017 (registradas en A. y S., T. 275, págs. 265/267 y págs. 268/270) y 21 de junio de 2017 (registrada en A. y S. T. 276, págs. 21/23), este Tribunal admitió las quejas por denegación de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Municipalidad de Rosario, el tercero coadyuvante autónomo y la Provincia de Santa Fe respectivamente, contra la sentencia 389 de fecha 22 de diciembre de 2016 dictada por la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, por entender que las postulaciones de las recurrentes contaban "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaban articular con seriedad planteos que podrían configurar hipótesis de inconstitucionalidad con idoneidad suficiente como para lograr la apertura de la instancia extraordinaria.

5. El nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista y oído el señor Procurador General (cfr. remisión a los dictámenes 55 y 56 del 5.07.2017 y 65 del 7.07.2017 que obran a fojas 589 a 608 de estos autos), me conduce a rectificar parcialmente el criterio sustentado en oportunidad de resolver las quejas, al comprobar que algunas de las causales de descalificación invocadas en los recursos planteados por las impugnantes -cuya similitud de fundamentos habilita su tratamiento conjunto- no guardan conexión con la realidad del caso, revelando tan sólo la discrepancia de aquéllas frente a la solución adoptada por la Cámara en una labor interpretativa y aplicativa de normas procesales y de derecho público local.

En primer lugar no cabe hacer lugar al planteo de las recurrentes relacionado a la falta de concordancia de los votos de los Magistrados desde que no puede afirmarse que estemos en presencia de un pronunciamiento construido sobre la base de votos irreconciliables o contradictorios, por cuanto los argumentos de los Jueces que formaron la mayoría pueden diferir en cuanto a su estructura pero no se contraponen entre sí, exhibiendo la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales, no demostrando las presentantes afectación constitucional alguna en cuanto a la concordancia necesaria para dictar sentencia en los tribunales colegiados de segunda instancia.

En efecto, surge claramente que existe un núcleo

coincidente en la mayoría de la Sala -integrada- respecto a declarar la inconstitucionalidad de la ley 13441 en virtud de los argumentos expuestos por el Doctor Cúneo en su punto 3.3., por lo que el pronunciamiento resulta plenamente válido en los términos exigidos por el artículo 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no existiendo razón valedera alguna que habilite a afirmar que en el caso se trate de una sentencia huérfana de fundamentación, resultando satisfecho el estándar trazado por esta Corte (A. y S. T. 209, pág. 338) y la Corte Federal (Fallos: 338:1335, 332:1564, 312:1058, 313:475; 332:826).

En segundo lugar con respecto a los achaques relacionados con los requisitos de admisibilidad del amparo, lo cierto es que más allá de las extensas consideraciones sobre la corrección o no del tratamiento del presente conflicto a través de la herramienta procesal que nos brinda la ley 10456, entiendo que existen evidentes razones de economía procesal y mejor administración de justicia que determinan la procedencia formal de la acción y autorizan a dejar de lado reparos procedimentales y dirimir el conflicto que involucra la cuestión para evitar, con ello, mayores demoras.

Asimismo no resulta ocioso recordar que, de acuerdo a lo decidido por esta Corte en "Bachetta" (A. y S. T. 132, págs. 67/164) y "Grandinetti" (A. y S. T. 132, págs. 477/488), la circunstancia de que la materia debatida sea contencioso administrativa no excluye siempre y en todos los casos la vía del amparo, la que deberá declararse admisible si, desde luego, se verifica la concurrencia de todos y cada uno de sus requisitos (en especial, acto u omisión que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace, derechos y garantías constitucionales, e inexistencia de otro medio judicial más idóneo).

En el caso concreto de autos, la competencia contencioso administrativa ha sido claramente descartada por la Cámara atento los fundamentos brindados por los Jueces de la causa al ponderar la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de la acción.

En tal sentido el voto que hizo mayoría consideró que, sin perjuicio de haberse considerado que no estaban reunidos los requisitos para la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "COTO Centro Integral de Comercialización c/ Santa Fe, Provincia de s/ Amparo" del 26.4.2016, el Dictamen de la señora Procuradora Fiscal doctora Laura Monti, transuntaba un juicio favorable a la admisibilidad de la vía del amparo y que más allá de ello, atento la índole del planteo de la parte actora no se había justificado la existencia de otra vía judicial más idónea para la dilucidación de los cuestionamientos contra las disposiciones atacadas como inconstitucionales, juzgando que la vía del amparo resultaba la más idónea para resolver la pretensión planteada, debiendo entenderse la elección de la vía por la accionante "en el contexto social en donde se



Poder Judicial

desarrolla el presente conflicto”.

Tal conclusión no puede calificarse de arbitraria ya que, analizando las constancias de autos a la luz de lo expresado en los precedentes antes citados, y en un examen propio de esta instancia, se observa que no es posible descartar la configuración de una hipótesis susceptible de ser canalizada a través de la vía del amparo, lo que -naturalmente- no se opone a la posibilidad de que asuntos análogos se tramiten por la vía del proceso contencioso administrativo previsto por la ley 11330.

Ello torna a la materia de agravio, cuanto menos, opinable y, por ende, exenta de ser analizada por la vía extraordinaria, no mereciendo los reparos de los recurrentes traspasar el ámbito de la admisibilidad pues, tal como han sido traídos ante estos Estrados, encierran su mera discrepancia con el criterio del Tribunal a quo, mas sin lograr demostrar que los Jueces de la causa hayan extralimitado, en el ejercicio de interpretar y aplicar la normativa involucrada en el caso, los márgenes de razonabilidad y logicidad tolerados de manera tal de brindar una solución que contenga un defecto exegetico de magnitud tal que impida vincularla con el ordenamiento jurídico fundamental.

Realizadas las salvedades que anteceden, los cuestionamientos relacionados con lo resuelto por la Cámara en torno a la cuestionada declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza dictada por el Municipio de Rosario, sí presentan entidad constitucional suficiente como para traspasar el umbral de la admisibilidad recursiva puesto que en autos se ha cuestionado la validez de una ley provincial y de una ordenanza municipal de adhesión a la misma, bajo la pretensión de avanzar sobre materias expresamente delegadas al Congreso nacional (art. 75 inc. 12, Const. nac.) y de ser repugnantes a los derechos constitucionales de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica (arts. 14, Const. nac. y 15, Const. prov.).

La postulación es subsumible en la hipótesis prevista en el artículo 1 inciso 1) de la ley 7055.

En efecto, la índole de la cuestión aquí traída y el afianzamiento de la seguridad jurídica ameritan la intervención de este Máximo Tribunal provincial a fin de efectuar, en esta instancia de control constitucional, el test de razonabilidad de las normas impugnadas.

Lo expuesto, adquiere mayor relevancia por el hecho de que al momento de resolver por parte de este Cuerpo, ha tomado estado público que existen planteos similares en distintos fueros y tribunales de toda la Provincia de Santa Fe (acciones meredeclarativas, medidas cautelares, recursos contencioso administrativos, amparos) y que incluso se ha materializado el conflicto ante los estrados de la Corte Federal (C.S.J.N. “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c. Provincia de Santa Fe s/amparo”, 26.04.2016, Fallos:339:525) resultando necesario constatar si lo decidido resulta o no descalificable desde la óptica

constitucional.

Voto, pues, parcialmente por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Coincido con el relato de los antecedentes de la causa y con la respuesta brindada por el señor Ministro preopinante doctor Falistocco al propiciar la admisibilidad parcial de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Provincia de Santa Fe, la Municipalidad de Rosario y la Asociación Empleados de Comercio de Rosario -cuya similitud de fundamentos habilita su tratamiento conjunto-, con el alcance allí indicado.

2. En efecto, el nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista y oído el señor Procurador General, me conduce a rectificar parcialmente el criterio sustentado en oportunidad de resolver los recursos directos, al comprobar que algunas de las causales de descalificación invocadas por las recurrentes no merecen traspasar el ámbito de la admisibilidad.

2.1. Así, en primer lugar, no resulta atendible el planteo referido a la inexistencia de concordancia entre los votos de los señores Vocales que conformaron la mayoría, toda vez que la sentencia del Tribunal integrado exhibe ese grado mínimo de acuerdo de opiniones que permite satisfacer el recaudo del "voto absolutamente concordante de tres jueces" contenido en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, surge claramente que existe un núcleo coincidente en los votos de los señores Vocales doctores Cúneo, Ariza y Rodil en orden a declarar la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza 9516 de la Municipalidad de Rosario por resultar -a criterio de los Sentenciantes- incompatibles con la normativa nacional a que adhirió la Provincia de Santa Fe mediante ley 10787 y también porque lo concerniente a la regulación de la jornada de trabajo como al descanso semanal y al régimen laboral durante días feriados constituye materia delegada al Congreso de la Nación.

Por ello, no puede afirmarse aquí que estamos en presencia de un pronunciamiento construido sobre la base de votos "irreconciliables" o contradictorios; los argumentos de los jueces que formaron la mayoría pueden diferir en cuanto a su estructura, pero no se contraponen entre sí, exhibiendo "la mínima concordancia lógica y argumental requerida a los fallos judiciales" (Fallos:316:1991), de suerte tal que los justiciables pueden tomar acabado conocimiento de las razones que motivaron el dictado del fallo, no existiendo así "riesgos de perplejidad" ni razón valedera alguna que habilite a afirmar que en el caso se trate de una sentencia huérfana de fundamentación.

2.2. Y en segundo lugar, con respecto a los achaques relacionados con los requisitos de admisibilidad del amparo, cabe recordar que, de acuerdo con lo decidido por esta Corte



Poder Judicial

en "Bachetta" (A. y S. T. 132, págs. 67/164) y "Grandinetti" (A. y S. T. 132, págs. 477/488), la circunstancia de que la materia debatida sea contencioso administrativa no excluye siempre y en todos los casos la vía del amparo, la que deberá declararse admisible si, desde luego, se verifica la concurrencia de todos y cada uno de sus requisitos (en especial, acto u omisión que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace, derechos y garantías constitucionales, e inexistencia de otro medio judicial más idóneo).

En el caso concreto de autos, la competencia contencioso administrativa ha sido claramente descartada por los Jueces de la causa atento los fundamentos brindados en el voto mayoritario de la Sala, al ponderar la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de la acción.

Tal conclusión no puede calificarse de arbitraria ya que, analizando las constancias de autos a la luz de lo expresado en los precedentes antes citados, y en un examen propio de esta instancia, se observa que no es posible descartar la configuración de una hipótesis susceptible de ser canalizada a través de la vía del amparo, lo que -naturalmente- no se opone a la posibilidad de que asuntos análogos se tramiten por la vía del proceso contencioso administrativo previsto por la ley 11330.

Ello torna a la materia de agravio, cuanto menos, opinable y, por ende, exenta de ser analizada por la vía extraordinaria.

3. Con las salvedades que anteceden, entiendo que los cuestionamientos relacionados con lo resuelto por la Cámara en torno a la peticionada declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza de adhesión 9516/16 dictada por la Municipalidad de Rosario, ostentan entidad constitucional suficiente como para trasponer el umbral de la admisibilidad recursiva.

En efecto, la índole de la cuestión aquí traída y el afianzamiento de la seguridad jurídica ameritan la intervención de este Máximo Tribunal provincial a fin de efectuar, en esta instancia de control constitucional, el test de adecuación de las normas locales impugnadas a la ley fundamental.

Voto, pues, parcialmente por la afirmativa y con el alcance expresado.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi y el señor Presidente doctor Erbeta expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Spuler y Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Vargas expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Netri y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión -¿son procedentes?-, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. Ingresando en el examen de procedencia de los

recursos en cuanto han sido materia de concesión, corresponde puntualizar que el marco normativo en el que se desenvuelve la controversia se compone por la ley provincial 13441, por la cual la Legislatura de la Provincia de Santa Fe ha dispuesto que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios deberán permanecer cerrados los días domingos y los feriados nacionales allí detallados taxativamente, extendiendo la restricción al día del empleado de comercio -a concretarse anualmente el miércoles de la última semana del mes de septiembre-, y fijando asimismo el rango horario de apertura y cierre para los días restantes. Con posterioridad, y en ejercicio de la opción prevista por el artículo 9 de la ley 13441, se ha dictado la ordenanza 9516 de la Municipalidad de Rosario, que adhirió en su artículo 1 a la ley provincial 13441 de regulación de horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales y/o de servicios.

2. El examen de la validez constitucional de la normativa provincial y municipal pone de resalto los límites a los que la más delicada función de los tribunales han de imponerse, al ceñir su cometido a decidir si en los casos que conocen ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales, básicamente con el artículo 75 inciso 12 de la Constitución nacional.

En este análisis de compatibilidad debe tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal es un acto de suma gravedad institucional y la "última ratio" del orden jurídico (Fallos: 303:248, 1708, 1776; 306:1597; 316:842; 302:1666; 310:211), por lo que se requiere que la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca sea manifiesta, clara e indudable (Fallos:314:424; 320:1166 y 325:2600).

En esa inteligencia, la Corte nacional ha sostenido que los actos de las Legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en casos en que la Constitución concede al Congreso nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en el que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellas por éstas últimas (Fallos:302:1181; 320:619, entre otros).

Por estas razones, la atribución que tienen los tribunales de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado nacional o provincial, a título de contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales, debe ejercerse con suma prudencia (Fallos:286:76).

Asimismo, cabe tener presente que el diseño del sistema federal en la Constitución nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció (Fallos: 324:3048).

Y si bien es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de



Poder Judicial

instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias, también lo es que el ejercicio de las facultades delegadas que la Constitución nacional asigna a la Nación no puede ser enervado por aquéllas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias. "De no ser ello así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron" (Fallos:329:2975).

Por otro lado, ha dicho la Corte nacional que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el artículo 5 de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido (Fallos:312:326); y que el artículo 123 de la Constitución nacional admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el artículo 123 (cfr. Fallos:325:1249; 328:175).

3. Sentado ello el test de constitucionalidad que debe efectuar esta Corte se encuentra también impuesto por lo decidido por la Corte nacional in re "Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c. Provincia de Santa Fe sobre Amparo (Fallos 339:525)"; es más, la Corte Federal traza los puntos que deberán ser sometidos a decisión de este Tribunal, a saber:

4. El caso "Coto".

El supermercado Coto Centro Integral de Comercialización S.A promovió acción de amparo contra la Provincia de Santa Fe pretendiendo que la Corte nacional se pronuncie y declare que la demandada carecía de facultades para "regular la jornada de trabajo, el descanso semanal de los trabajadores, los días feriados, el régimen de apertura y cierre de los comercios y el horario de atención al público de los supermercados" (el subrayado me pertenece), en tanto ya se habían dictado las normas respectivas en el orden nacional, a saber, las leyes 18204, reformada por las leyes 21297, 18425, 20744 y decreto 2284/91, ratificado por la ley 24307, al que adhirió la Provincia de Santa Fe mediante ley 10787. Planteó asimismo la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 sancionada con el propósito de regular en la órbita local dichas materias.

El Alto tribunal a contrario de lo dictaminado por la Procuradora Laura Monti el 28 de abril de 2016, determinó que no correspondía a su competencia originaria, pues la cuestión federal no era la predominante en la causa, quedando dicho proceso excluido de esa instancia, puesto

que en el mismo se discutían cuestiones de índole local que traían aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requerían para su solución la aplicación de normas de naturaleza local o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local (Fallos:330:1114;329:937).

El Máximo tribunal nacional puso de relieve que en el "sub lite" la Provincia de Santa Fe mediante la ley local 10787 adhirió a los principios de desregulación fijados por las normas del decreto 2284/91 del Poder Ejecutivo nacional, cuyo artículo 18 suprimió toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador; que asimismo, el artículo 2 de la citada ley local estableció que "en el plazo de 60 días posteriores a la promulgación de esta ley prorrogables por otros 60 días más, el Poder Ejecutivo, en la esfera de su competencia, adecuará los decretos, resoluciones y disposiciones de él emanados que contraríen los principios de desregulación a los cuales se adhiere" y que "En el mismo plazo enviará a la Legislatura Provincial los mensajes y Proyectos de ley necesarios para compatibilizar la legislación provincial vigente a los referidos principios de desregulación".

En esa línea, la Corte Federal precisó que, en tales condiciones, la materia del pleito exigía de manera ineludible, interpretar, aplicar y establecer el alcance de dicha norma de adhesión -ley 10787- que integra el derecho público provincial y examinar la compatibilidad o no de las disposiciones de la ley 13441 aquí impugnada con aquella.

Sentado ello, la Corte juzgó que dicha labor extralimitaba la jurisdicción originaria que le confiere al Tribunal el artículo 117 de la Constitución nacional; asimismo agregó que su conclusión no se veía alterada por la invocada afectación a la cláusula constitucional del artículo 75 inciso 12, argumentando al respecto sobre la salvaguarda de la diversidad de jurisdicciones que corresponden a un sistema federal de gobierno.

Para luego concluir, el Alto Tribunal que el pleito no revestía naturaleza federal y que resultaba competente la justicia provincial en razón de que "...la demanda que, como en el sub lite se funda directamente en la falta de validez de una ley local por considerarla contraria a las disposiciones de las leyes de derecho común, debe ser juzgada por los jueces locales, ya que su aplicación le corresponde a ellos al caer las cosas de que se trata bajo su jurisdicción". Asimismo -en el marco antedicho- puso de resalto que el artículo 31 de la ley fundamental, que rige en el ámbito de toda la Nación, es el que determina la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia locales de examinar las leyes en los casos concretos que se plantean, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad



Poder Judicial

con esta, y abstenerse de aplicarlas, si se encuentran en oposición con ella.

El Máximo Tribunal afirmó que "carece de objeto llevar a la justicia nacional el cuestionamiento de una ley o un decreto que, en sus efectos, puede ser rectificado por la magistratura provincial".

Finalmente advirtió que "no es óbice a todo lo expuesto la sentencia de Fallos:308:2569 -Fábrica Argentina de Calderas-, ya que en el caso no se configuran las circunstancias valoradas en dicho pronunciamiento, ni se advierte la presencia de un nítido interés federal que justifique la radicación de la causa en la jurisdicción excepcional prevista en el citado art. 117 de la Constitución Nacional" (el subrayado me pertenece).

5. Conforme a estos claros lineamientos expuestos en el reciente precedente del Alto Tribunal, cabe concluir que le corresponde a esta Corte:

a) Analizar la afirmación de la Corte nacional en el sentido de que en el caso no se configuran las circunstancias valoradas in re "Fábrica Argentina de Calderas", ni se advierte la presencia de un nítido interés federal que justifique la radicación de la causa en la jurisdicción excepcional prevista por el artículo 117 de la Constitución nacional. Es decir, determinar si la Legislación local supone -o no- un avance sobre materias expresamente delegadas al Congreso nacional (art. 75, inc. 12, Const. nac.) o si en el marco de sus facultades concurrentes y en ejercicio del poder de policía la Legislatura provincial ha podido válidamente reglamentar el horario comercial;

b) Interpretar y establecer el alcance de la ley 10787 -norma de derecho público provincial- de adhesión al decreto nacional de desregulación 2284/91;

c) Realizar un juicio de compatibilidad entre ambas normas de derecho público local, es decir, entre la ley 13441 impugnada en su constitucionalidad con la ley 10787, y por último;

d) Teniendo como norte el artículo 31 de la Ley Fundamental, determinar la razonabilidad de la restricción prevista en la ley 13441 a los derechos constitucionales de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica (arts. 14, C.N. Y 15, C. Prov.), de manera tal de validar su constitucionalidad o no.

6. Siguiendo el derrotero demarcado "ut supra" se impone analizar el expreso lineamiento dado por la Corte nacional como "intérprete final de la Constitución" (Fallos:1:340) conforme el cual diferenció de modo manifiesto la presente cuestión de la doctrina otrora sentada in re "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L" y su jurisprudencia consecuencial, para determinar si la ley 13441 y la ordenanza de adhesión han regulado -o no- sobre la extensión de la jornada de labor, el descanso semanal u otra materia del derecho laboral de fondo.

6.1. En ese propósito comenzaré por rememorar el núcleo de lo decidido en "Fábrica Argentina de Calderas

S.R.L".

En el citado precedente de fecha 19 de diciembre de 1986 cuya doctrina fue seguida por este Tribunal en "Acosta c. Villber S.A." (A. y S., T. 64, pág. 473), la Corte nacional señaló, en línea con su propia doctrina (Fallos: 233:156; 235:379; 238:209) que la fijación de la extensión de la jornada de trabajo, esto es, el tiempo durante el cual el trabajador debe estar a disposición del empleador, forma parte del contenido del Código de Trabajo que, por imperio de lo dispuesto en el artículo 67, inciso 11, actualmente artículo 75, inciso 12 de la Constitución nacional, corresponde dictar al Congreso de la Nación, es decir, se trata de una facultad expresamente delegada por las provincias al Gobierno federal; y que en el uso de esas atribuciones, el legislador nacional ha modificado el artículo 213 de la ley 20744 y ha establecido, por medio del artículo 196 del texto ordenado por el decreto 390/76, que la extensión de la jornada se regirá uniformemente en toda la Nación por la ley 11544, con exclusión de toda disposición provincial en contrario, dejando a salvo, por el artículo 198 del mismo cuerpo legal, las reducciones que pudieran introducir las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia o la estipulación particular de los contratos individuales o de los convenios colectivos.

En suma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la ley 9497 de la Provincia de Santa Fe -que había restablecido la vigencia de la ley provincial 7197- al limitar la jornada laborable a cuarenta y cuatro horas semanales, era inconstitucional por incursionar en un tema reservado al Congreso nacional, resultando por tanto violatoria del orden de jerarquía establecido por el artículo 31 de la Constitución nacional.

En resumidas cuentas, la Corte nacional en Fábrica Argentina de Calderas fulmina todo avance de las legislaturas provinciales sobre institutos laborales de expresa soberanía del Parlamento nacional.

Esta doctrina constitucional que sin fisuras impone nuestro Máximo Tribunal nacional es el "punctum" de la cuestión: es decir, si la ley provincial 13441 y -en su caso- la ordenanza municipal de adhesión avanza sobre materia delegada a la Nación relativa al régimen del descanso semanal del trabajador.

6.2. El análisis de esa disputa constitucional requiere -al menos- efectuar un breve recorrido por la evolución histórica del descanso dominical, semanal y hebdomadario, para atender a su dilucidación conceptual y a su régimen jurídico, así como a las razones en que se funda.

Cuando hablamos de descanso en el trabajo se hace referencia a otro aspecto de la jornada laboral y muchas veces se lo ha identificado como la contracara de ella ya que el incumplimiento o inobservancia de los límites de la jornada perjudican el descanso y la salud del trabajador.

La doctrina ha dicho que si bien se trata de dos instituciones diferentes, los fundamentos del régimen del



Poder Judicial

descanso son los mismos que los que sustentan la limitación de la jornada. El descanso, en definitiva, es un instituto complementario de la jornada, pues integra la regulación del llamado "tiempo posible de trabajo" (Carcavallo Hugo en Vázquez Vialard, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1983, T. 4, pág. 59).

Razones de orden ético, cultural, biológico y hasta económico justifican la limitación de la jornada diaria y semanal.

Al respecto de las consecuencias de la actual cultura de la celeridad en el trabajo reflexiona Carl Honoré en su "Elogio de la Lentitud" cuando al analizar el coste humano del "turbocapitalismo" afirma que "...En la actualidad existimos para servir a la economía cuando debería ser a la inversa. Las largas horas en el trabajo nos vuelven improductivos, tendemos a cometer errores, somos más infelices y estamos más enfermos". Asimismo este autor analiza el daño que vivir constantemente en el carril rápido puede causar a la vida familiar en el mundo industrial "...que no para las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, todos los tiempos son iguales: pagamos las facturas un sábado y vamos de compras el domingo, nos llevamos el ordenador portátil a la cama, trabajamos de noche, desayunamos a deshora...".

En definitiva, el Estado interviene directamente en la imposición de un régimen de descansos, por estar interesado en ello el orden público, los intereses de la comunidad, la conservación y preservación del potencial humano.

La temática de los descansos y, en especial, aquel que se da en llamar "semanal" ha sido desde siempre una verdadera tradición de la humanidad.

Inclusive la cuestión obrera más antigua que se registra en la historia de la humanidad es el descanso semanal, que en los países cristianos se llama "dominical" a partir de la imposición que en el año 321 estableció el emperador Constantino. Esta naturaleza religiosa, es pregonada en las concepciones de los principales credos, tal como los judíos con los días sábados y la de los musulmanes los días viernes; a más existe una opinión mayoritaria que hacia la Edad media, en Francia, los descansos superaban los quince días por año, todos ellos relacionados a festividades religiosas (Bialet Massé "El estado de las clases obreras argentinas a comienzo del siglo", Universidad Nacional de Córdoba, 1963, pág. 383).

Antes de la Revolución Industrial el descanso venía marcado por factores naturales como el día, la noche, las estaciones y el cambio de clima. Este panorama varió con la aparición de las máquinas, lo que supuso que el sol perdiese su imperio sobre la organización del trabajo de los hombres.

Luego comienza a abandonarse la tradicional política de no injerencia del Estado en las relaciones laborales, típica del pensamiento liberal imperante; ello se produce a partir del dictado, cada vez más frecuente de disposiciones laborales dirigidas fundamentalmente a imponer

prohibiciones para la realización de determinados trabajos a los menores y también a la reducción del tiempo de trabajo.

Un hito importante sobre el tema es la determinación hacia 1921 de la entonces naciente Organización Internacional del Trabajo, la que en la parte XIII del Tratado de Paz de Versalles (1919) expresó que, además de la jornada de 8 horas, era necesaria la adopción de un descanso semanal de 24 horas, preferentemente los días domingos.

En cuanto a la evolución normativa del tiempo de descanso encontramos antecedentes legislativos de los descansos en nuestro país: en 1857 (el 18 de marzo) la ciudad de Buenos Aires dictó una ordenanza que disponía el cierre de los comercios los días domingos, la que es derogada parcialmente en el año 1872, hasta que recién en 1881 el Concejo Municipal de la ciudad de Buenos Aires reimplantó y reglamentó la prohibición del trabajo en los días domingos para las casas de comercio, talleres y demás establecimientos industriales y comerciales (De Manuele, Abel Nicolás y Frem, Gabriel "Jornada de Trabajo y Descansos. Análisis Doctrinario Y Jurisprudencial". Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, cap. IV, pág. 87 y ss.

En el año 1905 se dicta la ley 4661 de descanso dominical, originada en un proyecto del diputado socialista Alfredo Palacios, aunque sólo tenía vigencia para la Capital; esta disposición, vale recordar, es considerada como la primera ley, dictada en nuestro país, referente a la materia del trabajo y en 1913, mediante ley 9104 se extendió el alcance de ella únicamente a los territorios nacionales.

En 1932, mediante la ley 11640 se institucionaliza el llamado "sábado inglés", ya que tuvo su origen en una costumbre británica por la cual el descanso semanal comenzaba desde las 13 horas del sábado; a su vez en el año 1933 se dictó el decreto 16117 el que reglamentó las leyes 4661 y 11640 y consagró distintas excepciones al descanso. A su vez, la Organización Internacional de Trabajo dedicó a la cuestión particular atención a partir de lo cual legisló los descansos en convenios y recomendaciones.

Por otra parte nuestra Carta Magna a través del artículo 14 bis establece que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de la leyes, las que asegurarán al trabajador jornada limitada, descansos y vacaciones pagados", asimismo en el año 1994 con la reforma de la Constitución nacional se incorporan a través del artículo 75, inciso 22 los tratados internacionales que velan por el descanso, a saber: La declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en su artículo 15 establece que "...toda persona tiene derecho a descanso, a la honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico"; La declaración Universal de los derechos humanos en su artículo 24 reza "...toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo"; El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 7 dice "...Los Estados



Poder Judicial

partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial (...) d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

En el año 1969 se dictó la ley 18204, con la finalidad de constituir un régimen sustantivo relativo a esta materia, la que colisionó con la ley 20744 que autorizó a las provincias a legislar sobre la jornada de trabajo. Esta puja se dispuso en el año 1977 con la ley 21660.

En relación al descanso semanal, en especial, este instituto se compone con lo que antiguamente fuera el "descanso dominical" de origen religioso y la costumbre inglesa del descanso en la tarde del día sábado -sábado inglés-. Esta integración es lo que va a configurar el llamado "descanso semanal" o "hebdomadario".

En una primera etapa -como dije- a esta modalidad se la vinculaba con las costumbres religiosas de cada sociedad. En especial, se dice que el mismo toma mayor vigencia a partir del dictado de la Encíclica papal "Renum Novarum".

Por su parte, el Tratado de Versalles recomendó la adopción de un descanso hebdomadario de 24 horas y esa petición fue concretada a partir del convenio 14 de la Organización Internacional del Trabajo.

La duración de este descanso se establece en treinta y cinco horas corridas, y lo corriente es que coincida con la prohibición de trabajar desde las 13 horas del sábado hasta las 24 horas del domingo.

Sin embargo, las modernas costumbres y las necesidades del mercado han determinado que actualmente existan cada vez más actividades que, especialmente en el comercio, se desarrollen precisamente en sábados y/o domingos. En referencia a ello, Grisolia señala que los shoppings, lugares de compra y esparcimiento y otras nuevas formas y modalidades de trabajo originaron de manera automática la necesidad de modificar los tiempos de descanso (Grisolia, Julio, "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Depalma, Buenos Aires, T. I, pág. 928). De allí que la Ley de Contrato de Trabajo prevé el deber del empleador de otorgar un descanso compensatorio de igual duración (35 hs. consecutivas) en el transcurso de la semana siguiente, y el correlativo derecho del trabajador a tomárselo por sí -previa comunicación- si el empleador no cumple con dicho deber y durante el curso de la segunda semana.

En lo que refiere a los alcances terminológicos del descanso semanal, la expresión descanso semanal es más prudente y exacta que la de descanso dominical que prevaleció hasta bien entrado el siglo XX. La evidente razón se encuentra en que incluso estando universalmente difundida la preferencia de descansar los domingos, no siempre resulta posible por las exigencias del comercio y la industria. Otra sinomía aparece con la locución de

"descanso hebdomadario". Aun siendo académico el adjetivo, lo de hebdomadario encierra un evidente galicismo técnico; que desafortunados traductores contribuyeron a difundir por ignorar que el idioma francés carece de adjetivo derivado del sustantivo semana (semaine), por lo cual ha de decirse en ese idioma "hebdomadaire"; pero el uso, en nuestro lenguaje, de tal vocablo resulta tan rebuscado como si a la semana se le llamara habitualmente la "hebdómadaire", que también corresponde al léxico oficial (Cabanellas de Torres, "Compendio de Derecho Laboral", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992, T. I, pág. 579).

En cuanto al régimen legal, el descanso semanal fue reglamentado en una primera etapa por la ley 4661, luego por decreto 16117/33, posteriormente por la ley 18204 y finalmente por la ley 20744, resultando significativa la tarea realizada por los constituyentes de 1957 a través de la incorporación del artículo 14 bis cuando habla de "descansos y vacaciones pagas".

Es importante señalar que el descanso como instituto del derecho laboral actualmente se encuentra regulado por la ley 18204: "Art. 1. En todo el territorio de la Nación queda prohibido desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo siguiente, el trabajo material por cuenta ajena y el que se efectúe con publicidad por cuenta propia en actividades, explotaciones, establecimientos o sitios de trabajo públicos o privados, aunque no persigan fines de lucro, sin otras excepciones que las autorizadas por los reglamentos que se dictaren en cumplimiento de la presente ley".

Se considera que esa ley, recuperó -en su art. 1- para la Nación la facultad de reglar el descanso semanal, sustituyendo los regímenes locales, incluso el de Capital Federal, pero mantuvo vigentes las reglamentaciones en el orden nacional y provincial en cuanto a excepciones generales y especiales, en tanto en su artículo 9 prescribe que: "Hasta tanto el Poder Ejecutivo nacional no dicte las normas reglamentarias pertinentes, seguirán rigiendo en cuanto resulten compatibles con las disposiciones de esta ley, los regímenes de excepciones generales y especiales a la prohibición de trabajar los días sábados por la tarde y los días domingos, vigentes en el orden nacional y provincial". En consecuencia, sigue vigente el decreto 16117/33 que reglamenta el descanso semanal en Capital Federal y en los lugares materia de jurisdicción de la Nación con exclusión de los territorios nacionales (Zuretti, Mario E., "Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada" - Rodríguez Mancini, Jorge (Dir), L.L., T. III, pag. 841 y en igual sentido, Fernández Madrid, Juan Carlos "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ra. de. actualizada y ampliada. Tomo II. L.L., pág. 1670).

En ese orden el artículo 204 de la Ley de Contrato de Trabajo reglamenta el instituto al indicar que "Queda prohibida la ocupación del trabajador desde las 13 horas del día sábado hasta las veinticuatro horas del día siguiente



Poder Judicial

salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la estacionalidad de la producción u otras características especiales”.

Esta norma, también, debe integrarse con lo dispuesto por el artículo 207 de la Ley de Contrato de Trabajo para el caso en que -haya o no autorización administrativa- el trabajador preste igualmente servicios en los días que son motivo de la prohibición y el empleador omitiere otorgarle el descanso compensatorio en la semana siguiente. Si así ocurriera, el trabajador podrá tomarse el descanso semanal adeudado durante el transcurso de la próxima semana comunicando dicha decisión al empleador con 24 horas de antelación. Pero además, a modo de sanción el empleador deberá abonar doble salario por el sábado o domingo trabajado si es que omite otorgar el descanso compensatorio en el momento que corresponde.

En cuanto a las excepciones al descanso semanal: Hay excepciones a la prohibición de trabajar en sábados después de las 13 horas y domingos.

Las excepciones legales están previstas en el artículo 202 de la ley 20744 que dice que “En el trabajo por equipos o turnos rotativos regirá lo dispuesto por la ley 11544, sea que haya sido adoptado a fin de asegurar la continuidad de la explotación, sea por necesidad o conveniencia económica o por razones técnicas inherentes a aquélla.

El descanso semanal de los trabajadores que presten servicio bajo el régimen de trabajo por equipos se otorgará al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionalismo del sistema. La interrupción de la rotación al término de cada ciclo semanal no privará al sistema de su calificación como trabajo por equipos”; y asimismo, en el artículo 203 de la Ley de Contrato de Trabajo “el trabajador no estará obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma”.

Luego la clasificación se completa con las excepciones reglamentarias cuyos supuestos están contemplados por el decreto 16117 del año 33.

6.3. Existen otros datos a tener en cuenta, que terminan de delimitar el mapa de conflictos que se desarrollaron alrededor de la problemática del llamado “descanso dominical”.

En efecto: En la Provincia de la Pampa en fecha 13 de julio de 2013 se sancionó la ley 2717 (B.O. 26.07.2013) estableciendo la Limitación de horarios de apertura y cierre en determinados días a establecimientos comerciales en su ámbito, la que fue reglamentada (dec. 721/13) y finalmente acatada por la sociedad y los sectores empresarios y sindicales alcanzados, respecto de la cual no existen impugnaciones o planteos judiciales a la fecha. La

misma dispone que "...Los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales y de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados en relación de dependencia situados en el ámbito de la Provincia de La Pampa, podrán determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre de los mismos, con las limitaciones que se disponen por la presente" (art. 1); asimismo fija las dieciocho horas y las catorce horas respectivamente como horario de cierre de los establecimientos mencionados en el artículo 1º, para los días veinticuatro y treinta y uno de diciembre de cada año" (art. 3) y dispone que "Los establecimientos que desarrollen actividades centradas en la venta, empaque, expendio, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, y posean locales comerciales cuya superficie total, sumando todas las sucursales de la misma empresa o establecimiento, marca, licencia o franquicia, o que tengan la misma razón social o nombre de fantasía dentro de un mismo Ejido municipal y excedan los cuarenta metros cuadrados (40 m2) deberán desarrollar sus actividades de atención al público de lunes a sábados, entre las seis y las veinticuatro horas.

Quedan exceptuados de la presente disposición, aquellos establecimientos que tengan como actividad exclusiva la elaboración y/o comercialización de alimentos, la prestación de servicios, videoclubes, venta de plantas y flores y estaciones de servicio" (art. 5, ley 2717 de la Provincia de la Pampa).

Asimismo, cabe poner de resalto que una norma de similares características (ley 6878 de fecha 9 de noviembre de 2011) fue vetada en la Provincia de Chaco por el entonces Gobernador, dos semanas después de su sanción.

Por último, si bien existieron ordenanzas municipales sobre cierre de establecimientos comerciales en la Provincia de Córdoba (Ordenanza 415/05 de la Municipalidad de Río Cuarto, de fecha 4.04.2005) y en la Provincia de Chaco (Ordenanza 2212/08, dictada por el Concejo Municipal de la ciudad de Charata, promulgada mediante Resolución 106 de fecha 19.12.2008) que fueron fulminadas de inconstitucionalidad por sus Superiores Tribunales de Justicia, lo cierto es que dichos casos difieren del presente, pues en ellos se trataba de ordenanzas municipales aisladas, sin que existiera en aquellas provincias una ley en sentido formal como lo es la ley 13441.

6.4. De la doctrina emergente de la Corte nacional en Fábrica Argentina de Calderas y del Régimen del Descanso Semanal se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) El Máximo Tribunal nacional en "Fábrica Argentina de Calderas" dirimió una vieja disputa respecto de las facultades de la Nación y de las provincias para legislar en materia de jornada de trabajo, disponiendo claramente que corresponde a la Legislatura nacional el dictado de dichas normas. Cabe recordar que en el mismo se declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 9497 que había



Poder Judicial

restablecido la vigencia de la ley provincial 7197 que reducía la jornada máxima de trabajo de 48 a 44 horas semanales, por considerar que ello había afectado el pago de la remuneración, modificando la ecuación entre salario y horas prestadas por el trabajador, en violación al artículo 31 de la Constitución nacional y a la normativa nacional dictada de acuerdo a las facultades delegadas al Congreso nacional.

b) La Corte nacional en "Coto" brinda una pauta valiosa para el presente análisis de constitucionalidad al definir que lo peticionado por la empresa supermercadista ante sus estrados refería a circunstancias que nada tenían que ver con aquel largo proceso institucional que insumió décadas de marchas y contramarchas y que llevó a adoptar el principio de la legislación uniforme en materia de extensión de jornada laboral para nuestro país, tema que ya contaba con antecedentes de antigua data y en el que se expresaron posiciones antinómicas de la Nación y las provincias, en las que muchísimas veces se "entremezclaron" las materias relativas a la jornada y a los descansos.

c) Del breve recorrido histórico y legislativo del Régimen nacional Uniforme de la Jornada y el Descanso laboral, surge que "técnicamente" estos son "Institutos del Derecho del Trabajo" estrechamente relacionados entre sí, conservan su propio ámbito de actuación y resultan objeto de regulación por los Códigos de Fondo.

d) Del bloque normativo nacional en que se apoya el Descanso semanal como instituto jurídico, surge que el principio general es "el descanso a partir de las 13 horas del sábado hasta las 24 horas del domingo" y que solo por excepción, se podrá trabajar un día sábado o domingo únicamente dentro de los supuestos previstos en la Ley de Contrato de Trabajo -art 204 y 202- o en el decreto 16117/33, correspondiendo, luego, el otorgamiento del llamado "descanso compensatorio".

6.5. La ley 13441.

De la ley provincial 13441 (sancionada el 6 de noviembre de 2014, promulgada el 27 de noviembre de 2014 y publicada el 5 de diciembre de 2014) y su decreto reglamentario 0689/2015 (10.3.2015) surge que la Legislatura local ha dispuesto que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios "deberán permanecer cerrados los días domingos y los feriados nacionales allí detallados taxativamente" (el subrayado me pertenece), extendiendo la restricción al día del empleado de comercio -a concretarse anualmente el miércoles de la última semana del mes de septiembre-, y fijando asimismo el rango horario de apertura y cierre para los días restantes (cfr. arts. 3 y 4, ley 13441).

La propia norma indica a continuación en su artículo 5 los establecimientos, locales y actividades excluidas de tales limitaciones, a saber: los establecimientos comerciales atendidos por sus dueños que no superen los 120 metros cuadrados de superficie; los establecimientos ubicados en las estaciones terminales de transporte; los

locales que se encuentren en centros y/o paseos comerciales que no superen los 200 metros cuadrados de superficie; la recepción, distribución y venta de diarios, periódicos y revistas; los servicios velatorios y de sepelio; las farmacias; los servicios esenciales de salud, transporte, hotelería, telecomunicación -excepto que realicen ventas comerciales-, expendio de combustibles; los establecimientos cuya actividad principal sea elaboración y/o venta de pan, pastelería, repostería, heladería, comidas preparadas, restaurantes, bares; los videos clubes, florerías, ferreterías; los teatros, cines, juegos infantiles, circos y todos aquellos destinados a esparcimiento; los establecimientos dedicados a la venta de libros, música y videos de películas y/o similares; los mercados de abasto de concentración de carnes, aves y huevos, pescados, legumbres y frutas; las ferias y mercados municipales. Asimismo en el artículo 6 de la ley 13441 se determina que los establecimientos comerciales o de servicios que, hallándose bajo una misma unidad arquitectónica -shopping y/o galerías comerciales- y cuenten con autorización expresa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia para abrir los días domingos, haciéndolo con recursos humanos provenientes de altas de primer empleo, convenios de pasantías y de programas promoción de empleo, tanto nacionales como provinciales -excepto que se trate de supermercados, autoservicios, hipermercados, megamercados o cualquier otra denominación que adopten y superen los 120 metros cuadrados de superficie (cfr. art. 7, ley 13441)-.

Seguidamente la ley en su artículo 8 establece las sanciones -de multa y de clausura temporal- para los distintos supuestos de incumplimiento; y finalmente determina en su artículo 9 que su entrada en vigencia en cada Municipio y Comuna deberá decidirse por una ordenanza de adhesión, la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad (el subrayado me pertenece).

En cuanto a su génesis, sus autores cuando acompañaron la iniciativa manifestaron entre otros fundamentos que "El presente proyecto de ley es una iniciativa presentada por los actores involucrados: empresarios y empleados a través de sus sindicatos, cámaras y asociaciones que los nuclea. Los legisladores lo hemos acogido y plasmado desde la técnica legislativa en un proyecto. En muy pocas oportunidades nos encontramos con un proyecto de ley, que acoge expectativas de aprobación por parte de la gran mayoría de los actores directos, llámese empleadores y trabajadores, como así también gran parte de la sociedad en que vivimos. Entendemos que varias son las razones que imponen fijar límites a los horarios comerciales y establecer obligatoriamente el cierre de domingos y feriados nacionales a todos los comercios con las excepciones que deben prescribirse (el subrayado me pertenece)" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, 3 de octubre de 2013, 12a reunión, 12a. Sesión ordinaria).



Poder Judicial

De la lectura de los fundamentos de la comisión redactora del proyecto convertido en ley 13441, se desprenden "múltiples finalidades" perseguidas por los legisladores, que a grandes rasgos, se pueden agrupar a los fines prácticos en: a) la reconducción de las costumbres de consumo a fin de promover, de ese modo, b) una mejora en la calidad de vida de la comunidad c) la posibilitación del encuentro familiar, d) garantizar a los trabajadores y a los pequeños empresarios el descanso en el día en que el mismo es compartido por la mayoría de los miembros de la sociedad; e) la modificación del patrón de compras; f) la dignidad y humanización del trabajo y del trabajador; g) la protección de las pymes; h) motivos sociales y culturales que hacen a la dignidad de los ciudadanos que refieren a tradiciones ancestrales de nuestra comunidad; i) razones socioeconómicas y de igualdad de oportunidades competitivas entre los distintos segmentos empresarios; j) evitar que la única finalidad de la producción sea la acumulación de riquezas y la concentración de capitales desmesurados con la consecuente concentración demográfica, financiera y económica; k) el respeto del descanso dominical para revalorizar la dignidad humana y el trabajo, entre muchas otras finalidades.

Una vez iniciados los debates parlamentarios se aprecia una "ampliación" del marco fijado en los fundamentos originales del proyecto de ley, que dan cuenta de que a la discusión se fueron incorporando nuevos propósitos.

Se pueden nombrar algunos de los ejes sobre los que discurrieron los legisladores, a saber: la promoción de la mejora de la calidad de vida de los trabajadores mercantiles, al permitirles pasar los domingos con su familia; un cambio de hábitos y de conductas que se traduzca en una mejora en la calidad de vida y en la elección del modelo de sociedad; la defensa de nuestra cultura; la modificación de pautas culturales de hiperconsumo mediante la regulación de la apertura de grandes superficies comerciales tendiendo a la promoción y a la reconstitución de un entramado de micro capital y trabajo; la atención a la familia, al encuentro de la familia y el festejo de la familia; la reivindicación de los llamados almacenes o pequeños emprendimientos; la solución al problema de la vulneración por parte de las grandes superficies comerciales del derecho a la libre elección de trabajar un día domingo; la protección de las empresas familiares y las pymes; la conservación del empleo y la generación de nuevos empleos; rescatar la virtud teológica de la caridad como sinónimo de justicia, entre otros propósitos heterogéneos.

A su turno, la Municipalidad de Rosario manifiesta su adhesión a la ley provincial en el marco de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 13441 (art. 1); determina que lo dispuesto en el artículo 1 se aplicará a supermercados, hipermercados y megamercados conforme a los parámetros establecidos por la ley 12069, de grandes superficies

comerciales (art. 2); y finalmente determina la fecha de su entrada en vigencia a partir del 01 de Julio de 2016 (art. 4).

6.6. Se advierte entonces que la ley 13441 persigue múltiples objetivos y que si bien en sus inicios el proyecto fue dado a conocer y adquirió notoriedad como una demanda de descanso dominical de los sectores sindicales, lo cierto es que tuvo en miras la consagración de otros principios de orden superior, por ello, tal como aclaró en diversas oportunidades el miembro informante del proyecto el Diputado Marcelo Fabián Picardi "...en realidad técnicamente el proyecto se trata de la regulación de horarios de apertura y cierre de comercios" (...) "...quiero explicar que sólo delimita los horarios de apertura y cierre de los comercios, con las excepciones contempladas en todos sus artículos" (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, 3 de octubre de 2013, 12a reunión, sesión ordinaria).

Si bien la utilización de la terminología "descanso dominical" puede resultar impropia, lo cierto es que aquélla operó como "disparador" del proyecto al solo efecto instrumental, en procura de alcanzar una serie de propósitos que hacen a la gestión de los recursos del Gobierno local que en definitiva se sintetizan en la persecución del bienestar general.

Dan cuenta de ello los numerosos tramos del debate parlamentario que con detalle transcribe textualmente el Procurador General en diversos pasajes de su dictamen, a los que me remito en honor a la brevedad (cfr. dictamen 15, del 3.05.2017, en autos Expte. N° 21-00511163-0).

No puede desconocerse que en una primera aproximación al caso -si se quiere superficial- campea la idea de una yuxtaposición entre las regulaciones uniformes nacionales -sobre jornada y descanso- y las normas que determinan la apertura y cierre de establecimientos comerciales en el territorio provincial.

Empero, lo imbricado de esos preceptos de distinto orden es solo aparente, habida cuenta que una interpretación finalista de la ley 13441 termina por diluir el contenido del "descanso dominical" para aprehender y perseguir metas ajenas a los institutos del derecho sustancial laboral.

Solo a partir de una interpretación mezquina, escueta, recortada o sesgada de la ley 13441 puede concluirse que regula el descanso previsto en el Régimen nacional; dicha hermenéutica conduce sin más a desarticularla y a omitir sus fines esenciales, conforme fueron expuestos en el punto 6.5 "in fine".

Es que incluso cuando se admita lo impropio, inoportuno, innecesario o la dudosa utilidad de acudir a la terminología o noción de "descanso dominical" como puntapié inicial para su tratamiento en la Legislatura, lo que verdaderamente subyace en el proceso deliberativo de la ley son otros postulados que ingresan sin forzamiento alguno a la esfera del poder de policía local.



Poder Judicial

Dicha interpretación se refuerza aun más si se pondera que la ley 13441 se trata de un producto procesalmente legitimado a través de múltiples instancias participativas:

En su elaboración -tal como explicó el autor del proyecto- se involucraron sus propios actores, los trabajadores, a través del sindicato que los representa y todas las cámaras empresariales que trabajaron durante mucho tiempo y en conjunto.

Asimismo resulta el fruto de la búsqueda de consenso entre los distintos bloques partidarios en el seno de la Asamblea democrática de nuestra Provincia. Recuérdese que se introdujeron modificaciones importantes en el Senado, lo que retardó su sanción. En efecto, cuando el proyecto vuelve del Senado para segunda revisión con las modificaciones introducidas, algunos diputados se opusieron al texto por el aumento de la superficie y a las modificaciones que dejaban librado a las particularidades de cada ciudad la opción de adhesión por ordenanza; otros formularon consideraciones sobre las pasantías, primer empleo o los programas de promoción de empleo. En esa misma jornada todos los diputados repudiaron las suspensiones de Coto a 151 trabajadores mediante telegrama aduciendo posible daño por el tratamiento de la ley, quedando plasmado en el diario de sesiones, la existencia de violencia en la puerta de la Legislatura por el accionar de grupos de manifestantes. La ley finalmente consiguió aprobación con las modificaciones que introdujo el Senado (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, 6 de noviembre de 2014, 20a. Reunión, 19a. Sesión ordinaria).

De aquel consenso también dan cuenta las sendas declaraciones de los Concejos Deliberantes de Santa Fe y de Rosario.

Luego, teniendo en miras el viejo axioma de que no cabe presumirse la imprevisión del legislador de regular sobre materias delegadas a la Nación y los objetivos que persigue la ley, ha de concluirse que la misma no legisla sobre la extensión de la jornada de labor, descanso semanal del trabajador u otro instituto de derecho laboral de fondo, sino que regula el cierre y apertura de los establecimientos durante determinados días y horas (cfr. art. 1, ley 13441).

De manera que, aun cuando la normativa local cuestionada pudiera incidir o condicionar las facultades del comerciante como empleador en lo atinente a la distribución de las horas de trabajo y a la diagramación de los horarios a cumplir por sus dependientes, lo cierto es que dicho condicionamiento o restricción podrá ser objeto de un análisis de razonabilidad más adelante, pero en lo atinente a lo que debe resolverse aquí, en este punto: la ley 13441 no ha incursionado en un tema de derecho laboral sustancial reservado a la competencia exclusiva del Congreso nacional (art. 75, inc. 12, C.N.), no resultando, desde esta perspectiva, violatoria del orden de jerarquía establecido en el artículo 31 de la Norma Fundamental.

Siendo ello así, es claro que la materia regulada por la ley 13441, es decir, la apertura y cierre de establecimientos comerciales y/o de servicios en procura de una multiplicidad de fines, entre los que se encuentra contemplado también "el respeto por el descanso de los trabajadores el día domingo", no presenta oposición conceptual o normativa alguna con el bloque regulatorio nacional analizado; por el contrario, el régimen nacional uniforme del instituto del descanso laboral postula -precisamente- que el principio general es "la necesidad del descanso semanal del trabajador" ordenando que se realice "a partir de las 13 horas del sábado hasta las 24 horas del día domingo".

Puntualmente, las leyes nacionales de fondo prohíben laborar los días domingos e incluyen al cuestionado "descanso dominical" en la defensa de la tutela del descanso semanal del trabajador, resultando la ley provincial 13441 adecuada en un todo al espíritu de las normas nacionales vigentes.

7. Habiéndose determinado que el objeto de regulación de la ley 13441 no pertenece al derecho laboral sustancial o de fondo, debe ingresarse al tratamiento de las facultades que se encuentran en cabeza de la autoridad provincial, y que permiten a su Legislatura y -en su caso- a las Municipalidades y Comunas optar por regular lo atinente a la apertura y cierre de establecimientos comerciales en la Provincia de Santa Fe.

7.1. El poder de policía.

Ha dicho nuestra Corte Federal que la libertad asegurada por la Constitución no importa un derecho absoluto para cada persona de estar, en todo tiempo y en todas las circunstancias, enteramente libre de restricciones.

En efecto, existen múltiples restricciones a las cuales las personas se hallan necesariamente sujetas para el bien común y este principio está en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por Naciones Unidas en 1948 al afirmar que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" y ha sido recogido por el artículo 32 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En cuanto a las expresiones policía y poder de policía, al parecer, la expresión "poder de policía" fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia norteamericana por aquel verdadero estadista que fue el juez John Marshall, en 1827, en el caso *Brown c/ Maryland* y se ha dicho que la figura "nació con un problema congénito: las dificultades de determinación de sus límites precisos" (Zuccherino, Ricardo, "Tratado de Derecho Federal estadual y municipal", Bs. As., Depalma, 1992, T. III, pág. 202).

La palabra "policía" proviene de "polis", "politeia" y desde la edad antigua hasta el siglo XV, la expresión "policía" designó "la totalidad de las actividades del



Poder Judicial

Estado; en la organización griega de la polis, el término significaba actividad pública o estatal y mantuvo esa significación a pesar de la desaparición de la polis" (Rodríguez, M. y Gabot, C., "El poder de policía en las constituciones de Argentina y de los Estados Unidos de Norteamérica", en J.A. 1988-III-705).

Con el devenir del liberalismo, un sector de la doctrina comienza a distinguir entre policía y poder de policía (ver, entre muchos, Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 4° ed., Bs. As., A. Perrot, 1987, T. IV n° 1529; Altamira, Pedro G., "Policía y poder de policía", Bs. As., A. Perrot, 1963, págs. 23/34), distinción que según algunos tornó la cuestión aún más intrincada, pero el contenido sigue siendo indeterminado.

A partir del citado movimiento se elabora la tesis restringida (narrow) del poder de policía y se lo conceptualiza como facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran atacarla. Aún en estos supuestos, sólo se permitía la intervención estatal con el objeto de prevenir eventuales perjuicios a la comunidad. Este criterio fue seguido por la Corte Federal Argentina hasta 1922.

Paulatinamente, se va abandonando esta concepción rígida y se amplían sus fines hasta la primordial protección y promoción del bienestar general o bien común, para la tutela, incluso, de los intereses económicos de la colectividad ("broad and plenary"). Esta es la tesis seguida por el Máximo Tribunal de nuestro país a partir del caso Ercolano c/ Lantieri de Renshaw (Fallos:136-170 y J.A. 8-263).

La Corte nacional afirma que "lo relevante en la distribución del poder de policía no es el territorio sino la materia objeto de la limitación, la extensión de los bienes en custodia: unos merecerán una custodia jurídica con extensión nacional, otros provincial o municipal", de cualquier manera la doctrina administrativista, mayoritariamente, afirma que en principio, el poder de policía corresponde a las provincias; se trata de una potestad que éstas se reservaron al constituir la unión nacional; excepcionalmente, corresponde a la Nación cuando ésta ejercite atribuciones que la Constitución le otorga expresa o implícitamente, o cuando el ejercicio de idénticas atribuciones por las provincias resulte "incompatible" con igual ejercicio por parte de la Nación (Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", 4° ed., Bs. As., A. Perrot, 1987, T. IV, n° 1527).

Por otro lado el poder de policía ha estado siempre estrechamente unido al derecho municipal; en tal sentido, calificados autores enseñan que el derecho alemán anterior a la Constitución, produjo un desdoblamiento de la actividad de la policía que contribuyó a insertar su origen en la institución municipal. Hay entonces dos ámbitos de competencia para la policía: la defensa de la unidad

estatal, a cargo del príncipe y el mantenimiento del orden y la tranquilidad pública y la satisfacción inmediata de las necesidades de villas y ciudades, a cargo de sus consejos directivos (Conf. Muratorio J., "Algunos aspectos del poder de policía municipal", E.D. 155-700).

En el caso particular del municipio, se afirma que esta atribución debe ser amplia, en la medida en que sobre el municipio recae la mayor parte de los problemas urbanísticos y quienes distinguen entre policía y poder de policía insisten en que las funciones de policía son esenciales en el gobierno del municipio (Altamira, Pedro G., "Policía y poder de policía", Bs. As., A. Perrot, 1963, pág. 227; Greca, Alcides, "Derecho y Ciencia de la administración municipal", 2° ed., Santa Fe, ed. de la Universidad, 1943, T. II, págs. 135 y ss.). "Una municipalidad que no gozara de atribuciones de orden policial sería una municipalidad avasallada, carente de contenido, y en ella aparecería subvertido el régimen municipal" (Elguera, Alberto, "Policía municipal", Bs. As., Depalma, 1963, pág. 23). Esta posición está fuertemente respaldada por el artículo 123 de la Constitución nacional que afirma: "Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

Finalmente, en lo que hace al control judicial del ejercicio del poder de policía ha dicho Fiorini, seguido por otros administrativistas (Fiorini, Bartolomé, "Poder de policía", Bs. As., ed. Alfa, 1958, pág. 146; Elguera, Alberto, "Policía municipal", Bs. As., Depalma, 1963, pág. 29 y ss.) cuando enumera cuatro principios nacidos de la jurisprudencia y de la lógica jurídica para que el ejercicio del poder de policía sea constitucionalmente legítimo: la razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas sancionadas.

7.2. Criterios de reparto de competencias entre la Nación y las Provincias.

Al respecto la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la Const. nac.).

Es por ello que el art. 121 de la Constitución nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución nacional y la razonabilidad, que es requisito de



Poder Judicial

todo acto legítimo (Fallos:330:3098).

Así lo ha interpretado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional- cuando expuso que "es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio" (Fallos:7:150).

Que todo ello se enmarca en la conformación del Estado Federal, el que "se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente" (García Pelayo, Manuel "Derecho Constitucional Comparado", Alianza Editores, Madrid, 1993).

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son "Las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación" (González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional", Imprenta Buenos Aires, G.Kraft, 1943). Y es la organización del gobierno autónomo de las provincias dentro del Estado Federal, lo que determina los objetos, formas y condiciones en el ejercicio de la autoridad local.

La Corte nacional ha puesto de resalto, las especiales características con que la Constitución nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos:334:891).

Establecidos los criterios de reparto de competencias y los principios orientadores, corresponde señalar que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien lo han acentuado.

En efecto, Pedro José Frías, al evaluar la incidencia de la reforma en el capítulo federal, pone de resalto el carácter contractual antes que estático del actual federalismo; la mayor participación de las provincias y de

los órganos legislativos; la promoción del desarrollo humano con justicia social; las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural; los poderes de policía e imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran en sus fines; transferencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales (Frías, Pedro José "El Federalismo en la Reforma Constitucional", La Ley, Tomo 1994 D. Sec. Doctrina, págs. 1123 y ss.).

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los artículos 41; 43; 75, incs. 17, 19 y 30; y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las Provincias.

Sobre dicha interrelación Rosatti señala que en materia de distribución de competencias entre el Estado nacional y los Estados miembros, las previsiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto. Al respecto, afirma que no son pocos los casos en que las provincias y el Estado nacional reivindican un tema como propio de su competencia, incorporándolo dentro de la esfera del "poder residual" o del "poder implícito", respectivamente. El problema -continúa diciendo el autor- no es que existan estas "zonas grises" en materia de competencias pues ello es inevitable en todo régimen federal; el problema es que no exista un criterio previsible y razonable de resolución de las disputas.

En torno a dicho tópico cabe destacar su noción de federalismo conjuntivo por oposición a la del federalismo disyuntivo, que tiene la ventaja de la asignación inequívoca de responsabilidades empero la desventaja de su falta de elasticidad para encarar un problema- pues sin dudas es más creativo y deja abierta múltiples formas de colaboración entre las partes ("Tratado de Derecho Constitucional", Tomo II, Horacio Rosatti, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2001, págs. 541 a 684) y resulta aplicable a la presente causa.

Siguiendo ese orden de ideas, las obligaciones que atañen a la Nación en materias de fomento, promoción de la industria, prosperidad, paz social, defensa, salud, moralidad, orden público y en general de bien común, no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no



Poder Judicial

dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

7.3. Aplicación de las pautas rectoras al caso.

Una vez más se impone reiterar las finalidades perseguidas por la norma. Se destacan, entre otras, la reconducción de las costumbres de consumo a fin de proveer una mejora en la calidad de vida de la comunidad; la reconstitución de un entramado de micro capital y de trabajo; la mejora de la calidad de vida de la comunidad; la protección de la pequeña y mediana empresa; la igualdad de oportunidades competitivas entre los distintos segmentos empresarios; la reivindicación de los pequeños emprendimientos; la posibilitación del encuentro familiar; la garantía para los trabajadores y pequeños empresarios del descanso en el día en que el mismo es compartido por la mayoría de los miembros de la sociedad; la dignidad y humanización del trabajo y del trabajador; el respeto del descanso dominical para revalorizar la dignidad humana y el trabajo, etc. (cfr. pto. 6.5 "in fine").

Estos objetivos específicos perseguidos por la ley se encuentran aprehendidos en el entramado normativo de la regulación estatal provincial, específicamente en el ámbito de las atribuciones concurrentes en materia de poder de policía de bienestar (arts. 75, inc. 18 y 125, C.N.).

En consecuencia, la reglamentación sobre apertura y cierre de los establecimientos y servicios en la ley 13441 es un tema esencialmente de promoción del bienestar general, materia que admiten que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente.

En efecto, esta ley responde a la dinámica de la distribución de competencias en este campo entre ambas jurisdicciones puesto que la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas-, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Una vez despejado el fundamento de habilitación constitucional de la Provincia de Santa Fe para legislar en la especie, corresponde examinar el alcance que esa regulación impone.

En su esfera de injerencia, es incuestionable que el poder de policía corresponde a la provincia de Santa Fe y ésta lo ha ejercido dentro de su territorio y en el contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre las provincias y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental.

En tal sentido, in re "Nobleza Piccardo S.A.I.F.y F. contra Provincia de Santa Fe sobre acción declarativa de inconstitucionalidad" del 27 de octubre de 2015, la Corte nacional rechazó la acción declarativa promovida por una empresa tabacalera contra la Provincia de Santa Fe, a los

efectos de declarar inconstitucional la ley que creó el programa de control de tabaquismo, regulando la promoción y publicidad de productos derivados del tabaco; y en dicha oportunidad consideró -en lo que aquí es de interés- que "No obstante tratarse la promoción y publicidad de productos derivados del tabaco de una facultad compartida con el Gobierno nacional, las políticas intergubernamentales son muestra cabal de la forma de gobierno actual, lo cual implica necesariamente que tal cuestión pueda ser legislada tanto por la Nación como las provincias en forma conjunta y simultánea"; y que "considerar que los contenidos de todas las relaciones jurídicas deben estar definidos por el Congreso nacional, llevaría a la virtual eliminación de las potestades jurígenas de la Provincia, lo cual no se compadece ni con la más elemental lógica, ni con la estructura jurídica diseñada por el Constituyente nacional".

Resta aclarar que la llamada "ley antitabaco" de la Provincia de Santa Fe número 12432, sancionada en el año 2005, fue pionera en el país y aun cuando en sus antípodas encontró fuerte resistencia en los sectores afectados -tanto empresas como consumidores- con el devenir del tiempo se replicó en todo el territorio argentino, a instancias de sus Asambleas legislativas locales en un orden de progresividad en defensa de la protección de la salud. Recién en el año 2011 se sancionó, luego de años de debate, la ley nacional 26687 de control de tabaco, que puso al resto del país en las mismas condiciones que la Provincia de Santa Fe, en lo que constituyó, sin dudas, un hecho de trascendencia histórica para la salud pública.

En esos términos, la exegética propuesta determina que las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales, en áreas tales como la salud, o en su caso, en materias como el medio ambiente en las que se prevé la complementación provincial de acuerdo a específicas circunstancias locales.

De ello dan cuenta los fallos de este Tribunal en torno al paradigma ambiental, en el que el derecho de dominio encontró una intensa limitación (cfr. "Matassa" A. y S. T. 260, pág. 462; "Sanitek" A. y T. 183, págs. 189/225, 29.10.2002; "Servi Sur S.R.L.", T. 192, págs. 94/97, 24.9.2003; "Conquer" T. 195, págs. 239/243, 10.3.2004; "Municipalidad de Esperanza" T. 213, págs. 105/123, 25.04.2006; "Bolatti" T. 226, págs. 431/433; 20.08.2008; "Peralta" T. 247, págs. 435/440, 13.02.2013; "Wettstein" T. 251, págs. 490/496, 26.08.2013; "Municipalidad de Reconquista" T. 254, págs. 420/424, 26.12.2013; "Lamas", T. 255, págs. 240/248, 18.02.2014, entre muchos otros).

En relación a la tutela del ambiente y la salud esta Corte ha dicho que "...la Administración pública resulta la encargada, en cada caso, de imponer las limitaciones administrativas en materia de medio ambiente y salubridad y exterioriza esta facultad a través de diferentes actos administrativos en ejercicio de una potestad administrativa.



Poder Judicial

Nótese que, es precisamente, en cumplimiento de dicha tarea donde se patentizan numerosos conflictos que resultan atravesados por el paradigma ambiental, y que al judicializarse, arriban cada vez con mayor frecuencia ante esta Corte..."; que "...por supuesto la complejidad de la materia requiere que las competencias ambientales y su incidencia en los distintos niveles de gobierno en un país federal sean acordadas, consensuadas y cumplidas en armonía, ya que la superposición normativa, en algunos casos genera situaciones confusas"; que "...El tema fue precisado con la reforma constitucional de 1994 al artículo 41, que reconoció a todos los habitantes el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, imponiendo también el deber de preservarlo. En los términos de dicho precepto normativo el Estado federal dicta normas mínimas que conforman un piso, y las provincias quedan habilitadas a colocar un techo más alto para complementarlas".

En definitiva, según doctrina de la Corte nacional, las provincias pueden ejercer las atribuciones concurrentes en materia de poder de policía de bienestar (art. 75 inc. 18), salvo que: a) el Congreso Federal prohibiese de modo inequívoco y con base en la cláusula para el progreso, el ejercicio, por parte de las provincias, de la misma atribución o b) que, en el caso de no existir tal veda inequívoca, se demuestre que la puesta en ejercicio de la atribución local, dificulta o impide el cumplimiento de los propósitos contenidos en la normativa federal (Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", 4ta Edición ampliada y actualizada, Tomo II, pág. 198), ninguno de estos supuestos se configura en el "sub iudice".

En suma, la Provincia pudo válidamente en claro ejercicio de su poder de policía local dictar la ley 13441 regulando la apertura y cierre de los establecimientos locales en determinados días y horas, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 75, inciso 18 y 125 de la Ley Suprema, habida cuenta que tanto el Congreso como las Provincias tienen facultades concurrentes para dictar leyes en la materia.

8. El siguiente examen concierne a la interpretación y alcance de la ley 10787 de adhesión al decreto nacional de desregulación 2284/91 y sus implicancias jurídicas al caso.

El decreto 2284/1991 (ratificado por ley nacional 24307), es una norma dictada por el Poder Ejecutivo nacional con la peculiaridad de que rige en el ámbito nacional y en el de las provincias que expresen su voluntad de incorporarse al régimen previsto por la misma entre las que se cuenta la Provincia de Santa Fe, que adhirió en los términos de la ley 10787, incluyendo de esta forma -en lo que respecta al caso- al artículo 18 de aquella regulación, en el derecho público interno del Estado provincial.

La ley de desregulación "invitó" a las provincias a adherirse, con lo cual ese dato en su gestación institucional es más que importante para establecer, en lo

que aquí interesa, que el cierre o la apertura de establecimientos en determinados días y horas estaba en manos de la provincia invitada.

Este es el fundamento propio de la adhesión, que representa un compromiso de acatar ciertas disposiciones. En el caso, las que hacen a la desregulación nacional.

El procedimiento de la adhesión supone que antes de ella, el Estado provincial realiza un análisis de las disposiciones nacionales para determinar si se adaptan a las suyas y establecer -en su caso- los métodos más apropiados para promover al cumplimiento de aquéllas en su órbita.

La adhesión requiere que el organismo apropiado (la Asamblea local o el Gobierno, o una combinación de todos ellos) acepte adoptar las obligaciones pertinentes de conformidad con los procedimientos constitucionales adecuados y que se prepare el instrumento de adhesión.

Sobre la materia ha señalado esta Corte que "ese concepto de adhesión y su vinculación a los compromisos y efectos entre las jurisdicciones que lo suscribieron, no puede implicar de modo simultáneo una declinación de las potestades legisferantes constitucionalmente atribuidas" (cfr. "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", del 20.09.2006, A. y S. T. 216, págs. 8/27).

En efecto, la Provincia de Santa Fe al adherir mediante una ley formal, la ley 10787 (B.O. 04.02.1992) dictada por la Legislatura en ejercicio de sus facultades, se alinea o hace suyos los preceptos de una ley nacional que ingresarán a su propio ámbito provincial, adquiriendo ribetes de derecho público local.

En una palabra, si el Ejecutivo nacional invitó a través del decreto 2284/1991 -ratificado por ley nacional 24307- a adherir a las provincias argentinas, ello quiere significar que el Régimen nacional de desregulación no podía ser impuesto "per se", sino que necesitaba de una ley provincial que mediante su "adhesión" unificara los criterios imperantes en todo el país en la década del 90, de lo contrario, hubiese sido innecesaria la adhesión.

Consecuencia de lo expuesto, es que no podría razonablemente sostenerse que la misma Legislatura santafesina pudiese estar inhibida de producir al respecto modificaciones al régimen.

No se advierte que la adhesión al decreto de desregulación económica pueda implicar "per se" una limitación absoluta y "sine die" de facultades que ostenta la Provincia de Santa Fe en lo relativo a la apertura y cierre de sus establecimientos, ni tampoco puede extraerse del referido decreto una prohibición, renuncia o declinación a introducir reformas en tal sentido, en tanto y en cuanto se respeten los lineamientos generales, las políticas acordadas y la finalidad perseguida en aquél (cfr. criterio de A. y S. T. 216, págs. 8/27, ant. cit.).

Además, la razón indica que si en la ley 10787, la Provincia no estableció un plazo de vigencia o duración, ello no puede significar que se ligó jurídicamente en forma



Poder Judicial

perpetua (cfr. criterio de Fallos:311:1337).

Por otra parte, resulta de toda lógica entender que la forma de adecuación concreta de las distintas reglamentaciones locales al régimen de desregulación quedó librada al "criterio técnico" de la Provincia. Máxime teniendo en cuenta que, mediante la ley 10787, la Provincia no manifestó una adhesión plena y sin reservas al régimen del decreto 2284/1991, sino que se limitó a adherir "a los principios de desregulación" fijados por el mismo, dejando librado a la Legislatura y al Poder Ejecutivo, en sus respectivos ámbitos de competencia, la compatibilización de las reglas provinciales con los referidos principios.

9. Determinada la naturaleza y alcance de la norma provincial 10787 se impone ahora analizar sus implicancias a través del juicio de compatibilidad horizontal entre la ley 13441 impugnada con la ley 10787.

El conflicto radica específicamente en que el artículo 18 del decreto 2284 del año 1991 -que incorporó la Provincia a través de la ley 10787- ordenó la supresión de toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador; mientras que la ley 13441 del año 2014 dispuso recientemente que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios deberán permanecer cerrados los días domingos, los feriados nacionales y el día del empleado de comercio, fijando el rango horario de apertura y cierre para los días restantes (cfr. art. 3 y 4, ley 13441).

Reconocida entonces la contradicción normativa entre dos normas -leyes 10787 y 13441- la teoría general del derecho enseña que en esa hipótesis, puede recurrirse para su resolución a los criterios de superioridad, especialidad y el de la temporalidad (A y S. T. 79, pág. 91).

En cuanto a la pauta de superioridad indudablemente no resulta aplicable al caso desde que nos encontramos frente a dos normas de igual jerarquía o rango; en efecto, tan ley es la 10787 como la ley 13441. En cuanto a la pauta de especialidad, no se advierte que pueda convalidarse su utilización pues la ley 13441 no reviste como ley especial. Por tanto, admitida la contradicción entre dos leyes y habiéndose descartado los otros dos criterios, cabe la resolución de este conflicto privilegiando a la ley más moderna o dictada con posterioridad.

Sintetizando: se está ante dos leyes que para hipótesis similares contemplan consecuencias contradictorias (leyes 10787 y 13441), y en razón de su equivalente jerarquía, y de que es dudosa la proyección de la especialidad normativa, sólo cabe el recurso de la temporalidad para dirimir aquel conflicto.

En lo que aquí importa, ley posterior deroga la ley anterior: esta ley importó reasumir una competencia en lo que respecta a la apertura y cierre de establecimientos comerciales y de servicios para determinados días y horas.

Tan solo este aspecto del Régimen de desregulación ha sido derogado en base a este principio.

Dentro de ese esquema puede razonablemente interpretarse entonces que se ha reasumido la potestad reglamentaria desplegada por la Provincia mediante la ley 13441 en lo que hace a la materia específica de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales y/o de servicios, y, que en aquella reasunción -que se da luego de más de dos décadas- el dictado de la ley 13441 no entró en colisión con los principios de desregulación, ni vino ahora a frustrar el objeto y fin de la ley 10787, ello máxime si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde su celebración (la ley 10787 fue publicada en el boletín oficial en febrero de 1992 y la ley 13441 fue publicada en el boletín oficial el 5.12.2014).

Esta reasunción de las potestades reglamentarias, lo es sin perjuicio de los derechos fundamentales del trabajador, y se circunscribe a un aspecto acotado, tan solo al de la de apertura y cierre de los establecimientos comerciales y/o de servicios determinados días y horas -sin horadar otros aspectos del régimen de desregulación-, por lo cual se descarta una incongruencia normativa que genere un enfrentamiento inconciliable entre leyes del mismo rango.

En lo relativo a la competencia material del municipio en razón del modo en que fue dictada la ley provincial 13441 (cfr. art. 9, ley 13441), la Municipalidad de Rosario quedó habilitada para optar por ponerla en vigencia efectiva en el ámbito de sus respectivos territorios e incluso "para regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades locales"; en consecuencia, tampoco desde la óptica del ejercicio del poder de policía municipal se ha configurado en el "sub examine" algún supuesto de invasión de esferas de competencia o de violación al orden formal de jerarquía normativa.

10. Resta examinar la razonabilidad de la medida legislativa provincial con adhesión municipal en el plano sustantivo -material o de contenido-.

En concreto, el análisis se dirige derechamente a verificar si la ley 13441 -y la ordenanza que adhirió a ella en el marco de lo dispuesto en el artículo 9 de su texto-, resulta compatible con la Constitución nacional o importa una restricción desproporcionada de las libertades económicas y comerciales de la empresa garantizados por aquélla (art. 14, C.N).

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos:31:273, la Corte nacional ha reconocido al Poder legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28



Poder Judicial

y 31 de la Constitución nacional y Fallos:249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188; entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal nacional ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad.

Esto implica que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Const. nac.).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos:313:1638; 330:855 y 334:516).

En este contexto fáctico y jurídico desarrollado a lo largo del presente y de conformidad con los criterios señalados en los considerandos anteriores, la ley provincial es razonable.

En primer lugar, porque persigue una finalidad constitucionalmente válida. La Ley Fundamental no solo permite sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la seguridad, la salud y la moralidad de la población. Además, el derecho vigente en nuestro país admite y persigue, como objetivo legítimo el bienestar general de la comunidad, más allá de las eventuales desventajas que esto podría generar en las empresas alcanzadas por la ley.

En segundo lugar, porque los medios elegidos son adecuados y proporcionados: la prohibición de apertura los días domingos y feriados resulta conducente para lograr la modificación de los hábitos de consumo y facilitar el encuentro familiar y para proteger a las pequeñas y medianas empresas y, a su vez, no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas alcanzadas por la prohibición (los supermercados, autoservicios, hipermercados o megamercados cuyos locales superen cierta superficie mínima).

En este punto, es especialmente relevante destacar que no se ha acreditado, que la regulación de apertura y cierre de establecimientos afecte la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la producción, distribución y venta de estas mercancías.

En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

La Constitución nacional no genera otra exigencia que la de un régimen de apertura y cierre de establecimientos que permita el inicio y mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que pueden

impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad.

Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal del Legislador provincial el optar por un régimen limitativo en lo que hace a la apertura y cierre de los establecimientos en determinados días y horas o -por el contrario- de libertad, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de los derechos de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica garantizados por nuestra Carta Magna nacional.

En definitiva, la elección legislativa y el ejercicio de la opción por parte de los Municipios por un régimen limitativo puede condicionar el ejercicio de la actividad comercial, pero no lo impide.

Este condicionamiento se deja al ámbito de la libre configuración legal del Estado provincial con el único límite de que la actuación del Legislador local no sea irracional, desproporcionada o arbitraria.

De acuerdo a los principios constitucionales examinados, los contenidos normativos de la ley han de reputarse como aquellos que no limitan a la Autoridad Provincial, ni impiden desarrollarlos para garantizar el bien común de sus habitantes, en ejercicio de los poderes locales en el ámbito que, en el caso, la ley debe reconocer, sin que ello implique afectar el marco de razonabilidad que fija el artículo 28 de la Constitución nacional.

Es que la facultad ejercida por la Provincia de Santa Fe a través de la ley 13441 para regular lo atinente a la apertura y cierre de establecimientos comerciales y/o de servicios en su territorio no se revela como desproporcionada con las finalidades de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades de forma razonable, y no arbitraria, en tanto se basó en múltiples propósitos que, en suma, se reconducen en el bienestar de su propia comunidad y se reputan legítimamente adoptados en la jurisdicción provincial, sin que se configure agravio constitucional, atento a los derechos afectados.

El legislador provincial, al considerar la admisibilidad de la restricción legal prevista en la ley 13441, estimó que ella se justificaba en razón de los efectos positivos que se traducirán en el bienestar para los habitantes de las ciudades y comunas que opten por adherir a la ley en función de las particularidades de su localidad (art. 9, ley 13441).

Ello habilita la posibilidad que por estos "fines constitucionalmente valiosos" se impongan restricciones a la empresa y al ámbito protegido de la libertad comercial.

En esa inteligencia es que la Provincia de Santa Fe avanzó en la regulación y redujo -salvo las excepciones previstas- el ámbito de acción de las empresas con cierta cantidad de metros cuadrados de superficie ordenando que deberán permanecer cerradas los días domingos y feriados, y en igual sentido, la ordenanza municipal 9516 de Rosario ratificó esa decisión legislativa al manifestar su adhesión plena y libre compatibilizando los alcances de aplicación con



Poder Judicial

las particularidades de su ciudad, significando hoy aquel bloque normativo "una verdadera valla de protección a los beneficios alcanzados por la comunidad" gracias a la expresión normativa genuina de las potestades locales.

El modo en que lo hicieron debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable, que no se advierte en el "sub judice".

Esta conclusión no se ve conmovida por la alegada desigualdad de trato generada por la Ordenanza Municipal 9516 de Rosario, pues tal como señaló el Procurador General, ello sólo fue objeto de reflexión por parte del vocal doctor Cúneo, por lo que no cabe a esta Corte expedirse sobre esta cuestión que ha quedado fuera de los límites de los recursos de inconstitucionalidad articulados por las peticionantes, no obstante ello debe destacarse que la adhesión municipal -que tornó posible la efectividad de la ley 13441- se limitó a implementar el régimen sancionado por la Provincia en un acto de aplicación o traslación al ámbito municipal del ordenamiento normativo provincial.

Así luce plasmado en los considerandos de la Ordenanza 9516 donde el Concejo Municipal de Rosario deja constancia que -a través de sus Comisiones de Gobierno y de Producción y Promoción del Empleo- ha tomado en cuenta los diferentes expedientes ingresados en relación a la adhesión a la ley provincial 13441 y en especial, la vigencia de su artículo 9 el que dispone "La entrada en vigencia de la presente Ley en cada Municipio y Comuna, deberá decidirse por una Ordenanza de adhesión, la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada Localidad" (el subrayado me pertenece). Manifiesta asimismo "Que la Ley Provincial en los considerandos del Decreto Reglamentario 0689/15, expresamente celebra la sanción de un marco legal con competencia territorial en toda nuestra Provincia" y faculta a los Municipios a adherirse a la misma"; "Que por dicha Ley y su Decreto Reglamentario manda 'coordinar y consensuar un obrar conjunto' con los municipios compatibilizando los alcances de aplicación con las particularidades de cada Ciudad, ya que de no lograr la adhesión de los mismos (Municipios) la efectividad de la norma provincial se tomaría ilusoria"; "Que para que la norma provincial resulte de aplicación efectiva, es necesario la adhesión de los Municipios, ya que sin dicha adhesión la implementación de la norma provincial deviene abstracta. Con el objetivo de que no se torne ilusorio lo sancionado por la Ley 13441, atento al rango constitucional de preeminencia de la norma provincial por sobre las normas municipales siendo la presente Ordenanza una consecuencia directa de lo sancionado en la norma provincial madre reglamentada por decreto 0689/15".

Por lo demás, la Municipalidad de Rosario en otras oportunidades ha acudido a los parámetros establecidos por la ley 12069 de grandes superficies comerciales para establecer distinciones en protección del comercio local sujetando a los establecimientos comerciales con determinadas superficies mínimas y máximas a los topes y

definiciones contenidas en aquella ley provincial a los fines de la aplicación de ciertas reglamentaciones locales (cfr. ordenanza 7790, 15.12.2004).

Echa de verse que el legislador provincial al considerar la admisibilidad de la restricción legal prevista en la ley 13441 en cuanto a la apertura y cierre de ciertos establecimientos comerciales y servicios, estimó que ella se justificaba en razón de los efectos positivos que se traducirán en el bienestar para los habitantes de las ciudades y comunas que opten por adherir a la ley "en función de las particularidades de su localidad" y en esos términos la redacción del artículo 9 de la ley 13441, evidencia la concordancia y respeto por el régimen municipal garantizado por la Constitución nacional, estableciendo incluso que cada Municipio o Comuna puede determinar el momento de la puesta en vigencia del nuevo régimen en la órbita de su localidad (cfr. art. 4 de la Ord. 9516).

El mero hecho de que la ley 13441 haya optado por un régimen restrictivo para la apertura y cierre de los establecimientos comerciales y/o de servicios, al que adhirió libremente el Municipio de Rosario en su esfera de competencia local, no hace de ella un acto legislativo arbitrario e inconstitucional, porque en atención a las facultades del Poder Judicial es doctrina reiterada de la Corte Federal que no incumbe a los jueces el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones y no corresponde sustituirlo, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado aquel juicio de mérito u oportunidad para las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades.

En suma, la legislación impugnada constituye la expresión de políticas legislativas relacionadas con las particularidades socioculturales regionales de nuestra Provincia y en ese norte han reglamentado la apertura y el cierre de los establecimientos comerciales persiguiendo objetivos que -en su conjunto- hacen al bienestar general de la comunidad (según el criterio de otros poderes), sin que ello configure restricción ilegítima a las libertades de comerciar y ejercer toda industria lícita de las empresas amparistas.

Por ende, la impugnación constitucional de la ley 13441 y de la ordenanza de la Municipalidad de Rosario no puede prosperar.

Con este panorama, la normativa cuestionada guarda coherencia con la Constitución y supera el test de razonabilidad.

A mayor abundamiento, quiero terminar este desarrollo obsequiando una idea enriquecedora al respecto del federalismo en Argentina, pues considero que la complejidad del asunto tal como ha llegado ante esta Corte, se relaciona hoy profundamente con nuestra concepción del Federalismo Argentino.

En palabras de Rosatti (ant. cit.) el modelo argentino



Poder Judicial

ha seguido la perspectiva del "federalismo ideario" (en oposición al federalismo como técnica), pues en nuestro país, el federalismo comenzó siendo una impresión, una idea, un sentimiento, una particular manera de interpretar el mando, en donde se privilegiaron -tal vez en detrimento de otros factores como la unidad de lo potencialmente unificable o el orden interno- la libertad y el respeto (casi el culto) por lo vernáculo: "Se fue federal por instinto de libertad y de autonomía", dice Ramella, y agrega José Luis Romero que -aunque impreciso y poco ortodoxo- el federalismo autóctono tenía "la fuerza de las convicciones seculares y el vigor de las reacciones primigenias".

Desde esa perspectiva, la del Federalismo como ideario, afirma que "...cada Estado debe tener constantemente presente la motivación genética de su descentralización político territorial, como así también "constatar" en distintos momentos de su decurso histórico si tal motivación original continúa vigente"...y que la "causa vindicante" del federalismo de un país es el parámetro realista al que deben adaptarse los proyectos y con el que deben medirse los sacrificios generacionales.

Para finalizar: los proyectos podrán ser más o menos ambiciosos y los sacrificios mayores o menores; generaran consenso o rechazo en la medida en que se consideren congruentes o incongruentes con una línea de doctrina (una semirrecta) que reconocerá su origen puntual -según sea el caso- en la búsqueda de la eficiencia o en el reflejo de un ideario.

11. Por los fundamentos expresados considero que debe hacerse lugar a los recursos interpuestos y revocarse, en consecuencia, la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza de adhesión 9516 de la Municipalidad de Rosario, debiendo devolverse los autos al Tribunal de origen para que se pronuncie nuevamente, de conformidad con la doctrina constitucional aceptada en el presente (art. 12, párr. 2°, ley 7055).

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por su orden en todas las instancias.

Voto, pues, por la afirmativa y con el alcance indicado.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Ingresando en el examen de procedencia de los recursos en cuanto han sido materia de concesión, corresponde puntualizar que en autos se encuentra puesta en cuestión la validez de una ley provincial y de una ordenanza municipal de adhesión a aquélla, bajo la pretensión de avanzar sobre materias expresamente delegadas al Congreso nacional (art. 75 inc. 12, Const. nac.) y de restringir arbitrariamente, mediante una discriminación irrazonable, los derechos constitucionales de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica (arts. 14 Const. nac. y 15 Const. prov.).

La postulación es subsumible en la hipótesis prevista en el artículo 1 inciso 1) de la ley 7055.

2. El marco normativo en el que se desenvuelve la controversia se compone por la ley provincial 13441, por la cual la Legislatura ha dispuesto que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios deberán permanecer cerrados los días domingos y los feriados nacionales allí detallados taxativamente, extendiendo la restricción al día del empleado de comercio -a concretarse anualmente el miércoles de la última semana del mes de septiembre-, y fijando asimismo el rango horario de apertura y cierre para los días restantes.

La propia ley provincial indica a continuación los establecimientos, locales y actividades excluidas de tales limitaciones, a saber: los establecimientos comerciales atendidos por sus dueños que no superen los 120 metros cuadrados de superficie; los establecimientos ubicados en las estaciones terminales de transporte; los locales que se encuentren en centros y/o paseos comerciales que no superen los 200 metros cuadrados de superficie; la recepción, distribución y venta de diarios, periódicos y revistas; los servicios velatorios y de sepelio; las farmacias; los servicios esenciales de salud, transporte, hotelería, telecomunicación -excepto que realicen ventas comerciales-, expendio de combustibles; los establecimientos cuya actividad principal sea elaboración y/o venta de pan, pastelería, repostería, heladería, comidas preparadas, restaurantes, bares; los videoclubes, florerías, ferreterías; los teatros, cines, juegos infantiles, circos y todos aquellos destinados a esparcimiento; los establecimientos dedicados a la venta de libros, música y videos de películas y/o similares; los mercados de abasto de concentración de carnes, aves y huevos, pescados, legumbres y frutas; las ferias y mercados municipales; los establecimientos comerciales o de servicios que, hallándose bajo una misma unidad arquitectónica -shopping y/o galerías comerciales-, cuenten con autorización expresa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia para abrir los días domingos, haciéndolo con recursos humanos provenientes de altas de primer empleo, convenios de pasantías y de programas promoción de empleo, tanto nacionales como provinciales -excepto que se trate de supermercados, autoservicios, hipermercados, megamercados o cualquier otra denominación que adopten y superen los 120 metros cuadrados de superficie-.

En la misma ley se designan como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al Ministerio de la Producción, y seguidamente se establecen las sanciones -de multa y de clausura temporal- para los distintos supuestos de incumplimiento; y finalmente se determina que su entrada en vigencia en cada Municipio y Comuna deberá decidirse por una ordenanza de adhesión, la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad.

De los fundamentos del proyecto convertido en ley 13441,



Poder Judicial

se desprende que la finalidad perseguida por los legisladores era la reconducción de las costumbres de consumo a fin de promover, de ese modo, una mejora en la calidad de vida de la comunidad, mediante la posibilitación del encuentro familiar, al garantizar a los trabajadores y a los pequeños empresarios el descanso en el día en que el mismo es compartido por la mayoría de los miembros de la sociedad, teniendo en vista la preservación de los valores familiares; asimismo, de los debates parlamentarios surge que la iniciativa tenía en miras promover la mejora de la calidad de vida de los trabajadores mercantiles, al permitirles pasar los domingos y feriados con sus familias. A su turno, por ordenanza 9516/16, la Municipalidad de Rosario manifestó su adhesión a la ley provincial 13441 de regulación de horarios de apertura y cierre en establecimientos comerciales y de servicios; al determinar el alcance de su adhesión, circunscribió la aplicación de tal reglamentación a los supermercados, hipermercados y megamercados conforme a los parámetros establecidos por la ley provincial 12069 de grandes superficies comerciales.

Cabe mencionar aquí que la ley 12069 define a los "supermercados, hipermercados o megamercados" como los establecimientos dedicados a la comercialización, mediante el sistema de autoservicios -aunque algunos sectores sean asistidos directamente por personal de la empresa-, de uno o más rubros correspondientes a alimentos y bebidas, artículos de limpieza y perfumería, indumentaria, calzados y textiles, electrónicos, artículos para el hogar, librería y artículos escolares, flores y plantas, ferretería, bazar y menaje, repuestos y accesorios, materiales para la construcción, para la decoración del hogar, cine, audio, televisión y video, informática y sus insumos, máquinas, herramientas y sus accesorios, y los demás que la reglamentación establezca.

Y a las "grandes superficies comerciales" como los emprendimientos que cumplan con al menos uno de los presentes requisitos: 1) todos los establecimientos de comercialización minorista o mayoristas que realicen ventas minoristas que, en el caso de municipios como el de Rosario de más de 300.000 habitantes, ocupen una superficie de más de 1.200 metros cuadrados cubiertos; 2) los que funcionan bajo una misma razón social, o pertenecen a una misma empresa o grupo de empresas, cuando su volumen de venta de cualquiera de esas empresas en el ejercicio anterior o el previsto, supera los topes establecidos por la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía de la Nación, para la consideración de mediana empresa; 3) las tiendas de descuentos, tiendas de descuentos especiales, o cadenas de distribución con establecimientos de venta minorista, o de mayoristas que realicen ventas minoristas, que constituyen o pertenecen a un mismo grupo económico, o a una firma o a firmas con una misma razón social conformados por uno o más locales de venta, de baja superficie, cuya modalidad de desarrollo logístico y publicitario es común a todos y se caracteriza por poca

exposición de productos en góndolas, presentación a granel o empaque, algunos o la mayoría de ellos de marcas propias, sin mayores espacios para cocheras, explotados por sí mismos o dados en concesión o franquicia; 4) los establecimientos comerciales de carácter colectivo o centros de compras formados por: un conjunto de puntos de venta instalados en un mismo predio, parque o edificación; centros comerciales integrados por varios locales, o edificios en los que se desarrollan actividades comerciales en forma individual por una razón social.

En sus fundamentos, la ordenanza alude a la habilitación conferida a los municipios y comunas por la propia ley 13441 para ponerla en vigencia en el ámbito de sus respectivos territorios y regular sus alcances en función de las particularidades locales; y de su tratamiento en el Concejo municipal surge que siempre estuvo en el primer plano del debate legislativo la reivindicación del derecho de los trabajadores mercantiles al descanso dominical (v. versión taquigráfica de la sesión del 17.03.2016 del Concejo Municipal de la ciudad de Rosario, 2ª Reunión, 2ª Sesión Ordinaria, 1º Período).

3. El examen de la validez constitucional de la normativa provincial y municipal pone de resalto los límites que han de imponerse a la más delicada función de los tribunales, ciñendo su cometido a decidir si en los casos que conocen ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales.

En efecto, por ser la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal un acto de suma gravedad institucional y la "última ratio" del orden jurídico (Fallos:303:248, 1708, 1776; 306:1597; 316:842; 302:1666; 310:211), se requiere que la repugnancia con la cláusula constitucional que se invoca sea manifiesta, clara e indudable (Fallos:314:424; 320:1166 y 325:2600).

En esa inteligencia, la Corte nacional ha sostenido que los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en casos en que la Constitución concede al Congreso nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en el que el ejercicio de idénticas potestades ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellas por éstas últimas (Fallos:302:1181; 320:619, entre otros). Por estas razones, la atribución que tienen los tribunales de declarar inaplicables leyes o actos emanados de otros poderes del Estado nacional o provincial, a título de contrarios a la Constitución o a las leyes nacionales, debe ejercerse con suma prudencia (Fallos:286:76).

Asimismo, cabe tener presente que el diseño del sistema federal en la Constitución nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció (Fallos: 324:3048).



Poder Judicial

Y si bien es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los poderes no delegados de las provincias, también lo es que el ejercicio de las facultades delegadas que la Constitución nacional asigna a la Nación no puede ser enervado por aquéllas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias. "De no ser ello así, aquellos poderes resultarían ilusorios y condenados al fracaso por las mismas provincias que los otorgaron" (Fallos: 329:2975).

Por otro lado, ha dicho la Corte nacional que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el artículo 5 de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido (Fallos:312:326); y que el artículo 123 de la Constitución nacional admite un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el artículo 123 (cfr. Fallos:325:1249; 328:175).

También es apropiado recordar que, en el tratamiento de la cuestión federal, la tarea de esta Corte no se encuentra limitada por los fundamentos de la sentencia impugnada ni por los argumentos expresados por las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (arg. Fallos:307:1457; 315:1492; 330:2416, entre muchos otros).

4. En ese marco de reflexión, se comparte la conclusión contenida en el núcleo sentencial del voto mayoritario de la Alzada, referente a que la ley 13441 y la ordenanza municipal 9516/16 de adhesión a la misma exceden el ejercicio del poder de policía e incursionan en materia laboral sustancial delegada al Congreso nacional por imperio del artículo 75 inciso 12 de la Carta Magna.

Y ello surge evidente y manifiesto a partir de la confesada finalidad de la normativa impugnada, en cuanto persigue mejorar la calidad de vida de los trabajadores mercantiles por vía de garantizarles el descanso semanal los días domingos y feriados, aun cuando ello se hiciera bajo el pretexto del ejercicio del poder de policía que supuestamente compete a legisladores y concejales, mediante el subterfugio de fijar días y horas para la apertura y cierre de ciertos establecimientos comerciales.

En efecto, cabe rememorar que en "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L." (Fallos:308:2569) -cuya doctrina fue seguida por este Tribunal en "Acosta c. Villber S.A." (A. y

S., T. 64, pág. 473)- la Corte nacional actuando en instancia originaria había señalado, en línea con sus propios precedentes (Fallos:233:156; 235:379; 238:209), que lo atinente a la extensión de la jornada de trabajo -y, cabe agregar, a su contracara: el descanso del trabajador- forma parte del contenido del Código del Trabajo que, por imperio de lo dispuesto en el artículo 67, inciso 11 (actualmente, art. 75, inc. 12, Const. nac.), corresponde dictar al Congreso de la Nación; es decir, se trata de una facultad expresamente delegada por las provincias al Gobierno federal.

Y en el uso de tales atribuciones, el legislador nacional mediante la Ley de Contrato de Trabajo 20744 ha regulado expresamente el descanso semanal a través de los artículos 204 a 207 -regulación que hizo extensiva a los feriados nacionales (art. 166, L.C.T.)-, disponiendo en el artículo 204 la prohibición de ocupación del trabajador "desde las trece horas del día sábado hasta las veinticuatro horas del día siguiente, salvo en los casos de excepción previstos en el artículo precedente y los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales".

Es decir, de acuerdo con lo previsto por el derecho laboral sustancial, la regla general en materia de descanso hebdomadario y feriados tiene excepciones, referidas no a la pausa en sí, sino a los días en que ésta se podrá llevar a cabo.

De tal manera, la ley 13441 y la ordenanza municipal 9516/16, al pretender solapadamente avanzar sobre las excepciones previstas en la ley de fondo, resultan violatorias del orden de jerarquía establecido en el artículo 31 de la Norma Fundamental (en igual sentido, v. T.S.J. de Córdoba, 15.08.2006, "Super Imperio S.A.", RC J 2330/06; S.T.J. del Chaco, sentencia 345 del 18.11.2010, "Daoxing, Lin").

Cabe acotar, en cuanto al significado de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Coto C.I.C.S.A. c. provincia de Santa Fe s/ amparo" (Fallos: 339:525) -donde se planteaba una situación análoga a la propuesta en el "sub examine"-, que lo allí expresado en el sentido de que en aquel caso no se configuraban las circunstancias valoradas en "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L." (cons. 11), integró el cúmulo de fundamentos empleados por el Alto Tribunal para resolver únicamente sobre el rechazo de la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución nacional, dejando expresamente a salvo la posibilidad de ventilar los aspectos federales que el litigio pudiere comprender por la vía del recurso extraordinario (cons. 10).

5. Pero aun de aceptarse, hipotéticamente, que la ley 13441 y la ordenanza 9516/16 no legislarían propiamente sobre el descanso semanal del trabajador ni sobre la prestación de servicios en días feriados sino que, en verdad, al



Poder Judicial

reglamentar los horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales en el territorio provincial, se insertarían más bien en el entramado normativo de la regulación estatal de la economía -a modo de ejercicio del poder de policía del comercio intraprovincial o local-, lo cierto es que incluso desde esta óptica puede advertirse la configuración de un supuesto de violación al orden formal de jerarquía normativa.

Ello pese a que en cuestión de horarios comerciales la Corte nacional tenga declarado que, de acuerdo con lo preceptuado por los arts. 67, inc. 16 y 107 de la Ley Suprema (actualmente, arts. 75, inc. 18 y 125), tanto el Congreso como las Provincias tienen, en principio, facultades concurrentes para dictar leyes sobre "promoción de la industria" (causa "Disco S.A. c. Provincia de Mendoza", por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, Fallos:312:1437).

Es que en autos cabe poner de relieve -como lo hiciera la Corte nacional en la causa "Coto C.I.C.S.A."- que por decreto 2284/1991 del Poder Ejecutivo nacional (ratificado por art. 29 de la ley nacional 24307), entre otras medidas de "desregulación económica" tendientes a "afianzar y profundizar la libertad económica y la Reforma del Estado con el objeto de consolidar la estabilidad económica, evitar distorsiones en el sistema de precios relativos y mejorar la asignación de recursos en la economía nacional, a fin de asegurar una más justa y equitativa distribución del ingreso", se suprimió toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador (art. 18), en el entendimiento de que la eliminación de barreras que impedían la libertad horaria favorecería "a la competencia y a la mejor atención al público de los comercios minoristas de expendio de mercaderías o prestadores de servicios", invitándose a las Provincias a adherir a dicho régimen desregulatorio en lo que a ellas les competiera (art. 119).

Por su parte la Provincia de Santa Fe adhirió, mediante artículo 1 de la ley 10787, a los principios de desregulación fijados por las normas del decreto 2284/1991; asimismo el artículo 2 de la citada ley local estableció que "En el plazo de sesenta días posteriores a la promulgación de esta ley, prorrogables por otros sesenta días más, el Poder Ejecutivo, en la esfera de su competencia, adecuará los decretos, resoluciones y disposiciones de él emanados que contraríen los principios de desregulación a los cuales se adhiere", y que "En el mismo plazo enviará a la Legislatura provincial los Mensajes y Proyectos de Ley necesarios para compatibilizar la legislación provincial vigente a los referidos principios de desregulación".

A su vez, por el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento celebrado entre el Estado nacional y las Provincias de Buenos Aires, Corrientes,

Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán, suscripto el 12 de agosto de 1993 y ratificado por decreto del Poder Ejecutivo nacional 14/1994 -mediante autorización conferida por el artículo 33 de la ley 24307- y aprobado por la Legislatura provincial mediante ley 11094, se acordó la adopción de políticas uniformes que armonizaran y posibilitaran el logro de la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales, entre ellas: dejar sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados, en particular adhiriendo al decreto 2284/1991 en lo que resultara de aplicación provincial y liberando al sector comercial -libre instalación de farmacias, derogación del monopolio de mercados mayoristas, horarios comerciales, etc.- (cláusula primera, apartado 10).

En tales condiciones, la materia del pleito exige, de manera ineludible, interpretar, aplicar y establecer el alcance de dichas normas de adhesión que integran el derecho público provincial, y examinar la compatibilidad de las disposiciones reglamentarias del horario del comercio local contenidas en la ley 13441 con las de desregulación económica y libertad horaria que resultan de aquéllas (cfr. Fallos:339:525, ant. cit.).

Y en esa tarea, hay que destacar que el decreto 2284/1991 ratificado por ley 24307 adoptó la forma de una "ley-convenio", esto es, una norma dictada por el poder nacional con la peculiaridad de que rige en el ámbito nacional y en el de las provincias que expresen su voluntad de incorporarse al régimen previsto por la misma -entre las que se cuenta la Provincia de Santa Fe, que adhirió en los términos de la ley 10787-, importando una suerte de "contrato de adhesión" entre la Nación y las Provincias (cfr. Sagüés, Néstor P., "Elementos de derecho constitucional", 2da. ed., Astrea, 1997, T. 1, págs. 437/439).

Ello, al igual que el Pacto Federal que la Provincia aprobó por ley 11094, comporta por sus alcances y contenido la manifestación positiva del llamado "federalismo de concertación", configurando el "derecho intrafederal" (Fallos:314:862; v. tb. Bidart Campos, Germán J., "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, 1995, T. I, pág. 276) que, una vez ratificado por la Legislatura local, se incorpora al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes-convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal: prueba de su categoría singular es que no es posible su modificación o derogación unilateral por cualquiera de las partes (cfr. Zorraquín Becú, Ricardo, "El Federalismo Argentino", Perrot, 1958, pág. 194; C.S.J.N.,



Poder Judicial

"A.A.G.U.E.R.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros/acción declarativa" del 19.8.1999, Fallos:322:1781).

Y aun cuando se entendiera que ese concepto de adhesión y su vinculación a los compromisos y efectos entre las jurisdicciones que suscribieron el Pacto no podría implicar de modo simultáneo una declinación de las potestades legisferantes constitucionalmente atribuidas, o que la forma de adecuación concreta de las distintas reglamentaciones locales al régimen de desregulación formalizado en los instrumentos intrafederales quedó librada al criterio técnico de cada Provincia, nunca podría llegarse al punto de desconocerse su normatividad, sus lineamientos generales, las políticas acordadas y la finalidad perseguida a través de aquéllos (conf. crit. de esta Corte en "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", A. y S., T. 216, págs. 8/27).

Así pues, habida cuenta de que al adherir mediante ley 10787 a los principios de desregulación fijados por el decreto 2284/1991 -entre ellos el de libertad horaria-, la Provincia había asumido la obligación de compatibilizar la legislación provincial vigente con los referidos principios y de adecuar los decretos, resoluciones y disposiciones que los contrariasen -compromiso que se vio reforzado con la celebración y aprobación del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento-, se sigue que la ulterior sanción y promulgación de la ley 13441, en cuanto impuso restricciones de días y horas para la actividad comercial, vino a entrar en frontal colisión con aquellas disposiciones de derecho intrafederal aún vigentes frustrando su objeto y finalidad y deviniendo, por tanto, inconstitucional (art. 31, Const. nac.), defecto que por carácter transitivo alcanza a la ordenanza 9516/16 (cfr. Fallos:333:2367; 327:1051).

6. Sin perjuicio de que lo anterior es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la medida legislativa provincial con adhesión municipal incluso desde el punto de vista del ejercicio del poder de policía del comercio intraprovincial o local, y en atención a lo ya señalado en cuanto a que la tarea de esta Corte no se encuentra limitada por los fundamentos de la sentencia impugnada ni por los argumentos expresados por las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, a los fines de la completividad de la sentencia cabe examinar, de todas formas, su razonabilidad en el plano sustantivo -material o de contenido-.

Cabe remarcar que la Constitución nacional no consagra derechos absolutos insusceptibles de razonable reglamentación y así lo consigna el artículo 14 de la misma; por lo cual, la impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de los derechos individuales impone la consideración de la razonabilidad de la legislación cuestionada, en orden a cuidar que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución no sean alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28, Const. nac.).

Al respecto la Corte nacional ha expresado que el poder de policía o potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, para asumir validez constitucional, debe reconocer un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos, sin que ello signifique sustituir al criterio de conveniencia o eficacia económica o social del legislador (Fallos:160:247; 171:349; 243:98).

También ha resuelto que "el ejercicio legítimo del poder de policía exige proporcionalidad entre los medios arbitrados para el fin y la consecución de los propósitos perseguidos, de modo tal que la relación entre ambos extremos se presente como indispensable" (Fallos:98:20; 147:402; 150:89; 160:247; 171:349).

Y que la garantía del artículo 16 de la Constitución implica la igualdad para todos los casos idénticos y comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos:123:106). Además, se atribuye a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, pero ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos:326:3142).

Pues bien, en autos la amparista viene acusando a la legislación provincial y municipal bajo examen de causarle agravio, mediante una regulación arbitrariamente discriminatoria -atinenta a la fijación de días y horas para la apertura y cierre de establecimientos comerciales-, a sus derechos constitucionales de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica.

Sobre el particular ha señalado la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que "en opinión de algunos autores, la libertad de horarios es el núcleo duro de las actividades típicamente comerciales o de intermediación, desde que el horario es uno de los factores de la competencia en el mercado (a diferencia de lo que ocurre con las actividades llamadas 'productivas', en las que la cuestión no asume tanta significación)"; destacando que el Tribunal de las Comunidades europeas ha entendido que las normativas nacionales de fijación de horarios comerciales constituyen "la expresión de ciertas opciones relacionadas con las particularidades socioculturales nacionales o regionales" y no configuran restricción ilegítima a la libre circulación de las mercaderías si se imponen las mismas limitaciones a la venta de los productos locales, pudiendo enjuiciarse la proporcionalidad de tales medidas, es decir, analizar si la normativa es objetivamente necesaria para alcanzar la finalidad perseguida (S.C.J. Mendoza, Sala I, 29.12.1998, La Ley Gran Cuyo 1999-247).

Desde tales coordenadas, es preciso recordar que la



Poder Judicial

finalidad perseguida a través de la ley y la ordenanza de marras consistía en reconducir las costumbres de consumo en orden a asegurar a los trabajadores mercantiles el descanso en los días domingos y feriados, con vista en la preservación de los valores familiares.

Ahora bien, de las numerosas exclusiones establecidas en la ley y, por encima de ello, del mayor acotamiento de su alcance conforme los términos de la ordenanza de adhesión, se colige que las mismas afectan exclusivamente a un sector de la economía: el de los "supermercados, hipermercados y megamercados" de "grandes superficies comerciales" (en los términos de la ley 12069).

Tal discriminación efectuada por la ley y la ordenanza entre distintas entidades comerciales carece de razonabilidad, desde que no se compadece con los fines perseguidos, y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a imponer a determinadas entidades comerciales restricciones de las que se excluye a otros establecimientos similares en idénticas condiciones.

Hago aquí mios algunos conceptos volcados en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en una causa similar a la presente (v. autos "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c. Concejo Deliberante de la Ciudad de Río Grande", sentencia del 14.11.2006, publicada en La Ley Patagonia 2007-820).

Es que no se alcanza a comprender cómo puede sostenerse el principio según el cual el trabajador debe tener, al igual que el empresario o empleador, las mismas oportunidades de disfrutar su tiempo y los momentos familiares y, a la vez, para resguardar esos importantes valores, sean única y exclusivamente los empleados de supermercados de grandes superficies quienes han de resultar beneficiados por la normativa en cuestión, mientras que otros trabajadores mercantiles -cuyos servicios resultan sustancialmente análogos a los desarrollados por aquéllos- no se encuentran comprendidos en la misma.

Echa de verse, pues, que los fines perseguidos se contradicen con las propias normas reglamentarias, al resultar en gran parte negados por el mezquino alcance de las mismas.

De igual modo, desde el punto de vista empresarial cabe preguntarse si es proporcionado el sacrificio impuesto exclusivamente a los supermercadistas comprendidos en la ley de grandes superficies comerciales, cuando una importante cantidad de empleados de comercio no habrá de gozar del beneficio concedido en aras de una supuesta integración familiar.

La Provincia hace un distingo en perjuicio de una parte del mercado, cuando se dijo en los fundamentos del proyecto de ley que otro era su objetivo, sin hacer tal distinción.

Así las cosas, la desigualdad impuesta por la ley y agudizada por la ordenanza permite responder de forma negativa al interrogante. Tal como han sido diseñadas, al hacer soportar el peso de la restricción exclusivamente sobre un sector del comercio y desdeñar el cumplimiento de su objetivo respecto de otros sectores de la actividad mercantil, no puede considerarse proporcionado a sus fines el medio -segmentado- que eligieron.

En consecuencia, la normativa en cuestión, al conculcar mediante una discriminación arbitraria los derechos constitucionales de la demandante de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica, no es razonable y, por ende, no guarda coherencia con la Constitución.

7. Resta mencionar, a modo de colofón, que todos los reparos vertidos "ut supra" con respecto a la juridicidad constitucional de la ley 13441 y de la ordenanza 9516/16 estuvieron presentes en los debates legislativos que les precedieron, pese a lo cual parece haber prevalecido otro orden de razones en su sanción (razones políticas en el mejor sentido de la palabra, cuyo acierto o desacierto no incumbe a los jueces evaluar).

En tal sentido, resulta ilustrativa la intervención del legislador Galdeano, quien expuso en la Cámara de Diputados las dudas que desde el punto de vista jurídico surgieron al tratarse el asunto en las comisiones de Asuntos Laborales, Gremiales y de Previsión y de Asuntos Constitucionales y Legislación General, mencionando las objeciones respecto de la facultad de la Legislatura Provincial de abordar el tema de la limitación de la jornada laboral o inclusive la reglamentación de los horarios de atención al público de los establecimientos comerciales, señalando al respecto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos ha reivindicado "las facultades del Congreso Nacional de legislar sobre la cuestión laboral, entendiendo que la jornada de trabajo y el descanso son parte ineludible e inescindible del análisis de la cuestión de fondo en lo que tiene que ver con el derecho laboral y de seguridad social", ello aun cuando la cuestión del descanso dominical sea encarada desde el punto de vista del horario de apertura y cierre de los comercios, siendo que se establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo, destacando asimismo que correspondía una mayor discusión y análisis respecto de los rubros excluidos del ámbito de aplicación de la ley (v. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 03.10.2013, 131º Período Legislativo, 12ª Reunión, Período Ordinario de Sesiones, 12ª Sesión Ordinaria).

En similar dirección se pronunció en el Concejo Municipal de Rosario el concejal Rosúa: expresó que el reclamo histórico vinculado al descanso dominical "al tratarse de la jornada laboral, este tema le correspondía al Congreso de la Nación", pero que con la ley 13441 -a la cual la ordenanza 9516/16 terminaría adhiriendo- "la regulación de un derecho laboral de repente se transformó y asumió el



Poder Judicial

ropaje sobre la legislación de la apertura y cierre de los locales comerciales"; advirtió que "entrando puntualmente a lo que tiene que ver con las expresiones jurídicas, creo que hay cuestiones que van a permitir que se ataque de inconstitucional esta norma", pues "claramente la ley provincial avanza sobre materia reservada al Congreso de la Nación, contraviene el artículo 31 que es el de la supremacía constitucional que dice que las leyes nacionales están por encima de las leyes provinciales, y contraviene el artículo 75 inciso 12 que es el que dice que el Congreso de la Nación es el que está encargado de dictar el Código de Trabajo"; puntualizó además que "el segundo punto que creo que es otro de los ítems por los cuales se lo puede tildar a esta norma de inconstitucional, es que viola el derecho a la igualdad, la no discriminación y el trato equitativo. Cuando me refiero que viola el derecho a la igualdad, no me refiero a los empresarios solamente, me refiero a los empresarios y a los trabajadores. Jurídicamente para definir si una diferencia de trato es legítima o es ilegítima corresponde -dice el Derecho- analizar su razonabilidad, esto es si persigue fines legítimos y si dicha distinción es suficiente o un medio útil para lograr esa distinción"; para luego concluir que "la enorme cantidad de excepciones incorporadas en esta ley, actividades, rubros y establecimientos que sí pueden abrir un domingo y la incompresible restricción en la que avanza la ordenanza local limitándola solamente a los supermercados que entren en la ley de grandes superficies, me hacen inferir que esta diferencia de trato basada en categorías si no son sospechosas, por lo menos arbitrarias, van a sufrir cuestionamientos en la sede judicial"; preguntándose al respecto "¿dónde está el criterio de razonabilidad? es inexistente, la arbitrariedad es manifiesta y va a sufrir consecuencias en cuanto a su cuestionamiento judicial, no porque nosotros lo propugnemos sino porque es débil el instrumento jurídico por la cual se la regula" (v. versión taquigráfica de la sesión del 17.03.2016 del Concejo Municipal de la ciudad de Rosario, 2ª Reunión, 2ª Sesión Ordinaria, 1º Período).

De igual modo puede señalarse que una reglamentación semejante, sancionada el 09.11.2011 por la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco -bajo el número 6878-, fue vetada totalmente por el Gobernador de esa provincia en fecha 12.12.2011, por idénticas razones jurídicas a las expuestas a lo largo del presente voto.

Si a ello se suman los pronunciamientos ya citados de los Tribunales Superiores de las Provincias de Córdoba, Tierra del Fuego y Chaco, que declararon la inconstitucionalidad de distintas ordenanzas municipales sobre cierre dominical de establecimientos comerciales (T.S.J. de Córdoba, 15.08.2006, "Super Imperio S.A.", RC J 2330/06; S.T.J. de Tierra del Fuego, 14.11.2006, "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia", La Ley Patagonia 2007-820; S.T.J. del Chaco, sentencia 345 del 18.11.2010, "Daoxing, Lin"), computándose asimismo el hecho

de que la ley 2717 de la Provincia de la Pampa no ha sido aún objeto de pronunciamientos judiciales que la convaliden, podrá advertirse la existencia de cierto consenso de criterio jurídico-constitucional mayoritario que, si bien no se pretende hacer valer como pauta última de fundamentación, tampoco puede ser soslayado como dato de la realidad ponderada en autos.

8. Por las motivaciones expuestas estimo que corresponde declarar improcedentes los recursos interpuestos en cuanto han sido materia de concesión y convalidar, por ende, la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza municipal 9516/16.

En lo tocante a las costas, atento a las particulares circunstancias de la causa y lo novedoso de la cuestión, considero que deben imponerse en el orden causado.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

Coincido con el voto del señor Ministro doctor Falistocco en orden a la procedencia de los recursos de inconstitucionalidad en cuanto fueran materia de concesión, y sustancialmente con lo fundamentado, toda vez que considero suficientemente acreditados los reproches de las recurrentes cuestionando la sentencia impugnada por haber invalidado la ley provincial 13441 y la ordenanza 9516/16 de la Municipalidad de Rosario, y con cercenamiento de las potestades constitucionales conferidas a la Provincia de Santa Fe y al citado Municipio (arts. 5 y 123, Cons. Nac. y concordantes de la Const. prov.).

En autos, en lo que resulta esencial, el voto mayoritario de la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, para declarar la inconstitucionalidad de la ley 13441 y de la ordenanza de adhesión 9516/16 de la Municipalidad de Rosario, señaló que aunque puedan reconocerse facultades de promoción y bienestar (art. 75 incs. 18 y 19, C.N.) y potestades concurrentes de la Provincia con la Nación, en el caso, ante la incompatibilidad de la ley 13441 con la normativa nacional (decreto de desregulación 2284/91 y ley 24307), ésta última era la que debía prevalecer. Y sostuvo que la ley 13441 avanza sobre la legislación laboral (jornada de trabajo y descanso semanal), citando el precedente de la Corte nacional "Fábrica Argentina de Calderas".

En punto a ello, las recurrentes tachan de dogmáticas las aseveraciones de la Alzada y reprochan que ésta habría soslayado el análisis requerido por la Corte nacional en el precedente análogo al "sub lite" "Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ amparo" (sentencia del 26.04.2016), diciendo que en dicho precedente el Alto Tribunal precisó que era exigido de manera ineludible "...interpretar, aplicar y establecer el alcance de la ley provincial 10787 -norma de adhesión al decreto 2284/91 del Poder Ejecutivo Nacional- que integra el derecho público provincial, y examinar la compatibilidad o no de las



Poder Judicial

disposiciones de la ley 13441 con aquélla...".

Aspectos éstos que considero decisivos y a los que referí en mi voto para las causas: "CASTETS Y TANINO S.R.L.; FOSCHIATTI, MARCELO RENE Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA Y MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 174/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXPTE. CUIJ 21-00511164-9) y sus acumulados "CASTETS Y TANINO S.R.L. Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -ACCION DE AMPARO- (EXPTE. 178/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Exppte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511163-0) Y "FOSCHIATTI, MARCELO RENE C/ MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 179/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Exppte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511161-4), y siendo que en el "sub lite" se plantean cuestiones análogas a las que fueran materia de conocimiento y resolución por esta Corte en los citados precedentes, "brevitatis causae" debo remitir a lo allí fundamentado.

Y en cuanto a las alegaciones de la actora cuestionando los alcances de la ordenanza de adhesión 9516/16 de la Municipalidad de Rosario, cabe señalar que no se demuestra ni se advierte exceso o ilegalidad en sus disposiciones, por lo que coincido en el punto con lo expuesto por el señor Ministro doctor Falistocco. En particular en cuanto expresa que la validez constitucional de la ley provincial no se ve conmovida por la alegada desigualdad de trato generada por la Ordenanza Municipal 9516 de Rosario, en tanto ha quedado fuera de los límites de los recursos de inconstitucionalidad articulados por las peticionantes. Y también cuando señala especialmente que la adhesión municipal -que tornó posible la efectividad de la ley 13441- se limitó a implementar el régimen sancionado por la Provincia en un acto de aplicación o traslación al ámbito municipal del ordenamiento normativo provincial, habiendo tenido en cuenta la Municipalidad de Rosario la vigencia del artículo 9 de la citada ley, que dispone "...La entrada en vigencia de la presente ley en cada Municipio y Comuna deberá decidirse por una ordenanza de adhesión la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad...".

Por los fundamentos expresados considero que debe hacerse lugar a los recursos interpuestos y revocarse, en consecuencia, la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza de adhesión 9516/16 de la Municipalidad de Rosario, debiendo devolverse los autos al Tribunal de origen para que se pronuncie nuevamente, de conformidad con la doctrina constitucional aceptada en el presente (art. 12, párr. 2°, ley 7055). En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por su orden en todas las instancias.

Voto, pues, por la afirmativa y con el alcance indicado.

A la misma cuestión, el señor Presidente doctor

Erbetta dijo:

1. Comparto el voto del señor Ministro doctor Falistocco en orden a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad en cuanto ha sido materia de concesión y en lo sustancial con los fundamentos expuestos a fin de considerar suficientemente acreditados los agravios de las recurrentes reprochando a la sentencia impugnada haber invalidado la ley provincial 13441 y la ordenanza de adhesión 9516/16 de la Municipalidad de Rosario con violación de facultades constitucionalmente conferidas a la Provincia de Santa Fe y al citado Municipio.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo preciso destacar las siguientes reflexiones:

1.1. Conforme la cuestión litigiosa trabada y la doctrina emergente del citado fallo del Alto tribunal nacional "Coto" (Fallos:339:525), los planteos constitucionales a dilucidar pueden sintetizarse en dos puntos nucleares, cuales son: a) determinar si la ley 13441 legisla sobre la jornada laboral de trabajo y por ende, supone o no un avance sobre materias expresamente delegadas al Congreso nacional (art. 75 inc. 12) y b) interpretar y establecer el alcance de la ley provincial 10787 -norma de adhesión al decreto nacional de desregulación económica 2284/91- y examinar la compatibilidad o no de sus disposiciones con la ley 13441 aquí impugnada.

1.2. A los fines de despejar la controversia y determinar si en el caso ha habido manifiesta incompatibilidad en lo legislado por la Provincia con las atribuciones propias de la legislatura nacional -en particular con la fijación de la extensión de la jornada de trabajo, que por imperio del artículo 75 inciso 12 de la C.N. se trata de una facultad expresamente delegada por las provincias al Gobierno nacional-, resulta importante señalar que del bloque normativo en que se apoya el descanso semanal como instituto jurídico (arts. 1 de la ley 18204; 204 y 207 de la Ley de Contrato de Trabajo) surge que el principio general es "el descanso a partir de las 13 hs del día sábado, hasta las 24 hs del día siguiente" y que sólo por excepción legal (arts 202 y 203 del Código de Fondo) o reglamentaria (decreto 16117/33) puede modificarse dicha modalidad, correspondiendo, en tales supuestos el llamado "descanso compensatorio".

Ahora bien, la Legislatura local, mediante el dictado de la norma aquí cuestionada, ley 13441 (sancionada el 6 de noviembre de 2014, promulgada el 27 de noviembre y publicada el 5 de diciembre del mismo año) y su decreto reglamentario 0689/2015 (10.3.2015) ha dispuesto que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios "deberán permanecer cerrados los días domingos y los feriados nacionales allí detallados taxativamente" (el subrayado me pertenece), extendiendo la restricción al día del empleado de comercio -a concretarse anualmente el miércoles de la última semana del mes de septiembre-, y fijando asimismo el rango horario de apertura y cierre para los días restantes (cfr. arts. 3 y 4, ley 13441). A continuación, en su artículo 5



Poder Judicial

enuncia los establecimientos, locales y actividades excluidas de tales limitaciones.

Asimismo, en el artículo 6 habilita a los establecimientos comerciales o de servicios que, hallándose bajo una misma unidad arquitectónica -shopping y/o galerías comerciales- y que cuenten con autorización expresa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Provincia abrir los días domingos, haciéndolo con recursos humanos provenientes de altas de primer empleo, convenios de pasantías y de programas de promoción de empleo, tanto nacionales como provinciales -excepto que se trate de supermercados, autoservicios, hipermercados, megamercados o cualquier otra denominación que adopten y superen los 120 metros cuadrados de superficie (cfr. art. 7, ley 13441)-.

Por su parte, establece las sanciones -de multa y de clausura temporal- para los distintos supuestos de incumplimiento; y finalmente su art. 9 determina que su entrada en vigencia en cada Municipio y Comuna deberá decidirse por una ordenanza de adhesión, la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad (el subrayado me pertenece).

Sentado lo precedente, si la cuestión se abordara desde una perspectiva aparente o sesgada de la ley 13441 podría llegar a sostenerse que dicha norma resulta inválida desde la óptica constitucional por invadir esferas impropias de las facultades locales al aprehender institutos del derecho sustancial laboral.

Mas si se ahonda en su génesis se advierte que los objetivos tenidos en miras por los legisladores al fijar límites a los horarios comerciales y establecer obligatoriamente el cierre de domingos y feriados nacionales a todos los comercios, con las excepciones que se contemplaron, respondieron a una multiplicidad de propósitos que se concretó en una decisión sobre la gestión de los gobiernos locales, de sus recursos, sus habitantes y potencialidades en miras a un fin último que puede sintetizarse en la procura del bienestar general.

Es que, si bien en sus inicios el proyecto fue dado a conocer y adquirió notoriedad como una demanda de "descanso dominical" de los sectores sindicales y la utilización de dicha terminología impropia operó como "disparador" del proyecto y puntapié inicial para su tratamiento en la Legislatura, lo que verdaderamente subyace del proceso deliberativo de la ley fueron otros postulados claramente adicionales al tan mentado descanso dominical, tales como el desarrollo humano y la preservación de un entramado socio-urbano determinado.

En efecto, los numerosos tramos del debate parlamentario que detalladamente destaca el Procurador General en su dictamen, dan cuenta de las "múltiples finalidades" perseguidas por los legisladores que, a grandes rasgos, se pueden agrupar en: la reconducción de las costumbres de consumo; la posibilidad del encuentro familiar al garantizar a los trabajadores y a los pequeños

empresarios el descanso en el día en que el mismo es compartido por la mayoría de los miembros de la sociedad; la modificación del patrón de compras; la dignidad y humanización del trabajo y del trabajador; la protección de las pymes; razones socioeconómicas y de igualdad de oportunidades competitivas entre los distintos segmentos empresarios; el respeto del descanso dominical para revalorizar la dignidad humana y el trabajo, entre muchas otras finalidades.

En efecto, una vez iniciados los debates parlamentarios se aprecia una "ampliación" del marco fijado en los fundamentos originales del proyecto de ley, que dan cuenta de que a la discusión se fueron incorporando nuevos propósitos.

Incluso la Cámara de Senadores realizó cambios importantes al proyecto iniciario que coadyuvan a entender el verdadero propósito de la ley, cuales son: elevar la superficie de los comercios que no estaban incluidos en la prohibición de apertura (de 70m² originales a 120m²); permitir la apertura de locales que integran los denominados "shopping y/ o galerías comerciales" con las condiciones que finalmente quedaron establecidas en la ley; y la necesidad de adhesión de los municipios y comunas como condición para su entrada en vigencia, los que incluso pueden regular los alcances de su aplicación.

Se advierte entonces que la Legislatura dejó en claro que no se estaba tratando de regular ningún elemento esencial del contrato de trabajo (que de hecho no se encuentra alterado en tanto no presenta oposición conceptual o normativa alguna con el bloque normativo vigente que postula precisamente el principio general de la necesidad del descanso semanal del trabajador "a partir de las 13 hs del día sábado hasta las 24 hs del día domingo") sino que se ponían en juego potestades regulatorias concurrentes -que luego de un largo derrotero habían obtenido el consenso de diversos sectores sociales- y cuyo objetivo era la protección de múltiples intereses generales que abarcaban desde la protección de la familia hasta la regulación de determinados vectores económicos en miras a la tutela de un entramado social determinado permitiendo que sean los propios gobiernos locales los que activen su aplicación a través de la regulación de la apertura y cierre de los comercios los días domingos.

Dicha interpretación se refuerza aún más si se pondera que la ley 13441 se trata de un producto procesalmente legitimado a través de múltiples instancias participativas.

De manera que, aun cuando la normativa local cuestionada pudiera incidir o condicionar las facultades del comerciante como empleador en lo atinente a la distribución de las horas de trabajo y a la diagramación de los horarios a cumplir por sus dependientes, ha de concluirse que la misma no legisla sobre la extensión de la jornada de labor, descanso semanal del trabajador u otro instituto de derecho laboral de fondo, sino que regula el cierre y apertura de los establecimientos durante determinados días y horas (cfr. art. 1, ley 13441).



Poder Judicial

Y, en este tópico, en tanto no avanza sobre las competencias exclusivas del gobierno nacional -aspecto que marca su radical diferencia con el precedente "Fabrica Argentina de Calderas" y que por lo demás se compadece con lo resuelto por el Alto Tribunal Nacional en "Coto"- no puede sostenerse su inconstitucionalidad.

Las restricciones impuestas por la norma, en claro ejercicio del poder de policía local, pueden ser objeto de un análisis de razonabilidad más adelante, pero en lo atinente a lo que debe resolverse aquí, la ley 13441 no ha incursionado en un tema de derecho laboral sustancial reservado a la competencia exclusiva del Congreso nacional (art. 75, inciso 12, C.N.), no resultando, desde esta perspectiva, violatoria del orden de jerarquía establecido en el artículo 31 de la norma fundamental.

1.3. Despejada la cuestión precedente y habiéndose determinado que el objeto de regulación de la ley 13441 no pertenece al derecho laboral sustancial o de fondo, debe ingresarse al tratamiento de las facultades que se encuentran en cabeza de la autoridad provincial, y que permiten a su Legislatura y -en su caso- a las Municipalidades y Comunas optar por regular lo atinente a la apertura y cierre de establecimientos comerciales en la Provincia de Santa Fe.

En este marco, es que puede apreciarse que la Provincia utiliza sus potestades legislativas para regular sobre el "cierre del comercio los días domingos y feriados, debiendo así -conforme su artículo 5- los grandes establecimientos comerciales excluidos dejar lugar a los pequeños y micro comerciantes bajo la condición de que así lo juzguen conveniente las comunidades locales bajo sus normas de adhesión, poniendo de manifiesto que es un tema esencialmente de promoción del bienestar general, materia que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente en el ámbito de las atribuciones concurrentes (arts. 75, inc. 18 y 125, C.N.)

1.4. En el razonamiento seguido en el "sub examine" por el Tribunal a quo se consideró que la norma cuestionada venía a incidir en el régimen uniforme relativo al descanso semanal obligatorio establecido por las leyes 18204 y 20744, y partiendo de dicho razonamiento invalidó la norma provincial en el entendimiento que la ley 10787 -de adhesión al decreto 2284/91, ratificado por ley 24307- defería exclusivamente al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de fijar las políticas e instrumentar las medidas necesarias por la situación de "emergencia" (emanada de las leyes de reforma del Estado 23696, 23697 y 23928).

Tales fundamentos, imponen necesariamente un examen concerniente a la interpretación y alcance de la ley 10787 de adhesión al decreto nacional de desregulación 2284/91 y sus implicancias jurídicas al caso.

1.5 El decreto 2284/1991 (ratificado por ley nacional 24307), es una norma dictada por el Poder Ejecutivo nacional con la peculiaridad de que rige en el ámbito

nacional y en el de las provincias que expresen su voluntad de incorporarse al régimen previsto por la misma, entre las que se encuentra la Provincia de Santa Fe, que adhirió en los términos de la ley 10787, incluyendo de esta forma -en lo que respecta al caso- al artículo 18 de aquella regulación, en el derecho público interno del Estado provincial.

La ley de desregulación "invitó" a las provincias a adherirse, con lo cual ese dato en su gestación institucional es más que importante para establecer, en lo que aquí interesa, que el cierre o la apertura de establecimientos en determinados días y horas estaba en manos de la provincia invitada.

En efecto, la Provincia de Santa Fe al adherir mediante una ley formal, la ley 10787 (B.O. 04.02.1992) dictada por la Legislatura en ejercicio de sus facultades, se alinea o hace suyos los preceptos de una ley nacional que ingresarán a su propio ámbito provincial, adquiriendo ribetes de derecho público local.

Consecuencia de lo expuesto es que puede sostenerse sin ambages que la Legislatura santafesina no se encontraba inhibida de producir al respecto modificaciones al régimen.

No se advierte que la adhesión al decreto de desregulación económica pueda implicar "per se" una limitación absoluta y "sine die" de facultades que ostenta la Provincia de Santa Fe en lo relativo a la apertura y cierre de sus establecimientos, ni tampoco puede extraerse del referido decreto una prohibición, renuncia o declinación a introducir reformas en tal sentido, en tanto y en cuanto se respeten los lineamientos generales, las políticas acordadas y la finalidad perseguida en aquél (cfr. criterio de A. y S. T. 216, págs. 8/27).

Antes bien, si en la ley 10787 la Provincia no estableció un plazo de vigencia o duración, ello no puede significar que se ligó jurídicamente en forma perpetua (cfr. criterio de Fallos:311:1337), debiéndose destacar además que nuestra Provincia no manifestó una adhesión plena y sin reservas al régimen del decreto 2284/1991, sino que se limitó a adherir "a los principios de desregulación" fijados por el mismo, dejando librado a la Legislatura y al Poder Ejecutivo, en sus respectivos ámbitos de competencia, la compatibilización de las reglas provinciales con los referidos principios.

1.6. Sentado lo precedente, y determinado el alcance de la norma provincial 10787 se impone ahora -conforme el mandato de nuestra Corte nacional en "Coto"- analizar sus implicancias a través del juicio de compatibilidad horizontal entre la ley 13441 impugnada con la ley 10787.

El conflicto radica específicamente en que el artículo 18 del decreto 2284 del año 1991 -que incorporó la Provincia a través de la ley 10787- ordenó la supresión de toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador; mientras que la ley



Poder Judicial

13441 del año 2014 dispuso que en el territorio de la Provincia los establecimientos comerciales y/o de servicios deberán permanecer cerrados los días domingos, los feriados nacionales y el día del empleado de comercio, fijando el rango horario de apertura y cierre para los días restantes (cfr. arts. 3 y 4, ley 13441).

Y aquí radica la materia a dirimir, conforme la pauta establecida por el Alto Cuerpo: se está ante dos leyes que para hipótesis similares contemplan consecuencias contradictorias (ley 10787 y ley 13441), y en razón de su equivalente jerarquía, y de que es dudosa la proyección de la especialidad normativa, sólo cabe el recurso de la temporalidad para dirimir aquel conflicto.

Desde esta óptica, puede interpretarse entonces, que con el dictado de esta nueva ley se ha reasumido la potestad reglamentaria desplegada por la Provincia en lo que hace a la materia específica de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales y/o de servicios, y, que en esta reasunción -que se da luego de más de dos décadas- el dictado de la ley 13441 no entró en colisión con los principios de desregulación, ni vino ahora a frustrar el objeto y fin de la ley 10787.

Es que, el ejercicio de estas potestades reglamentarias conforme queda plasmado en la ley 13441, lo es sin perjuicio de los derechos fundamentales del trabajador, y se circunscribe a un aspecto acotado, tan solo al de la de apertura y cierre de los establecimientos comerciales y/o de servicios determinados días y horas -sin ahondar en otros aspectos del régimen de desregulación-, por lo cual se descarta una incongruencia normativa que genere un enfrentamiento inconciliable entre leyes del mismo rango.

En lo relativo a la competencia material del Municipio en razón del modo en que fue dictada la ley provincial 13441 (cfr. art. 9, ley 13441), la Municipalidad de Rosario quedó habilitada para optar por ponerla en vigencia efectiva en el ámbito de su respectivo territorio e incluso "para regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades locales"; y en tal inteligencia la ordenanza municipal 9516 ratificó esa decisión legislativa al manifestar la adhesión, compatibilizando los alcances de su aplicación en función de las características propias de la ciudad implementando el régimen sancionado por la Provincia pero acudiendo a parámetros establecidos por la ley 12069 de grandes superficies comerciales para establecer distinciones en miras a la protección del comercio local; en consecuencia, tampoco desde la óptica del ejercicio del poder de policía municipal se ha configurado en el "sub examine" algún supuesto de invasión de esferas de competencia o de violación al orden formal de jerarquía normativa.

1.7. Cumplida la labor hermenéutica impuesta, resta examinar la razonabilidad de la medida legislativa provincial con adhesión municipal en el plano sustantivo -material o de contenido- en miras a verificar si resultan

compatibles con la Constitución nacional o importa una restricción desproporcionada de las libertades económicas y comerciales de la empresa garantizados por aquélla (arts. 14, C.N).

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos:31:273, la Corte nacional ha reconocido al Poder legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Const. nac. y Fallos:249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188; entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal nacional ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad.

Esto implica que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución nacional)

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos:313:1638; 330:855 y 334:516).

En este aspecto, enseñan Serna y Toller -según su criterio de "esferas de funcionamiento razonable de los derechos"- dónde debe estar puesta la mirada del jurista o hacia donde debe dirigir su interpretación. Así sostienen que la tarea del jurista en la determinación de los derechos fundamentales que están en discusión debe mirar hacia el contenido esencial del derecho. Determinar dicho contenido esencial es mirar sus límites internos (la propia naturaleza del derecho en cuestión para apreciar el bien que está siendo protegido). Advertir esta naturaleza del derecho es al propio tiempo apreciar su finalidad: sus respectivos contornos y su valía de acuerdo con los fines propios por los cuales el derecho se reconoce. Esto es lo que los autores llaman "razonabilidad práctica", aquella que advierte fines, porque hay bienes en juego; y ajusta y equilibra derechos de tal modo que puedan coexistir armónicamente

En este contexto fáctico y jurídico desarrollado a lo largo del presente y de conformidad con los criterios señalados en los considerandos anteriores, comparto los fundamentos brindados por el señor Ministro doctor Falistocco para concluir que la ley provincial 13441 es razonable.

En primer lugar, como bien lo describe, porque persigue



Poder Judicial

una finalidad constitucionalmente válida. La Ley Fundamental no solo permite sino que obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas y políticas tendientes a proteger la seguridad, la salud y la moralidad de la población. Además, el derecho vigente en nuestro país admite y persigue, como objetivo legítimo el bienestar general de la comunidad, más allá de las eventuales desventajas que esto podría generar en las empresas alcanzadas por la ley.

En segundo lugar, porque los medios elegidos son adecuados y proporcionados: La prohibición de apertura los días domingos y feriados resulta conducente para lograr la modificación de los hábitos de consumo y facilitar el encuentro familiar y para proteger a las pequeñas y medianas empresas y, a su vez, no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas alcanzadas por la prohibición (los supermercados, autoservicios, hipermercados o megamercados cuyos locales superen cierta superficie mínima).

En este punto, es especialmente relevante destacar que no se ha acreditado, que la regulación de apertura y cierre de establecimientos hubiere afectado la sustentabilidad económica de la empresa ni que interfiera, en forma esencial, en la producción, distribución y venta de estas mercancías.

En definitiva, no se ha demostrado que las restricciones cuestionadas importen un menoscabo del derecho a ejercer toda industria lícita.

La Constitución nacional no genera otra exigencia que la de un régimen de apertura y cierre de establecimientos que permita el inicio y mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad.

Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal del Legislador provincial el optar por un régimen limitativo en lo que hace a la apertura y cierre de los establecimientos en determinados días y horas o -por el contrario- de libertad, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de los derechos de comerciar, de ejercer toda industria lícita y de iniciativa económica garantizados por nuestra Carta Magna nacional.

En otras palabras, la elección legislativa y el ejercicio de la opción por parte de los Municipios por un régimen limitativo puede condicionar el ejercicio de la actividad comercial, pero no lo impide.

En definitiva, la facultad ejercida por la provincia de Santa Fe a través de la ley 13441 para regular lo atinente a la apertura y cierre de establecimientos comerciales y/o de servicios en su territorio no se revela como desproporcionada con las finalidades de bien público; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades de forma razonable, y no arbitraria, en tanto se basó en múltiples propósitos que, en suma, se reconducen en

el bienestar de su propia comunidad y se reputan legítimamente adoptados en la jurisdicción provincial, sin que se configure agravio constitucional, atento a los derechos afectados.

Y, en este punto, entiendo oportuno destacar que en orden a la invocada violación al derecho a la igualdad contemplado en el artículo 16 de la Constitución nacional repetidamente nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que el criterio de igualdad comporta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros "en idénticas circunstancias" (Fallos:123:106), obligando al legislador a ser prudente en su facultad de agrupar, pudiendo establecer distinciones o exclusiones que se basen en motivos objetivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas u otorgue un indebido privilegio personal o grupal (Fallos:326:3142).

Siguiendo estos lineamientos, los fundamentos "ut supra" expuestos quitan andamiaje a los argumentos de los amparistas -que vale la pena destacar resultan ser los empresarios supermercadistas y no los trabajadores supuestamente afectados- sustentados en que la ley establecería un criterio discriminatorio que no se compadece con los fines perseguidos -en tanto no se advertiría la existencia de un interés superior que autorice a imponer a determinadas entidades comerciales restricciones de las que se excluye a otros establecimientos similares en "idénticas condiciones"-.

Es que, si se ahonda en todo el derrotero parlamentario que integró el debate multisectorial y la incorporación de los diversos objetivos y condicionamientos que aportaron ambas Cámaras legislativas, puede verse que justamente las "distinciones" o "exclusiones" que se establecieron en la ley no respondieron a clasificaciones improvisadas, sino que fueron fruto de un análisis y ponderación de objetivos altamente razonables en orden a los medios utilizados y fines perseguidos.

El legislador provincial al considerar la admisibilidad de la restricción legal prevista en la ley 13441 estimó que ella se justificaba en razón de los efectos positivos que se traducirán en el bienestar para los habitantes de las ciudades y comunas que opten por adherir a la ley en función de las particularidades de su localidad (art. 9, ley 13441).

Ello habilita la posibilidad de que por estos "fines constitucionalmente valiosos" se impongan restricciones a la empresa y al ámbito protegido de la libertad comercial.

En esa inteligencia es que la Provincia de Santa Fe avanzó en la regulación y redujo -salvo las excepciones previstas- el ámbito de acción de las empresas con cierta cantidad de metros cuadrados de superficie ordenando que deberán permanecer cerradas los días domingos y feriados, y en igual sentido, las ordenanzas municipales ratificaron esa decisión legislativa al manifestar su adhesión plena y libre, significando hoy aquel bloque normativo "una verdadera valla de protección a los beneficios alcanzados por la comunidad" gracias a la expresión normativa genuina de las potestades



Poder Judicial

locales.

El modo en que lo hicieron debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable, que no se advierte en el "sub júdice".

En suma, la legislación impugnada constituye la expresión de políticas legislativas relacionadas con las particularidades socioculturales regionales de nuestra Provincia y en ese norte han reglamentado la apertura y el cierre de los establecimientos comerciales persiguiendo objetivos que -en su conjunto- hacen al bienestar general de la comunidad, sin que ello configure restricción ilegítima a las libertades de comerciar y ejercer toda industria lícita de las empresas amparistas.

Por ende, la impugnación constitucional de la ley 13441 y de la ordenanza 9516/16 de la Municipalidad de Rosario no puede prosperar.

Con este panorama, la normativa impugnada guarda coherencia con la Constitución y supera el test de razonabilidad.

2. Por los fundamentos expresados considero que debe hacerse lugar a los recursos interpuestos y revocarse, en consecuencia, la sentencia recurrida en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 13441 y de la ordenanza de adhesión 9516/16 de la Municipalidad de Rosario, debiendo devolverse los autos al Tribunal de origen para que se pronuncie nuevamente, de conformidad con la doctrina constitucional aceptada en el presente (art. 12, párr. 2º, ley 7055).

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas por su orden en todas las Instancias.

Voto, pues, por la afirmativa y con el alcance indicado.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler dijo:

1. El conflicto traído a resolver mantiene, en lo sustancial, identidad con las cuestiones tratadas en el autos "CASTETS Y TANINO S.R.L.; FOSCHIATTI, MARCELO RENE Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA Y MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 174/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXPTE. CUIJ 21-00511164-9) y sus acumulados "CASTETS Y TANINO S.R.L. Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -ACCION DE AMPARO- (EXPTE. 178/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511163-0) Y "FOSCHIATTI, MARCELO RENE C/ MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 179/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511161-4).

En los presentes autos, como en los citados, la cuestión a resolver se centra principalmente en la cuestionada constitucionalidad de la ley 13441 que establece, en lo que ahora es de interés, que "los establecimientos comerciales y/o de servicios de la provincia de Santa Fe deberán permanecer cerrados los días domingos y los declarados como feriados nacionales que se

detallan taxativamente: 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 26 de septiembre, día del empleado de comercio".

En el mencionado expediente, con un análisis del debate parlamentario de la ley cuya constitucionalidad se cuestionaba y a los efectos de determinar jurídicamente qué aspectos del derecho laboral se estaba regulando, llegué al convencimiento que la ley 13441 dictada por el Legislador local legisla sobre el "descanso semanal", y no sobre la "apertura y cierre de negocios" como lo pretendían las demandadas.

Por corresponder dicha cuestión -según la distribución de competencias legislativas en el Estado federal argentino- al ámbito del Congreso de la Nación, entendí -en el caso citado- que le asistía razón a los actores al cuestionar la constitucionalidad de dicho precepto legal. Criterio que a su vez, había sido recogido por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, en decisión cuestionada mediante el recurso de inconstitucionalidad que propuse mantener.

Para ello, tuve en cuenta que el Legislador nacional al regular de manera sistemática la cuestión del descanso semanal con vigencia para todo el ámbito de la República en la Ley de Contrato de Trabajo, ha quitado la posibilidad de que la misma materia sea legislada en forma diferente por los Estados locales. Dicha afirmación quedó corroborada ni bien se analizaron los artículos 204 y 207 de la ley mencionada donde encontramos la prohibición -como principio- del trabajo los días domingo y sus excepciones, el descanso compensatorio, como así también su retribución.

En la misma línea, en el voto al cual por el presente me remito, sostuve que la decisión adoptada era coincidente con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fábrica Argentina de Calderas, S.R.L. c. Provincia de Santa Fe s/ Declaración de Inconstitucionalidad" (Fallos:308: 256), criterio, que a su vez, fue seguido por esta Corte en "Acosta, Ramón c/ Villber S.A. -cobro de pesos s/ Recurso de inconstitucionalidad" (A. y S. T. 64, pág. 473).

En definitiva, concluí en el acierto de la solución tomada por el A quo al declarar la inconstitucionalidad de la ley 13441 en cuanto dispone el cierre de los establecimientos comerciales y/o de servicios de la provincia de Santa Fe los días domingos y los declarados como feriados nacionales que la misma norma se encarga de enumerar.

Siendo ello así, y como se dijo, que la cuestión ahora a resolver es sustancialmente idéntica a la que suscitó el criterio expresado en los párrafos anteriores, el presente recurso de inconstitucionalidad debe ser declarado improcedente con remisión, "mutatis mutandis", a los fundamentos utilizados para resolver las causas antes mencionadas.

2. Si bien lo hasta aquí afirmado es suficiente a los efectos de confirmar la sentencia impugnada mediante la vía extraordinaria, se agrega en el presente conflicto otro



Poder Judicial

argumento que, sumado a lo anterior, reafirma el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, en el hipotético supuesto que se pudiese entender -no sin error- que la Legislatura local contaba con atribuciones propias para dictar la ley 13441, y en consecuencia, regular lo concerniente al "descanso dominical" de los trabajadores regidos por la Ley de Contrato de Trabajo, se presenta, en el caso, una situación que también nos conduce a la confirmación de la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala III en cuanto dispuso admitir la demanda interpuesta por INC S.A. y en consecuencia, declaró, la inconstitucionalidad de la ley provincial N° 13441 y la Ordenanza Municipal N° 9516 (fs. 250/279).

Surge de las actuaciones judiciales, que la actora en su demanda plantea la inconstitucionalidad de la ley 13441, como así también la de la Ordenanza municipal 9516 por la cuál el Concejo Municipal de Rosario manifestó la adhesión de la Municipalidad de Rosario a la Ley provincial citada.

Al adherir a la norma provincial, la ordenanza modificó las características de los establecimientos comerciales alcanzados por la prohibición legal para abrir los días domingos y feriados limitando el alcance de la norma a un reducido número de centros comerciales. Estableciendo para ello, que los horarios de apertura y cierre de negocios consagrados por la ley 13441 se aplicará a los "supermercados, hipermercados y megamercados conforme a los parámetros establecidos por la Ley n° 12069, de grandes superficies comerciales" (art. 2).

Es decir, que el Legislador municipal dejó de considerar el límite legal de 120 metros cuadrados, para tomar como referencia los parámetros establecidos por la ley 12069 de grandes superficies comerciales, que para la ciudad de Rosario, considera que grandes superficies comerciales son todos los establecimientos de comercialización minorista o mayorista que realicen ventas minoritarias que ocupen una superficie cubierta destinada a la exposición y venta de más de 1.200 metros cuadrados cubiertos (art. 2, inc. e, punto 1).

Advierto, entonces, que el Órgano Legislativo municipal al modificar, mediante la técnica legislativa de la adhesión, una pauta expresada taxativamente en la ley, permitió que aquellos comercios que se encuentran en la franja de 120 metros cuadrados y 1200 metros cuadrados estén excepcionados de cerrar los días domingos y feriados, profundizó la violación al derecho de igualdad en perjuicio de un número reducido del sector de la economía comercial: el de los supermercados, hipermercados y megamercados.

De esta manera, incurre la ordenanza impugnada en un exceso de competencia alterando las características de los establecimientos comerciales definidos por la ley y afectando el derecho de igualdad, al mantener, por un lado, la prohibición de ejercer el comercio de unos pocos; y, por el otro, permitir la apertura el día domingo a ciertos y determinados supermercados y autoservicios que según el

texto de la ley 13441 estaban impedido de hacerlo.

Tal discriminación, agravada por la ordenanza, entre distintas entidades comerciales, carece de razonabilidad, desde que no se compadece con los fines perseguidos, y afecta la garantía de igualdad consagrada en el texto constitucional, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a imponer a determinadas entidades comerciales restricciones de las que excluye a otros establecimientos similares en idénticas condiciones.

En este aspecto, y desde el punto de vista empresarial que legitima a la actora me pregunto, a los efectos de otorgar una respuesta jurídicamente sustentable, si es proporcional el sacrificio impuesto exclusivamente a los supermercadistas comprendidos en la ley de grandes superficies comerciales de tener que cerrar sus negocios un día a la semana -el domingo-, cuando otro sector de su misma actividad comercial podrá ejercer el derecho a comerciar durante los siete días de la semana. Derecho, por otro lado, garantizado por la Constitución nacional (art. 14) y por la provincial en cuanto ésta garantiza a los habitantes de la Provincia a gozar en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconoce la Constitución Nacional, inclusive de aquéllos no previstos que nacen de los principio que la inspiran" (art. 5).

La respuesta que se impone es negativa, ya que el ordenamiento jurídico cuestionado con fundamento en su inconstitucionalidad, al imponer un distingo carente de razonabilidad que afecta únicamente a una parte de los comerciantes que ejercen su profesión en la ciudad de Rosario, hace reposar el peso de la restricción exclusivamente sobre ellos desdeñando la similitud de situaciones que existen con otros del mismo sector y apartándose del fin que según los demandados le adjudican a la norma, como es el descanso de los trabajadores.

Sobre esto último, tampoco alcanzo a entender cómo puede sostenerse el principio según el cual los trabajadores deben tener las mismas oportunidades de disfrutar su tiempo y los momentos familiares el día domingo y, a la vez, para resguardar esos importantes valores, sean única y exclusivamente los empleados de supermercados de grandes superficies quienes han de resultar beneficiados por la normativa en cuestión, mientras que otros trabajadores mercantiles -cuyos servicios resultan sustancialmente análogos a los desarrollados por aquéllos- no se encuentran comprendidos en la misma a pesar de desarrollar sus actividades en la ciudad de Rosario.

En consecuencia la ordenanza 9516 dictada por el Concejo Municipal de Rosario, al conculcar los derechos constitucionales de la demandante de comerciar y de ejercer industria lícita y de iniciativa económica, lo hace de una manera arbitraria, no razonable y, por ende, no guarda coherencia con la Constitución nacional.

Ello, en virtud de que el artículo 16 de la Carta Magna nacional consagra una igualdad para todos los habitantes, que



Poder Judicial

exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos debe existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable, y que sus consecuencias no resulten desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, de manera de evitar resultados excesivamente gravosos. En tal sentido, la diferencia de trato entre los distintos establecimientos comerciales, debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida, situación que no se advierte cuando se analizan los supuestos de hechos, y menos se ha demostrado que esas circunstancias que podrían autorizar un trato desigual se presenten en la causa.

Por las motivaciones expuestas, estimo que corresponde declarar improcedentes los recursos de inconstitucionalidad interpuestos y, por ende, convalidar la sentencia dictada por el Tribunal a quo.

Por ello, mi voto es por la negativa, con costas por su orden.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez dijo:

1. El conflicto sometido a resolución mantiene identidad, en lo esencial, con las cuestiones tratadas en los autos "CASTETS Y TANINO S.R.L.; FOSCHIATTI, MARCELO RENE Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA Y MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 174/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXPTE. CUIJ 21-00511164-9) y sus acumulados "CASTETS Y TANINO S.R.L. Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -ACCION DE AMPARO- (EXPTE. 178/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511163-0) Y "FOSCHIATTI, MARCELO RENE C/ MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 179/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511161-4).

En los presentes autos, como en los citados, la cuestión a resolver se centra principalmente en la cuestionada constitucionalidad de la ley 13441 que establece, en lo que ahora es de interés, que los establecimientos comerciales y/o de servicios de la provincia de Santa Fe deberán permanecer cerrados los días domingos y los declarados como feriados que expresa y taxativamente detalla.

En mi voto en los autos mencionados, entendí que lo central para resolver la causa era determinar si la Provincia de Santa Fe, a través de su Poder Legislativo, contaba con competencia para disponer -como lo hizo con la sanción de la ley 13441-, el cierre de los establecimientos comerciales y/o de servicios los días domingos y los declarados como feriados nacionales que se detallan en la norma de manera taxativa.

Además, consideré que se hacía necesario analizar si es razonable y no afecta derechos garantizados constitucionalmente de los actores la exclusión a la

limitación establecida para ellos en los diferentes supuestos que enumera la ley.

Por otro lado, pero con la misma finalidad, me pregunté si constitucionalmente es válido que la Legislatura local delegue en otros entes territoriales como ser los Municipios y Comunas, la entrada en vigencia de la ley, a través del dictado de una ordenanza de adhesión, la que, a su vez, podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad (art. 9).

Para desentrañar las cuestiones propuestas realicé consideraciones sobre el control de constitucionalidad que deben efectuar los jueces y el papel de éstos cuando se enfrentan con casos como el presente.

Dije, al respecto, que es facultad de todos los tribunales realizar el control de constitucionalidad de las leyes, atribución que, por otro lado, no le es ajena a esta Corte Suprema de Justicia quien por su ubicación en la estructura del Poder Judicial de la Provincia y por la trascendencia que tienen sus decisiones su control se torna más relevante.

En este aspecto, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución nacional fue aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeros pronunciamientos cuando -contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el doctor José Benjamín Gorostiaga-delineó sus facultades para "aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución" (Fallos:23:37).

Que en esta senda se expidió dicho Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora de uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar a los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos". Tal atribución -concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos:33:162).

Ahora bien, en el ejercicio de tal deber y en virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es competencia de los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto. Por lo que el



Poder Judicial

control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantengan dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avancen sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes.

Sobre esta cuestión, autores como Gregorio Badeni ("Tratado de Derecho Constitucional", T. I, pág. 292) sostienen que el control de constitucionalidad no consiste en analizar las bondades o defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución.

Agrega, el autor citado, que si la función de los jueces es aplicar la Constitución y sus normas reglamentarias, y si sólo merecen llamarse leyes o decretos aquellas normas que en sus ámbitos de competencia se adecuan a la ley fundamental, los jueces tienen el deber de abstenerse de aplicar todas aquellas normas que no son leyes ni decretos por el simple hecho de estar en colisión con la Constitución. Esto no significa que los órganos políticos de gobierno estén subordinados al Poder Judicial, o que éste se encuentre subordinado a los órganos políticos. Esa subordinación solamente existe con motivo del ejercicio de atribuciones propias y exclusivas de alguno de estos poderes, pero no porque alguno de ellos sea superior en jerarquía. Todos los poderes están en un plano de igualdad, pero también en un plano de subordinación cuando se trata de funciones que la Constitución les asigna exclusivamente.

En ese aspecto, concluye el destacado constitucionalista, que los jueces están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, pero no porque el Poder Judicial sea superior en abstracto a los otros órganos gubernamentales, sino porque es su deber aplicar la constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten, siempre que no estén en conflicto con ella. Al ejercer el control, los jueces no desempeñan funciones propias de los órganos legislativo o ejecutivo. Ellos no revisan los contenidos políticos de los actos emanados de esos órganos en cuanto a sus defectos o desaciertos, sino solamente si ellos, en su forma y esencia, se adecuan a la Ley Fundamental.

Para esta trascendente tarea del control constitucional de una ley, el propio Máximo Tribunal nacional ha requerido por parte de todo el Poder Judicial que se haga con suma moderación. En ese aspecto, es conocida la jurisprudencia de la Corte Federal según la cual la declaración de inconstitucionalidad al imponer el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igual, constituye un remedio de "última ratio" que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe

estarse a favor de la validez de las normas (Fallos:14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones de las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304).

Ahora bien, dicho principio debe ceder cuando se esta frente a una contradicción manifiesta entre normas de distinta jerarquía y la incompatibilidad surgiría de un vicio objetivo como es el de la incompetencia para regular materia constitucional. Por lo que, los actos de las legislaturas de una provincia, deben ser invalidados, en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en que en el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por éstas últimas (crit. Fallos:3:131; 302:1181, entre muchos otros).

En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiera, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad pero sin olvidar, que en nuestro sistema federal de gobierno las provincias no pueden ejercer atribuciones de tal manera que obste a los fines del gobierno federal en tanto éste se mantenga dentro del ámbito de sus competencias (crit. Fallos: 249:292), pues donde hay poderes delegados al Gobierno de la Nación no hay poderes reservados salvo por pacto expreso o especial (Fallos:183:190).

2.1. En el marco constitucional referenciado, me propongo analizar en la presente causa si la ley 13441 sorteando los obstáculos que sobre su inconstitucionalidad le achaca la actora en su demanda y que fueron acogidos por el A quo y resistidos en esta instancia extraordinaria por las demandadas.

La actora entiende que la ley dictada por la legislatura provincial y la ordenanza municipal 9516 resultan manifiestamente inconstitucionales atento a que desconocen el reparto constitucional de competencias, ya que no cuentan con facultades para reglamentar o intentar incidir, directa o indirectamente, en al jornada de trabajo, el régimen de descanso y los días laborales o no, todo lo cual es materia de competencia delegada y exclusiva de la Nación y ajena a las Provincias y Municipios. Dentro del mismo orden de ideas, dice que en el marco de su competencia el Honorable Congreso de la Nación dictó las leyes de Contrato de Trabajo N° 20744, Jornada N° 11544 y Descanso Laboral N° 18204, normativa posteriormente modificada por el Decreto N° 2284/91 (ratificado por el artículo 29 de la ley 24307).

Por su parte las demandadas -Municipalidad de Rosario y Provincia de Santa Fe- y el tercero con interés en la cuestión debatida -la Asociación de Empleados de Comercio de



Poder Judicial

Rosario- sostienen, en resumen, que las normas impugnadas no alteran la distribución de competencia entre Nación y provincias ya que fueron emitidas, en el peor de los casos, dentro del marco de las atribuciones concurrentes.

Como se advierte, la resolución del caso requiere determinar si la Provincia contaba con atribuciones para dictar la ley 13441, a la cual adhirió la Municipalidad de Rosario. Para ello, se torna imprescindible esclarecer si las normas cuestionadas regulan el descanso semanal de los trabajadores de los establecimientos de comercio y de servicios, o lo que se está ejerciendo es la potestad de policía, fijando el horario de apertura y cierre de negocios.

Sobre este aspecto, la Sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción Judicial -por mayoría- concluyó, para admitir la demanda de amparo y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de la ley 13441 y de la ordenanza municipal 9516 que "desde la perspectiva que supone examinar si la mencionada ley 13441 avanza sobre la materia referida a la legislación laboral cuya regulación compete al Congreso Nacional, se observa que pese a lo indicado en contrario por las demandadas el contenido de la ley 13441 excede lo que podría estar comprendido dentro de las facultades de policía sanitaria laboral (que sí constituirían prerrogativas locales) dado que, en los hechos, la prohibición de apertura de locales comerciales en los días indicados en el art. 1 de la ley, tuvo en mira de modo preponderante el descanso semanal, como lo revela la Exposición de Motivos que fue presentada en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia (Exppte. 28156 del 2013), oportunidad en que los legisladores que la suscriben, reiteradamente toman en cuenta el descanso semanal. En tal sentido corresponde también entender que lo referido a la regulación de la jornada de trabajo como igualmente al descanso semanal y a los derechos individuales de los trabajadores constituye materia que corresponde al Congreso de la Nación" (voto del doctor Cúneo, al que adhieren los doctores Ariza y Rodil).

Dicha conclusión resulta ajustada a derecho. Ello es así, en virtud de que le asiste razón al A quo cuando interpreta que la ley 13441 legisla sobre el "descanso semanal obligatorio", cuestión ésta que, por otro lado, no es suficientemente rebatida por las recurrentes a través del remedio extraordinario, consistiendo sus agravios en una mera discrepancia sobre lo decidido.

En mi voto en los autos "CASTETS Y TANINO S.R.L.; FOSCHIATTI, MARCELO RENE Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA Y MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 174/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXPTE. CUIJ 21-00511164-9) y sus acumulados "CASTETS Y TANINO S.R.L. Y SUPERMERCADO RECONQUISTA S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -ACCION DE AMPARO- (EXPTE. 178/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Exppte. C.S.J. CUIJ N°:

21-00511163-0) Y "FOSCHIATTI, MARCELO RENE C/ MUNICIPALIDAD DE AVELLANEDA -AMPARO- (EXPTE. 179/16) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00511161-4) citado, dejé en claro, con argumentos sustentados principalmente en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley impugnada por inconstitucionalidad, que la misma no dispone sobre horarios de apertura y cierre de negocios -que podría en su caso ser una cuestión reservada a las potestades locales en el marco del ejercicio del poder de policía- sino que trata específicamente la cuestión del "descanso semanal". Ello queda en evidencia, ya que la consecuencia y finalidad del artículo 1 en cuanto ordena que "Los establecimiento comerciales y/o de servicio de la provincia de Santa Fe deberán permanecer cerrados los días domingos y los declarados como feriados nacionales" es otorgarle un día de "descanso" a los empleados de los establecimientos que de manera discrecional la propia ley describe.

Siendo ello así, se advierte que la ley cuya constitucionalidad se cuestiona ha sido dictada por la Legislatura local excediendo su ámbito de competencia regulada por normas constitucionales.

En efecto, es sabido que en el reparto de competencias determinado por la Constitución nacional entre el gobierno federal y las provincias -incluida la Ciudad de Buenos Aires- dio como resultado que toda la regulación relativa la materia laboral es privativa del gobierno federal (art. 75, inc. 12), quedando para estas últimas las funciones propias de inspección y policía del trabajo ("Ley de Contrato de Trabajo", Mario Ackerman -Director-, T. I pag. 42). Y habiendo ejercido dicha atribución el Estado nacional a través de la Ley de Contrato de Trabajo quitó toda posibilidad a las Provincias a que dicten normas relacionadas a la materia.

En ese aspecto, el régimen que regula la jornada de trabajo se complementa -como dos caras de una misma moneda- con el descanso, pues éste implica una indispensable restricción de duración de aquélla, que atiende no sólo a motivos vinculados a la reposición de energías, sino también a la protección del tiempo libre de quienes trabajan en relación de dependencia. Y dicho régimen -uniforme para toda la Nación- se encuentra regido por la ley 18204; por el Capítulo II del Título IX de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 204 a 207) y por el decreto 16.117/33, que reglamentó en forma conjunta las leyes 4661 y 11.640 ("Ley de Contrato de Trabajo", Mario Ackerman -Director-, T. II, págs. 579-584).

La Ley de Contrato de Trabajo legisla de manera sistemática todo lo atinente al descanso dominical. Así prescribe -como principio- la prohibición de trabajar, delegando en la leyes y la reglamentación el establecimiento de las excepciones a dicho principio, disponiendo para cuando se configure dicho supuesto el goce de un descanso compensatorio de la misma duración (art. 204), y sin que ello



Poder Judicial

traiga aparejada la disminución o supresión de la remuneración (art. 205), extendiendo dicha regulación a los días feriados nacionales (art. 166).

Es decir, que de acuerdo con lo previsto por el derecho laboral sustancial, el descanso semanal y los feriados nacionales tienen su regla y sus excepciones, referidas no a la pausa en sí, sino a los días en que éste se podrá llevar a cabo, y siendo ello así, las Provincias no pueden, sin caer en una violación a las competencias delegadas a la Nación, regular sobre la materia en cuestión.

Por lo tanto, la ley 13441 al pretender avanzar sobre las excepciones previstas en la ley de fondo, no solamente resulta violatoria del orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución nacional, sino además el legislador local ha sorteado de una manera irregular la distribución de competencias realizada en la Constitución nacional, olvidándose de que las Provincias pueden ejercer únicamente el poder no delegado a la Nación.

A idéntica conclusión se debe arribar sobre la ordenanza municipal impugnada en esta causa N° 9516. Ello es así, por la simple razón de que se trata de actos legislativos emitidos en adhesión a una ley que se declara inconstitucional. Constatado tal vicio en la ley 13441, afecta a todas las disposiciones que se han dictado en su consecuencia.

2.2. Los argumentos expuestos son suficientes para confirmar la sentencia recurrida mediante el remedio extraordinario local, en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley 13441 y la ordenanza 9516. Sin perjuicio de ello, creo conveniente hacer referencia a otras cuestiones contenidas en la ley que también me llevarían a arribar a idéntica conclusión por violación al derecho de igualdad garantizado por los artículos 16 de la Constitución nacional y 8 de la provincial.

La ley excluye de la obligación de permanecer cerrados los días domingos y algunos días declarados como feriados nacionales a ciertos establecimientos o locales comerciales. Para dicha exclusión la ley remite a distintas circunstancias: en algunos casos considera la actividad desarrollada o el sector en que ésta se inserta, y en otros, simplemente tiene en cuenta la cantidad de metros cuadrados que ocupe su superficie, o el lugar donde se ubiquen dichos establecimientos. Como así también se condiciona la apertura de establecimientos comerciales y/o prestadores de servicios que se encuentren bajo una misma unidad arquitectónica denominados shopping y/o galerías comerciales, a que lo hicieren con recursos humanos provenientes de altas de primer empleo, convenios de pasantías y de programas de promoción de empleos (art. 6).

Estas exclusiones establecidas en la ley, desde ya cuantiosas, hacen que en la práctica el cierre los días domingos y feriados nacionales afecte principalmente a un sector de la economía: el de los supermercados, autoservicios, hipermercados o megamercados cuyos locales

superen cierta superficie mínima y no se encuentran ubicados en determinados espacios.

Tal distinción efectuada por la ley entre distintas entidades comerciales carece de razonabilidad, desde que no se compadece con los fines perseguidos -el descanso semanal-, y afecta la garantía de igualdad consagrada en las Constituciones nacional y provincial, en tanto no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a imponer a determinados establecimientos comerciales restricciones de las que se excluyen a otros en similares o parecidas condiciones.

Si bien es cierto que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que importa un principio genérico -igualdad ante la ley de todos los habitantes- que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas, no es menos cierto que el criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinadas (Fallos:229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos:229:765).

Por lo que, si la igualdad establecida en la Constitución nacional no tolera que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos:153:67, entre muchos otros), surge nítidamente que la legislación de la Provincia de Santa Fe, al introducir excepciones, sin que se consiga demostrar que responden a fines sustanciales -antes que meramente conveniente-, estableció diferencias de trato frente a situaciones esencialmente idénticas, lo que no se concilia con la igualdad de derechos que consagran las Constituciones nacional y provincial a sus habitantes.

A la misma conclusión se debe arribar si se considera que el Legislador provincial dejó en poder de los Municipios y Comunas la entrada en vigencia de la ley, autorizándolos a que así lo decidan por una ordenanza de adhesión la que podrá regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad (art. 9).

Dejar en manos de cada uno de los Municipios y Comunas la entrada en vigencia de la ley, como lo dispone la misma -y sin perjuicio de la carencia de facultades de la Provincia de delegar en los entes territoriales provinciales la competencia para el cierre los días domingos y feriados nacionales, ya que está disponiendo de una competencia que constitucionalmente no tiene, y nadie puede delegar lo que no le pertenece- trae como consecuencia -corroborado en la práctica- que establecimientos comerciales no tengan limitación para abrir sus puertas los días domingos y feriados y otros, de idénticas características, por la sola circunstancia de encontrarse ubicados territorialmente en el ejido de otro municipio o comuna de la provincia, a veces a pocos kilómetros de distancia entre unos y otros, estén obligados a permanecer cerrados en esos días, violándose de



Poder Judicial

esta manera, también claramente, el principio de igualdad al que se hizo mención mas arriba.

2.3. Por lo tanto concluyo que debe confirmarse la resolución venida en revisión mediante el remedio de excepción, ya que el A quo le ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa.

La decisión a que se arriba desde ningún punto de vista puede considerarse como una afectación al sistema federal de gobierno, y en consecuencia a las competencias de las Provincias, ya que defender el federalismo no es solamente requerir que se respeten las autonomías provinciales otorgándole desde el poder central todas las facultades y atribuciones que constitucionalmente les corresponden, sino también el respeto de las competencias que el Estado nacional tiene a su cargo para llevar adelante las políticas para todo el país que los Constituyentes le atribuyeron en la Norma Fundante.

2.4. Por último, no constituye un obstáculo para arribar a la conclusión que se propone, lo dictaminado por el señor Procurador General en cuanto entendió juzgar procedente el presente recurso de inconstitucionalidad. Ello, en primer lugar, porque el consejo que dicho funcionario da a esta Corte no reviste vinculatoriedad, pues dicha opinión jurídica se produce en el marco de una relación interorgánica y sólo está dirigida a participar de modo de recomendación en la voluntad del Órgano decisor y no a suplirla, a menos, claro está, que se piense -de modo erróneo- que el control de constitucionalidad establecido en el artículo 93 inc. 1) de la Constitución provincial se comparta con el mentado funcionario, situación que ya fue advertida a éste en A. y S. T. 275, pág. 326; y, en segundo lugar, porque el Procurador General tiene legalmente limitada su actuación en el marco del recurso de inconstitucionalidad a dictaminar "sobre la admisibilidad del recurso" y no sobre su "procedencia" (art. 7, ley 7055).

Por lo dicho, mi voto es por la negativa, con costas por su orden.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Vargas dijo:

Que también coincido en lo medular con la argumentación y propuesta de decisión del señor Ministro doctor Netri así como -en general- con las razones adicionales brindadas en los votos de los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler (que adhieren a aquél).

Por tanto, voto en igual sentido.

A la tercera cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar improcedentes los recursos de inconstitucionalidad en lo que han sido materia de concesión. Costas por su orden.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri,

la señora Ministra doctora Gastaldi, el señor Presidente doctor Erbeta, los señores Ministros doctores Spuler y Gutiérrez y el señor Juez de Cámara doctor Vargas expresaron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Ministro doctor Falistocco y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede la Corte Suprema de Justicia de la Provincia -integrada- RESOLVIÓ: Declarar improcedentes los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en lo que han sido materia de concesión. Costas por su orden.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto firmando el señor Presidente, los señores Ministros y el señor Juez de Cámara por ante mí, doy fe.

FDO.: ERBETTA (en disidencia) - FALISTOCCO (en disidencia) - GASTALDI (en disidencia) - GUTIÉRREZ - NETRI - SPULER - VARGAS - FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA).

Tribunal de origen: Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 2 de Rosario.