

EL DESCANSO DOMINICAL: OTRO RETROCESO DE LA LIBERTAD

(O DE CÓMO LA CORTE SUPREMA LE DA LA RAZÓN A LORIS ZANATTA)

Al legitimar la prohibición de trabajar los domingos, la Corte Suprema retrocedió varios casilleros en la protección de las garantías constitucionales.

Deducimos que, por su nombre, el señor Jinchui Shi debe haber sido uno de tantos Inmigrantes llegados a estas pampas para “disfrutar los beneficios de la libertad” que seguramente no gozaba en su país de origen.

Para eso, don Jinchui instaló un mercado en Arroyito, una ciudad de poco menos de 25.000 habitantes en la provincia de Córdoba. Desde 2013, allí vende (o vendía, si es que esta historia no lo desalentó) alimentos, bebidas de todo tipo, productos de limpieza y perfumería, carnes y verduras (en estos dos últimos casos, a través de concesionarios que operan en estos rubros).

Si don Jinchui es como muchos otros comerciantes de origen chino que uno conoce, es casi seguro que se debe haber deslomado trabajando. Sea esa la razón o no, lo cierto es que su local de venta al público (el “Supermercado Arroyito”) alcanzó más de cien metros cuadrados.

Como la felicidad nunca dura para siempre, en 2014 la Municipalidad de Arroyito (con el voto de su Concejo Deliberante) dictó una

ordenanza que prohibió a los supermercados de Arroyito abrir los domingos, bajo severas sanciones.

Para explicar qué quiso decir por “supermercado”, la Municipalidad, apegada al culto del sistema métrico decimal, aclaró que se trataba de “todo establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar, cuyo lugar de venta y atención al público tenga una superficie igual o superior a los 100m²”.

Más aún, la ordenanza estableció tres categorías de comercios: (i) los “supermercados” (cuyo espacio de venta y atención al público tiene una superficie igual o superior a los 100m²; (ii) los “minimercados” (con superficie entre los 30 y 100m²) y (iii) los “establecimientos de menor envergadura” (de hasta 30m²).

Además, introdujo otro elemento de distinción entre minimercados y “los de menor envergadura”: si estaban o no atendidos por sus dueños. Sólo permitió la apertura de los negocios cuyos propietarios estuvieran detrás del mostrador.

Don Jinchui pidió a la justicia que se declarara la inconstitucionalidad de la medida.

Alegó que la ordenanza lesionaba sus derechos constitucionales de ejercer el comercio y de propiedad y que, además, la Municipalidad de Arroyito no tenía competencia para dictar una medida semejante.

Ésta contestó que en octubre de 2004 todos los propietarios de supermercados de la ciudad, el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y hasta el Agregado Parroquial (!) habían firmado un acuerdo voluntario según el cual los comercios no abrirían los domingos y que cuando el señor Shi inició su negocio en 2013 se le advirtió acerca de esa prohibición.

Según la Municipalidad, Shi no acató la medida y eso “produjo malestar entre los propietarios de supermercados locales”. En junio de 2014 se ratificó el acuerdo de 2004, pero Shi no lo firmó. Y en agosto de 2014, “ante la renuencia de Shi Jinchui y otra comerciante de origen chino a cerrar los domingos, sumado a la preocupación del resto de los titulares de supermercados y de sus trabajadores, se iniciaron gestiones para invitarlos nuevamente a suscribir el acuerdo y continuar con la conducta de la mayoría, sin resultado”.

Entonces, ante la situación planteada, el Concejo Deliberante sancionó la ordenanza impugnada.

La Municipalidad dijo que se basó “en el ejercicio de las potestades normativas originarias que reconocen su fuente en la consagración constitucional de la autonomía municipal y el despliegue del poder de policía”, y que lo hizo para “dirimir un conflicto social entre empleados y propietarios de supermercados locales que solo las autoridades municipales pueden valorar y lo logró”.

La cuestión llegó al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Éste declaró que la ordenanza era inconstitucional, porque “la ley posibilita la libertad de horario entre los comercios, siempre que se respete la legislación laboral que [...] es atribución exclusiva del Congreso de la Nación”.

Para la corte provincial, la cuestión no era de naturaleza municipal, porque “el régimen de descanso semanal se encuentra reglado de manera uniforme” por una serie de leyes *de alcance nacional* que permiten “a los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados *determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre*” e, incluso “*desarrollar sus actividades los domingos y feriados*”.

Para el tribunal provincial, la ordenanza, “desde su denominación misma (de *descanso dominical del trabajador*), puso de manifiesto la extralimitación insalvable en la que había incurrido al haber establecido la obligación de respetar el descanso dominical en forma absoluta” pues “de ese modo invadió la esfera de competencias reservada al Congreso de la Nación”.

La Municipalidad apeló a la Corte Suprema. Como la apelación le fue negada, recurrió en queja, debido a “la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional”.

Entre sus argumentos, dijo que su objetivo había sido “proteger a pequeños y medianos comerciantes y a los trabajadores en relación de dependencia *dándose fuerza normativa a una costumbre local*, una modalidad social que se había impuesto desde 2004”.

Agregó que la ordenanza no tenía “naturaleza laboral”, sino que era una norma des-

tinada a reglar “una particular situación como lo es la de los horarios de apertura de los supermercados de dicha ciudad, *para el mantenimiento y preservación de una modalidad social de vida allí arraigada, vivida y consentida por todos los actores sociales*”.

La Municipalidad dijo tener facultades para dictar la ordenanza objetada, puesto que “los municipios poseen potestades normativas originarias en el ámbito de actuación territorial y material propia de cada uno de los municipios; incluso esto supone atribuciones implícitas, es decir, el ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado...”.

Finalmente, destacó que “la ordenanza no afectaba los derechos de propiedad, de ejercer el comercio y de trabajar [de Shi] *ya que solo veda abrir su comercio los domingos*” y que “lo que estaba realmente en juego era *el derecho de la comunidad local a preservar su modo de vida, su idiosincrasia, una modalidad social particular y local: la costumbre de respetar el domingo, mantenida durante trece años, no es una mera enunciación de intenciones u objetivos a trazar: es una modalidad social firmemente arraigada y querida, cara al sentimiento local, que forma parte del patrimonio cultural y del ambiente cultural de la ciudad*”.

Un jurista destacado dijo sobre la ordenanza en cuestión: “...está escrita como para ser usada en una imaginaria asignatura que se llamara ‘*Así no se legisla*’ y es inconstitucional por donde se la mire (y basta con mirarla medio minuto)”¹.

¹ Gobbi, Marcelo, “Supermercadismo y religión”, en <https://www.linkedin.com/pulse/supermercadismo-y-reli%C3%B3n-seg%C3%BAAn-los-abogados-marcelo-gobbi/> 10 mayo 2020

La Corte Suprema llamó a audiencia pública informativa en julio de 2019 (¡cinco años después de la ordenanza!) y luego explicó que “en tal acto, tras las exposiciones efectuadas por diversos *amigos del tribunal*, los representantes letrados de cada una de las partes formularon sus informes y fueron interrogados sobre varios aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta”.

El admirado colega ya citado describió esa audiencia: “*En la audiencia pública que organizó la Corte y que subió a Youtube, el señor Shi presentó una larga lista de “amigos del tribunal” (amici curiae), que son personas ajenas al pleito que opinan en favor de determinada posición y a quienes el tribunal lleva el apunte si quiere. Uno de esos amigos es un abogado de apellido Maldonado que representa a la Iglesia Adventista del Séptimo Día de la Provincia de Entre Ríos, que ni siquiera limita con la de Córdoba. ¿Qué tiene que ver la idea de prohibirle al señor Shi que venda fiambre un domingo en Arroyito con los intereses de los adventistas entrerrianos? Maldonado desarrolló la tesis según la cual la prohibición vulnera los derechos de los integrantes de ciertas minorías, entre ellos los miembros de su iglesia que, como su nombre lo indica, ordena guardar el sábado (no sé si su nombre lo indica, pues alguien podría pensar que el sábado es el sexto día, pero lo relevante es que esa gente guarda el sábado). Sostuvo Maldonado que la ordenanza de Arroyito beneficia a las confesiones religiosas dominigueras, como si la profesión de determinada fe ocurriera en un entorno competitivo en que ninguno, sea pastor, cura, rabino, pai umbanda o imán, debiera tener privilegios regulatorios. Unos venden queso y otros pronuncian sermones. Maldonado inventó el antitrust apostólico.*

El presidente de la Corte se dedicó a complicar aun más la cuestión cuando preguntó

si el argumento que el tribunal tenía que considerar era que la medida se justifica para facilitar la concurrencia a los templos, que es una actividad que se hace en familia o en sociedad y que se vería impedida si alguien debiera trabajar (como cualquier otra). No se le había ocurrido eso al municipio”².

La Corte admitió el recurso³. El aspecto religioso no fue contemplado. Pero de sus cinco miembros, tres (todos del interior y con cierta inclinación ideológica favorable al peronismo) dijeron (con algunas diferencias entre sí) que la ordenanza que prohibía trabajar los domingos era constitucional. Los otros dos ministros (originarios de la ciudad de Buenos Aires y sin simpatías políticas conocidas) la declararon inconstitucional.

Si al lector interesa saber en qué se basó la mayoría para declarar constitucional una norma que prohíbe trabajar un día determinado de la semana, puede seguir leyendo. Si sólo quiere conocer nuestra opinión sobre una decisión desafortunada, puede saltar a la página 7. No se pierde nada.

El encadenamiento lógico usado por esos jueces comenzó por reconocer a los municipios cierto grado de autonomía. A su vez, para evitar que esa autonomía “quede reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de contenido”, a los municipios no se les puede “retacear la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o privar del sustento económico-financiero indispensable [...] o se le impide ejercer su autonomía institucional”.

². Gobbi, Marcelo, op. cit.

³ In re “Shi c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito”, CSJN, 20 mayo 2021; exp. CSJ 1751/2018/RH1

Luego, “cada contenido autonómico [...] debe reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por tanto ser fijado por cada provincia, atendiendo a las diferencias observables en la escala de vida vecinal a lo largo y ancho del territorio nacional [...]. Resultaría ilógico e irrazonable que desde la norma constitucional federal se impusiera a las provincias un determinado y uniforme alcance del régimen municipal que iguale a municipios urbanos o rurales, densamente poblados o con pocos vecinos, longevos o nuevos, con perfil sociocultural predominantemente cosmopolita o tradicional, etc.”.

Por eso, corresponde “a cada provincia la específica delimitación de los alcances de cada contenido autonómico, para que en ejercicio del respectivo margen de apreciación local sea cada jurisdicción la que defina el standard jurídico conforme su específica e intransferible realidad”, pero sin “privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido [porque] si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña –aunque se tratara de la provincial– ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional”.

Eso permite “establecer como competencia material de las municipalidades, una amplia gama de atribuciones que comprenden las actividades necesarias para atender todo lo atinente al bienestar de las comunidades locales”, incluyendo “lo atinente a la regulación económica, dentro de lo que implica la función municipal”.

Hasta aquí, la decisión transita por carriles de cierta previsibilidad. Pero, apoyándose en una cita de Max Weber⁴, los tres jueces sos-

⁴ Weber, Max, “Economía y sociedad”, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, trad. José Medina

tuvieron que en un lugar como Arroyito existe no una “sociedad” sino *una comunidad*, “como es el caso de una familia, [donde] los miembros se vinculan por una relación personalísima y por ende no son intercambiables”.

Por eso, “en los municipios demográficamente pequeños, [y] con más razón si tienen una tradición históricamente consolidada – como Arroyito– las relaciones de vecindad son intensas, constituyendo ejemplos de una convivencia social en la que prevalece el tipo asociativo comunitario”.

Éste permite “proyectar un destino común en un horizonte espacial y temporal compartido, basado en un amplio consenso democrático expresado en los procedimientos representativos típicamente políticos cuanto sectoriales y sociales (asambleas) con inclusión de los mandatarios electos por el pueblo”.

Así, la comunidad permite “desarrollar un sistema participativo con miras a la consecución de fines con arreglo a valores (valores que no están exentos de una construcción cooperativa permanente), con aptitud para comprender y procesar la complejidad de los problemas sociales y lograr las soluciones adecuadas, construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida”.

Para los tres jueces, “las peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la ordenanza en estudio, que dan cabal testimonio de la existencia de acuerdos sociales horizontales de idéntico contenido al de la norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales”.

Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora, pág. 33 y ss)

Según dijeron los tres, “de los acuerdos suscriptos por la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial con excepción de dos comercios [entre ellos el del Shi] se puede concluir que en el debate y la deliberación pública desarrollados en la escala local se consolidó la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa”. Y del hecho de que “se hayan producido no una sino dos asambleas públicas, separadas por diez años en el tiempo pero concordantes en el resultado, supone la permanencia de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal en la materia debatida. *Despejada la legitimidad democrática de la decisión* – conformada en la ordenanza del concejo deliberante de Arroyito e integrada por sus antecedentes– es necesario considerar su validez, la que se encuentra supeditada a la inexistencia de un interés superior o a la prevalencia de una disposición normativa constitucional provincial o nacional que obligue a invalidar el producto jurídico del consenso vecinal obtenido en la materia”.

Y como la ordenanza surgida de ese acuerdo popular “en cuanto tiene como objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso” no puede ser considerada irrazonable. Hacer algo así “supondría desconocer los aspectos inherentes a la vida cotidiana de una comunidad pequeña, e intentar imponerle una lógica que le es ajena”.

Para la mayoría de la Corte, “el desarrollo de los acuerdos sociales y los debates celebrados desde hace varios años y de los que dan cuenta [los acuerdos mencionados] permiten concluir de modo indubitable que los vecinos de Arroyito han ponderado que cinco

días y medio por semana son suficientes para abastecerse en los supermercados grandes y que si tienen alguna necesidad el día y medio restante se abastecen en otro tipo de mercados”.

Según esos tres jueces “en la escala de una ciudad como [Arroyito] asumir que la libertad de comercio –afectada globalmente por factores tales como la presión impositiva, los costos de la energía, la deficiencia de infraestructura, la política desigual de los estados en materia proteccionista, la intermediación evitable, la publicidad engañosa y otros factores relevantes– sufre una intolerable restricción porque se prohíbe a los supermercados de ciertas características atender los sábados a la tarde y los domingos, frustrando las condiciones de la competencia y con ello impidiendo la baja de los precios de las mercaderías, *equivale a subestimar la inteligencia media de los vecinos en tanto consumidores*”.

El argumento final de la mayoría fue que los derechos no son absolutos puesto que deben ejercerse “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” [...] “con la única condición de no ser alterados en su substancia” y que *la imposición de un descanso Dominical obligatorio no alteraba la libertad de comercio*. Y una imposición semejante podía provenir de disposiciones municipales puesto que “no supone en modo alguno una regulación del contrato de trabajo, materia que compete a la legislación nacional”.

La ordenanza, para la mayoría de los jueces de la Corte “permite que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad”.

Tampoco fue considerada irrazonable “al distinguir entre minimercados, establecimientos de menor envergadura y supermercados, en base a la superficie de cada uno de

ellos, así como en el hecho de que sean atendidos por sus propietarios”, porque la igualdad ante la ley “requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias”, pero “no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo”.

La mayoría de la Corte aprobó entonces que “pudieran quedar abiertos los domingos los minimercados y los establecimientos de menor envergadura, siempre que fueren atendidos únicamente por sus propietarios”.

Esa mayoría consideró válido “el fundamento de las dos pautas de distinción” contenidas en la ordenanza: “la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados” [...] “independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales” y “bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario, sostenidos por el municipio”.

El voto mayoritario (con algunos matices) continúa discutiendo por esos carriles durante varias páginas más... *¡en la era de Amazon, e-Bay y Mercadolibre!*⁵

Por su parte, la minoría de la Corte, después de analizar las normas que en la Argentina regulan el trabajo, llegó a la conclusión de que “a la luz de ese marco normativo, el Municipio de Arroyito no tenía atribución alguna para dictar una norma contraria a dichas disposiciones”.El poder de policía local

⁵ Gobbi, loc. cit.

“no puede llegar al extremo de desconocer o invadir una atribución exclusiva que la Constitución Nacional ha puesto bajo la órbita del Gobierno Federal”.

¿Nuestra opinión? Un fallo *lamentable*, con una notoria endeblez argumental y un palmario desconocimiento de la realidad social y económica.

Decir que la prohibición de trabajar los domingos tiene sustento en algo así como una “decisión popular” destinada a mantener un supuesto “acervo cultural”, “modalidad social” o cierto “modo de vida” (o como se lo quiera llamar) encierra detrás de sí una falacia populista que consiste en atribuir a un grupo más o menos determinado de personas al que arbitraria y caprichosamente pasa a llamarse “pueblo” la representación de la voluntad de la sociedad. “Grandes palabras pero baja cocina” diría Loris Zanatta⁶. Porque en la Argentina, “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” dice la Constitución.

Los representantes del pueblo de Arroyito son sus concejales. Cualquier decisión que tomen debe ser juzgada por sus propios méritos constitucionales, *y no por el hecho de que aparezca convalidando un supuesto mandato popular*.

La decisión de la mayoría de la Corte tiene el tufillo de esa ideología según la cual “por encima de la Constitución y de las instituciones se impone en la edificación de la nación argentina un mito fundador de origen religioso. [...] Un mito basado sobre la idea que la nación argentina (o Arroyito, agrega-

mos nosotros) es una entidad espiritual aun antes de ser una comunidad política...”⁷

Por eso, los jueces de la Corte no debieron dedicarse a “despejar sus dudas sobre la legitimidad democrática de la decisión popular” como lo hicieron. De ninguna manera. La cosa no pasaba por ahí. *Los traicionó la falacia populista*. Cayeron “en la jaula de mitos autodestructivos” también descrita por Zanatta⁸.

A su vez, los actos de los representantes del pueblo no son necesariamente válidos siempre y en toda ocasión. Hay un límite dado por la Constitución. Cuando ese límite se viola, la ley o la ordenanza pasa a ser inconstitucional.

Convalidar, como hizo la Corte, una decisión municipal que se alza contra una ley nacional que, expresamente, permite a los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados, determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre y desarrollar sus actividades los domingos y feriados exige una fortaleza argumental que esta sentencia no tiene.

Hay leyes en vigor (leyes, no ordenanzas municipales) que suprimieron “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”. ¿Cómo puede ser que, basándose en el interés de los concejales de Arroyito por mantener “la cali-

⁶ Zanatta, Loris, “¿Llegó la hora del pensamiento único antiliberal?”, *La Nación*, Buenos Aires, 16 abril 2020.

⁷ Zanatta, Loris, *La nazione católica*, Editori Laterza, Roma, 2014, p. xi.

⁸ Zanatta, Loris, “País de inmigrantes, la Argentina exporta población”, *La Nación*, Buenos Aires, 14 abril 2021.

dad de vida” (sic) se impongan nuevas restricciones?

Las preocupaciones sociales de los tres jueces que formaron la mayoría omitieron un test muy sencillo: preguntar cuántos estudiantes de Arroyito podían ir a estudiar a Córdoba de lunes a viernes porque sábado y domingo trabajaban con don Jinchui.

Además, admitiendo que la cuestión fuera dudosa y que hubiera una zona gris entre las facultades del gobierno nacional y las de la Municipalidad de Arroyito, ¿no debería elegirse siempre la libertad? (“Por default”, dirían los anglosajones). ¿Las prohibiciones no son acaso la excepción? ¿No dice la Constitución que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”?

Nos parece que la Corte debió haber buscado cómo hacer triunfar el ejercicio de la libertad

y de los derechos individuales en lugar de hacer al revés: buscar argumentos no jurídicos y puramente ideológicos para justificar un abuso.

Como acotó el jurista ya citado, “si yo estuviera en el lugar del señor Shi no andaría perdiendo tiempo con abogados y tribunales. Le daría unos ochenta dólares a algún sobrino para que se comprara un dron y comenzara a repartir dulce de batata desde algún pueblo vecino. Más o menos con la misma idea empezó Jeff Bezos y no le ha ido nada mal. *Don Shi, usted haga, no consulte*”.

Y el Filosofito, que nos lee en borrador, nos acerca una cita de Thomas Sowell: “Ninguna idea es tan ridícula para no ser aceptada, aun por gente inteligente y muy educada, si les da la posibilidad de sentirse especiales e importantes. Algunos confunden esa sensación con idealismo”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**