



Poder Judicial



21-00809017-0

COTO CICSA C/ PROVINCIA DE SANTA FE Y OTROS S/ AMPAROS

Cámara Apelaciones Civil y Comercial (Sala III)

Nº 390 En la ciudad de Rosario, a los 22 días del mes de Diciembre de 2016, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Tercera Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Dres. Darío L. Cúneo, Ariel C. Ariza, María de los Milagros Lotti, Gerardo F. Muñoz y Avelino J. Rodil, para dictar sentencia en los caratulados: **COTO CICSA c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ AMPARO - EXPTE CUIJ NRO. 21-00809017-0**, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil Y Comercial de la 2da. Nominación de Rosario, en apelación de la sentencia Nº 1670 de fecha 01.08.16 obrante a fs. 193/197 y habiéndose efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es nula la sentencia recurrida?

SEGUNDA: ¿Es ella justa?

TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dres. Cúneo, Ariza, Lotti, Muñoz y Rodil.

A la primera cuestión dijo el Dr. Cúneo: El recurso de nulidad deducido en autos no se mantiene en esta sede. Por ello, y por no advertir vicio substancial alguno que autorice la revisión oficiosa de la causa, voto por la

negativa.

A la misma cuestión dijeron los Dres. Ariza, Lotti, Muñoz y Rodil: Adherimos a lo expresado por el Vocal preopinante Dr. Darío L. Cuneo, y en tal sentido, votamos por la negativa.

A la segunda cuestión dijo el Dr. Cúneo: 1. Síntesis de la materia litigiosa sometida a resolución.

1.1. La actora inició acción de amparo contra la Municipalidad de Rosario y la Provincia de Santa Fe a efectos que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 9516 y de la Ley Provincial 13.441 por cuanto consideró que "...4) La ley provincial 13.441 regula temas económicos y laborales delegados al Gobierno Nacional según el art. 75 incisos 12 y 18 de la C.N. que ha han sido tratados por la LCT. (Ley 20.744 t.o. 1976) y leyes de regulación económica con vigencia en todo el país (Ley 18.425 y Decreto 2284/91 ratificado por la Ley 24.307 (que medió la adhesión de la Provincia de Santa Fe por la Ley 10.787); 5) La sanción de normas provinciales en materia delegadas, viola el principio de primacía del art. 31 de la C.N.; 6) La Municipalidad de Rosario sancionó la Ordenanza N° 9516 mediante la cual adhiere a lo dispuesto en la ley provincial...".

En tal orden de ideas relató que "...El descanso semanal está regulado en los arts. 204 y siguientes y para el trabajo por equipos en el art. 202 de la LCT al disponer que se otorgará al término de cada ciclo de rotación y dentro del



Poder Judicial

funcionalismo del sistema, alternativa que pareciera incompatible con la Ley 13.441 de la Provincia de Santa Fe que no contempla esta modalidad (...) Como la Ley Provincial 13.441 incluye disposiciones referidas a los feriados, destaco que en 1974 se dedicó un título de la LCT, el VI, a los feriados, pero dejando la regulación a u cuerpo legal distinto, que no fue alterada ciniéndose a eliminar al art. 180 la mención de que los feriados se regirán por el régimen convencional y por ello, a poco de dictada la Ley 21.297 se sancionó la Ley 21.329 enumerando los feriados y días no laborables, dejando sin efecto las disposiciones de los estatutos profesionales o convenios colectivos. La regulación entonces de los feriados, debe hallarse en el art. 165 de la LCT, y el régimen legal no es otro que el de la Ley 21.329 y complementarias, todas de carácter nacional. Para el trabajo en los feriados el art. 166 en caso de excepción, los trabajadores ocupados en tales días, cobrarán la remuneración "normal" más una cantidad igual. El art. 168 de la LCT, supedita la percepción del salario en días feriados y el art. 169 la forma o base de cálculo y, por último, el art. 170 de la LCT, prevé situaciones especiales...".

Agregó que "...por el art. 196 de la LCT, el régimen legal de la jornada es uniforme para toda la Nación y se rige por la Ley 11.544 (incorporada a la LCT) con exclusión de cualquier disposición en contrario...".

Expresó que "...De tal modo, resulta que la ley

provincial cuya validez cuestiona, a la cual ha adherido el Municipio a través de la Ordenanza N° 9516, ha incursionado en un tema que se encontraba legislado por la ley nacional dictada en un cierto entendimiento de las facultades establecidas por el art. 67, inc. 11 (actual 75 inc. 12) de la Constitución, por lo que, resulta violatoria del orden de jerarquía establecido en el art. 31 de la norma fundamental...".

Destacó que "...El tema está regido por la Ley 18.425 y también por el art. 18 del decreto 2284/91 sobre desregulación económica cuando dispone: "suprímase 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". El decreto 2284/91 ratificado por la ley 24.307, ha sido considerado en el Anexo I de la ley 26.939 (Digesto Jurídico Argentino) como "norma vigente", bajo la siguiente identificación: K- 1764. Como las leyes, en el DJA se identifican por categorías (v. art. 7° ley cit), se lo puede encontrar en la categoría denominada "Económico"). El horario de atención al público de los comercios al que se refiere la ley N° 18.425 es, precisamente, uno de los "beneficios" contemplados en su Capítulo II como medios para lograr que se efectivice la promoción encarada por el legislador sobre la base de la cláusula del art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional,



Poder Judicial

la fijación de quél excede la competencia de la provincia en materia de policía del trabajo y comercial. Máxime si el art. 17 de dicha ley establece que las provincias podrán otorgar mayores beneficios que los que ella fije a las actividades promovidas pero no podrán restringirlas (...) La ley 13.441 de la Provincia de Santa Fe y consecuentemente la Ordenanza N° 9516 al adherir a sus normas, precisamente discriminan en contra del desenvolvimiento de los supermercados y a favor de establecimientos comerciales o prestadores de servicios que se encuentren bajo una misma unidad arquitectónica denominada shopping o galerías comerciales, mercados de abasto, ferias y mercados municipales, habilitando a realizar la apertura los días domingo...".

Manifestó que "...en el caso particular de la Ordenanza N° 9516 incurre clara y evidentemente en una discriminación injustificada al establecer en su artículo 2° que la adhesión a la ley 13.441 se aplicará a supermercados, hipermercados y megamercados conforme a los parámetros establecidos por la Ley 12.069, de grandes superficies comerciales. Lo que se dispone en el artículo 2° de la Ordenanza N° 9516 impacta directamente sobre los establecimientos que posee mi mandante y ello en este caso particular implica un apartamiento evidente e injustificado de lo dispuesto en la Ley 13.441...".

Enfatizó que "...La Ordenanza no puede bajo ningún concepto modificar los términos y condiciones de la

Ley provincial a la que está adhiriendo; y ello es justamente lo que ocurre con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ordenanza bajo análisis. La ordenanza establece categorías de establecimientos comerciales radicados en la ciudad de Rosario a los cuales se les aplicarán las disposiciones de la Ley 13.441 en detrimento de otros establecimientos ubicados en la misma jurisdicción a los cuales también, por lo mismo que se ha dispuesto a nivel provincial, deberían aplicárseles las mismas restricciones y no se les aplican...".

1.2. Al contestar la demanda la Provincia de Santa Fe negó todos los hechos relatados por la actora que no fueran expresamente reconocidos por su parte.

Sin perjuicio de ello expresó que "...la materia de la pretensión (cuya improcedencia habrá de ser objeto de análisis en los párrafos subsiguientes), resulta harto compleja, no pudiendo dilucidarse en el acotado ámbito del proceso de amparo y de modo alguno ventila ningún vestigio de arbitrariedad -mucho menos en su carácter de manifiesta- que permita habilitar esta excepcional acción soslayando las vías naturales y ordinarias para su debate...".

Dijo que "...las conductas adoptadas por las amparistas atentan contra el espíritu del instituto constitucional y el carácter excepcional que se le reconoce, bastardeándolo en cuanto se lo pretende transformar en un remedio jurisdiccional ordinario, carácter que obviamente no posee y al mismo tiempo ha pretendido sustraer la cuestión de



Poder Judicial

los órganos y procedimientos dentro de los cuales debía naturalmente ser resuelta...".

En cuanto al fondo de la cuestión sostuvo que "...nos encontramos en el difícil campo vinculado al deslinde de competencias entre Nación y provincias, particularmente, en el más delicado de ellos, el de las competencias concurrentes, "...o sea, las que pertenecen en común al estado federal y a las provincias" (...) Es así, porque el art. 75 inciso 13 refiere únicamente al comercio interprovincial o internacional y no al realizado dentro de la jurisdicción provincial, que por imperio del art. 121 (facultades no delegadas), y a contrario imperio del art. 125 (material prohibidas a las provincias), ha sido conservado por las provincias (...) siendo "...la línea divisoria entre poder de policía local y el federal es muy delgada" (...) La recurrente no sólo desconoce este principio ubicando las discusión como si se tratase de atribuciones exclusivas del estado federal, sino que elípticamente intenta aumentar los poderes del estado federal más allá de lo permitido en la Constitución...". En tal entendimiento agregó que "...Evidentemente, nos encontramos dentro de un ámbito librado a la política legislativa donde deben armonizarse políticas de mercado con políticas de desarrollo humano (las del art. 75 inciso 19) en el ámbito provincial...".

Manifestó que "...La Provincia de Santa Fe ha adherido a los postulados del Decreto Nacional N° 2284/91

ratificado por la Ley 24.307 a través del dictado de la Ley N° 10.787; mas se trata de una “adhesión principista”, es decir, que no constituye expresamente derecho provincial, sino en los casos que expresamente así se declare, cuestión que no ocurre respecto a la materia en cuestión...”.

En otro orden de ideas señaló que “...la norma atacada tampoco puede ser tildada de “discriminatoria”. La actora no conceptualiza adecuadamente el principio de igualdad de base constitucional, y a partir del tal yerro, postula un juicio erróneo...”.

Destacó que “...si la Provincia de Santa Fe y el municipio en el caso, impone determinada normas para la actividad comercial, que a la luz de los principios desarrollados importan garantizar la verdadera igualdad de oportunidades, o igualdad real, en pos del amplio concepto que hemos visto del interés económico general, no puede sostenerse seriamente que se incurra en un trato discriminatorio, pues los distinguos efectuados se encuentran justificados en razones susceptibles de ser calificadas de relevantes...”.

En este punto resaltó que “...el derecho al ejercicio de una industria lícita como la actividad comercial de la actora, como así también el interés -hipotético- de la comunidad a acceder a los productos que comercializa todos los días de la semana, debe compatibilizarse con la demanda de un amplio sector de la sociedad tributario de ello (el de



Poder Judicial

los empleados y las asociaciones que lo representan), que aparentemente el legislador quiso receptar con la sanción del ordenamiento...".

Por último dijo que "...no le cabe al Poder Judicial sustituir el juicio del legislador cuando pondera intereses y procura arribar a una solución armónica, más allá que el sustrato de la misma aparezca como menos simpática para algunos..." y agregó que "...es de destacar que la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse al órgano jurisdiccional, ya que ella configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico...".

1.3. La municipalidad, a su turno, formuló una negativa de los hechos invocados por el actor que no fueran expresamente reconocidos por su parte.

Asimismo, sostuvo que su parte "...se limitó a implementar un régimen sancionado por la provincia, ya que conforme el art. 9 de la ley 13.441 ello resulta imprescindible a los efectos de "regular los alcances de su aplicación en función de las particularidades de cada localidad", siendo en consecuencia la ordenanza 9516 nada más que la aplicación o traslación al ámbito municipal del ordenamiento normativo provincial sin crear "nuevo derecho". Sin perjuicio de ello destaco que no se advierte -con el grado de definitividad y contundencia que exige la vía procesal elegida por la actora- que la norma provincial

perfile los vicios de inconstitucionalidad y manifiestas arbitrariedad e ilegitimidad que se les achaca...”.

Expresó que “...la ley provincial al disponer el cierre de determinados comercios los domingos y feriados, sólo por defecto regula materia sanitaria laboral que es de injerencia local por referirse a al policía del trabajo. Esto no es incompatible con el ordenamiento nacional, ya que no altera el régimen de horas de trabajo de 45 semanales ni su distribución en seis jornadas, lo que diferencia sustancialmente a este caso del precedente de la Corte Nacional “Fábrica de Calderas” citado por la amparista...”.

Destacó que “...La norma no se inmiscuye en el núcleo de la relación de trabajo. Sólo puede tener una influencia indirecta en las modalidades de la prestación del contrato de trabajo, como consecuencia del ejercicio de su poder de policía en materia de regulación de la actividad comercial. Así, entre otros casos, el municipio establece -para determinados comercios o actividades- límites horarios de funcionamiento: en el caso de las confiterías bailables un horario de cierre, para los comercios de venta de bebidas alcohólicas la prohibición de su expendio luego de determinada hora de la noche, para las obras de construcción la obligación de cesar la actividad al mediodía y de trabajar durante la noche -lo que - siguiendo la tesitura que postula la actora- podría afirmarse que tal limitación temporal implicaría la necesidad de de desprenderse de mano de obra



Poder Judicial

que podrían ocupar en los horarios de inactividad. Por ello, y sin perjuicio de la facultad concurrente de dictar normas de poder de policía, se ha dicho también que las Provincias tienen la facultad de dictar leyes y reglamentos que hacen a la policía de trabajo siempre que las limitaciones establecidas aparezcan razonables, no contraríen el espíritu de normas federales y no afecten el comercio exterior o interprovincial (CSJ, Fallos 298:569). Esta facultad surge además explícita de la Constitución Provincial cuando establece entre las del gobierno (art. 20) "...reglamenta las condiciones en que el trabajo se realiza, incluso la jornada laboral de trabajo...".

Dijo que "...Tampoco es cierto que la ley y la ordenanza vulneren lo dispuesto por la ley 24.307, ratificatoria del decreto 2284/91, llamado de "desregulación comercial", ya que las normas impugnadas no tienen por objeto regular la competencia comercial, sino prácticas comerciales que se desarrollan exclusivamente en su ámbito, descartándose que regule el "comercio interprovincial". La normativa impugnada se enmarca en el ejercicio de competencias emanadas del art. 75 incs 18 y 19 de la Constitución Nacional (cláusulas del bienestar general, progreso y desarrollo humano), que conforme surge de la jurisprudencia de la Corte constituyen facultades concurrentes (fallos 289:315). Nos encontramos, pues, en el ámbito librado a la política legislativa donde deben armonizarse políticas de mercado con políticas de

desarrollo humano (art. 75 inc. 19 CN) en el ámbito provincial...".

Manifestó que "...Con respecto al reproche de trato desigual que se le atribuye a la ley y a la ordenanza, por limitar esta última su aplicación a los sujetos mencionados en su art. 2º: "...la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase o de ilegítima persecución (conf. Fallos 310:849; 330:855, entre muchos otros." (CSJSF Carrefour Argentina SA c/ Municipalidad de Rosario s/ RCA, A y S T 231 p337/342).

Para finalizar, y en otro orden de ideas, refirió que para admitir la declaración de inconstitucionalidad en el marco de una acción de amparo se requiere que el vicio invocado a la normativa atacada resulte arbitraria de modo manifiesto y además absolutamente incompatible y en evidente oposición a la carta magna; destacando además que la declaración de inconstitucionalidad -por su gravedad institucional- deberá ser la "ultima ratio" puesto que debe presumirse la legitimidad de las leyes sancionadas y promulgadas por los poderes del Estado.



Poder Judicial

1.4. A fs. 104/117 compareció en carácter de tercero interesado la Asociación Empleados de Comercio de Rosario quien sostuvo -en lo sustancial- que "...Es de público y notorio conocimiento que la asociación que represento ha impulsado la sanción de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona aquí, por los indudables beneficios que trae aparejado para los trabajadores, quienes pueden, desde la sanción de la ley, disfrutar del descanso dominical en compañía de sus seres queridos...".

Asimismo, destacó la improcedencia de la acción de amparo intentada por ausencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, como así también por la existencia de otras vías más idóneas.

Al respecto señaló que "...En el presente caso, no podemos dejar pasar por alto que lo que aquí se cuestiona es una ley dictada por la Legislatura santafesina y una Ordenanza Municipal, sancionada al amparo de ésta y del art. 20 de la constitución santafesina. La presunción de legitimidad de aquéllas, y el respaldo del texto constitucional exigen en el caso un esfuerzo que no aparece plasmado en el escrito de demanda, y que sólo vislumbra un cuestionamiento que no traspasa más que la línea de lo opinable o discutible jurídicamente...".

Manifestó que "...la actora no expone NINGÚN argumento que explicita cuál es el perjuicio que va a sufrir con la aplicación de la normativa que entra en vigencia. Su argumentación se extiende en su particular

interpretación de la ley y de las normas constitucionales que cree ver afectadas, pero nada dice sobre los derechos que se ven afectados...".

Por otra parte, expresó que "...La regulación específica en materia de jornada laboral contenida en la Ley 20.744, arts. 19 y sgtes., que remite a la ley 11.544, en nada se ve afectada por la normativa santafesina, toda vez que el tope máximo de 8 horas diarias y 48 semanales allí establecido, resulta perfectamente admisible y armónico con la normativa santafesina. Y en lo que refiere al descanso laboral, la normativa nacional -art. 204, LCT- establece como regla la prohibición de trabajar desde las 13 horas del día sábado y hasta las 24 horas del día siguiente, salvo excepciones reglamentarias. Es importante resaltar que la actora no explica de qué forma la ley 13.441 modifica la jornada máxima laboral o el descanso semanal previstos en las normas nacionales, lo que evidencia la falta de fundamentación del amparo. Si como vemos, la ley provincial no afecta las normas nacionales, como sí lo hacía en cambio la ley considerada en el fallo "Fábrica Argentina de Calderas" citado, que directamente reducía la jornada laboral a 44 horas contradiciendo el art. 1 de la ley 11.544; es necesario destacar que la actuación del legislador santafesino se encuadra dentro del poder de policía local, que específicamente lo autoriza, en la esfera de sus poderes a reglamentar las condiciones en que el trabajo se realiza,



Poder Judicial

incluso en lo referido en la jornada legal de trabajo siempre, claro está, que no afecte normas dictadas por el Congreso Nacional...".

Señaló que "...La ley 13.441 tuvo por finalidad regular la actividad comercial y/o de servicios, fijando los horarios de apertura y cierre, debiendo permanecer cerrados los días domingos y feriados en general; con la clara intención de favorecer el descanso dominical para los trabajadores y sus familias...".

Dijo que "...en lo que respecta al Decreto 2284/91, tampoco puede afirmarse dogmáticamente que importe una derogación del régimen de descanso dominical previsto en el art. 204, LCT; o en la ley 18.204. En primer lugar, porque el art. 18 del mismo, en cuanto suprime toda restricción de horarios y días de trabajo, lo hace "sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador" (...) Es que la aplicación del Decreto 2284/91 dictado en un marco excepcional de emergencia económica, no tiene el mismo grado de aplicación y vigencia en todas las actividades ni mucho menos, luego de tanto años transcurridos...".

1.5. Mediante sentencia n° 1670 de fecha 1 de agosto de 2016 (fs. 193/197) la jueza de grado denegó la acción de amparo con costas a la vencida.

Para así decidir sostuvo en lo sustancial que "...La actora se ha contentado en afirmar que no existen otras vías idóneas para el tratamiento del tema objeto del

presente, pero de ningún modo ha acreditado o justificado en forma adecuada y suficiente dicho extremo. La complejidad del tema en cuestión desarticula toda pretensión que enmarque el presente dentro del excepcional, expedito y sucinto proceso de amparo. Todo ello sin soslayar que las leyes gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente y que su posible nulificación obliga a ejercer dicha atribución de revisión constitucional con sobriedad y prudencia, y solo cuando la repugnancia de la norma con el mandato constitucional sea manifiesta, clara e indudable. El elevado control de constitucionalidad que compete a los Magistrados merece la mayor prudencia y mesura a fin de garantizar el cumplimiento del sistema Republicano de gobierno y representa la manera mas excelsa de afianzar la justicia. Por último entiendo que no se encuentra violentado el precepto constitucional de igualdad ante la ley el cual debe ser interpretado y ponderado en modo razonable, armónico, no absoluto; teniendo particular atención en considerar como iguales a quienes lo son. El argumento de la carencia de igualdad y trato discriminatorio ensayado por la amparista evidencian una simple expresión del desacuerdo con la normativa atacada en base a una "particular y parcial" interpretación y visión de los hechos y derechos comprometidos en la cuestión sometida a mi conocimiento...".

2. Contra dicho pronunciamiento se alzó la actora.

2.1. Al expresar agravios (fs. 198/204) se queja



Poder Judicial

porque "...si la Magistrado consideró en su primera resolución que la vía procesal del amparo era procedente para resolver lo peticionado en esta causa, no puede luego sentenciar que la cuestión bajo análisis merece un mayor debate y la producción de pruebas. La incongruencia del razonamiento aplicado en este punto es palmaria y evidente y descalifica a la sentencia en crisis como acto jurisdiccional válido. Por otro lado, la Magistrado no ha dado las razones por las cuales considera que "el eventual perjuicio objeto del presente amparo es opinable, discutible; es merecedor de reflexiones producto de un análisis más profundo y técnico que escapan y desnaturalizan al amparo como tal". O por qué el acogimiento de la acción impetrada por mi mandante "mercería de una labor profética" de su parte...".

Asimismo, destaca que "...A contrario sensu de lo que expone la sentencia que recurrimos, aquí si hay un planteo directo y excluyente de neto corte constitucional puesto que se está poniendo en tela de juicio el alcance que tiene una normativa provincial y municipal que, al prohibir abrir los establecimientos comerciales de COTO los días domingo y feriados, le impide a éste -y a sus trabajadores y empleados- ejercer su derecho a trabajar libremente. Derecho éste protegido ampliamente en la Constitución Nacional. Por ello, a criterio de mi mandante la acción impetrada resulta ser la más idónea a los efectos de brindar una rápida y eficaz tutela a su derecho de

ejercer libremente el comercio...".

Señala que "...surge con claridad de la mera observación de la actividad desplegada por la Provincia al sancionar una ley sobre trabajo en domingo y feriados y el cierre de los supermercados, que dicha conducta es violatoria del art. 31 de la CN e incurre en la ilegalidad y arbitrariedad que denota todo lo actuado por la Provincia aparece en forma burda, sin necesidad de realizar aporte de prueba alguna, bastando un simple análisis o lectura de las normas aplicables. Es de puro derecho la incompetencia de la Provincia para legislar temas del contrato de trabajo, la promoción de la actividad comercial a través del canal de supermercados y la envergadura del vicio que adolece lo actuado supera sin dificultad alguna el valladar establecido por el art. 2° de la ley 10.456, cuando exige para la admisibilidad del amparo que la cuestión no requiera una mayor amplitud de debate o prueba..."

Enfatiza que "...la determinación de la jornada se rige por la ley 11.544, incorporada a la LCT con exclusión de toda disposición en contrario, en virtud de la modificación introducida al artículo 213 del texto original de la ley 20.744 -que reconocía esa posibilidad a las provincias-, dejando a salvo las modificaciones que pudieran introducir las partes colectivas (cfr. Actual art. 198, del texto ordenado por el decreto 390/76...)".

Por ultimo, expresa que "...para decretar la



Poder Judicial

inconstitucionalidad de las normas objeto de esta causa no hay que remitirse al análisis de cuestiones políticas, tal como errónea e injustificadamente lo pretende justificar la Magistrado de grado, sino que haciendo uso de la potestad de ejercer el control difuso de constitucionalidad de la leyes que tiene todo magistrado argentino (ya sea federal, nacional o provincial) lo que corresponde es contrastar el contenido de dichas normas con lo que es esta materia disponen las leyes nacionales reseñadas, a la luz del orden jerárquico normativo previsto en los artículos 31 y 75 inc. 12 y 18 de la Constitución Nacional Esa es la función primordial de los jueces y lo que debió suceder -y no sucedió- en la sentencia objeto de recurso...".

2.2. En su memorial (fs. 221/224) la Municipalidad de Rosario expresa en lo sustancial que "...La actora no se hace cargo de la justeza del razonamiento de la sentenciante en cuanto advierte que estamos frente a un conflicto de compatibilización de normas constitucionales entre la libertad comercial y los derechos de los trabajadores; y es por ello que desvirtúa la pretensión de resolver dicho conflicto en un limitado ámbito como el Amparo..."

En tal sentido dice que "...la recurrente trata de simplificar el debate mediante la argucia de presentar la cuestión como si el Tribunal debiera simplemente contestar a si "tiene la provincia o la municipalidad potestad para regular la jornada laboral?. Debe responderse

que la cuestión en debate es muchísimo más amplia que ello; debiendo desecharse de plano que estemos frente a una “regulación de la jornada laboral”, como interesadamente se presenta...”.

Destaca que “...El mismo razonamiento del fallo en apelación es el que sustentó recientemente la Cámara de lo Contencioso Administrativo Nro. 2, en un caso idéntico, en que se pretendía la suspensión cautelar de la ley 13441 y la Ordenanza 9516, por parte de un Supermercado, para rechazar la misma (Nro. 286 de fecha 22.6.2016, autos “Libertad SA c. Munic. De Ros. s. Med. Cautelar”, Expte. 85/16). Dijo “la cuestión que depara el subexamine suscita una cuestión interpretativa compleja en la que se hallan implicados textos constitucionales nacional y provincial, como así normas locales y nacionales....Tal cuestión interpretativa excede los límites de la cautelar...”.

2.3. La Provincia, a su turno, presenta memorial facultativo (fs.226/235) en donde sostiene que “...la Jueza a quo, al momento de efectuar el análisis de admisibilidad de la presente acción, sostuvo que era insuficiente la acreditación o justificación de la actora acerca de la inexistencia de otras vías idóneas para el tratamiento objeto del presente. Remarcando que sólo se había “contentado en afirmar que no existen”. Recordemos que ello, no alcanza ni siquiera someramente, para cumplimentar la carga insoslayable que pesa sobre todo amparista de acreditar la inidoneidad de



Poder Judicial

las vías naturales. Labor que no ha realizado ni al momento de interponer la presente acción, ni ahora en esta instancia recursiva, donde al haber interpuesto demanda subsidiaria de acción mere declarativa se evidencian las contradicciones en las que incurre...”.

Señala que “...la recurrente confunde que una cuestión pueda ser tildada “de puro derecho” con que tal análisis no pueda ser complejo o involucre una contracara de derechos fundamentales que exijan mayor debate y prueba. Tal como ocurre en el caso y así acertadamente ha sido entendido por la sentenciante y la Cámara Contencioso Administrativa n° 2 al momento de expedirse sobre una cautelar en un caso similar al presente caratulado: “LIBERTAD S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO S/ MEDIDA CAUTELAR” Expte. N° 85/16...”.

Expresa que “...La normativa en trato versa principalmente sobre el ejercicio del comercio amén de tener algún eventual impacto sobre el poder de policía del trabajo, materia que, en cualquier hipótesis, resulta concurrente entre Nación y Provincias, lo que así ha sido reconocido por la Corte...”.

Agrega que “...Como podrá advertirse, la ley 13.441, implícitamente al disponer el cierre de comercios los días domingo y feriados, sólo por defecto regula materia sanitaria laboral (descanso dominical), propia de la injerencia provincial por comprender materia de policía del trabajo, siendo que dicha regulación en modo alguno es

incompatible con el ordenamiento nacional, ya que en nada altera el régimen de horas de trabajo ni su distribución en seis jornadas...".

Enfatiza que "...A diferencia de lo sostenido por la actora, la norma en cuestión no pone en juego o niega la libertad de comercial, simplemente regula su ejercicio en compatibilización de otros derechos reconocidos en el marco del art. 14 de la Constitución Nacional, como así también el art. 20 de la Constitución Provincial. Por otro lado, debe destacarse que el criterio para determinar la presencia de discriminación debe formularse en términos negativos, es decir, se sustenta como la prohibición del trato arbitrario que se verifica cuando se efectúan distinciones sin una razón suficientes, sin una justificación de peso, cuyo resultado sea la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos esenciales de una persona o grupo...".

Finalmente asevera que "...la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse al órgano jurisdiccional, ya que ella configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico...".

2.4. La Asociación de Empleados de Comercio expresa (fs. 237/247) en lo sustancial que "...el amparista no expone ningún argumento que explicita por qué motivo la vía del



Poder Judicial

amparo es la única posible; o por qué las demás no resultan idóneas para tutelar el derecho que se dice vulnerado. Bajo el subterfugio de que la cuestión es de puro derecho, la postulación actoral omite la profundidad del análisis que la cuestión requiere (...) debe ponderarse que la propia actora dudó de la procedencia de la vía elegida, toda vez que postuló subsidiariamente la adecuación como acción declarativa de inconstitucionalidad...".

Asimismo, destaca una vez más que "...La ley 13.441 tuvo por finalidad regular la actividad comercial y/o de servicios, fijando los horarios de apertura y cierre, debiendo permanecer cerrados los días domingos y feriados en general; con la clara intención de favorecer el descanso dominical para los trabajadores y sus familias...".

3. En primer término resulta importante señalar que no le corresponde al suscripto realizar una valoración subjetiva acerca de las bondades o desventajas que traen aparejadas la Ley Provincial n° 13.441 y la Ordenanza Municipal n° 9516, sino que lo que me compete resolver -a la luz de los agravios vertidos por la apelante- es si las normativas recién referidas han vulnerado de modo arbitrario y manifiesto garantías constitucionales, para en su caso, determinar su declaración de inconstitucionalidad.

3.1. Aclarado ello, comenzaré señalando que la jueza de grado consideró en lo sustancial que la vía del amparo no era la acción apropiada para obtener el resultado pretendido por el actor atento a que la misma requería de

la existencia de una serie de requisitos de admisibilidad que -a su criterio- no se cumplían en el caso particular de autos (vgr. arbitrariedad manifiesta – agravio irreparable).

La actora, al expresar agravios, considera que la afectación de garantías constitucionales es manifiestamente arbitraria, y entiende que nada obsta a que en el marco de una acción de amparo pueda declararse la inconstitucionalidad de las normas referidas.

3.2. Corresponde considerar igualmente que las objeciones planteadas por la Provincia de Santa Fe respecto de la alegada caducidad de la acción de amparo han sido correctamente desestimadas por la sentencia en recurso -fs. 114/114vto-, motivo por el cual a dichos fundamentos no desvirtuados tampoco en esta instancia debe estarse.

Estimo igualmente que en lo que hace a la admisibilidad de la vía del amparo, en el caso, no existen razones que puedan llevar a ponerla en cuestión. En tal sentido considero pertinente señalar 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 Sra. Procuradora Fiscal Dra. Laura Monti, transunta un juicio favorable a la admisibilidad de la vía del amparo (pto. II de dicho Dictamen de fecha 28.4.2015). Más allá de ello, se estima que atento la índole



Poder Judicial

del planteo de la parte actora no se ha justificado la existencia de otra vía judicial más idónea para la dilucidación de los cuestionamientos contra las disposiciones atacadas como inconstitucionales.

De tal forma, no resultan compatibles los argumentos expuestos por la Fiscalía de Cámaras en el dictamen que emitió pronunciándose por la incompetencia de la justicia civil y comercial para entender en este proceso. Juzgo que la vía del amparo como ya se dijo anteriormente resulta la más idónea para resolver la pretensión planteada.

3.2.1. En el diseño de los nuevos perfiles en materia de tutela efectiva como obligación estadual a prestar por el poder jurisdiccional como deber republicano y por compromisos internacionales, no puede caerse en la circularidad de los llamados "tiempos muertos del proceso" que "...sólo producen trastornos, reiteraciones, marchas aparentes del trámite que son, en verdad, dilaciones que afectan la garantía de la defensa en juicio -el proceso justo- que equivale a útil y efectivo, máxime en la tutela del consumidor. Tales resoluciones, verdaderos pedaleos en el aire (F. Legón) se traducen en denegación de justicia (ver: Bidart Campos, Germán - Morello, Augusto M., "La Corte Suprema y el tiempo muerto del proceso", J.A.-1992-11-137). Ello ocurrirá si la decisión se escapara de dar solución apropiada al tema, obligando a promover un nuevo litigio pese a haberse sustanciado y estar maduro

para ser fallado sin que, por otra parte, exista disposición que indique ese camino (Fallos 307-282).

No puede negarse el nivel constitucional y la implicancia en derechos fundamentales, reconocidos internacionalmente, que tiene como contenido el litigio puesto a consideración de la jurisdicción mediante el presente proceso la urgencia de una respuesta que configure una tutela especial, rápida y efectiva, no sujeta a formalismos ni rigideces rituales que priven a los solicitantes de resolución de una respuesta adecuada. El recurso resulta prima facie formalmente admisible, la competencia de los magistrados para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad es en nuestro sistema argentino de carácter difuso y se plantea un litigio referido a conflictos referidos a derechos indubitadamente constitucionales, la avocación a este análisis de control deviene, en el caso, necesaria. La vía del amparo elegida no lesiona dado el tratamiento recibido, el debido proceso ni la igualdad ante la ley y ha posibilitado la defensa plena de las cuestiones constitucionales que enfrentaran a las partes, y el Ministerio Fiscal ha sido escuchado, pronunciándose con carácter no vinculante, pero haciendo ir su voz.

El conflicto pasa por el cuestionamiento a aspectos constitucionales, tratados y pactos internacionales con vigencia supranacional; debiendo ponerse en juego la actividad jurisdiccional, que corresponde a esta alzada



Poder Judicial

respecto a la admisión del planteo recursivo en forma liminar y la potestad irrenunciable de hacer un análisis previo de la constitucionalidad o no de los derechos que se dicen afectados para, recién luego analizar los requisitos formales exigidos por la vía del amparo, que fuera la elegida por los postulantes del recurso y si ésta es la que responde al concepto de tutela eficaz, efectiva, rápida y fundada que requieren los compromisos asumidos por la República.

La elección de la vía por la accionante hay que entenderla en el contexto social en donde se desarrolla el presente conflicto. No se puede negar que la sociedad argentina reclama que las decisiones judiciales no se dilaten en el tiempo, entrando en una enmarañada discusión formal sobre quiénes son los jueces llamados a resolver un caso de cuya solución esta pendiente la sociedad.

3.3. Desde la perspectiva que emerge de precedente de la C.S.J.N. "COTO Centro Integral de Comercialización c/ Santa Fe, Provincia de s/ Amparo" del 26.4.2016 cabe entender que el contenido de la ley 13.441 al disponer el cierre de los establecimientos comerciales los días domingos y días declarados feriados nacionales confronta con la normativa nacional a que adhirió la Provincia de Santa Fe mediante ley 10.787 y normas posteriores como la ley 24.307.

En tal sentido aunque pueda reconocerse respecto de las facultades de promoción y bienestar (art. 75 inc. 18

y 19 C.N.) facultades concurrentes de la Provincia con la Nación, cabe reparar, en el caso, que la normativa nacional aludida conforma una regulación que ha de prevalecer frente a la normativa local que importa una colisión con ella, siendo tal criterio de prevalencia de la norma federal expresamente consagrado por la C.S.J.N. en la causa "Disco S.A.C/ Provincia de Mendoza" del 29.8.1989, haciendo suyo el Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal María Graciela Reiriz.

En cuanto a la alegación de la Provincia demandada y de la Asociación de Empleados de Comercio en cuanto que la cuestión fue enmarcada en cláusulas de bienestar general, progreso y desarrollo humano, cabe señalar que al existir disposiciones que, con el mismo marco de competencia, fueron establecidas por el Congreso de la Nación son éstas las que deben prevalecer sobre la regulación local en virtud de lo establecido por el art. 31 de la Constitución nacional. Resta añadir que lo concerniente al régimen laboral durante feriados nacionales también constituye materia expresamente regulada por el Congreso de la Nación.

Igualmente, desde la perspectiva que supone examinar si la mencionada ley 13.441 avanza sobre 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 13.441 excede lo que podría estar comprendido dentro de las facultades de policía sanitaria laboral (que sí constituirían



Poder Judicial

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 (Expte. 28156 del 2013), oportunidad en la 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. Así lo ha establecido también la C.S.J.N. en la causa “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. v. Provincia de Santa Fe” del 19.12.1986 cuyos fundamentos corresponde dar por íntegramente reproducidos.

En sentido concordante con lo antedicho cabe traer en mención el precedente de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, recaído en la causa “Castets y Tanino S.R.L. c/ Municipalidad de Reconquista” del 20.5.2016, en el que se sostuvo: “Que a tenor de lo expuesto, se advierte que el núcleo regulado en la norma provincial cuestionada -por más que se lo disimule detrás de la regulación de apertura y cierre de negocios- revela que está constituido por materia de derecho laboral de fondo como lo es el ‘régimen de descanso semanal

obligatorio, todo ello en clara extralimitación a lo normado en forma uniforme para todo el territorio nacional en las leyes 18.204, 20.744, 21.397. Por otro lado, no sólo la regulación del descanso semanal obligatorio revela un contenido de derecho laboral de la norma, sino que también refleja el ensanchamiento de los límites de un mero poder de policía local, la disposición complementaria contenida en el art. 6 de la ley en cuestión N° 13.441 referida a la promoción de altas de primer empleo". Corresponde dar por reproducidos los demás considerandos del mencionado precedente, cuyo alcance se comparte y se hace propio, en lo referido a la prevalencia de las facultades del Congreso Nacional para regular esta materia.

3.4. Sin perjuicio de que lo expuesto en el punto anterior es fundamento suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y ordenanzas bajo análisis, puede agregarse que la Ley Provincial y la Ordenanza Municipal recién referidas resultan inconstitucionales atento a que las mismas -de modo manifiesto y arbitrario- dispensan un trato desigual entre quienes se encuentran en un razonable estado de igualdad.

3.4.1. Resulta oportuno recordar que el artículo 16 de la Constitución Nacional fija el principio de igualdad ante la ley al decir "...La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes



Poder Judicial

son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho desde hace muchos años en el caso "García Monteavaro c. Amoroso y Pagano" (fallos 238:60) que "...la garantía del art. 16 de la Const. Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas...".

Más recientemente, el cívico Tribunal sigue sosteniendo que "...la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias..." (Fallos 33:1084; 306:1560, entre muchos otros).

Como bien lo señala la Provincia, el criterio para determinar la presencia de discriminación debe formularse en términos negativos, es decir, se sustenta como la prohibición del trato arbitrario que se verifica cuando se efectúan distingos sin una razón suficientes, sin una justificación de peso, cuyo resultado sea la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos esenciales de una persona o grupo.

3.4.2. Señalado ello, toca destacar en primer

lugar que tanto la Provincia de Santa Fe como así también la Asociación de Empleados de Comercio sostuvieron que la normativa en cuestión fue enmarcada en cláusulas de bienestar general, progreso y desarrollo humano -concretamente “descanso dominical”-, todo ello de conformidad a facultades conferidas en la Constitución Nacional.

A modo de ejemplo la Provincia sostuvo que “...el derecho al ejercicio de una industria lícita como la actividad comercial de la actora, como así también el interés -hipotético- de la comunidad a acceder a los productos que comercializa todos los días de la semana, debe compatibilizarse con la demanda de un amplio sector de la sociedad tributario de ello (el de los empleados y las asociaciones que lo representan), que aparentemente el legislador quiso receptar con la sanción del ordenamiento...”.

Por su parte, la Asociación de Empleados de Comercio expresó que “...Es de público y notorio conocimiento que la asociación que represento ha impulsado la sanción de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona aquí, por los indudables beneficios que trae aparejado para los trabajadores, quienes pueden, desde la sanción de la ley, disfrutar del descanso dominical en compañía de sus seres queridos...”.

3.4.3. En segundo lugar, debo decir que considero evidente al menor análisis la existencia de una “razonable



Poder Judicial

igualdad de circunstancia" -en términos de la CSJN- entre:

a) un supermercado de 110 mts² y uno de 210 mts² (referencia Ley n° 13.441); b) un supermercado de 1.300 mts² respecto de otro de 1.100 mts² (referencia Ordenanza n° 9516); c) un supermercado de 1400 mts² que no solo vende alimentos sino también artículos para el hogar, electrodomésticos, ropa, etc., y un Shopping o Galería Comercial de 1.500 mts² que comercia una gran cantidad de productos similares; d) un trabajador que presta labores en un supermercado y otro que trabaja en un Shopping o Galería Comercial -entre muchos otros-.

3.4.4. Teniendo en consideración lo expuesto, se evidencia de modo manifiesto y arbitrario el trato desigual y discriminatorio padecido por empresas como la actora, puesto que si la finalidad del legislador ha sido la protección del trabajador, y a través de él, de su familia, no se vislumbra cual fue el motivo por el cual se le impidió a un determinado sector comercial -supermercados/hipermercados/megamercados, y a los de determinada superficie- la posibilidad de ejercer la actividad los días domingos, y en cambio a otros comercios que realizan la misma actividad (aunque en menor superficie), o comercios que realizan actividades similares (pero en superficies iguales o mayores) si se les permita abrir los días domingos.

En términos más claros, la arbitrariedad de las normativas impugnadas se ponen francamente de manifiesto

cuando bajo la tutela del “descanso dominical” de los trabajadores nos encontramos con que un supermercado de 110 mts2 puede abrir los domingos y uno de 140 mts2 no puede hacerlo (Ley n° 14.441); o cuando un supermercado de 1.300 mts2 puede abrir los domingos y otro de 1.100 mts2 no (Ordenanza n° 9516); o cuando un supermercado de 1400 mts2 - que no solo vende alimentos sino también artículos para el hogar, electrodomésticos, ropa, etc.- no puede abrir sus puertas los días domingos y un Shopping o Galería Comercial de 1.500 mts2 -a pesar de comerciar una gran cantidad de productos similares -ropa, electrodoméstico, artículos para el hogar- si puede hacer; o cuando, peor aún, trabajadores que prestan labores en un supermercado gozan del “descanso dominical” y otros trabajadores que prestan servicios en un Shopping o Galería Comercial -entre otros- no se ven “alcanzados” por el mencionado descanso dominical-.

No se me escapa que en diferentes circunstancias o cuestiones que hacen a la actividad comercial puedan existir argumentos razonables para que el Legislador no dispense el mismo trato a pequeños supermercados que a grandes supermercados/hipermercado/megamercado, pero en el caso particular debe destacarse que las leyes impugnadas tuvieron por fin cláusulas de bienestar general, progreso y desarrollo humano -concretamente “descanso dominical”-, no surgiendo de la Ley Provincial ni de la Ordenanza Municipal -como así tampoco de sus antecedentes- un motivo, razón o circunstancia



Poder Judicial

mínimamente razonable por el cual se justifique porque específicamente los supermercados, y en particular los de determinadas superficie, sean los únicos que no puedan abrir sus puertas los días domingos a fin de garantizar el descanso de los trabajadores.

3.4.5. Además, la circunstancia de desigualdad y discriminación se advierte de modo manifiesto y arbitrario -a mi criterio es lo más grave- respecto de los “supuestos beneficiarios” de las normativas impugnadas ya que algunos trabajadores se ven alcanzados por la contemplación de descansar los días domingos (aquellos que trabajan en supermercados de más de 1.200 mts² -para el caso de la Ordenanza municipal n° 9546-; o de más de 120 mts² -para el caso de la Ley Provincial n° 13441) y muchos otros trabajadores no, dependiendo ello sencillamente de la actividad y la superficie de los comercios respecto de los cuales prestan sus servicios.

¿Resulta razonable pensar en términos de igualdad que una Ley que dice tener por finalidad la protección legítima de derechos sociales -específicamente el descanso dominical- contemple solamente a una pequeña porción de ellos? ¿Por qué motivo un sector de trabajadores puede gozar legítimamente del descanso dominical y otro no? ¿Es que los trabajadores que se desempeñan en establecimientos menores a los 120mts² o 1.200 mts² no tienen derecho “al bienestar general, progreso y desarrollo humano” que se menciona como finalidad de las normas impugnadas?.

Bajo tales circunstancias, entiendo que la violación manifiesta y arbitraria de las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación se vislumbra desde un doble “estándar”, ya sea respecto de empresas como la aquí actora que se ven impedidas de abrir sus locales los días domingos en virtud de su actividad y superficie -cuando la norma tiene por fin el descanso dominical-, como así también en relación a un gran número de trabajadores que por laborar en determinado tipo de empresas/comercio no se ven amparados por el descanso legítimo que la misma ley dice contemplar.

Cabe recordar lo dicho por un Concejal Municipal en la sesión del Concejo Municipal de Rosario en cuanto sostuvo lo absurdo de la regulación discutida al decir que “La ley da lugar a que en un shopping un domingo el supermercado tenga que estar cerrado por superar los 1.200 mts² mientras que un local de ropa (inclusive de una cadena multinacional) que incluso supere los 1.2000 mts² pueda permanecer abierto, siendo en ambos casos sus dependientes empleados de comercio. Esto demuestra que la norma pasó de ser un principio general para el cierre dominical y absoluto a ser una ordenanza de cierre de una sola actividad comercial que es el supermercadismo y vinculada a una extensión que son las grandes superficies comerciales”.

En definitiva, considero que las normas aquí impugnadas no contienen un motivo, razón o circunstancia



Poder Judicial

mínimamente razonable por el cual se justifique porque específicamente los supermercados -y en particular los de determinadas superficie-, sean los únicos que no puedan abrir sus puertas los días domingos cuando la finalidad de la Ley provincial y la ordenanza municipal ha sido la tutela del legítimo descanso de los trabajadores.

En virtud de lo expuesto, se evidencia una manifiesta y arbitraria afectación de garantías constitucionales tales como la igualdad y el trato no discriminatorio.

3.5. Voto pues por la negativa.

A la misma cuestión dijo el Dr. Ariza: Adhiero al voto del Dr. Cuneo haciendo propios los fundamentos expresados en los puntos 3; 3.1.; 3.2.; 3.2.1.; y 3.3. entendiendo que, como expresamente surge del mencionado voto, estos fundamentos son suficiente sustento de lo allí decidido.

No comparto lo expresado por el Vocal preopinante en cuanto al cuestionamiento de la normativa provincial y municipal con fundamento en la afectación al derecho a la igualdad que fuera tratado desde el considerando 3.4..

No obstante, tal tramo de la fundamentación ha sido expresado por el Dr. Cuneo a mayor abundamiento, no constituyendo el fundamentos principal de lo que se resuelve que está constituido por lo desarrollado en los considerandos 3; 3.1.; 3.2.; 3.2.1.; y 3.3. a los que

expresé mi adhesión.

Estimo pertinente agregar que, pese a que no ha sido invocado expresamente como fundamento de la validez de la normativa cuestionada por parte de las demandadas, no encuentro que lo dispuesto por el arto 20 de la Constitución provincial pueda servir de sustento para justificar que la competencia sobre esta materia no corresponde al Congreso Nacional. Es válido recordar que tal interpretación ya ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia *in re* "Acosta, Ramón c/ Villber S.A." del 1.4.1987 (A. Y S. T. 64, págs. 473/478) cuyos fundamentos corresponde dar aquí por reproducidos. Se desprende del art. 20 de la Constitución provincial que las facultades normativas locales refieren a las condiciones en que el trabajo se realiza, es decir, a todo lo concerniente a la policía del trabajo, resultando claramente del voto del Sr. Vocal preopinante que lo regulado por la ley 13.441 consituye materia propia del contrato de trabajo y en concreto del régimen de descanso privativo de la órbita de la Nación (art. 75 C.N.), conforme se ha establecido jurisprudencialmente. Asimismo, tal marco de distribución de las competencias entre Provincia y Nación viene refrendado por el propio arto 20 de la Constitución provincial al determinarse que la protección que la Provincia otorga al trabajo lo es "en la esfera de sus poderes".

A la misma cuestión dijo la Dra. Lotti:

1. Contra la sentencia n° 1670 del 01.08.2016 (fs.



Poder Judicial

193/197) que rechaza el recurso de amparo promovido por COTO CICSA, con costas a la vencida, apela la actora (fs. 198/204) y elevados los autos, los demandados Provincia de Santa Fe y Municipalidad de Rosario, presentan el memorial optativo a que refiere el art. 10 de la ley 10.456, postulando la confirmación del auto impugnado, por las razones allí expresadas, a las cuales me remito *brevitatis causae*. A fs. 263/265 se expide la Fiscal de Cámaras tras lo cual son puestos a despacho los obrados para resolver.

2. A la reseña del caso no cuestionada y contenida en el fallo, me remito por razones de brevedad. Asimismo comparto las consideraciones vertidas por el vocal preopinante en cuanto a que " *... las objeciones planteadas por la Provincia de Santa Fe respecto de la alegada caducidad de la acción de amparo han sido correctamente desestimadas por la sentencia en recurso -fs 194/194 vta. -, motivo por el cual a dichos fundamentos no desvirtuados tampoco en esta instancia debe estarse.* "

3. No obstante no comparto el resultado a que arriban los vocales que me preceden en el voto. Ello, por cuanto resolver la cuestión traída a juzgamiento impone a este Tribunal -y como cuestión previa- reeditar el examen de admisibilidad de la acción entablada.

3.1. El art. 6° de la ley 10.456 ("Rechazo y declaración de incompetencia *in limine*"), reza: "*Si la demanda es manifiestamente inadmisibile, el juez la rechaza sin substanciación. Si se considera incompetente así lo*

declara. Estos pronunciamientos deben adoptarse dentro de los dos días de promovida la demanda".

Por su parte, el art. 2° ("Requisitos específicos de admisibilidad"), indica: *"Será procedente la acción de amparo, siempre que no puedan utilizarse otras vías judiciales o administrativas, eficaces para idéntico fin.*

Podrá articularse por toda persona física o jurídica perjudicada, por sí o por apoderado. Deberá interponerse dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el afectado tuvo conocimiento fehaciente de la lesión, vencido el cual, caducará la acción".

El art. 6° de la ley 10.456 obliga a remitimos al ya analizado art. 2°, que fija los siguientes requisitos de admisibilidad: a) imposibilidad de uso de otras vías judiciales o administrativas, eficaces para idéntico fin; b) articulación por toda persona física o jurídica perjudicada, por sí o por apoderado; c) interposición dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el afectado tuvo conocimiento fehaciente de la lesión. Sin embargo, estimo que debe además agregarse los propios del art. 17 de la Constitución provincial, a los que remite el art. 1° de la ley 10.456.

Según explica Serra -refiriéndose a las previsiones emanadas del arto 43 de la Constitución nacional y a las de la ley 16.986, pero en criterios perfectamente adaptables al plano local-, al recibir el expediente, el juzgador deberá



Poder Judicial

analizar: a) la legitimación subjetiva para interponer la acción; b) la existencia o inexistencia de otro medio judicial más idóneo que el amparo; c) la existencia de un acto u omisión manifiestamente arbitrario o ilegal; d) la temporalidad en el ejercicio de la acción, y e) la competencia judicial. Si alguno de estos requisitos no estuvieran cubiertos, en principio, la demanda debe declararse inadmisibile dentro de los dos días de promovida. (María Mercedes Serra, Rechazo in limine en el amparo, en la obra colectiva "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades. (Art. 43 de la Constitución nacional)", Depalma, 1999, fs. 87/102).

3.2. A propósito de este juicio de admisibilidad, conviene aclarar inicialmente que la excepcionalidad y prudencia con que los jueces deben usar su facultad de rechazar in limine "cualquier demanda" -o sea, no "darle curso" por incumplimiento de presupuestos procesales- adquiere ribetes especiales en el caso del "amparo", pues éste no importa un proceso ordinario, sino que se enrola en los denominados "procesos constitucionales", emergentes por consiguiente de la Carta Magna e implementados en tutela de los derechos emergentes de la Constitución, los tratados o las leyes.

A partir de esa premisa -señala Serra- "forzoso resulta concluir que como tal, posee requisitos de admisibilidad de la demanda que son evidentemente más estrictos que los requeridos para los procesos ordinarios

y, en consecuencia, el juez cuenta con mayores facultades que en el proceso civil en general para verificar el cumplimiento de tales recaudos y para disponer el rechazo liminar" (María Mercedes Serra, ob cit, p. 89.)

En el caso, la admisibilidad del amparo establecida en baja instancia no conspira contra la posibilidad de que tal faena sea emprendida oficiosamente por este Tribunal.

3.2.1. Ingresando entonces en ese reexamen de admisibilidad, es necesario recordar en forma preliminar la índole excepcional del amparo, en tanto es un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales, requiriéndose para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o, ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado por la vía urgente y expedita del amparo. (Zeus R. 10, pág. 963).

Aún los ex convencionales constituyentes más aperturistas han remarcado esta excepcionalidad. En tal sentido, Quiroga Lavié entiende que la amplitud con la que fue concebido el art. 43 de la Constitución no implica que se haya ordinarizado al remedio, el cual sigue siendo un trámite procesal sumario y de excepción (Humberto Quiroga Lavié, El amparo, el habeas data y el habeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional, en Horacio D. Rosatti y otros, "La



Poder Judicial

Reforma de la Constitución (explicada por los miembros de la Comisión de Redacción)", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 114 y 115).

En el mismo sentido se ha expedido la doctrina especializada. Así, propone Sagüés realizar una interpretación previsorá al advertir que *"es evidente que si se lo concibe como un mecanismo ordinario, y si el nuevo art. 43 lo programa para custodiar derechos emergentes de la Constitución, de un tratado o de una ley, el amparo proliferará hasta alcanzar proporciones insospechadas (...). En tal sentido, la aceptación de la doctrina del amparo como vía ordinaria, que fue lo no querido y rechazado por la constituyente, obliga también a meditar seriamente sobre la inflación (y consecuente devaluación) que puede producirse en esta acción. Es evidente, que la judicatura argentina no está programada para absorber tal catarata de amparos y que la conversión de una carátula (de juicio común o ejecutivo, en «amparo») no surtirá el milagro de resolver la congestión de expedientes. En definitiva, si llega a triunfar la doctrina del amparo directo (pese a su incompatibilidad con el animus constitucional) el Estado debería realizar -pero ahora mismo- una reforma estructural cuantitativa, cualitativa. erigiendo urgentemente el fuero constitucional (al estilo, V.gr., del lanzamiento del juicio oral penal), para instrumentar y capacitar al conjunto de órganos judiciales suficientes a fin de asumir eficientemente al amparo*

directo. no subsidiario. Sin embargo, tal nueva especie de amparo seguiría siendo incompatible con el mensaje autoral que anida en el art. 43 de la Constitución" (Néstor P. Sagüés, Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente), "L.L.", 9/10/95, p. 2).

Por su parte, Hernán Martínez afirma el "carácter residual, excepcional o heroico que se le asigna a nuestro recurso, reservado para las delicadas y extremas situaciones en las que peligran la tutela de derechos primarios por falta de custodia idónea" y explica, acerca de la referencia del art. 43 a "otro medio judicial más idóneo" que "Aun cuando la expresión no es del todo feliz, cabe atenerse a la doctrina tradicional y rescatar como principio la excepcionalidad del amparo frente a los remedios o recursos ordinarios. No puede ser de otra manera, ya que la interpretación, llamémosle, generosamente, alternativa, implicaría a las claras una ordinarización del amparo que a nada conduciría. Es en los carriles de la excepcionalidad donde nuestro recurso debe brillar por excelencia." (Hernán 1. Martínez, Acción de Amparo, habeas corpus y habeas data. El artículo 43 de la Constitución nacional, Revista del Instituto de Derecho del Seguro, pág. 55 Y ss.)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Louzan" y "Ballesteros" ha expresado que para que una pretensión pueda ser ventilada a través de la vía del amparo,



Poder Judicial

más allá de cuestiones estrictamente formales, como la tempestividad del planteo, deben concurrir concomitantemente tres recaudos: la inexistencia de otro medio judicial más idóneo, la ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta y la gravedad de la lesión (Zeus R. 10, Pág. 967).

3.2.2. En lo concerniente a la subsidiariedad del amparo respecto de otros remedios judiciales y administrativos, se advierte de las constancias de autos que el peticionante no ha agotado los mecanismos dispuestos por el ordenamiento normativo para hacer valer sus derechos presuntamente vulnerados.

Y ello es así, en tanto los actos que denuncia como lesivos de las garantías constitucionales, si bien fueron objeto de impugnación por la amparista a través de los medios pertinentes establecidos en la normativa aplicable al caso (ver expediente administrativo obrante a fs. 166/191, en donde la aquí apelante impugnó la ordenanza y solicitó su derogación), frente a la denegatoria de su reclamo en el expediente citado (ver fs. 189 y vta.), no surge de dichas actuaciones la utilización de la vía recursiva prevista en el art. 66 LOM N° 2756 que establece que "... contra las resoluciones del Intendente Municipal, dictadas de oficio o a petición de parte, procederá el recurso de reconsideración, tendiente a dejarlas sin efecto o modificarlas". Recién entonces, agotada la vía en sede municipal, debió recurrir a la vía procesal judicial idónea

dada la índole de la materia debatida, que en el caso no era otra que acudir al fuero especializado. Es decir, que agotada la vía en sede municipal, debió interponer el RCA ley 11.330, puesto que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, ha admitido la impugnación de ordenanzas municipales por la vía del contencioso administrativo en los casos "Prono S.A.", A. y S. T. 71, pág. 161; "Andreoli", A. y S. T. 163, pág. 71; "Asociación de Cooperativas Argentinas", A. y S. T. 55, pág. 447 Y en "Cooperativa Agrícola Ganadera 'Las Parejas', A. y S. T. 60, pág. 52. En todos ellos, el Máximo Tribunal local admitió el recurso contencioso administrativo, con base en que "el control de constitucionalidad de la leyes no priva a la materia de su carácter contencioso administrativa, ni la transforma -automáticamente- en 'materia constitucional", a lo que agregó que "entender lo contrario marginaría al tribunal de lo contencioso administrativo del sistema difuso de control de constitucionalidad ... y acarrearía la disvaliosa consecuencia de que la legitimidad de los actos administrativos constituiría materia de su competencia, pero no, sin embargo, la ley en que ellos se fundan". Por otra parte, tanto la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 2 en autos "Servi Sur" del 14.3.2002, como el propio Alto Tribunal provincial in re "Sanitek", A. y S. T. 183, pág. 189, admitieron la impugnabilidad de ordenanzas municipales.

En dichos precedentes, al igual que en el presente caso, de las normas impugnadas surgía una afectación directa,



Poder Judicial

inmediata y actual de los derechos de los recurrentes que justificaban su impugnación sin necesidad de que concurra la existencia de un acto individual de aplicación, concluyendo que ese criterio concuerda con el régimen que ha adoptado el legislador provincial en el artículo 5 de la ley 11.330.

Por otro lado, la actora no ha demostrado -ni siquiera alegado- por qué motivo -en las circunstancias del caso- el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa podría acarrearle un perjuicio irreparable, sobre todo teniendo en cuenta que en dichos procesos son perfectamente viables los mecanismos de tutela cautelar solicitados.

Ello es así por tratarse de un proceso de conocimiento, que resultaba la vía más adecuada para el tratamiento de cuestiones como las que informan el presente, al contar aquél con amplias posibilidades de debate y prueba para dilucidar la situación fáctica que sirve de sustento a la pretensión de amparo -máxime cuando la materia en el caso aparece opinable y discutible.

Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte nacional, afirmando que tratándose de un recaudo de admisibilidad del amparo, le corresponde al actor la alegación y prueba de que no existen otras vías idóneas para la tutela del derecho afirmado como vulnerado (CSJN, Fallos 274-13; 280-238; 283-335). En el mismo sentido, el más Alto Tribunal de la Provincia, interpretando el amparo

constitucional del art. 43 CN ha dicho que aún después de la reforma de 1994, el remedio del amparo no es vía alternativa a las vías ordinarias sino que se mantiene su rol subsidiario y excepcional (CSJSF, in re "Bachetta, Marcelo y otro c. Municipalidad de Reconquista", A y S., T. 132, págs. 67/164).

En suma, la eventual falta de idoneidad de las vías alternativas para atacar el acto lesivo ha sido invocada en términos dogmáticos " por otra parte en sede judicial tampoco existen medidas alternativas de mayor eficacia" (v. fs. 23 vta) pero no ha sido demostrada por la actora, y siendo perfectamente constitucional el rol subsidiario del amparo en cuanto otras vías -administrativas y/o judiciales- útiles, resulta obvio, entonces, la falta de este recaudo.

Estas circunstancias excepcionales o extraordinarias de muy definido perfil deben ser invocadas y acreditadas por la amparista, máxime si se repara que la acción constitucional de amparo es excepcional y subsidiaria o supletoria y nunca alternativa. En tal sentido, se ha dicho: "el promotor del amparo tiene la ineludible carga procesal de acreditar que carece de otros trámites útiles para la atención de su problema. Esto conforma un presupuesto de admisibilidad de la pretensión deducida, no bastando, como en el caso, las alegaciones genéricas sobre la eventual lentitud de las otras vías procedimentales" (CCCR, Sala la., "Chenevier c. LM.P.S", Acuerdo n° 146-2000; Sagüés, Néstor P., "Acción de amparo", 1995, p.176 Y passim). Deben



Poder Judicial

exponerse, fundadamente, las razones por las cuales se recurre a él y no a otro trámite: el incumplimiento de la carga determina el rechazo de la postulación.

Precisamente con respecto a la carga de la prueba de la mayor o menor idoneidad de las vías paralelas, indican Sagüés y Serra que "el promotor del amparo tiene una carga procesal que afrontar: demostrar -siquiera prima facie- que carece de otros trámites útiles para atender su problema. Ello constituye, subrayamos, un presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo y, al respecto, no bastan las simples alegaciones genéricas sobre la lentitud que pueden presentar otras vías procedimentales." (Néstor P. Sagüés y María Mercedes Serra, Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 155 y 156).

La tesis del carácter excepcional y subsidiario del amparo también ha sido definida a nivel de doctrina judicial, tanto de la Corte de la Nación como de la Corte de la Provincia de Santa Fe. En efecto, se ha establecido que de conformidad a los alcances que la reforma constitucional de 1994 ha otorgado al amparo regulado por el art. 43 de la C.N., tal mecanismo protector ostenta directa operatividad, se extiende a todos los habitantes del país como consecuencia del imperativo contenido en el art. 31 del texto constitucional. La acción de amparo constituye un remedio de excepción cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras

vías legales aptas para resolverlos pueda afectar derechos constitucionales, requiriendo la apertura de esa vía circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad manifiesta y en la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede ser reparado eventualmente acudiendo a la vía urgente y expedita del amparo.

Por ende, éste no es una vía directa o alternativa para el interesado, y entre las vías legales aptas que desplazan al amparo (salvo que por su recorrido produzca gravamen irreparable), están las judiciales o las administrativas (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, "Bachetta C. Municipalidad de Reconquista", A y S, T.132-67 a 164; Hernán J. Martínez, Del contencioso-administrativo y del amparo en la Provincia de Santa Fe, L.L. Litoral, mayo de 1997, p. 130; Iván Cullen, Nuevo perfil del amparo en la Provincia de Santa Fe, de la misma revista, p. 119).

La doctrina excepcional y residual del amparo proviene también de la Corte Federal a través de diversos pronunciamientos posteriores a la reforma Constitucional de 1994 que han destacado que quien solicita la protección judicial acredite en debida forma la existencia de la real inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado o que la remisión a ellos causa gravamen serio, insusceptible de reparación ulterior



Poder Judicial

("Louzán", L.448-XXV, 17/11/94; "Juplast", 28/05/96; "Servotrón", 1 01 1 0196, consid. 40, "Frigorífico Mellino", F. 455-XXXIII; "Prodelco", consid. 30, 07/05/98; "Neuquén para el Mundo", 03/11/98; y remisiones a "Fallos ... " 274-13; 3001231; 301-801; 303-419;.303-2056, entre otros).

En síntesis y como bien lo expresa Martínez, "sólo ante la inidoneidad concreta, con los demás requisitos, tiene cauce el amparo" (Hemán 1. Martínez, Del contencioso-administrativo y del amparo en la Provincia de Santa Fe, L.L. Litoral, mayo de 1997, p. 130).

3.2.3. A lo dicho cabe agregar que tal como dictamina la Fiscal de Cámaras, el criterio es reforzado por lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "COTO Centro Integral de Comercialización S.A. C/ Santa Fe, Provincia s/ Amparo". En tal oportunidad la Corte descartó que la naturaleza de las normas en disputa haya de resolverse por vía de amparo. Luego de recordar las disposiciones en juego, dijo: "En tales condiciones, la materia del pleito exige, de manera ineludible, interpretar, aplicar y establecer el alcance de dicha norma de adhesión que integra el derecho público provincial y examinar la compatibilidad o no de las disposiciones de la ley 13.441, aquí impugnada con aquella. Esa labor hermenéutica extralimita la que autoriza un planteo de esta índole (Considerando 5º, tercer y cuarto párr.)

Es cierto que tal criterio es empleado para

sostener que su jurisdicción originaria (art. 117 de la Constitución Nacional) no puede justificarse en base a "prescripciones locales". Pero está claro, aunque implícitamente, la naturaleza interpretativa del conflicto, en contra de lo que sostiene la apelante.

La apertura de la jurisdicción originaria [...] sólo procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratado, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 332: 1422, entre muchos otros).

Por lo tanto, quedan excluidos de dicha instancia los procesos en los que se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local (Considerando 4°)

"Lo que la Corte Suprema constata no sólo es que la cuestión federal no es predominante, sino que tiene un carácter manifiestamente interpretativo atento el conflicto entre, centralmente, la ley 10.787 (por la que la Provincia adhirió a los principios de desregulación del decreto 2284/91 del Poder Ejecutivo Nacional) y la ley 13.441 (y las ordenanzas municipales que se adhieren o, incluso, la desarrollan). La invocación de la ley común (el derecho



Poder Judicial

laboral) de ninguna manera pone fin a la cuestión; antes bien, es uno de los términos de la disputa. Porque, con el mismo criterio, no hay nada que, *prima facie*, impida a la Provincia regular los horarios de apertura y cierre de cualquier tipo de actividad. Es cierto, tal atribución (basada en el poder de policía) generalmente es efectuada por los gobiernos locales; pero no deja de ser un objetivo legítimo perseguir cierta homogeneidad." (ver fs. 264 vta./ 265)

3.2.4. Con respecto al recaudo de la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta lesiva, ella no se encuentra debidamente configurada. Adviértase al respecto, que siendo el amparo un proceso de trámite sumario, la arbitrariedad o ilegalidad debe demostrarse y surgir de modo manifiesto desde el inicio de la demanda. Y a tenor de las constancias de autos, la actuación de la demandada no aparece dentro del marco de apreciación restringido propio de este recurso como "manifiestamente ilegítima" o "arbitraria", o que hubiere actuado sin competencia o sin facultad o con inobservancia de las formas o límites constitucionales o legales.

Por otro lado, tampoco es manifiesta la violación del principio de igualdad. La Provincia bien puede disponer medidas regulatorias sobre un sector económico que pueden no alcanzar otros. De hecho, existe una clara preferencia por ciertas personas empezando por el artículo 8 de Constitución Provincial, una de las normas más logradas de

todo el constitucionalismo moderno, por la que le "... incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad."

Está claro que hay personas que no necesitan la remoción de obstáculos económicos y sociales. Y las medidas adoptadas (en función de la superficie de ciertas explotaciones) bien pueden ser un medio razonable para alcanzar un fin legítimo. Así las cosas, debe valorarse que no le cabe al Poder Judicial sustituir el juicio del legislador cuando pondera intereses y procura arribar a una solución armónica, más allá que el sustrato de la misma no conforme a la apelante.

Por otro lado, el artículo 22 CP marca también una preferencia. La Provincia no apoya cualquier tipo de actividad o vocación. Sólo facilita, en particular, los desempeños de sus artistas, científicos y técnicos "el desenvolvimiento de [las] facultades creadoras y el conocimiento popular de [las] producciones" de "artistas, científicos y técnicos". El artículo 22, a pesar de esta preferencia, no es inconstitucional.

El artículo 24 CP también establece preferencias o preocupaciones particulares. En efecto, el Estado provincial [...] promueve y coopera en la formación y sostenimiento de



Poder Judicial

entidades privadas que se propongan objetivos científicos, literarios, artísticos, deportivos, de asistencia, de perfección técnica o de solidaridad de intereses.

El artículo 25 es otro buen ejemplo de la discrecionalidad y diversidad regulatoria que tiene la Provincia. Su segundo párrafo es, otra vez, ejemplar: "Facilita, con igual propósito, la incorporación de capitales, equipos, materiales, asistencia tecnológica, y asesoramiento administrativo, y, en general, adopta cualquier medida que estime conveniente."

El artículo 26 va aún más allá: reconoce la función social de la cooperación y, por lo tanto "la ley promueve y favorece el cooperativismo con los medios más idóneos y asegura, con oportuna fiscalización, su carácter y finalidades".

Por último, vale la pena señalar que tanto el artículo 27 como el artículo 28 consagran dos sectores especialmente protegidos: el constituido por las entidades destinadas al ahorro popular orientado a la vivienda urbana y al predio para trabajo rural y el constituido por el sector agrario.

3.2.5. Bajo la óptica de la actora, todas estas medidas de acción afirmativa, no tendrían sentido. Salvo que pretende que se reconozca que existe una diferencia radical entre regular y subsidiar.

Está claro, entonces, que no hay un carácter manifiestamente arbitrario en la ley 13.441 y en la

Ordenanza municipal que ameriten que entiendan en el caso la justicia civil por la vía del amparo. Determinar un tribunal competente no es un tema menor ni puede considerarse un entretenimiento de palacio. Es, antes bien, una cuestión central para que entiendan aquéllos que se especializaron en función de su competencia. Ello constituye la mejor garantía de justicia.

Por lo expuesto, entiendo que la acción propuesta no es el medio idóneo para resolver el conflicto planteado y, por ende, tampoco es de competencia para entender en esta acción la justicia civil y comercial.

3.2.6. Por último y con respecto a la gravedad de la lesión denunciada -que justifique la habilitación de la vía excepcional del amparo-, la misma no luce con la evidencia necesaria, puesto que si la hubiera, en cualquier caso no sería definitiva e irreversible, en cuanto en la jurisdicción administrativa podría ver satisfecha su postulación mediante la articulación de los pertinentes reclamos por las vías que correspondan. En este sentido, el máximo tribunal provincia ha dicho en autos "ASOCIACIÓN DEL PERSONAL DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL CONTRA PROVINCIA DE SANTA FE -RECURSO DE AMPARO- (EXPTE. 103/15)" (Expte. C.SJ CUIJ N°: 21-00510570-3) que "...en el ordenamiento jurídico santafesino el amparo no solamente constituye un remedio excepcional por su propia naturaleza, sino también por el particular diseño institucional que constitucionalmente y



Poder Judicial

legalmente se ha establecido para la revisión de la ilegitimidad de los actos administrativos, circunstancia de la que se deriva que se torne especialmente estricto el criterio con el que los jueces deban apreciar en cada caso la concurrencia de los presupuestos para la viabilidad de esa excepcional vía (conf. "Genaro García", A. y S T 150, pág. 284). Recuérdese asimismo que tal como se adujo in re "Bacchetta" (A. y S T 132, pág. 67) ante un acto lesivo manifiestamente arbitrario o ilegal, el afectado debe, en principio, recurrir al proceso más idóneo, que habitualmente será el ordinario, excepto que, en función del factor tiempo o de la inexistencia en éste de medidas cautelares, el amparo exhiba mayor idoneidad, en cuyo caso, éste será admisible siempre que el afectado lo alegue y acredite "prima facie".

De lo expuesto se colige, que las solas afirmaciones de la quejosa acerca de que el recurso contencioso administrativo resultaría inidóneo constituyen un argumento que, lejos de mejorar la suerte de su postura, importa soslayar sin más las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico a los fines del agotamiento de la vía administrativa, y "... que, en las circunstancias del presente, la recurrente no ha expresado motivos suficientes que justifiquen que el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa podía acarrearle un perjuicio irreparable, máxime si tenemos en cuenta que en el procedimiento administrativo local la inexistencia de acto administrativo

formal no es obstáculo, como ya se dijo, para la iniciación de la instancia judicial, con la posibilidad adicional de acudir ante el Tribunal de lo contencioso administrativo utilizando todos los mecanismos de tutela cautelar previstos por la ley."

4. En suma, no estando cubiertos todos los requisitos exigidos por la ley, de acuerdo a lo expresado precedentemente, corresponde declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo entablada en autos, y por vía de consecuencia, la confirmación de la resolución apelada.

Así voto.

Seguidamente dijo el Dr. Muñoz: Que atento a que los distintos vocales que me han precedido han emitido diversos votos no coincidentes, adhiero en el presente a lo expresado por la vocal Dra. María de los Milagros Lotti.

Sin perjuicio de las consideraciones allí vertidas sobre la vía utilizada y la competencia de este tribunal, debo agregar que la cuestión a resolver en los presentes resulta de interpretación compleja en tanto se hallan involucrados diversos textos legales: Así se hace alusión a la Constitución Nacional: arts. 14, 14 bis, 75 inciso 12; a la Ley de Contrato de Trabajo, art. 204 y siguientes; a la Constitución de la Provincia de Santa Fe: artículo 20 que consagra el derecho al trabajo. Así se ha sostenido que "al elegir la convención un texto no confrontativo y complementario con su equivalente de la Constitución Nacional



Poder Judicial

(el artículo 14 bis) despeja cualquier tipo de duda en relación a posibles disminuciones o supresiones de derechos o reconocimientos formulados a los trabajadores en el orden federal, que de existir tornarían inconstitucional a la Carta provincial " (Giuliano, Diego, Derecho Constitucional Provincial, p. 420).

El segundo párrafo de dicho artículo 20 reza: "Reglamenta las condiciones en que el trabajo se realiza, incluso la jornada legal de trabajo y otorga una especial protección a la mujer y al menor que trabajan".

Del Diario de Sesiones de la Convención Reformadora de la Constitución de la provincia (p. 954) surge que el Convencional Martínez Raymonda sostuvo que "Si bien es cierto que el contrato de trabajo forma parte de la legislación nacional, estimo que la jornada de labor, por sus características especialísimas, por tener que adaptarse a las distintas zonas y climas de la República y a otros factores por materia de competencia de la policía del trabajo, es uno de los aspectos de la actividad laboral en que la provincia puede tener una participación definida. Pediría a la mayoría de la comisión que aceptara la inclusión de la fijación de la jornada de trabajo" (Citado por Giuliano, Diego, ob cit, pag 422).

Debe tenerse presente que en nuestro ordenamiento legal el poder de policía, dejando a salvo el ámbito de la legislación común y el debido respeto a las garantías constitucionales, corresponde a las provincias.

De acuerdo, por lo demás a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración politico-institucional de naturaleza federal, la regla -y no la excepción- consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias. Y la Constitución Nacional debe interpretarse de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (Fallos 186:170; 271:186).

Por lo demás, es doctrina pacífica que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico. De allí que la atribución de los tribunales de declarar inaplicables, en los casos sometidos a su decisión, leyes o actos emanados de otros poderes del Estado Nacional o Provincial en razón de ser violatorios de principios constitucionales, debe ejercerse con suma prudencia.

Al ejercer el control de constitucionalidad, el Tribunal tiene vedado examinar la oportunidad o el mérito de las normas cuestionadas; es decir , si son convenientes o perjudiciales para los intereses públicos o si son eficaces o no para alcanzar los fines y objetivos propuestos en ellas.

El control de constitucionalidad no consiste en



Poder Judicial

analizar las bondades o defectos de una ley, ni su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste sí en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución. De allí que al ejercer este control los jueces no desempeñan funciones propias de otros órganos como el ejecutivo o el legislativo. Por lo demás, la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes debe ser ejercida cuando la contradicción con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable. En caso de duda sobre la constitucionalidad o no de una norma deben decidirse por la primera alternativa. (Fallos 249, p. 51| entre muchos otros). Si la norma impugnada es susceptible de una interpretación razonable que la haga compatible con la Constitución, sin que ello implique violentar las palabras o el sentido de aquella, debe preferirse ésta, antes que la declaración de inconstitucionalidad (Fallos 247:121).

Si bien la Nación dicta las normas sustantivas que regulan al contrato de trabajo -relativas a su formación, contenido, forma, modificación y extinción- ocurre que las normas concernientes a la salud, protección de la seguridad, moralidad, etc. de los trabajadores y que configuran la llamada “policía del trabajo”, son parte del derecho público que las provincias se han reservado expresamente.

No resultan de aplicación en el presente, según

criterio del suscripto, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Fabrica Argentina de Calderas SRL c. Provincia de Santa Fe s. declaración de inconstitucionalidad" ni el fallo dictado por nuestro más alto Tribunal Provincial en autos "Acosta Ramón c. Vilber S.A.", atinentes ambos a la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 9497, que restableció la vigencia de la ley provincial 7197.

Los argumentos utilizados por la Corte Nacional en el primer caso además de las especiales características de la ley atacada en ambos precedentes, no guardan relación con las normas puestas bajo juzgamiento en el presente.

El artículo 1 de la ley 7197 sí avanzaba sobre determinadas cuestiones que ahora, en modo alguno, aparecen en la ley provincial 13.441 ni en la Ordenanza 9516 de la Municipalidad de Rosario.

Del dictamen del Procurador General en autos "Fábrica Argentina de Calderas" surge claramente que las objeciones a la ley atacada en dicha causa se encontraban centradas en que la misma incursionaba en lo relativo al pago de la remuneración en los días de fines de semana o en su franco compensatorio modificando la ecuación entre salario y horas prestadas por el trabajador respecto de la normativa nacional. (art. 4 ley 7197).

Ello no ocurre en el caso bajo estudio. Tanto la norma provincial -ley 13.441- como la ordenanza municipal



Poder Judicial

-9516- no regulan ninguna de las cuestiones apuntadas en los precedentes jurisprudenciales antes citados; no provocando así disminución alguna en ninguno de los extremos de la ecuación económica financiera prevista por la legislación nacional respecto de la relación salario mensual y horas trabajadas.

El máximo de la jornada de trabajo no se encuentra excedido ni modificado por las normas atacadas por la amparista.

De ello resulta que lo dispuesto por la normativa nacional en cuanto a salario y tiempo de prestación legal por parte del trabajador no resultan modificados por la normas impugnadas en el presente.

Y el derecho al comercio invocado por la recurrente debe compatibilizarse con las normas de poder de policía de la provincia y municipalidad así como también con el derecho al descanso del personal en relación de dependencia.

Por lo demás, ese contexto de normas básicas sobre las que se asienta la relación jurídica habida entre empleados y empleador, que constituyen el contenido del contrato de trabajo, regulado por el Congreso de la Nación, no se ven afectadas por las disposiciones atacadas por la apelante, correspondiendo la confirmación de la resolución apelada y el rechazo de la acción intentada, con costas a la recurrente.

A la misma cuestión dijo el Dr. Rodil:

Compartiendo los argumentos expuestos por el Dr. Ariza, adhiero a su voto.

A la tercera cuestión dijo el Dr. Cuneo:
Corresponde: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y por consiguiente revocar la sentencia alzada, y en su lugar se dispone admitir la demanda interpuesta por COTO Cicsa, y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la Ley Provincial n° 13.441 y la Ordenanza Municipal n° 9516 de conformidad a lo explicitado en los considerandos de la presente. 2) Costas a la vencida (art. 251 CPCC). 3) Regular los honorarios profesionales en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

A la misma cuestión dijeron los Dres. Ariza, Lotti, Muñoz y Rodil: El pronunciamiento que corresponde dictar en los presentes es el que formula el Dr. Cuneo. En tal sentido votamos.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, integrada;

RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y por consiguiente revocar la sentencia alzada, y en su lugar se dispone admitir la demanda interpuesta por COTO Cicsa, y en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la Ley Provincial n° 13.441 y la Ordenanza Municipal n° 9516 de conformidad a lo explicitado en los considerandos de la presente. 2) Costas a la vencida



Poder Judicial

(art. 251 CPCC). 3) Regular los honorarios profesionales en el 50% de los que, en definitiva, resulten regulados en primera instancia.

Insértese, hágase saber, bajen y déjese nota marginal de esta resolución en el protocolo del juzgado de origen. **(COTO CICSA c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ AMPARO -EXPTE NRO. 444/2016).**

CUNEO

ARIZA

LOTTI

(en disidencia)

MUÑOZ

RODIL

(en disidencia)

SABRINA CAMPBELL

(SECRETARIA)