



DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PAIS: LA DESCENTRALIZACION POLITICA

Por Carmen Fontán

“Los fines nacionales también se cumplen desde las provincias porque sus competencias, en especial si vividas cooperativamente, tienen ejecución local, pero destinación nacional...Y no solo los fines nacionales jurisdiccionalmente divisibles se cumplen desde las provincias, sino que el bien común mismo es el de todos los todos del todo social. El pluralismo, con tensión a la unidad y no a la desagregación, se corresponde con la subsidiariedad social que respeta la asignación de roles y competencia según la responsabilidad de las partes”.

Pedro J. Frías, disidencia en “YPF c. Provincia de Mendoza y otra”, CS, mayo 3-979.

Punto de partida

Ante las profundas distorsiones que sufrió y sufre el federalismo en la Argentina, la Justicia aparece como el gran correctivo en esta materia. Señala Hernández a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como uno de los órganos institucionales fundamentales para hacer respetar el Federalismo por intermedio de sus fallos, y no permitir que se avasallen los principios del mismo¹. La

¹ Citando entre los precedentes: 1) sobre soberanía y autonomía provinciales: “Zavalía, José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo”(2004) y “Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2006); 2) sobre el alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial: “El Práctico c. Córdoba, Provincia s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011); 3) sobre el principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones: “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014); 4) sobre federalismo y



doctrina judicial de la cabeza del Poder Judicial Nacional sobre Federalismo de concertación, autonomía Provincial, coparticipación, reformas constitucionales provinciales, propiedad comunitaria indígena, procesos electorales locales, respeto a las decisiones firmes de la CSJN; derecho intrafederal, financiamiento del Sistema Previsional Provincial, bases de la educación; competencias jurisdiccionales, regulación de la publicidad y promoción de productos cuyo consumo importe un riesgo para la salud de la población; relaciones de coordinación entre jurisdicciones, etc, se multiplicaron en los últimos años: “Formosa, Pcia. de c/Estado Nacional s/medida cautelar”, Fallos, 338:1498; “Santa Fe, Pcia. de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos, 3378:1389; “Pilquimán, Crecencio c. Instituto Autárquico de Colonización y Fomento rural s/Amparo”, Fallos, 337:1102; “Sosa, Eduardo c. Pcia. de Santa Cruz y otros/Ejecución de Sentencia”, Fallos, 333:1771; “Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/Acción de inconstitucionalidad”, Fallos,338:429; “Acuerdo para el Bicentenario c. Provincia de Tucumán s/Nulidad de elecciones”, sentencia del 11/07/2017; CSJ 191/2009, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, del 24 de noviembre de 2015; CSJ 786/2013, “Córdoba, Provincia de c/ Estado y otro s/ medida cautelar”, del 24 de noviembre de 2015; “Estado Nacional . Estado Mayor Gral. del Ejército c. Córdoba, Pcia. de s/Acción de inconstitucionalidad”, Fallos, 335:1274; “Córdoba, Pcia. de c. Estado Nacional s/Cumplimiento de convenio”, Fallos, 335:1521; “Castillo”, Fallos, 340:1795; “Bazan”, Fallos, 342:509; “Nobleza Piccardo SAIC”, Fallos, 338:110, “Telefónica Móviles Argentina SA- Telefónica Argentina SA”, Fallos, 342:1061; entre muchos otros.

descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social: “Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo” (2014), 5) sobre autonomía municipal: “Rivademar, Angela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” (1989) y “Ponce Carlos Alberto”(2005). HERNÁNDEZ, Antonio María, *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, y ampliado en sus “20 propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino”, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Anales, Tº XLII, 2015, Parte I, Buenos Aires, 2016, p. 247.*



La cita de estos precedentes verifica el impacto que sobre el Federalismo ha tenido la doctrina judicial nacional. En un reciente fallo del 20 de mayo de 2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa” confirmó la validez constitucional de la ordenanza 1660 del municipio cordobés denominada “Descanso dominical del trabajador” por considerar que la misma es una reglamentación razonable, orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local. El pronunciamiento enfatizó la trascendencia del municipio en el diseño institucional argentino en tanto orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía. El máximo Tribunal evidenció en estos años un firme camino en defensa del federalismo y de la autonomía municipal, poniéndolo de manifiesto en su sentencia “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (PEN) s/acción declarativa” del 4 de mayo de 2021². En el caso que comentamos hay cita de más de ochenta precedentes de la propia Corte Federal en la materia.

Material fáctico relevante

Los argumentos del actor:

Jinchui Shi, propietario del establecimiento comercial denominado “Supermercado Arroyito” dedujo acción declarativa de inconstitucionalidad, con arreglo al art. 165, inc. 1º, ap. a, de la Constitución de la Provincia de Córdoba, contra la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º, inc. a, de la ordenanza 1660, sancionada por el Concejo Deliberante de dicha comuna el 25 de agosto de 2014 y promulgada por Decreto 443-W14 el día 26 de ese mes y año. Sostuvo que esa

² CSJN, 567/2021.



norma denominada “Descanso Dominical del Trabajador”, prohíbe a los supermercados de la ciudad de Arroyito abrir los días domingo y sanciona las infracciones a esa prohibición con multas de montos progresivos ante la reiteración y con clausuras en días hábiles, previendo, incluso, la clausura definitiva. Destacó que, a los efectos de su aplicación, la norma considera “supermercado” a *“todo establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar, cuyo lugar de venta y atención al público tenga una superficie igual o superior a los 100m²”*. El supermercado de su propiedad comercializa artículos de consumo masivo (alimentos, bebidas de todo tipo, productos de limpieza, perfumería, etc.; y los que se venden en la carnicería y verdulería instaladas en el interior del supermercado, espacios que se encuentran concesionados y atendidos por sus concesionarios). Por la ordenanza cuestionada, los supermercados como el suyo, se los obliga a cerrar sus puertas al público los días domingo, en forma discriminatoria, con lo que se lesionan sus derechos adquiridos de ejercer el comercio y de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) sin que la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito tenga competencia para ello, por ser materia de derecho común, que está delegada al gobierno federal y que, por ser poder delegado, no puede volver a ser ejercido por las provincias, siguiendo igual limitación la autonomía municipal.

Los argumentos de la demandada:

La Municipalidad de Arroyito alegó que: a) la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, firmaron un Acta Acuerdo en forma voluntaria mediante la cual a partir del 3 de octubre de 2004 no abrirían los comercios los días domingo; b) el actor inició su actividad en 2013 y, en oportunidad de su inscripción municipal, fue informado sobre la modalidad de cierre de los locales producto del acuerdo celebrado; c) el no acatamiento de la



medida produjo malestar entre los propietarios de supermercados locales; d) el 6 de junio de 2014 se instrumentó otra Acta Acuerdo, ratificando básicamente la de 2004, que el actor no suscribió si bien participó de las reuniones previas; e) desde el 29 de agosto de 2014, ante la renuencia de Shi Jinchui y otra comerciante de origen chino a cerrar los días domingo, sumado a la preocupación del resto de los titulares de supermercados y de sus trabajadores, se iniciaron gestiones para invitarlos nuevamente a suscribir el acuerdo y continuar con la conducta de la mayoría, sin resultado; f) ante la situación planteada, el Concejo Deliberante sancionó la ordenanza impugnada en el caso. Tras aludir a los fundamentos y disposiciones de la norma en cuestión, con apoyo en precedentes jurisprudenciales, invocó que su dictado se sustentó en el ejercicio de las potestades normativas originarias que reconocen su fuente en la consagración constitucional de la autonomía municipal y el despliegue del poder de policía. Postuló que *“el procedimiento adoptado tanto por el Departamento Ejecutivo Municipal como por los legisladores municipales intentó dirimir un conflicto social entre empleados y propietarios de supermercados locales que solo las autoridades municipales pueden valorar, y lo logró”*.

La sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba

El fallo hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660. Los principales argumentos fueron: a) la norma tiene como objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito (personal que se desempeña en comercios de venta de artículos masivos, definidos como supermercados) para lo cual ordena el cierre de los locales de dichos comercios durante todo el día domingo de cada semana del año calendario; b) Con cita de precedentes reiteró que todo lo concerniente a esta importante materia -descanso semanal- está contemplado por un plexo normativo que tiene como base el art. 14



bis de la Constitución Nacional conforme al cual las leyes que protejan el trabajo, en sus diversas formas, deben asegurar al trabajador “descanso y vacaciones pagados”. En la misma línea se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que también garantiza “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” (art. 7, inc. d). El régimen de descanso semanal se encuentra reglado de manera uniforme para toda la Nación por la ley 18.204 (art. 1º) y por el art. 204 de la LCT, preceptos que prohíben la ocupación del trabajador desde la hora 13 del sábado hasta las 24 del domingo existiendo la posibilidad de que la reglamentación establezca excepciones que, en rigor, no lo son al descanso semanal sino al momento en el cual puede llevarse a cabo; c) la ley provincial 8350, en consonancia con la desregulación comercial dispuesta por el decreto 2284/91, estableció que *“los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados en relación de dependencia, podrán determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre. Podrán asimismo desarrollar sus actividades los días domingos y feriados”*.

La ley posibilita la libertad de horario entre los comercios, pero siempre que se respete la legislación laboral por ser materia de fondo que, en virtud del esquema de distribución de competencias (art. 75, inc. 12), es atribución exclusiva del Congreso de la Nación. La misma ley designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo al que, en ejercicio de la policía del trabajo, se le reconoce la posibilidad de efectuar el contralor de las planillas de horario y descanso del personal; al mismo tiempo, se especifica que la Subsecretaría de Comercio ejercerá el contralor del horario de atención al público; d) Tanto el poder de policía en materia laboral como el control del cumplimiento de las normas laborales – manifestación de la facultad administrativa denominada “policía del trabajo” o “inspección del trabajo”- corresponden al estado provincial y no han sido



delegadas a los municipios, conforme lo establece el art. 54 de la Constitución de la Provincia de Córdoba. Cita la normativa sobre el régimen en materia de sanciones por infracciones laborales las que son uniformes para todo el país y que la autoridad encargada de ejercer el control y de aplicar las sanciones es la provincia; e) Que en el esquema de organización del estado federal a la que algunos autores denominan “trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal”, a la que se suma un cuarto nivel que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el ámbito de actuación de cada uno de esos órdenes debe ser analizado en función de la dimensión espacial (principio de territorialidad) y de la dimensión jerárquica (principio de supremacía). En ese entramado, las ordenanzas municipales tienen el mismo valor y fuerza normativa que las leyes provinciales y nacionales siempre que hayan sido dictadas en el ámbito de su competencia territorial y material; f) Que el constituyente provincial de 1987 y luego el nacional a partir de 1994 reconocieron la plena autonomía municipal. Acota que sus facultades deben necesariamente coordinarse con un orden jurídico superior que establece límites a esa facultad; de allí que poseen potestad legislativa para reglamentar las materias que les han sido atribuidas por la constitución de cada provincia; g) los municipios, dentro de la esfera de su competencia, son titulares del poder de policía municipal; en cuanto a su contenido, dicho poder se encuentra limitado a las materias constitucionalmente autorizada y que en el caso de la Constitución cordobesa no se encuentra entre las potestades conferidas la “policía del trabajo” que ha sido reservada por la misma constitución a la Provincia; cualquier restricción al ejercicio de los derechos operada a través del poder de policía debe superar el test de legalidad; a su vez, el desenvolvimiento del poder de policía tiene otro límite, derivado de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; h) la ordenanza 1660, desde su denominación misma (de “descanso dominical del trabajador”), pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido al haber establecido la obligación de respetar el descanso dominical en forma absoluta; de ese modo ha invadido la esfera de competencias reservada al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, de la



Constitución Nacional como también su sistema de sanciones avanza sobre competencias de la provincia. Y finalmente que la restricción al horario comercial debe ser razonable, test que no supera la norma en cuestión por ser incompetente el municipio para su dictado.

Los avatares procesales

Contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de la causa el Municipio demandado interpuso el remedio federal cuya denegación origina la queja resuelta por la Corte Federal. Planteó la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional. Con arreglo a lo dispuesto en la Acordada 30/2007 se convocó a audiencia pública de carácter informativo donde expusieron diversos amigos del tribunal, los representantes letrados de cada una de las partes, formularon sus informes y fueron interrogados sobre distintos aspectos de la controversia.

El voto mayoritario

La mayoría estuvo integrada por los vocales Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, y Ricardo Luis Lorenzetti que lo hizo según su voto.

Los temas centrales en discusión son: los municipios como sujetos necesarios del federalismo argentino; el estatus de derecho público de la autonomía y sus contenidos; las reglas orientadoras en el balance entre el orden nacional, provincial y local; interpretación constitucional; el concepto de relaciones sociales y el sentido de la comunidad; la legitimidad democrática de la Ordenanza 1660 del municipio recurrente; la libertad de comercio; la normativa sobre jornada laboral; el poder de policía municipal; el examen de razonabilidad de la norma impugnada; los alcances de la igualdad; la protección integral de la familia, entre otros. A su turno, el voto de Lorenzetti hace remisión a los considerandos 1 a 6 del



voto precedente, y advierte que en el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios.

Desarrollaremos los temas centrales en el orden en que fueron objeto de tratamiento por el voto mayoritario.

Los municipios como sujetos necesarios del federalismo argentino

Analizando la reforma constitucional de 1994 remarca la trascendencia del municipio en el diseño institucional argentino en tanto orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía. Que esa fue la intención del constituyente cuando reconoció a los municipios de provincia, sujetos necesarios del federalismo argentino conforme al art. 5° de la Constitución Nacional.

En ese sentido los fundamentos del fallo coinciden con lo expuesto por el Convencional Merlo en la sesión del 8 de agosto de 1994 al tratarse el dictamen mayoritario de la Comisión de Redacción en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal referidos a los dictámenes números 4, 6, 12, 13, 25, 26, 27 y 28. (Orden del Día N 8) cuando afirmó que “Para cumplimentar esas demandas sociales es menester consolidar el municipio, dotándolo de los elementos pertinentes para darle mayor participación democrática y el sustento material necesario para cumplir sus fines. Sobre este importante tema de la autonomía municipal, que representa un verdadero acto de consenso al que hemos llegado la mayoría de los convencionales que formamos parte de esa Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal, hemos analizado una cantidad de proyectos que diferían bastante unos de otros. Sin embargo, luego de dilatadas reuniones, conseguimos elaborar un texto para reemplazar el artículo 106 de la Constitución, consolidando esa autonomía.

Es necesario hacer notar como primera medida que el dictamen de mayoría



incorpora a la Constitución Nacional, en forma explícita e inequívoca, la idea de que los municipios son entidades autónomas... Todo esto significa un reconocimiento de que el municipio es la célula institucional básica de nuestro país para el gobierno y la administración de los asuntos locales.

Por otra parte, la incorporación a la Constitución Nacional del concepto de autonomía municipal dará coherencia al derecho público argentino, toda vez que la Ley Fundamental se pone a la altura de las normas incorporadas por dieciocho Constituciones provinciales, que han ido reconociendo para sus Estados que el municipio es un ente autónomo, con diferentes alcances. Dichas Constituciones provinciales han querido dar a cada uno de esos municipios su autonomía.

También se termina con la inseguridad que surgía del análisis del texto del artículo

5º de la Constitución Nacional de 1853, que durante ciento cuarenta años dio lugar a un gran debate doctrinario y jurisprudencial, que por la nueva redacción del artículo 106 se da por terminado.

Mucho se ha hablado sobre la importancia que tiene la consolidación de una democracia real y el fortalecimiento de la vida municipal. Ello es cierto porque el hombre, sin discriminación de ideologías políticas, religiosas, económicas, culturales o de edad y sexo, tiene en su ciudad o pueblo la primera y más directa manifestación de su pertenencia al cuerpo social del que forma parte. La tiene porque es el municipio —antes que la provincia o la Nación— el que le hace sentir las bondades de una buena administración o las penurias de una administración inadecuada, porque el municipio le brinda los servicios que son esenciales a todo hombre. Si esos servicios son adecuadamente prestados, el hombre siente que mejora su calidad de vida. Aparentemente, se trata de los servicios más simples, pero si vemos bien la implicancia que tienen en la vida cotidiana, nos damos cuenta de que tales servicios públicos —más que cualquier otro de los que presta el



Estado— ayudan a un mejor vivir”³.

Quedando despejada así toda duda sobre el carácter necesario e imprescindible que los municipios tienen como sujeto de derecho público de nuestro federalismo.

El estatus de derecho público de la autonomía y sus contenidos

En este punto la sentencia siguiendo el espíritu de la reforma de 1994 da plena operatividad al sentido de autonomía municipal del texto constitucional. Que sus contenidos son taxativos y comprenden los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero, los que según el constituyente quedaron derivados a la regulación propia del derecho público provincial. Precizando que la determinación de los “contenidos” evita el vaciamiento de la noción de autonomía. Y en cuanto a los alcances de cada contenido ellos deben reflejar a heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por tanto ser fijados por cada provincia, para que en ejercicio del respectivo “margen de apreciación local” sea cada jurisdicción la que defina el estándar jurídico conforme su específica e intransferible realidad.

Las reglas orientadoras en el balance entre el orden nacional, provincial y local;

Sobre este punto el voto que comentamos balancea los tres ámbitos de competencias. Hace jugar la autodeterminación municipal dentro de la esfera provincial, que conserva su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la CN. Así las provincias deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice el mayor grado posible de atribuciones

³ Debates Convención Constituyente Nacional 1994, 26° Reunión-3° Sesión Ordinaria (Continuación) 8 de agosto de 1994, págs. 3433 y ss. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.



municipales y no impida el desarrollo del accionar de la unidad menor. En ese orden de ideas analiza la recepción constitucional de la autonomía municipal en la norma de base cordobesa que reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia. Le asegura todos los contenidos de la autonomía y que los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones, conforme la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten. Pasando luego a analizar el cúmulo de atribuciones que el constituyente provincial reconoció a los municipios, en la búsqueda de un municipio ampliamente participativo y eficaz en consonancia con los principios exigidos por el constituyente nacional en los arts. 5 y 123 de la CN.

Interpretación constitucional

La sentencia marca directrices interpretativas que no pueden soslayarse. Pivotea entre una exégesis literal, histórica y teleológica, no descuida el método orgánico o sistemático, y finalmente arriba a una interpretación previsor que tiene en cuenta las proyecciones y consecuencias internas y externas que este decisorio adquirirá para la comunidad de Arroyito y de los distintos actores sociales que participaron en lo que finalmente se cristalizó en la Ordenanza cuestionada.

El concepto de relaciones sociales y el sentido de la comunidad. La legitimidad democrática de la Ordenanza 1660 del municipio recurrente

El voto partiendo de la explicación sociológica que Max Weber formula sobre las relaciones sociales, extrae consecuencias importantes sobre el concepto de comunidad y su aplicación a la particular plataforma fáctica de este juicio. Concluye que el “tipo asociativo “comunitario”, predominante en la trama de relaciones sociales del municipio demandado, ha permitido desarrollar un sistema participativo con miras a la consecución de fines con arreglo a valores (valores que no están



exentos de una construcción cooperativa permanente), con aptitud para comprender y procesar la complejidad de los problemas sociales y lograr las soluciones adecuadas, construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida”⁴.

Y son esas particulares características de este municipio de Arroyito y la práctica participativa de sus vecinos los que crearon los antecedentes que culminaron en la sanción de la Ordenanza cuestionada. Esto evidencia que existen acuerdos sociales horizontales e el mismo sentido que el contenido de la ordenanza. Refiere en este punto las distintas Actas Acuerdos suscriptas por los actores sociales, gremiales, religioso, empresarial, etc, con el Municipio. Estimando este voto que en el debate y la deliberación pública desarrollados en la escala local se consolidó la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa. Y el mantenimiento en el tiempo de esos acuerdos resaltan la permanencia de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal en la materia debatida, todo lo que demuestra la legitimidad democrática de la decisión volcada en el molde de la Ordenanza 1660. Decisión legislativa que tiene por objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido con un amplio consenso.

La libertad de comercio. La normativa sobre jornada laboral

La libertad de comercio reconocida en el art. 14 de la CN es un derecho relativo y debe ser desplegado con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. Que esa libertad ha de ser entendida en sintonía con las soluciones consensuadas por la comunidad del municipio que arbitraron diversas soluciones para supuestos distintos, ya que en su entendimiento ciertas actividades pueden

⁴ Considerando 11) del voto Mayoritario.



discontinuarse en los días domingos, mientras que otras no. Y que dicho tratamiento diferenciado no conlleva per se la contradicción de normas de jerarquía superior. Para arribar a esa conclusión el voto recorre los pasos seguidos por la legislación laboral en lo que hace a la jornada de trabajo y descanso dominical⁵.

Luego del análisis de la legislación laboral, el voto señala el déficit de enfoque jurídico que padece la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba. Según el voto la ordenanza objetada no regula materia laboral, sino que por el contrario es el ejercicio efectivo de disposiciones locales sobre poder de policía municipal que regulan los días y horarios de apertura y cierre de los comercios. Esto nada tiene que ver con la regulación del contrato de trabajo, materia que compete a la legislación nacional. Se trata lisa y llanamente de establecer restricciones al horario comercial.

En síntesis, el voto concluye que tanto la legislación nacional sobre descanso dominical como la ordenanza municipal cuestionada, coinciden en la protección del bien jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tanto las previsiones nacionales como municipales en estudio confluyen teleológicamente en la misma finalidad relativa a permitir que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad, por lo que -en definitiva- no existe colisión normativa alguna ni se verifica agravio ni lesión al art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

El examen de razonabilidad de la norma impugnada. Los alcances de la igualdad. La protección constitucional de la familia

Despejada la duda sobre que la ordenanza 1660 no contradice normas ni principios constitucionales o provinciales, el voto mayoritario finalmente la hace

⁵ Ver considerando 14 del voto Mayoritario.



pasar por el filtro de la razonabilidad. En primer lugar, reitera doctrina pacífica del máximo Tribunal que 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 objetiva, fundada y razonable.

La Ordenanza regula particularmente un universo específico de comercios, el “*establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar*”, y formula distinciones dentro de dicha categoría en base a dos parámetros: en primer lugar, a partir de valores objetivos de extensión espacial de la superficie del establecimiento y, en segundo término, a partir de quienes realizan la atención al público, en concreto, si son atendidos por sus dueños. En ese orden se distinguen tres categorías de establecimientos comerciales: a) supermercados (superficie superior a los 100 mts²); b) minimercados (entre los 30 y los 100 mts²) y c) establecimientos de menor envergadura, menos de 30 mts². Con otro elemento de distinción: los comprendidos en los apartados b) y c) deben estar atendidos únicamente por sus propietarios. El sentido de la distinción radica en la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados. De modo que la norma establece una distinción normativa basada en causas objetivas (superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de tutela y fomento de los establecimientos de menor porte, habiendo optado el Concejo Deliberante por la determinación de un valor objetivo y general de 100 mts². Los parámetros de distinción se aplican independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales, de forma que la condición de extranjero del actor no es considerada en la reglamentación dictada, sin que tampoco se verifique una práctica discriminatoria orientada en tal sentido.



El voto concluye en la razonabilidad de la distinción establecida en la ordenanza que tiene parámetros objetivos (superficie y modalidad de atención), procurando la tutela y fomento de los establecimientos de menor porte. No advierte el Tribunal un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando reconoce que el medio elegido por el legislador municipal pudiera ser opinable. La exigencia de atención por sus dueños también luce razonable bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario.

Culmina su test de razonabilidad analizando si la regulación es conforme con el ejercicio de la libertad de comercio. Los vocales Maqueda y Rosatti expresan que no se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles.

El voto yendo más allá de la denominación formal de la ordenanza (“descanso dominical del trabajador”) atendiendo a racionalidad, no de manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos constata: el proceso de consenso social a que arribó la comunidad y que se plasmaron en la ordenanza citada; la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de los pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores resuelve que la conclusión sostenida por el Superior Tribunal de Provincia, en cuanto a que la ordenanza 1660 ha invadido la



esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada, como así también el argumento de que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical y que por lo tanto, invadía la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo.

El voto del Dr. Ricardo Lorenzetti

Este voto que hace suyos los considerandos 1 a 6 del voto de los Dres. Maqueda y Rosatti, se diferencia de estos, en que para dilucidar la posible contradicción entre la ordenanza 1660 y la potestad de la Nación para regular lo atinente al descanso dominical (art. 75 inc. 12 CN) en que sostiene que no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. Y que la diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver el conflicto.

Esta distinción doctrinal, que no aparece reflejada ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, tiene una gran importancia para la teoría del derecho. Conviene recalcar que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, si bien, como veremos, presentan significativas diferencias, en especial, atendiendo a su forma de aplicación, y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas. Por otra parte, como señala Zagrebelsky⁶, «por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios» sin embargo, la Constitución también contiene reglas, al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella.

⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003).



Robert Alexy⁷, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y menos aún una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Para Alexy, en primer lugar, un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son «mandatos de optimización», caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas serían «mandatos definitivos» o, lo que es lo mismo, normas que solo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

En esa dirección el voto pondera la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo y la descentralización instituciones de las decisiones, en distintas fuentes de derecho y busca una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable. Así pasa a examinar primero las competencias entre la Nación, las provincias y el municipio en relación a la cuestión debatida en el caso y por último, ponderar la colisión de principios ya indicados. Advierte también este voto, que pese a la denominación formal de la Ordenanza en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercio en el ámbito geográfico del municipio, no puede asimilarse en modo alguno a una regulación propia del derecho laboral, materia atribuida por la Constitución Nacional en exclusividad al Congreso Nacional. Por lo que la norma en cuestión se

⁷ Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pág. 81 y ss.



inserta en el ejercicio del poder de policía municipal. Y en ese orden de ideas, el voto apunta a que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo. Aparece así, un principio general de descentralización institucional inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Y como todo principio es un mandato de optimización compatible con otros principios que resulten también aplicable mediante un juicio de ponderación judicial.

El voto constata que no se probó que la decisión de prohibir la apertura de los supermercados los días domingo impida el desarrollo pleno del comercio. Que tampoco se trata de una restricción al comercio interprovincial. Bajo ese prisma analiza la razonabilidad de la norma impugnada, es decir, que tenga un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretende regular y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los fines proclamados (arts. 14 y 28 CN). Concluyendo, luego de examinar el texto de la Ordenanza y los parámetros objetivos establecidos en la misma, que no se verifican elementos que permitan concluir que aquella incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del Municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se haya demostrado que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (6 días a la semana).

Voto en disidencia de los Dres. Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco



Este voto compartiendo los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal entiende que la Ordenanza cuestionada regula el descanso dominical, por lo que se trata de legislación laboral cuya competencia corresponde en exclusividad al Congreso de la Nación. En consecuencia, el Municipio de Arroyito no tenía atribución alguna para dictar una norma contraria a dichas disposiciones.

Conclusión

Una sentencia que rescata el verdadero sentido de la autonomía municipal y que importa un ejercicio de federalismo en su máxima expresión reconociendo que la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y distintos tipos de actividades. Sentencia que se ajusta a la muy particular plataforma fáctica de autos donde la participación y el consenso de la comunidad son un ingrediente original y diferencial para lo resuelto en este caso.

Carmen Fontán. Profesora Titular de Derecho Constitucional, Cátedra “B”, Facultad de Derecho de la UNT

Profesora Titular de Marco normativo de la información y la comunicación, en la carrera de Periodismo de la Universidad San Pablo T.